

LEGEA ȘI VIAȚA

Publicație științifico-practică
ISSN 1810-309X

Întreprindere de stat
Fondator – Ministerul Justiției
al Republicii Moldova
Certificat de înregistrare
nr. 10202264 din 11.02.1993

Publicație acreditată de Consiliul
Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică
al Academiei de Științe a Moldovei prin
Hotărârea nr. 169 din 21.12.2017

Revista este inclusă în baza științifică internațională
Index Copernicus International (Republica Polonă)

Categoria C

Asociați: Curtea Constituțională, Curtea Supremă de Justiție, Ministerul Afacerilor Interne, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Institutul de cercetări Juridice și Politice al Academiei de Științe a Moldovei, Academia „Ștefan cel Mare” a MAI, Universitatea de Stat „B. P. Hasdeu” (Cahul), Universitatea Slavonă, Universitatea „Spiru Haret” (Constanța), Universitatea „Petre Andrei” (Iași), Universitatea de Stat din Herson (Ucraina).

Se editează din ianuarie 1991
Nr. 10/2 (322) 2018

Redactor-șef L. Arsene, dr. h. c. mult.

Colegiul de redacție:

Gh. Alecu, doctor în drept, profesor universitar (Constanța, România); T. Barzo, doctor hab. în drept, profesor, (Miskolc, Ungaria); Gh. Costachi, doctor hab. în drept, profesor univ.; V. Cușnir, doctor hab. în drept, profesor univ.; D. Garadjaev, doctor în drept, profesor, Judecătoria la Curtea Constituțională (Bacu, Azerbaidjan); E. Haritonov, doctor hab., profesor, membru cor. al AND (Odesa, Ucraina); E. Ișenco, doctor hab. în drept, profesor (Moscova, FR); T. Kolomoieț, doctor hab. în drept, profesor (Zaporojie, Ucraina); J. Kovac, doctor hab. în drept, profesor, Universitatea Paneuropeană (Bratislava, Slovenia); A. Lonciacov, doctor hab. în drept, profesor (Habarovsk, FR); V. Stratonov, doctor hab. în drept, profesor (Herson, Ucraina); V. Șepitico, doctor hab. în drept, profesor, membru cor. al AND (Harcov, Ucraina).

Adresa redacției:
Casa presei, et. 5
str. Pușkin 22, mun. Chișinău, MD – 2012,
Republica Moldova
Tel.: 022-233 790;
022-234 132 (contabilitatea)

E-mail: publicare@legeasiviata.in.ua
Index: RM 77030

© Legea și viața
Pagina web: www.legeazakon.md
www.legeasiviata.in.ua

СОДЕРЖАНИЕ

Людмила АКИМОВА. Модернизация системы государственного управления обеспечением экономической безопасности государства.....	3
Инна АПОПИЙ. Проблемные аспекты реализации родителями личных неимущественных прав.....	7
Александр БАРАНОВСКИЙ. Организационно-правовые основы международного сотрудничества милиции Украины в сфере противодействия транснациональной преступности (историко-правовой аспект).....	12
Ирина БЕЛОУС. Средства биометрической идентификации и верификации как современные технологии защиты документов, удостоверяющих личность.....	17
Александр ВИННИЦКИЙ. Права и обязанности общественных советов при органах исполнительной власти.....	21
Андрей ДЯЧЕНКО. Концептуальные аспекты интеграции внутренне перемещённых лиц в Украине.....	26
Lyudmila ZHUKOVSKAYA. Issues of compliance of the anti-corruption bodies system in Ukraine with the requirements of international acts ratified by Ukraine.....	30
Лариса ЗАВГОРОДНЯЯ. Историко-правовой аспект понятия «конфликт интересов».....	35
Dmitriy KLAPATYY. Rights of participants of the share investment fund.....	39
Юлия КОВАЛЬ. Теоретико-правовые проблемы погашения налогового долга предприятия, переданного в концессию.....	44
Григорий КОРНИЕНКО. Этагистская доктрина прав человека как пример максимизации патерналистских притязаний государства.....	48
Максим КОРНИЕНКО. Особенности опроса детей согласно законодательству Украины.....	51
Алексей КОСТЕНКО. Проблемы правового регулирования признания иностранных электронных доверительных услуг в Украине.....	54
Анна МАРУНИЧ. Способы предотвращения затягивания гражданского процесса: понятие, признаки и виды.....	58
Игорь МЕЛЬНИК. Правовая природа и понятие договора потребительского кредитования.....	64
Игорь ОЛЬШАНЕЦКИЙ. Деятельность органов прокуратуры в сфере надзора за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам в отношении несовершеннолетних.....	69

Андрей ПАДАЛКА. Концептуальные основы противодействия организованной преступности в налоговой сфере	73
Anna PETRENKO. As to the relations between the parties in arbitration proceedings	77
Артем ПИТОМЕЦ. Некоторые теоретические вопросы участия адвоката на стадии досудебного расследования	82
Карина РОСТОВСКАЯ. Административно-правовой механизм формирования и реализации государственной антикоррупционной политики: сущность и содержание понятия.....	88
Юрий РЯБЧЕНКО. Проблематика определения категорий «субъект права», «участник судебного процесса» в национальной правовой доктрине	91
Павел СЕРЕБРЯНСКИЙ. Понятие взаимодействия органов, обеспечивающих безопасность участников уголовного процесса	96
Анатолий СЛИПЧЕНКО. Отчуждение и переход объектов гражданского оборота в Украине: соотношение понятий.....	100

Marina US. System of claims arising from the insured event occurs due to the unlawful behaviour of third parties.....	104
Мила ХМАРА. Совершенствование правовых основ борьбы с терроризмом в Украине.....	108
Виктория ЧЕРНАЯ. Миграционные и коррупционные административно-правовые ограничения по законодательству Республики Беларусь и Республики Азербайджан	112
Татьяна ШВЫДКАЯ. Правовое регулирование предотвращения монополизации рынков в рамках национальной и международной конкуренции.....	117
Александр ШЕВЧУК. Правовые механизмы защиты персональных данных в ЕС	121
Анна ШТЕФАН. Представление доказательств в гражданском процессе.....	125
Тамара ЯРОШЕВСКАЯ. Право на объект, созданный в процессе выполнения научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ.....	129



УДК 338.2:351.863

МОДЕРНИЗАЦИЯ СИСТЕМЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ ОБЕСПЕЧЕНИЕМ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ БЕЗОПАСНОСТИ ГОСУДАРСТВА

Людмила АКИМОВА,

кандидат экономических наук, доцент,
доцент кафедры финансов и природопользования
Национального университета водного хозяйства и природопользования

АННОТАЦИЯ

В статье рассмотрены подходы к определению понятий «экономическая безопасность», «государственное управление», «система государственного управления» и «система государственного управления обеспечением экономической безопасности государства». Предоставлено собственное определение понятиям «система государственного управления» и «система государственного управления обеспечением экономической безопасности государства». Выявлены и охарактеризованы основные составляющие системы государственного управления. Определен правовой статус обеспечения экономической безопасности государства. Кроме определения основных составляющих системы государственного управления, рассмотрены задачи, которые выполняет система государственного управления. Определены и охарактеризованы основные функции, которые выполняет государство для обеспечения экономической безопасности. Предложено, в каких именно аспектах должна быть проведена модернизация системы государственного управления экономической безопасности государства для стабильного развития экономики.

Ключевые слова: экономическая безопасность, государственное управление, система государственного управления, система государственного управления обеспечением экономической безопасности государства, Президент Украины, Верховная Рада Украины.

MODERNIZATION OF THE STATE SYSTEM FOR THE PROVISION OF ECONOMIC SECURITY OF THE STATE

Lyudmila AKIMOVA,

PhD in Economics, Assistant Professor,
Assistant Professor of the Department of Finance and Environmental Sciences,
National University of Water and Environmental Engineering

SUMMARY

The article considers approaches to the definition of the concept of “economic security”, “public administration”, “public administration system” and “state management system ensuring the economic security of the state.” Provided its own definition of the concepts of “system of public administration” and “public administration system to ensure the economic security of the state.” Identified and characterized the main components of the system of public administration. The legal status of ensuring the economic security of the state is determined. In addition to determining the main components of the system of public administration, the tasks that the public administration system performs are considered. The main functions that the state performs to ensure economic security are defined and characterized. It was suggested in which aspects the modernization of the system of state administration of economic security of the state for the stable development of the economy should be carried out.

Key words: economic security, state administration, system of public administration, state administration system for ensuring economic security of the state, President of Ukraine, Verkhovna Rada of Ukraine.

Постановка проблемы. В современных условиях развития глобализационных процессов, а также стремления стран мира укрепить свою позицию на мировой экономической арене, главным фактором стабильного развития является государственное управление, то есть такая его система, которая бы позволила обеспечить стабильное и эффективное развитие экономики государства. Украина не является исключением среди стран, которые не только укрепляют свою систему государствен-

ного управления, а и направляют ее на защиту и поддержание экономической безопасности государства, поскольку именно защита основных сфер экономики позволяет достичь странам экономического процветания и экономической независимости.

Состояние исследования. Исследование данной тематики нашли свое отражение в трудах таких ученых, как Л. Акимова, С. Гбур, М. Ермошенко, А. Корыстин, М. Пендюра. Однако их интересы находятся в сфере рас-

смотрения и анализа теоретического аспекта государственного управления, что и обуславливает актуальность исследования.

Целью и задачей статьи является модернизация системы государственного управления обеспечением экономической безопасности государства.

Изложение основного материала. Сегодня в нашем государстве государственное управление занимает особое место, поскольку благодаря эффективному управлению и регулированию со-



стороны государства можно достичь экономического развития. В свою очередь система государственного управления обеспечения экономической безопасности государства представляет собой целенаправленную, контролирующую, регулирующую и координирующую систему со стороны органов государственного управления и должностных лиц, оказывающих свое влияние на объекты экономической безопасности. Целью этого действия является реализация национальных интересов с последующим экономическим развитием общества и страны. Мы считаем, что следует предоставить определения понятиям «экономическая безопасность», «государственное управление», «система государственного управления» и «система государственного управления обеспечением экономической безопасности государства».

А. Корыстин считает, что экономическую безопасность следует трактовать как обеспечение способности к выживанию страны в случае стихийных и экологических бедствий или в условиях национальных и мировых экономических катастроф [5].

Л. Акимова считает, что экономическая безопасность способствует созданию надежной и обеспеченной всеми необходимыми средствами государства защищенности национально-государственных интересов в сфере экономики [1, с. 19].

М. Пендюра отмечает, что экономическая безопасность государства является не только одной из важнейших составляющих целостной системы национальной безопасности как комплекса защиты национальных интересов, но и решающим условием соблюдения и реализации национальных интересов [6, с. 13]. Однако М. Ермошенко считает, что экономическая безопасность – это такое состояние экономического механизма страны, которое характеризуется сбалансированностью и устойчивостью к негативному воздействию внутренних и внешних угроз, его способностью обеспечивать на основе реализации национальных экономических интересов устойчивое и эффективное развитие отечественной экономики и социальной сферы [4, с. 29].

В энциклопедическом словаре государственного управления государ-

ственное управление понимается как деятельность государства (органов государственной власти), направленная на создание условий для наиболее полной реализации функций государства, основных прав и свобод граждан, согласование различных групп интересов в обществе и между государством и обществом, обеспечение общественного развития соответствующими ресурсами [3, с. 20].

В так называемом американском подходе, ориентированном на все процессы и функции управления в спектре полномочий государства, государственное управление рассматривается как отрасль, включая законодательную, исполнительную и судебную ветви власти, а во втором, так называемом европейском подходе, государственное управление рассматривается как подотрасль права [3, с. 24].

Мы считаем, что под системой государственного управления следует понимать взаимодействие органов государственной власти, имеющих целью контроль и обеспечение всех сфер жизни общества. В то же самое время под системой государственного управления обеспечением экономической безопасности государства мы понимаем взаимодействие законодательной, исполнительной и судебной власти, что имеет целью обезопасить общественно важные сферы жизни общества от влияния негативных внутренних и внешних факторов.

Стоит отметить, что государство с помощью системы государственного управления обеспечивает сохранение, функционирование и эффективное развитие экономики и общества. Исходя

из этого, нужно проанализировать основные составляющие системы государственного управления (рис. 1).

На рис. 1 показаны основные составляющие системы государственного управления.

– Под субъектом управления понимается специальный аппарат, включающий в себя систему институтов, органов, учреждений и организаций, в задачу которых входит выполнение широкого комплекса функций по управлению важнейшими сферами общественной жизни и отношений государства с остальным миром. Речь идет об органах государственного управления, которые в совокупности составляют государственный аппарат. Они выступают в качестве основного субъекта реализации государственной власти.

– Под объектом управления понимается то, на что направлено управляющее воздействие. Это разные сферы общественной жизни, в том числе и экономика, происходящие в них процессы, человеческие, материальные и другие ресурсы каждой из них, весь комплекс общественных отношений.

– Под управленческой деятельностью (процессом) понимают общественные отношения, через которые реализуются многочисленные прямые и обратные связи между субъектами и объектами управления.

Основу системы составляют субъекты, которые обеспечивают эффективное функционирование экономики страны. Поскольку экономическая безопасность является подвидом национальной, то можно считать, что основные субъекты, которые обеспечивают национальную безопасность, не-

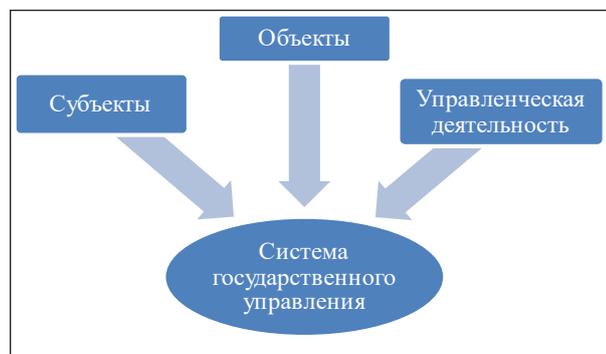


Рис. 1. Основные составляющие системы государственного управления

Источник: составлено автором



посредственно обеспечивают и экономическую безопасность. К основным субъектам относятся следующие:

– Президент Украины (осуществляет общее руководство в сферах национальной безопасности и обороны Украины);

– Верховная Рада Украины (определяет основы внутренней и внешней политики, основы национальной безопасности, формирует законодательную базу в этой сфере, принимает решения по вопросам введения чрезвычайного и военного положения, мобилизации, определения общей структуры, численности, функций Вооруженных Сил Украины и других военных формирований, созданных в соответствии с законами Украины) [1, с. 19];

– Кабинет Министров Украины (координирует и контролирует деятельность органов исполнительной власти в сферах национальной безопасности и обороны);

– Совет национальной безопасности и обороны Украины (обеспечивает государственный суверенитет и экономическую самостоятельность Украины);

– министерства, другие центральные органы исполнительной власти, Служба безопасности Украины и Служба внешней разведки Украины в пределах своих полномочий обеспечивают выполнение предусмотренных Конституцией и законами Украины, актами

Президента Украины, Кабинета Министров Украины задач, осуществляющих реализацию концепций, программ в сфере национальной безопасности, поддерживают в состоянии готовности к применению силы и средства обеспечения национальной безопасности;

– Национальный банк Украины (определяет и проводит денежно-кредитную политику в интересах национальной безопасности Украины);

– суды общей юрисдикции (осуществляют судопроизводство по делам о преступлениях, наносящих ущерб национальной безопасности Украины);

– прокуратура Украины (осуществляет полномочия в сфере национальной безопасности Украины в соответствии с Конституцией Украины и Законом Украины «О прокуратуре Украины»);

– Национальное антикоррупционное бюро Украины (противодействует коррупции и ее проявлениям);

– местные государственные администрации и органы местного самоуправления (обеспечивают решение вопросов в сфере национальной безопасности, отнесенных законодательством к их компетенции);

– Вооруженные Силы Украины (обеспечивают оборону Украины, защиту ее суверенитета, территориальной целостности и неприкосновенности границ; противодействуют внешним угрозам военного характера);

– Государственная пограничная служба Украины и другие военные формирования, образованные в соответствии с законами Украины;

– органы и подразделения гражданской защиты (осуществляют мероприятия по защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций в мирное время и в особый период);

– граждане Украины, объединения граждан (реализуют национальные интересы, добровольно и в порядке исполнения конституционных обязанностей осуществляют меры, определенные законодательством Украины по обеспечению ее национальной безопасности) [1, с. 20].

Из вышесказанного можно сделать вывод, что основной целью деятельности данных субъектов является обеспечение экономической безопасности государства, защита ее от негативных внешних и внутренних факторов. Таким образом, объектом в этой ситуации выступает именно экономическая безопасность страны, которая, в свою очередь, состоит из финансовой, валютной, долговой, военной, денежно-кредитной и других видов безопасности. В процессе управленческой деятельности каждый из вышеприведенных субъектов с помощью инструментов и методов осуществляет государственное управление, которое направлено на обеспечение экономической безопасности государства.

Правовой статус обеспечения экономической безопасности государства образуют такие нормативные источники:

– Конституция Украины;

– Концепция национальной безопасности Украины и Стратегия национальной безопасности Украины;

– Законы Украины «О Совете национальной безопасности и обороны Украины», «О предотвращении и противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, финансированию терроризма и финансированию распространения оружия массового уничтожения»;

– Налоговый, Уголовный, Гражданский, Таможенный, Бюджетный, Хозяйственный кодексы Украины;

– указы и распоряжения Президента Украины;

– постановления и распоряжения Кабинета Министров Украины;



Рис. 2. Основные задачи системы государственного управления

Источник: составлено автором на основе [3, с. 20–21]

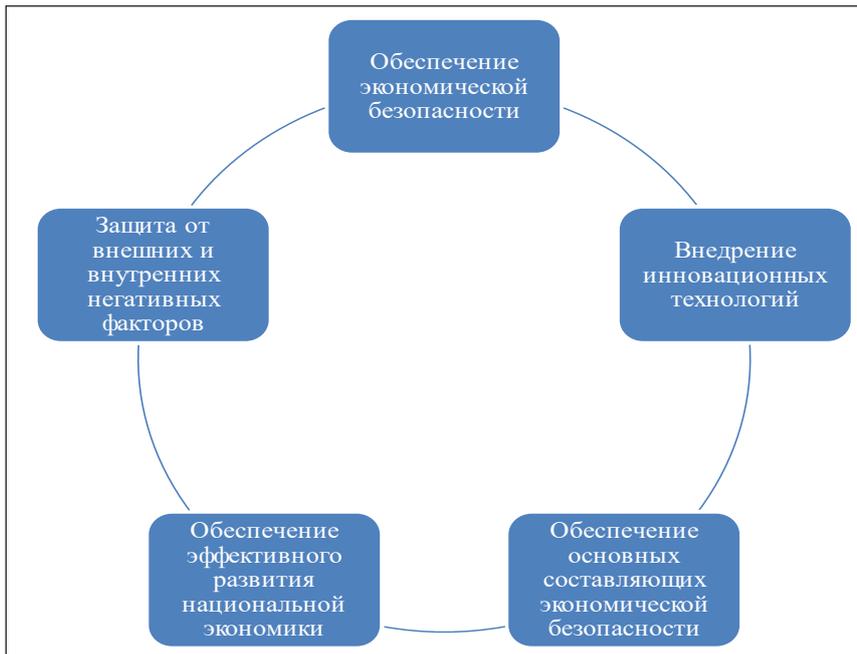


Рис. 3. Основные задачи, которые выполняет государство для обеспечения экономической безопасности

Источник: составлено автором

– нормативные акты министерств и других центральных органов исполнительной власти;

– международные договоры Украины и другие нормативно-правовые акты в сфере регулирования отношений по обеспечению экономической безопасности государства [2].

Кроме определения основных составляющих системы государственного управления, мы считаем, что следует рассмотреть задачи, которые выполняет система государственного управления (рис. 2).

Из рис. 2 можно сделать вывод, что к основным задачам системы государственного управления относятся следующие:

– эффективное использование природных, трудовых, материальных, информационных и других ресурсов;

– справедливое перераспределение основных общественных благ;

– поддержание общественного порядка;

– обеспечение безопасности человека, общества, страны;

– предоставление гражданам различных услуг;

– сохранение и улучшение духовно-го здоровья общества;

– формирование видения будущего общества и интеграция общественных усилий для его достижения.

В свою очередь, к основным задачам, которые выполняет государство для обеспечения экономической безопасности страны, принадлежат следующие (рис. 3):

– обеспечение экономической безопасности, то есть совершенствование нормативно-правовой базы; контроль за деятельностью субъектов, которые имеют целью обеспечить экономическую безопасность государства;

– обеспечение основных составляющих экономической безопасности, то есть осуществление надзора и контроля, а также мониторинга основных видов безопасности, которые тоже являются подсистемами экономической безопасности;

– защита от внешних и внутренних негативных факторов, осуществление систематического надзора и мгновенное реагирование на ситуацию, которая происходит в стране;

– обеспечение эффективного развития национальной экономики; поскольку экономическая безопасность является одной из важнейших составляющих именно национальной безопасности, то нужно решать обнаруженную проблему комплексно;

– внедрение инновационных технологий, что позволит облегчить и усовершенствовать все приведенные выше процессы.

Несмотря на то, что существует такая разветвленность субъектов, обеспечивающих экономическую безопасность государства, а также на основные задачи, которые выполняет государство, чтобы обеспечить экономическую безопасность и тем самым достичь устойчивого экономического роста, стоит осуществить модернизацию системы государственного управления обеспечением экономической безопасности государства. Данная модернизация может быть проведена в двух аспектах:

– совершенствование нормативно-правовой базы, то есть принятие соответствующего нормативно-правового акта, который регулировал бы процессы обеспечения экономической безопасности;

– создание единого контролирующего органа, который производил бы мониторинг, контроль и прогнозирование не только состояния экономической безопасности, но и осуществлял надзор и проверку субъектов, ответственных за состояние экономической безопасности государства.

Выводы. Таким образом, можно сделать выводы, что экономическая безопасность является важной составляющей общественной жизни страны, а также неотъемлемой ее частью. Несмотря на мощный аппарат надзора и контроля в процессе обеспечения экономической безопасности государства, а также учитывая основные функции, которые выполняет государство в процессе обеспечения экономической безопасности, эта система нуждается в модернизации. В своем исследовании мы предложили определенные шаги в процессе модернизации, которые, как мы считаем, в будущем обеспечат эффективное и стабильное развитие экономики Украины. При этом следует также учитывать, что создание единого органа может привести к сосредоточению ключевых процессов в «одних руках»; с одной стороны, это позволит разгрузить других субъектов, обеспечивающих экономическую безопасность государства, но с другой – позволит проводить махинации и увеличить уровень коррупции. Поэтому при внедрении шагов модернизации стоит рассмотреть все возможные преимущества и недостатки, чтобы в будущем не допустить ошибок и не снизить уровень экономической безопасности государства.



Список использованной литературы:

1. Акімова Л. Роль та місце економічної безпеки в системі державного управління забезпечення національної безпеки України. Публічне урядування: збірник. № 2 (12) лютий 2018. Київ: ДП «Видавничий дім «Персонал», 2018. С. 15–29.

2. Гбур З. Основні функції держави у сфері забезпечення економічної безпеки. Теорія та історія державного управління. 2017. URL: <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/apdu/2017-2/doc/1/02.pdf>.

3. Державне управління: підручник: у 2 т. / Нац. акад. держ. упр. при Президентові України; ред. кол.: Ю. Ковбасюк (голова), К. Ващенко (заст. голови), Ю. Сурмін (заст. голови) та ін. К.; Дніпропетровськ: НАДУ, 2012. Т. 1. 564 с.

4. Єрмошенко М. Фінансова безпека держави: національні інтереси, реальні загрози, стратегія забезпечення К.: КНТЕУ, 2001. 309 с.

5. Користін О., Барановський О., Герасименко Л. Економічна безпека: навч. посіб.; за ред. О. Джужі. К.: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2010. URL: http://libfree.com/101560472_ekonomikateoretichni_zasadi_ekonomichnoyi_bezpeki.html#127.

6. Пендюра М. Національна безпека України в контексті сучасних європейських геополітичних трансформацій: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. К.: [б. в.], 2005. 212 с.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Акімова Людмила Николаевна – кандидат экономических наук, доцент, доцент кафедры финансов и природопользования Национального университета водного хозяйства и природопользования

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Akimova Lyudmila Nikolayevna – PhD in Economics, assistant professor, assistant professor of the Department of Finance and Environmental Sciences, National University of Water and Environmental Engineering

l_akimova@ukr.net

УДК 347.635

ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ РЕАЛИЗАЦИИ РОДИТЕЛЯМИ ЛИЧНЫХ НЕИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ

Инна АПОПИЙ,

кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры гражданского права и процесса
Национального университета «Львовская политехника»

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена особенностям осуществления родителями личных неимущественных прав в отношении ребенка: права на общение, права на участие в решении вопросов воспитания в контексте последних изменений в действующем законодательстве. Проанализированы актуальные проблемы правоприменения, аргументированы замечания и предложения. Обращается внимание на фактическое нарушение принципа равноправия в спорах о месте проживания и воспитания малолетних детей. Проанализировано соотношение понятий «контакт» и «общение». Уделяется внимание мнению практических специалистов при обсуждении соответствующих законодательных инициатив, а также в судебной практике.

Ключевые слова: личные неимущественные права, право на общение, право на решение вопросов воспитания по взаимному согласию, устранение препятствий в общении с ребенком, разрешение на вывоз ребенка за границу, упрощенное исковое производство.

PROBLEMATIC ASPECTS OF REALIZATION BY PARENTS OF THEIR PERSONAL NON-PROPERTY RIGHTS

Inna APOPIY,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor,
Associate Professor of Department
of Civil law and Procedure of Lviv Polytechnic National University

SUMMARY

The article dwells upon the peculiarities of realization by parents of their personal non-property rights in respect of the child: the right to communicate, the right to participate in making decisions related to the child's education and other issues, in the context of recent changes made to the current legislation.

The actual problems of law enforcement are analyzed, comments and suggestions are grounded. Attention is drawn to the actual violation of the principle of equality in disputes over the place of residence and upbringing of young children. The correlation of the concepts "contact" and "communication" is analyzed. Attention is paid to the opinion of practical specialists as well as judicial practice, when discussing relevant legislative initiatives.

Key words: personal non-property rights, right to communicate, right to settle issues related to the education of the child by mutual agreement, permission to take a child abroad, simplified proceeding.

Постановка проблемы. Одним из необходимых условий для гармоничного развития личности является полноценное участие родителей в воспитании ребенка, эффективный контакт с ними и эмоциональная поддержка с их стороны. Как отмечала Я. Шевченко, надлежащее выполнение родителями обязанностей по воспитанию может рассматриваться и как один из весомых факторов превентивного характе-

ра: чем выше качество родительского воспитания – тем меньше вероятность совершения ребенком противоправных действий, поскольку доказано, что существует определенная связь между отсутствием родительской заботы и антиобщественным поведением несовершеннолетних [1, с. 58]. Согласно ст. 141 Семейного кодекса Украины (далее – СК Украины), родители имеют равные права и обязанности относительно



ребенка, и расторжение брака, проживание отдельно не влияет на их объем [2]. Однако на практике после расторжения брака ситуация часто прямо противоположная. Конфликт между родителями, приведший к разводу, переносится уже в другую плоскость и продолжается с использованием ребенка для шантажа и/или мести. Тот из родителей, с кем остался ребенок, ограничивает или вообще обрывает его контакты с другим. Другой, в свою очередь, препятствует везде, где требуется его разрешение или участие. Нередко для защиты нарушенных прав приходится обращаться в органы опеки и попечительства или в суд. В научной литературе справедливо отмечается, что одной из причин сложности споров о детях, связанных с их семейным воспитанием, является противостояние сторон – равных носителей родительских прав, находящихся в состоянии жесткого конфликта, а также то, что «предметом» спора является ребенок [3, с. 32]. Случается также, что тот из родителей, кто проживает отдельно, вместе с расторжением брака «расторгает» и отцовство, забывая о ребенке. Его приходится разыскивать каждый раз, когда возникает потребность в решении определенных вопросов, для которых по закону требуется участие обоих родителей.

Масштаб проблемы хорошо иллюстрируют статистические данные: только за 2017 г. в Украине зарегистрировано 128,7 тыс. разводов [4].

Актуальность темы исследования. За последний год законодатель сделал важные шаги, направленные на решение существующих проблем с надлежащей реализацией родителями своих прав и обязанностей. Были внесены изменения в ряд нормативно-правовых актов с целью более эффективной защиты прав детей. И хотя основной акцент делался на праве ребенка на надлежащее содержание, однако изменения коснулись и осуществления родителями отдельных неимущественных прав. Речь идет о праве родителя, который проживает отдельно от ребенка, на общение с ним, а также о праве участвовать в решении вопросов по его воспитанию. Исследование реализации этих прав с учетом законодательных новелл является актуальным как с теоретической, так и практической точки зрения.

Состояние исследования. Отдельные аспекты личных неимущественных прав родителей и детей исследовались такими учеными, как К. Глиняная, С. Клим, Л. Красицкая, Б. Левковский, В. Мироненко, Г. Трипульский и др. Вместе с тем с учетом изменений в правовом регулировании проблема требует дальнейших исследований.

Целью статьи является исследование осуществления права того из родителей, кто проживает отдельно от ребенка, на общение с ним, и права участвовать в решении вопросов по его воспитанию в контексте последних изменений в действующее законодательство

Изложение основного материала. Право на общение с ребенком обеспечивается рядом нормативно-правовых актов, а также международных договоров, ратифицированных Украиной. Это право является взаимным, то есть относится и к родителям в отношении ребенка, и к ребенку в отношении родителей. Так, согласно ч. 3 ст. 9 Конвенции о правах ребенка, ребенок, разлучаясь с одним или обоими родителями, имеет право поддерживать на регулярной основе личные отношения и прямые контакты с обоими родителями, за исключением случаев, когда это противоречит интересам ребенка [5]. Согласно ч. 1 ст. 4 Конвенции о контакте с детьми, ребенок и его родители имеют право устанавливать и поддерживать регулярный контакт друг с другом [6]. Закон Украины «Об охране детства» в ст. ст. 15, 16 тоже закрепляет право ребенка, который проживает отдельно от родителей или от одного из них, на поддержание с ними регулярных личных отношений и прямых контактов. Родители, проживающие отдельно от ребенка, обязаны принимать участие в его воспитании и имеют право общаться с ним, если судом признано, что такое общение не будет препятствовать нормальному воспитанию ребенка [7].

Семейный кодекс, в свою очередь, оперирует только термином «общение с ребенком». Как считают некоторые ученые, легальное признание права родителей и детей на общение является правовым средством обеспечения права ребенка на надлежащее родительское воспитание, а также правовой гарантией надлежащего исполнения родителями своих обязанностей по воспитанию.

Общение может иметь различные формы: свидание с глазу на глаз, с помощью средств связи, получения и передачи информации в отношении друг друга, путем предоставления подарков, совместного отдыха и др. [8, с. 45]. В то же время Л. Красицкая справедливо отметила, что анализ положений Конвенции о контакте с детьми показывает, что по своему содержанию право родителей и ребенка на контакт шире, чем право родителей и детей на общение между собой, поскольку право на контакт включает в себя не только право на любую форму общения родителей и ребенка между собой, но и право пребывания ребенка в течение ограниченного периода вместе с родителями, с которыми он обычно не проживает, и право на получение информации друг о друге [9, с. 216]. В случае невозможности осуществления права родителей и ребенка на контакт, как у родителей, так и у ребенка возникает право на защиту, реализация которого происходит в охранительных правоотношениях при применении различных форм и способов защиты. Следует отметить, что споры об устранении препятствий в общении с детьми являются одними из самых распространенных споров, связанных с воспитанием детей. Такие споры зачастую становятся предметом рассмотрения как органов опеки и попечительства, так и судов, причем не только национальных, но и международных. Предметом рассмотрения судов и органов опеки и попечительства в Украине являются споры именно о нарушении права на общение, предметом же рассмотрения международных судебных учреждений являются споры о праве на контакт [9, с. 219]. Ученый предлагает рассматривать осуществление этого права родителями и детьми как осуществление правомочий, составляющих содержание права родителей и ребенка на контакт, как права на общение между собой, права доступа, права родителей на информацию о ребенке и права ребенка на информацию о родителях [9, с. 223].

Следует отметить, что несмотря на декларируемое в Конституции Украины и Семейном кодексе равноправие обоих родителей, в судебной практике при определении места жительства малолетнего ребенка предпочтение отдается матери. Основным аргумен-



том является сильная привязанность маленьких детей к матери. Кроме того, для обоснования своего решения суды часто ссылаются на положения п. 6 Декларации прав ребенка, принятой резолюцией 1386 (XIV) Генеральной Ассамблеи ООН от 20.11.1959 г., в котором указано, что ребенок для полного и гармоничного развития его личности нуждается в любви и понимании. Он должен, если это возможно, расти на попечении и под ответственностью своих родителей в атмосфере любви, моральной и материальной обеспеченности. Малолетнего ребенка не следует (кроме случаев, когда имеются исключительные обстоятельства) разлучать с матерью. Таким образом, можно сделать вывод, что на практике принцип равенства прав и обязанностей родителей, задекларированный в украинском законодательстве, не действует. При абсолютном равенстве прав отца и матери лишь 5–7% судебных решений по делам об определении места жительства ребенка принимаются в пользу отца, хотя стоит отметить, что в последнее время наблюдается незначительная тенденция к их росту [10]. По делам об устранении препятствий в общении с ребенком суды также нередко отказывают отцам в требованиях о свиданиях с ребенком без обязательного присутствия матери, ссылаясь на то, что из-за малого возраста (например, 4–5 лет) пребывание без матери даже с отцом, который постоянно не проживает с ним, может негативно сказаться на ребенке [11; 12]. Такие решения выносятся даже в случае неприязненных отношений и конфликтов между родителями, исходя из «максимально возможного учитывания интересов ребенка», о чем указывается в ч. 1 ст. 3 Конвенции о правах ребенка, ч. ч. 7, 8 ст. 7, ч. 2 ст. 159 СК.

Как неоднократно отмечалось специалистами, в Украине сложилась такая практика, что тот из родителей, с кем проживает ребенок, имеет все преимущества перед другим в плане его воспитания. Он может практически беспрепятственно злоупотреблять своими правами, не допуская бывшего мужа (жену) к общению с ребенком и устраняя его (ее) от воспитания [13]. Хотя в Семейном кодексе и закреплено положение об обязательности выполнения решений органов опеки и по-

печительства, однако ни органы Государственной исполнительной службы, ни правоохранительные органы не имеют возможности заставить родителей выполнять это решение. Оно не включено в число исполнительных документов [8, с. 46]. Что касается судебной защиты прав того из родителей, кто проживает отдельно от ребенка, то такое дело может затянуться на годы. Эффективность принудительного исполнения судебных решений, как неоднократно подчеркивали специалисты, тоже невысока из-за отсутствия в Законе Украины «Об исполнительном производстве» специальной статьи о выполнении именно этой категории дел, а относительно ответственности за невыполнение предусмотренной ст. 75 Закона, учитывая специфику объекта выполнения, она тоже не слишком действенна [13].

Учитывая это, был внесен ряд изменений с целью устранения препятствий в полноценной реализации прав родителями, проживающими отдельно, и их детьми на общение. Так, прежде всего, следует отметить дополнение ст. 184 Кодекса Украины об административных правонарушениях (далее – КУоАП) положениями, предусматривающими ответственность за невыполнение решения органа опеки и попечительства по определению способов участия в воспитании ребенка и общении с ним того из родителей, кто проживает отдельно от ребенка, в виде штрафа в размере 100–150 необлагаемых минимумов доходов граждан, а в случае повторного совершения деяния в течение года – 150–300 необл. мин. дох. граждан и временного ограничения того из родителей, с кем проживает ребенок, в праве выезда за пределы Украины, а также ограничения в праве управления транспортным средством до исполнения решения в полном объеме [14]. Эффективность такого нововведения покажет время. С одной стороны, предусмотренная в ч. 2 ст. 158 СК ответственность в виде возмещения материального и морального ущерба другому родителю до этого не слишком влияла на общее положение вещей. С другой стороны, учитывая реалии судебной практики по делам о возмещении морального вреда, можно с уверенностью сказать, что это неудивительно. Следовательно, вызы-

вание штрафа является более реальным и, очевидно, будет иметь больший превентивный эффект. Относительно временного ограничения в праве выезда за пределы Украины и ограничения в праве управления транспортным средством, то законодатель действовал по аналогии с ч. 9 ст. 71 Закона Украины «Об исполнительном производстве», где введены дополнительные ограничения для лиц, уклоняющихся от уплаты алиментов, в виде установления временного ограничения должника в праве управления транспортными средствами, пользования огнестрельным охотничьим, пневматическим и другим оружием, в праве охоты, в праве выезда за пределы Украины до погашения задолженности по уплате алиментов в полном объеме. Поскольку, как уже отмечалось, подавляющее большинство малолетних детей остаются с матерями, то ограничения в охоте и пользовании оружием тут неактуальны. Видимо, поэтому был выбран сокращенный вариант негативных последствий. Такие же последствия предусмотрены ст. 64-1 Закона Украины «Об исполнительном производстве», о которой пойдет речь ниже. Однако стоит обратить внимание на один важный момент: временное ограничение того из родителей, с кем проживает ребенок, в праве выезда за пределы Украины и ограничение в праве управления транспортным средством налагаются *до выполнения решения в полном объеме*. Однако, в отличие от погашения задолженности по алиментам, выполнение решения органа опеки и попечительства по определению способов участия в воспитании ребенка и общении с ним того из родителей, кто проживает отдельно от ребенка, имеет длительный (до 18 лет ребенка) и регулярный характер. Когда решение можно считать выполненным в полном объеме? После первой же разовой встречи или после достижения ребенком совершеннолетия? И в первом случае как быть, когда решение выполняется, но под формальными предлогами и нерегулярно? Что касается ограничения в выезде за границу, то оно часто противоречит интересам ребенка, ведь именно тот из родителей, с кем он проживает, сопровождает его на отдых, выступления и соревнования, лечение и т. д.



Заслуживают внимания также изменения в порядке исполнительного производства. В частности, в Закон Украины «Об исполнительном производстве» была включена ст. 64-1, предусматривающая порядок исполнения решений об установлении свиданий с ребенком и решений об устранении препятствий в свидании с ребенком. Так, исполнение решения об установлении свидания с ребенком заключается в обеспечении должником свиданий взыскателя с ребенком в порядке, определенном решением, путем осуществления проверки выполнения должником этого решения во время и в месте свидания и принятия мер в случае его невыполнения без уважительных причин. Решение же об устранении препятствий в свидании с ребенком выполняется в порядке, установленном ст. 63 Закона, регулирующей общий порядок выполнения решений, по которым должник обязан совершить определенные действия или воздержаться от их совершения [15]. Детальный порядок осуществления выполнения вышеупомянутых решений предусмотрен Инструкцией по организации принудительного исполнения решений, в которую тоже внесен ряд важных изменений. В частности, предусмотрено, что при исполнении решения об установлении свидания с ребенком, решения об устранении препятствий в свидании с ребенком государственным исполнителем при необходимости привлекает органы опеки и попечительства.

Очень интересной с точки зрения практики является мера воздействия на недобросовестного родителя в виде внесения его в Единый реестр должников, сформированный с целью обнародования в режиме реального времени информации о невыполненных (в основном имущественных) обязательствах должников и предотвращения отчуждения ими имущества. Если при исполнении решения об установлении свидания с ребенком или решения об устранении препятствий в свидании с ребенком государственным исполнителем вынесено постановление о наложении штрафа на должника, Система обеспечивает обработку данных об этом должнике и вносит сведения о нем в Единый реестр должников одновременно с вынесением такого постановления. В случае окончания

исполнительного производства данные о должнике изымаются, а в случае восстановления – снова вносятся. Сведения Единого реестра должников размещаются на официальном сайте Министерства юстиции Украины в открытом доступе, с ними может ознакомиться каждый желающий [16]. Пока не очень понятно, какая функция возлагается на это мероприятие, речь идет о простом обнародовании с целью общественного порицания или на «неимущественных должников» будут распространяться положения ч. 3 ст. 9 Закона Украины «Об исполнительном производстве» и запрет на отчуждение недвижимого имущества, транспортных средств, доли в бизнесе и т. п. Если речь только о своеобразной «доске позора», то вряд ли она даст ожидаемый эффект. Во-первых, данные о должнике ограничиваются ФИО и датой рождения, что не позволяет его идентифицировать среди однофамильцев. Недопустимость разглашения персональных данных не позволяет разместить фото или конкретную информацию. Во-вторых, для того, чтобы воспользоваться поиском, необходимо кроме ФИО и даты рождения должника знать еще и его регистрационный номер учетной карточки налогоплательщика. Соответственно, найти должника в базе могут разве что близкие люди, которые и так все знают. В-третьих, поведение должника хоть и неэтично, но не шокирующее для нашего общества. Поэтому вряд ли информация будет интересна широкой общественности, если только речь не идет о публичных людях.

Если же ко внесенным в реестр лицам будут применяться имущественные ограничения как к должникам по алиментам и другим имущественным должникам, то, безусловно, ситуация с выполнением решений суда значительно улучшится. Однако, по нашему мнению, это противоречит принципам справедливости и целесообразности, поскольку все же такое наказание не является адекватным проступку.

В контексте реализации права родителей на совместное решение вопросов о воспитании ребенка очень важное значение имеет получение разрешения на вывоз ребенка за границу с целью отдыха, обучения, лечения, участия в детских спортивных и творческих соревнованиях, конкурсах, других меро-

приятиях. Как отмечали специалисты, в этом случае уже тот родитель, с которым остался ребенок, оказывается в зависимом положении, ведь второй может сознательно саботировать этот процесс или находиться вне досягаемости из-за работы за рубежом, пребывания в зоне АТО и т. п. Такое разрешение можно также получить в судебном порядке без согласия родителя при наличии определенных оснований. Однако срок рассмотрения дела часто такой, что поездка становится уже неактуальной [13]. Ситуация осложняется еще и тем, что разрешение на выезд ребенка за пределы Украины без согласия родителя, не лишено родительских прав, предоставляется каждый раз отдельно (то есть на каждый выезд), при этом в разрешении указывается страна, местонахождение и срок, на протяжении которого ребенок будет находиться за границей. ВССУ придерживается позиции, что в противном случае разрешение лишает отца ребенка права участвовать в воспитании и возможности общения и является незаконным. Итак, суд не вправе предоставить универсальное, в том числе на будущее, разрешение на выезд ребенка за пределы Украины (только в случае лишения отца родительских прав) [17]. Из-за таких случаев наблюдается странная тенденция, когда матери, находящиеся в фактических брачных отношениях с отцом ребенка, не регистрируют его отцовство, а те, что находились в браке и развелись, спешат лишиться бывшего супруга родительских прав, чтобы избежать проблем с каждоразовым истребованием необходимых разрешений. Существует также практика обращения к «черным нотариусам» для получения разрешения без присутствия и ведома второго родителя [13]. Именно поэтому изменения в ст. 157 СК, предусматривающие возможность вывоза ребенка за границу сроком до 1 месяца, а при наличии алиментных задолженностей – и на срок более 1 месяца, без согласия второго из родителей являются чрезвычайно своевременными и давно ожидаемыми. Воспользоваться такой возможностью может лишь тот из родителей, к которому не применяются меры принудительного исполнения решения об установлении свиданий с ребенком и об устранении препятствий в свиданиях с ребенком. Такая позиция



законодателя представляется справедливой. Кроме того, родитель должен проинформировать другого родителя о факте и подробностях поездки (цель, место, сроки) заказным письмом. Для предотвращения злоупотреблений правом ч. 7 ст. 184 КУоАП предусмотрена административная ответственность в виде штрафа в размере 100–200 неobl. мин. дох. граждан за умышленное нарушение установленного законом ограничения относительно срока пребывания ребенка за пределами Украины. Согласно ч. 10 ст. 285 КУоАП, постановление суда о наложении административного взыскания за вышеуказанное правонарушение в однодневный срок со дня вступления его в законную силу направляется органам пограничной службы для применения к лицу, в отношении которого вынесено постановление, временного ограничения права на выезд за пределы Украины с ребенком. В соответствии со ст. 6 Закона Украины «О порядке выезда из Украины и въезда в Украину граждан Украины», ему временно ограничивается право на выезд из Украины с ребенком сроком на один год со дня наложения административного взыскания, кроме случая, когда есть нотариально удостоверенное согласие на выезд ребенка со стороны второго родителя [18]. Это, конечно, не спасает от случаев, когда под видом обучения или турпоездки ребенок вывозится за границу навсегда, однако вышеуказанные новеллы, безусловно, следует оценивать положительно.

Упрощен также порядок вывоза ребенка за границу вторым родителем, если только он до этого надлежащим образом исполнял свои обязанности и не уклонялся от уплаты алиментов. Так, согласно ч. 5 ст. 157 СК, он может обратиться заказным письмом с уведомлением о вручении к тому из родителей, с которым проживает ребенок, за предоставлением согласия на выезд ребенка за пределы Украины с целью отдыха, обучения и т. д. В случае непредоставления нотариально заверенного согласия на выезд ребенка за границу с указанной целью в 10-дневный срок с момента уведомления о вручении заказного письма, он вправе обратиться в суд с заявлением о предоставлении разрешения на выезд ребенка за границу без согласия второго родителя.

Такие дела рассматриваются в порядке упрощенного искового производства, в соответствии с положениями ч. 4 ст. 19, п. 3 ч. 1 ст. 274 Гражданского процессуального кодекса Украины. Особенности такого производства является то, что, во-первых, суд рассматривает дела в порядке упрощенного искового производства не более 60 дней со дня открытия производства по делу, во-вторых, дело рассматривается без уведомления (вызова) сторон по имеющимся в деле материалам при отсутствии ходатайства кого-либо из них о другом. Безусловно, такой порядок требует готовиться к поездке заранее, однако само существование возможности упрощенного решения вопроса о предоставлении разрешения является существенным изменением к лучшему.

Выводы. Подытоживая вышеуказанное, можно сделать вывод, что потребность в совершенствовании правового регулирования реализации родителями отдельных личных неимущественных прав назрела уже давно. Несмотря на определенные недостатки и предостережения, новеллы отечественного законодательства в данной сфере являются прогрессивными и перспективными. Безусловно, в процессе правоприменения возникнет необходимость в уточнении или пересмотре некоторых положений, однако их принятие является позитивным шагом в нужном направлении.

Список использованной литературы:

1. Шевченко Я. Основы семейного законодательства. К.: Вища школа. 1982. 89 с.
2. Семейный кодекс Украины: Закон Украины від 10.01.2002 р. № 2947-III / Верховна Рада України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2947-14/page>.
3. Глиняна К. Особливості вирішення спорів щодо права батьків на виховання дитини. Часопис цивільстики. 2016. Вип. 21. С. 32–36.
4. Державна служба статистики України. Статистична інформація. Демографічна та соціальна статистика. Населення та міграція. Населення (1990–2018 pp.). URL: <http://www.ukrstat.gov.ua/>.

5. Конвенція про права дитини. ООН; Конвенція, Міжнародний документ від 20.11.1989 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021.

6. Конвенція про контакт з дітьми (ETS № 192) (укр/рос). Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 15.05.2003 р. № ETSN192. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_659.

7. Про охорону дитинства. Закон України від 26.04.2001 р. № 2402-III. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#n150>.

8. Гресь Н. Реалізація права на контакт та спілкування з дитиною при окремому проживанні батьків. Юридичний науковий електронний журнал. Запоріжжя: Запорізький національний ун-т, 2016. № 3. С. 44–47.

9. Красицька Л. Здійснення та захист права батьків і дитини на контакт. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2012. Вип. 4. С. 213–224.

10. Бобак О., Гаро Г. Про «презумпцію недовіри до батька» в українському суспільстві. Юридична Газета. 16. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/simeyne-pravo/pro-prezumpciyu-nedoviri-do-batka-v-ukrayinskomu-suspilstvi.html>.

11. ВСУ: Враховуючи вік дитини та її інтереси, суд може обумовити побачення батька з малолітньою дитиною обов'язковою присутністю матері (справа № 321/657/16-ц, 13.12.2017 р.). URL: [https://protocol.ua/ua/vssu_vrahovuyuchi_vik_ditini_ta_ii_interesi_sud_moge_obumoviti_pobachennya_batka_z_malolitnoyu_ditinoyu_obov_yazkovoyu_prisutnistyu_materi_\(sprava_321_657_16_ts_13_12_17\)/](https://protocol.ua/ua/vssu_vrahovuyuchi_vik_ditini_ta_ii_interesi_sud_moge_obumoviti_pobachennya_batka_z_malolitnoyu_ditinoyu_obov_yazkovoyu_prisutnistyu_materi_(sprava_321_657_16_ts_13_12_17)/).

12. Апеляційний суд Харківської області. Узагальнення практики розгляду сімейних спорів за 2014–2016 pp. Узагальнення судової практики проблемних питань, що виникають при вирішенні сімейних спорів. URL: https://hra.court.gov.ua/sud2090/inf_court/generalization/uzag16c18.

13. Стенограма круглого столу на тему: «Визначення місця проживання дитини, участі одного з батьків у вихованні дитини, врегулювання порядку виїзду дитини за межі України: практика і проблеми», 27.11.2017 р. URL: <http://komsport.rada.gov.ua/uploads/documents/31401.doc>.



14. Кодекс України про адміністративні правопорушення. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>.

15. Про виконавче провадження: Закон України від 2.06.2016 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>.

16. Про затвердження Положення про автоматизовану систему виконавчого провадження: Наказ Міністерства юстиції України; Положення, Перелік від 05.08.2016 р. № 2432/5. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1126-16>.

17. Дозвіл суду на виїзд дитини за межі України без згоди батька не абсолютний, а отримується кожен раз із зазначенням країни та строку перебування дитини (ВССУ від 16.03.2016 р. у справі 6-33303ск15). URL: https://protocol.ua/ua/nadano_dozvil_na_viizd_za_megi_ukraini_perovnolitnoi_ditini/.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Апопій Інна Вікторівна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедри громадянського права і процесу Національного університета «Львівська політехніка»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Апопій Інна Вікторівна – Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Associate Professor of Department of Civil law and Procedure of Lviv Polytechnic National University

inna.apopij@gmail.com

УДК 351.74.009.11(100 +477)(091):343.8

ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ МЕЖДУНАРОДНОГО СОТРУДНИЧЕСТВА МИЛИЦИИ УКРАИНЫ В СФЕРЕ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОЙ ПРЕСТУПНОСТИ (ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

Александр БАРАНОВСКИЙ,

адвокат, аспирант кафедры общеправовых дисциплин
Донецкого юридического института МВД Украины

АННОТАЦИЯ

В статье проанализированы основные этапы формирования и развития организационного и нормативно-правового обеспечения международного сотрудничества милиции Украины с правоохранительными органами государств-участников СНГ и дальнего зарубежья в период её деятельности (1991–2014 гг.). Дана характеристика основных направлений, принципов и форм взаимодействия органов и подразделений милиции Украины с правоохранительными органами иностранных государств в борьбе с транснациональной преступностью. Подчеркнута необходимость изучения опыта международного сотрудничества милиции Украины для дальнейшего развития взаимодействия органов Национальной полиции с правоохранительными органами иностранных государств в противодействии транснациональной преступности.

Ключевые слова: милиция Украины, нормативно-правовое, организационное обеспечение, противодействие, транснациональная преступность, принципы, формы, взаимодействие.

LEGAL AND ORGANIZATIONAL SUPPORT FOR INTERNATIONAL COOPERATION OF THE UKRAINIAN POLICE IN THE SPHERE OF COUNTERACTION OF TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME (HISTORICAL AND LEGAL ASPECT)

Aleksandr BARANOVSKIY,

Lawyer, Postgraduate Student of the Donetsk Law Institute
of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine

SUMMARY

In the article it is analyzed the main stages of the formation and development of organizational and regulatory assurance for the international cooperation of the police of Ukraine with the law enforcement agencies of the CIS member states and foreign countries in the period of its activities (1991–2014). The characteristics of the main directions, principles and forms of interaction between the bodies and divisions of the police of Ukraine with law enforcement agencies of foreign states in the fight against transnational crime is given. It put emphasis upon the need to study the experience of international cooperation of the Ukrainian police for further development of interaction between the bodies of the National Police and law enforcement agencies of foreign states in counteracting transnational crime.

Key words: police of Ukraine, normative-legal, organizational support, counteraction, transnational crime, principles, forms, interaction.

Постановка проблеми. Образовані незалежної України і створення самостійної системи правоохоронительних органів привело до необхідності організації нового напрямку в їх діяльності – міжнародного

сотрудництва, в том числі і в сфері противодействия транснациональным видам преступности. Это было обусловлено тем, что в отличии от политического, социально-экономического и правового криминальное пространство



не только сохранило свою ранее общую территорию, но и даже расширило её за счёт смыкания с организованной преступностью стран зарубежья.

Актуальность темы исследования обусловлена тем, что на протяжении всего периода своей деятельности (1991–2014 гг.) органы и подразделения милиции Украины приобрели значительный опыт международного сотрудничества с правоохранительными органами других государств, международными правоохранительными организациями по самым разным направлениям, и прежде всего в сфере противодействия транснациональной преступности. Историко-правовой анализ этого направления деятельности украинской милиции имеет большое значение для определения наиболее эффективных форм и методов международного взаимодействия в борьбе с различными видами транснациональной преступности для качественно нового правоохранительного органа – Национальной полиции Украины.

Состояние исследования. Исследованию различных аспектов международного сотрудничества правоохранительных органов Украины в борьбе с преступностью посвящены работы: А.М. Бандурки, П.Д. Биленчука, М.Г. Вербенского, О.И. Виноградовой, А.В. Войцеховского, В.И. Гаврилюка, В.Д. Гвоздецкого, В.Л. Грохольского, В.А. Заросило, Е.В. Зозули, В.В. Коваленко, А.С. Мацко, А.Н. Музычука, М.И. Пашковского и других. В тоже время проблемы, требующие комплексного историко-правового анализа международного сотрудничества милиции в противодействии транснациональным видам преступности, требуют дальнейших научных исследований.

Исходя из этого целью статьи является комплексный историко-правовой анализ процесса становления и развития нормативно-правового и организационного обеспечения международного сотрудничества милиции Украины в борьбе с транснациональными видами преступности.

Изложение основного материала исследования. Необходимо отметить, что в начале 90-х гг. XX ст. на территории бывшего СССР сформировались и уже действовали мощные преступные организации, активно использующие политические, экономические, правовые, организационные просчёты

в работе органов государственной власти и управления, правоохранительных органов государств-участников СНГ с целью создания единого криминального пространства. Ежегодно росло число транснациональных преступлений, среди которых преобладали незаконная торговля оружием и взрывчатыми веществами, наркотиками, незаконная миграция и торговля людьми, контрабанда сырьевых ресурсов, кражи произведений искусства и предметов культуры, финансовые аферы.

После обретения независимости эти проблемы стали актуальны и для Украины, которая вследствие общих границ с Европейским Союзом и государствами-участниками СНГ (Российской Федерацией, Республикой Беларусь, Республикой Молдова) стала транзитным плацдармом для транснациональной преступности как ближнего, так и дальнего зарубежья.

В этой связи одним из приоритетных направлений деятельности МВД Украины, и прежде всего милиции как основного правоохранительного органа в его структуре, стало противодействие транснациональным видам организованной преступности. Для эффективного выполнения этой задачи необходимо было в кратчайшие сроки определить механизмы взаимодействия с компетентными органами других государств в данном направлении оперативно-служебной деятельности милиции Украины, разработать необходимую нормативно-правовую базу, позволяющую реально реализовывать принципы международного сотрудничества в борьбе с транснациональной преступностью.

Анализируя становление и развитие международного сотрудничества МВД Украины с правоохранительными органами других государств по противодействию транснациональной организованной преступности, необходимо отметить, что важнейшей его составляющей стало организационное и нормативно-правовое обеспечение этого важнейшего направления в деятельности украинской милиции.

Характеризуя меры организационно-обеспечения, необходимо отметить, что с целью развития сотрудничества органов милиции Украины с правоохранительными органами других государств, международными и неправительственными организациями в 1991 году в струк-

туре Управления кадров МВД Украины впервые был создан отдел внешних связей. Год спустя он стал самостоятельным подразделением в системе МВД Украины. В последующем, в 1994 году, на базе отдела было создано Управление международных связей (далее – УМС), которое на протяжении 1996–2004 гг. входило в структуру Главного штаба МВД Украины, а с 2004 года становится самостоятельным подразделением МВД Украины. С января 2008 года данное управление вошло в состав новообразованного Департамента связей с общественностью и международной деятельности МВД Украины (далее – ДСОМД) [1, с. 184].

Основными задачами этого подразделения стали: обеспечение координации сотрудничества с международными организациями, а также с органами исполнительной власти, учреждениями и организациями иностранных государств, с правительственными и неправительственными организациями по соответствующим направлениям деятельности МВД Украины; подготовка и обработка межгосударственных, межправительственных и межведомственных международных соглашений по вопросам компетенции МВД Украины; координация деятельности представителей МВД Украины в иностранных государствах и международных организациях, а также обеспечение сотрудничества с представителями правоохранительных органов, работающих в составе дипломатических представительств иностранных государств в Украине [2].

Реализуя поставленные задачи, УМС МВД Украины на протяжении всего периода своей работы координировало деятельность, связанную с международным сотрудничеством структурных подразделений министерства, ГУМВД и УМВД в областях, на транспорте и учебных заведениях.

При организации взаимодействия в противодействии транснациональной преступности МВД Украины использовало две основные правовые формы: договорно-правовую – заключение и реализация двусторонних и многосторонних договоров с правоохранительными органами других государств, которыми регулировались отношения на данном направлении оперативно-служебной деятельности органов милиции; институционную – сотрудничество в рамках международных универсальных и



региональных правоохранительных организаций.

Характеризуя договорно-правовую составляющую, необходимо отметить, что в непростых условиях становления молодой украинской государственности руководство МВД прежде всего принимало энергичные меры в деле восстановления, координации и развития взаимодействия правоохранительных органов республик бывшего СССР. При этом в первую очередь активные усилия по созданию договорной базы в этом направлении были предприняты на межведомственном уровне. Так, вскоре после обретения Украиной независимости, 28.02.1992 был подписан ряд межведомственных соглашений: Соглашение о сотрудничестве между МВД Украины и МВД Российской Федерации [3, с. 49], 06.03.1992 – между МВД Украины и МВД Республики Беларусь [3, с. 55], 03.08.1992 – между МВД Украины и МВД Республики Кыргызстан [4], 03.11.1992 года между МВД Украины и МВД Республики Молдова [5]. Впоследствии (21.10.1992) были подписаны соглашения о сотрудничестве в борьбе с преступностью между МВД Украины и МВД Республики Таджикистан, Республики Грузия, Азербайджанской Республики, Республики Армения, Республики Узбекистан [6], а в 1993 году – с МВД Казахстана.

Необходимо отметить, что следствием подписания данных соглашений было решение МВД Украины, что начальники служб МВД, а также УВД пограничных областей, по письменному согласованию с руководством министерства могут заключать отдельные Протоколы с соответствующими органами и службами этих государств с целью развития взаимодействия по конкретным направлениям оперативно-служебной деятельности.

Также были определены основные принципы и формы взаимодействия по отдельным, наиболее важным направлениям в борьбе с преступностью. Так, 29 апреля 1992 года в г. Минске был подписан Протокол о принципах и формах сотрудничества служб МВД Белоруссии, России и Украины, осуществляющих борьбу с преступностью в сфере экономики [7]. Наряду с принципами протоколом определялись и конкретные формы сотрудничества в реализации указанных направлений: выполнение официальных запросов; регулярный обмен оператив-

но-розыскной, оперативно-справочной информацией о совершенных или готовящихся преступлениях и причастным к ним лицам для предупреждения, выявления и раскрытия тяжёлых преступлений в сфере экономики; проведение согласованных оперативно-розыскных мероприятий и процессуальных действий по мероприятиям межрегионального характера, предоставление практической помощи на территории своих государств оперативным сотрудникам во время их пребывания в служебных командировках [7, с. 2–3].

Впоследствии на основе межведомственных был заключён ряд многосторонних, принципиально важных соглашений по конкретным направлениям взаимодействия, к которым присоединилось и МВД Украины: Соглашение о взаимодействии министерств внутренних дел независимых государств в сфере борьбы с преступностью от 24.04.1992; Соглашение о сотрудничестве в сфере обеспечения материально-техническими средствами и изделиями специальной техники; Соглашение о взаимоотношениях министерств внутренних дел в сфере обмена информацией от 03.08.1992; Соглашение о сотрудничестве в борьбе с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ от 21.10.1992; Соглашение о сотрудничестве по технико-криминалистическому обеспечению оперативно-служебной деятельности от 13.05.1993.

Заключение этих соглашений способствовало улучшению конкретных направлений взаимодействия между МВД Украины и правоохранительными органами государств-участников СНГ. Так, например, в соответствии с Соглашением о сотрудничестве в сфере обеспечения материально-техническими средствами и изделиями специальной техники стороны обязались в интересах предупреждения, раскрытия и расследования преступлений предоставлять друг другу сведения об оперативно-справочном, розыском, криминалистическом и других учётах, автоматизированных системах и банках данных, архивах [8, с. 225].

Следует отметить, что и в дальнейшем сотрудничество МВД Украины с правоохранительными органами государств-участников СНГ в противодействии транснациональным формам преступности развивалось на основе

конвенций, соглашений, среднесрочных программ. Этими нормативно-правовыми актами определялись основные направления сотрудничества МВД Украины с МВД государств-участников Содружества. Среди них: борьба с бандитизмом, терроризмом, захватом заложников; пресечение незаконных операций с оружием, боеприпасами, взрывчатыми, ядовитыми веществами и радиоактивными материалами; борьба с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ, незаконной миграцией; похищениями и торговлей людьми, органами или тканями человека для трансплантации; противодействие преступлениям в сфере экономики; борьба с контрабандой, а также преступлениями, объектом которых являются культурные и исторические ценности; противодействие преступлениям в сфере интеллектуальной собственности и киберпреступности; розыск преступников, лиц, укрывающихся от следствия и суда, отбытия наказания, без вести пропавших и т.д. [9, с. 132].

Среди важнейших нормативно-правовых актов, которые легли в основу формирования законодательной базы международного сотрудничества милиции Украины с правоохранительными органами стран Содружества, необходимо отметить Конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (подписана 22.01.1993) [10]; Программу совместных мер по борьбе с организованной преступностью и иными опасными видами преступлений на территории государств-участников СНГ (утверждена Советом глав правительств СНГ 12.03.1993) [11], Соглашение о сотрудничестве Министерств внутренних дел в сфере борьбы с организованной преступностью (подписано 17.02.1994) [12].

Эти нормативно-правовые акты позволили заложить основу для заключения межгосударственных соглашений по вопросам сотрудничества в сфере борьбы с организованной преступностью, незаконного обращения оружия, взрывчатых и радиоактивных веществ, о порядке взаимодействия следственно-оперативных групп на территории других государств, о порядке взаимодействия ОВД, таможенных служб и пограничных войск, о сотрудничестве в сфере борьбы с преступлениями в банковской, кредитно-финансовой сферах, коммерческих



структурах, в сфере внешнеэкономической деятельности, о сотрудничестве в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотиков.

В организационном плане они способствовали укреплению взаимодействия милиции Украины с правоохранительными органами государств-участников СНГ в предупреждении, выявлении, пресечении и расследовании преступных деяний, совершаемых организованными преступными группами, в том числе и транснационального характера.

Немаловажное значение в системе нормативно-правового обеспечения международного сотрудничества органов милиции Украины в сфере противодействия организованной преступности имели ряд последовательно принятых межгосударственных программ, подписанных в рамках деятельности Совета глав государств Содружества. Среди них: Межгосударственная программа совместных мер борьбы с организованной преступностью и иными видами опасных преступлений на территории государств-участников СНГ на период до 2000 г. [13], Межгосударственные программы совместных мер борьбы с преступностью на 2000–2003 [14] и 2008–2010 гг. [15], Межгосударственная программа совместных мер борьбы с преступностью на 2011–2013 годы [16].

Участие в реализации данных программ способствовало совершенствованию и гармонизации национального законодательства в борьбе с организованным криминалом, укреплению международно-правовой базы сотрудничества милиции Украины, обеспечивало участие её органов и подразделений в совместных межгосударственных целевых оперативно-профилактических операциях на различных направлениях противодействия транснациональным видам преступности, улучшению информационного, кадрового, материально-технического и финансового обеспечения органов и подразделений украинской милиции.

Необходимо подчеркнуть, что помимо межгосударственных программ и соглашений комплексного характера был заключён и ряд соглашений и договоров по наиболее важным направлениям борьбы с транснациональными видами преступности. Среди них: Соглашение о сотрудничестве в борьбе с преступлениями

в сфере экономики (1996 г.), Соглашение о сотрудничестве государств-участников СНГ в борьбе с незаконной миграцией (1998 г.), Соглашение о сотрудничестве государств-участников СНГ в борьбе с похищениями и торговлей людьми, органами и тканями человека (2005 г.), Договор о противодействии легализации (отмыванию) преступных доходов и финансированию терроризма (2007 г.) и др.

Характеризуя организационную составляющую, следует отметить, что на протяжении 2010–2014 гг. основными направлениями взаимодействия милиции Украины с правоохранительными органами государств-участников СНГ стали: участие в создании и гармонизации международного законодательства в сфере борьбы с организованной преступностью; проведение рабочих встреч с представителями правоохранительных органов приграничных областей; обмен опытом и оперативной информацией по приоритетным направлениям деятельности; выполнение официальных запросов общего и конфиденциального характера. Помимо этого, совершенствовалась практика проведения согласованных оперативно-розыскных и профилактических мероприятий, широкомасштабных целевых специальных операций («Канал», «Прекурсор», «Розыск», «Мигрант», «Трасса-Большегруз», «Нелегал», «Пассажир», «Мак», «Конопля», «Допинг», «Переброс», «Притон», «Транзит», «Трафик», «Поставщик», «Арсенал» и др.), а также специальных мероприятий по методу «контролируемая поставка». Важными направлениями являлись розыск лиц, находящихся в межгосударственном розыске, их экстрадиция или депортация, участие в подготовке кадров, проведение совместных научных исследований в сфере борьбы с преступностью [9, с. 133–134].

Помимо развития договорно-правовой базы с правоохранительными органами государств-участников СНГ, МВД Украины последовательно развивало связи с соответствующими компетентными органами стран дальнего зарубежья. Анализ архивных источников свидетельствует, что наряду с установлением межведомственных связей с ОВД республик бывшего СССР проходил процесс становления нормативно-правовой базы взаимодействия с правоохранительными органами стран Балтии, а также европейских государств. Так,

например, в течение 1992–1993 гг. для укрепления и развития контактов с правоохранительными органами других государств в борьбе с преступностью был заключён ряд соглашений о сотрудничестве и среди них: между МВД Украины и МВД Республики Польша, МВД Венгерской Республики от 12.02.1992, [17, с. 49], МВД Республики Румыния от 18.05.1992, МВД Латвийской Республики, МВД Литовской Республики, МВД Эстонской Республики от 30.05.1992, Общее Заявление о сотрудничестве между МВД Украины и МВД Баварии (ФРГ) от 24.04.1992 [18].

Кроме общих, соглашения на двусторонней основе регулировались и отдельные направления сотрудничества в борьбе с транснациональными видами преступности. Так, например, Соглашением о сотрудничестве между МВД Украины и Федеральным министерством Австрийской Республики (подписано в августе 1992 г.) определялись основные направления взаимодействия в борьбе с незаконным оборотом наркотиков и организованной преступностью [19].

Наряду с соглашениями, договорами между МВД Украины и правоохранительными органами европейских государств важной составляющей нормативно-правовой базы сотрудничества в противодействии транснациональному криминалу на двустороннем уровне стали протоколы о сотрудничестве. Таким примером может служить Протокол встречи представителей МВД Украины и МВД Республики Италия по вопросам обмена компьютерной информацией о незаконных перевозках наркотических средств и психотропных веществ «Балканским путём». Практической составляющей подписания отмеченного нормативно-правового акта стало решение о создании общей компьютерной системы для обмена информацией между МВД Украины и МВД Республики Италия с помощью средств телекоммуникации [20, с. 203].

Помимо этого, важнейшей составляющей взаимодействия милиции Украины в противодействии транснациональной преступности является развитие сотрудничества с правоохранительными организациями универсального и регионального характера. Среди них – Международная организация уголовной полиции (Интерпол), членом которой наша



страна стала четвертого ноября 1992 года. Также с 2010 года МВД Украины активно развивает сотрудничество с Европейским полицейским офисом (Европол). Начало этому сотрудничеству было положено подписанием 4 декабря 2009 г. Соглашения между Украиной и Европолом о стратегическом сотрудничестве [21], которое было ратифицировано Законом Украины от 05.10.2010 № 2576-VI [22].

Необходимо отметить, что для реализации национальной политики углубления международного сотрудничества в сфере борьбы с транснациональной организованной преступностью центральные органы исполнительной власти Украины, в том числе и МВД Украины, в пределах своей компетенции на региональном уровне наладили взаимодействие с НАТО, Европейским Союзом, Советом Европы, а также с такими организациями, как Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ), Центральноевропейская инициатива (ЦЕИ), Совет Евроатлантического Партнерства (СЕАП), Организация Черноморского Экономического Сотрудничества (ОЧЭС), Организация за демократию и экономическое развитие (ГУУАМ).

Выводы. Таким образом, анализ истории становления и развития организационно-правового обеспечения взаимодействия МВД Украины с правоохранительными органами других государств позволяет сделать вывод о том, что на протяжении всего исторического периода деятельности милиции Украины (1991–2014 гг.) была создана широкая международно-правовая база её сотрудничества на основных направлениях борьбы с транснациональными видами преступности. Помимо этого, в структуре МВД Украины на протяжении всего указанного исторического периода на международном направлении достаточно эффективно действовали соответствующие подразделения (УМС, ГУБОП, ДБКПТЛ, ДБНОН, ДГСБЭП МВД Украины, Рабочий аппарат Национального центрального бюро Интерпола в Украине), одной из главных задач которых была организация борьбы с различными видами транснациональной преступности в пределах своей компетенции. Вместе с тем на эффективность сотрудничества в сфере противодействия транснациональной преступности негативно влияли нерешённые проблемы своевременного и полного обмена опе-

ративной информацией, несовершенство нормативной базы по отдельным направлениям деятельности.

Использование положительного опыта международного сотрудничества милиции Украины является важным условием для организации эффективного международного взаимодействия органов Национальной полиции Украины с полицейскими органами других государств, а также определения основных принципов и форм этого сотрудничества и направлений его усовершенствования, в том числе и в противодействии транснациональным видам преступности.

Список использованной литературы:

1. Зозуля. Є.В. Міжнародне співробітництво органів внутрішніх справ України: історико-правове дослідження: монографія. Харків: НікаНова, 2014. 782 с.
2. Положення про Управління міжнародних зв'язків МВС України: наказ МВС України від 24.05.2011 № 233. Поточний архів Донецького юридичного інституту МВС України. Справа з наказами МВС України за 2011 рік, арк. 165–166.
3. Об объявлении Соглашений о сотрудничестве между МВД Украины и МВД других государств: наказ МВС України від 06.05.1992 № 241. Архів ГУНП України в Донецькій області. Ф. 20, д. 3, т. 6, арк. 49.
4. Про оголошення Регламенту Ради міністрів внутрішніх справ та Угод про співробітництво між МВС України та інших держав: наказ МВС України від 12 серпня 1992 року № 524. Архів ГУНП України в Донецькій області. Ф. 20, д. 3, т. 15, арк. 214–231.
5. Про оголошення Угоди про співробітництво між МВС України та МВС Республіка Молдова: наказ МВС України від 18 листопада 1992 року № 640. Архів ГУНП України в Донецькій області. Ф. 20, д. 3, т. 18, арк. 220–227.
6. Про оголошення Угод про співробітництво між МВС України та МВС інших держав: наказ МВС України від 30 жовт. 1992 р., № 654. Архів ГУНП України в Донецькій області. Ф. 20, д. 3, т. 18, арк. 228–253.
7. Про оголошення Протоколу про принципи і форми співробітництва

служб, які здійснюють боротьбу із злочинністю в сфері економіки МВС Білорусі, Росії й України: наказ МВС України від 19 липня 1993 року № 421. Архів ГУНП України в Донецькій області. Ф. 20, д. 3, т. 8, арк. 1–11.

8. Про оголошення Регламенту Ради міністрів внутрішніх справ та Угод про співробітництво між МВС України та інших держав: наказ МВС України від 12 серпня 1992 року № 524. Архів ГУНП України в Донецькій області. Ф. 20, д. 3, т. 15, арк. 214–231.

9. Зозуля Е.В. Нормативно-правове и организационное обеспечение международного сотрудничества МВД Украины с правоохранительными органами государств-участников СНГ в борьбе с транснациональной преступностью (историко-правовой аспект). Вестник Воронежского института МВД России. 2013. № 1. С. 129–135.

10. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22.01.1993. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009

11. Про оголошення Програми сумісних заходів по боротьбі з організованою злочинністю та іншими небезпечними видами злочинів на території держав-учасників СНД: наказ МВС України від 10 травня 1993 року № 281. Архів ГУНП України в Донецькій області. Ф. 20, д. 3, т. 5, арк. 228–233.

12. Соглашение о сотрудничестве Министерств внутренних дел в сфере борьбы с организованной преступностью от 17 февраля 1994 года. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_311

13. Решение о Межгосударственной программе совместных мер борьбы с организованной преступностью и иными видами опасных преступлений на территории государств-участников СНГ на период до 2000 года. URL: <http://docs.cntd.ru/document/1901184>

14. Решение о Межгосударственной программе совместных мер борьбы с преступностью на период с 2000 до 2003 года. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/997_479

15. Решение о Межгосударственной программе совместных мер борьбы с преступностью на 2008–2010 годы. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_g78

16. О Межгосударственной программе совместных мер борьбы с преступностью на 2011–2013 годы: решение Со-



вета глав государств СНГ от 10 декабря 2010 года. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=32926

17. Про оголошення Угод про співробітництво між МВС України та МВС інших держав: наказ МВС України від 06.05.1992, № 241. Архів ГУНП України в Донецькій області. Ф. 20, д. 3, т. 6, арк. 49–66.

18. Про оголошення документів про міжнародне співробітництво між МВС України та МВС інших держав: наказ МВС України від 09 черв. 1992 р., № 420. Архів ГУНП України в Донецькій області. Ф. 20, д. 3, т. 12, арк. 51.

19. Про оголошення Угоди про співробітництво між МВС України та Федеральним міністром Австрійської Республіки у боротьбі з незаконним оборотом наркотиків та організованою злочинністю: наказ МВС України від 30 вер. 1992 р., № 564. Архів ГУНП України в Донецькій області. Ф. 20, д. 3, т. 17, арк. 37–40.

20. Про оголошення Протоколу зустрічі представників МВС України та МВС Республіки Італія: наказ МВС України від 24 бер. 1993 р., № 155. Архів ГУНП України в Донецькій області. Ф. 20, д. 3, т. 3, арк. 201–204.

21. Угода між Україною та Європейським поліцейським офісом про стратегічне співробітництво від 04 груд. 2009 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_001-16

22. Про ратифікацію Угоди між Україною та Європейським поліцейським офісом про стратегічне співробітництво: Закон України від 05 жовт. 2010 р., № 2576-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/2576-17>

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Барановский Александр Витальевич – адвокат, аспирант кафедры общеправовых дисциплин Донецкого юридического института МВД Украины

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Baranovskiy Aleksandr Vitalyevich – Lawyer, Postgraduate Student of the Department of General Legal Disciplines of the Donetsk Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine

ezoz@ukr.net

УДК 343.982.4

СРЕДСТВА БИОМЕТРИЧЕСКОЙ ИДЕНТИФИКАЦИИ И ВЕРИФИКАЦИИ КАК СОВРЕМЕННЫЕ ТЕХНОЛОГИИ ЗАЩИТЫ ДОКУМЕНТОВ, УДОСТОВЕРЯЮЩИХ ЛИЧНОСТЬ

Ирина БЕЛОУС,

заведующий отделом

Киевского научно-исследовательского института судебных экспертиз
Министерства юстиции Украины

АННОТАЦИЯ

В статье проводится теоретическое исследование, направленное на изучение перспектив использования биометрических технологий для усовершенствования системы безопасности документов, а также обеспечения достоверной и быстрой идентификации личности. Осуществляется анализ научной, технической и юридической литературы, посвященной проблемам защиты документов, удостоверяющих личность, а также использования для этого биометрических технологий. Раскрываются этапы процесса биометрической идентификации и основные понятия, связанные с ним. На основе проведенного исследования делается вывод о том, что использование биометрических технологий обеспечивает достоверную идентификацию и верификацию владельцев документов, удостоверяющих личность, а также является эффективным средством защиты документов от подделки.

Ключевые слова: национальная безопасность, биометрические технологии, идентификация, верификация, документ, удостоверяющий личность.

BIOMETRIC IDENTIFICATION AND VERIFICATION MEASURES AS THE MODERN TECHNOLOGIES OF PROTECTION OF IDENTIFICATION DOCUMENTS

Irina BELOUS,

Head of the Department of the Kiev Scientific Research Institute
of Forensic Expertise of the Ministry of Justice of Ukraine

SUMMARY

The article presents a theoretical study aimed at exploring the prospects for the use of biometric technologies for improving the security of documents, as well as ensuring reliable and rapid identity. The analysis of scientific and technical literature dealing with the protection of identity documents and the use of biometric technologies. The stages of the biometric identification process and the basic concepts associated with it are revealed. Based on the study, it is concluded that the use of biometric technologies provides for the reliable identification and verification of identity holders, as well as effective means of protecting documents against forgery.

Key words: national security, biometric technologies, identification, verification, identity document.

Постановка проблемы. Угроза для безопасности стран и их граждан, связанная с международным терроризмом, незаконной иммиграцией и торговлей людьми, а также другими транснациональными преступлениями подняла проблему усовершенствования защиты документов, удостоверяющих личность, на новый уровень.

Ввиду того, что несовершенная система защиты документов, удостоверя-

ющих личность, в течение многих лет способствовала формированию большого количества способов их фальсификации, наступила необходимость разработки новых стандартов безопасности.

Актуальность темы. Для обеспечения международной и национальной безопасности с целью противодействия подделке, мошенничеству и неправомерному использованию персональных данных



владельцев документов, удостоверяющих личность, каждое государство постоянно осуществляет мероприятия, связанные с совершенствованием степени защиты их бланков в соответствии с современными требованиями их безопасности.

Основной целью обеспечения безопасности при удостоверении личности является достоверная идентификация личности, или аутентификация – подтверждение того, что человек является тем, за кого себя выдаёт.

Поэтому перспективным направлением для усовершенствования системы безопасности документов и обеспечения достоверной и быстрой идентификации личности на сегодняшний день является использование биометрических технологий.

Целью и задачей статьи является анализ теоретических и практических вопросов введения для обеспечения защиты документов, удостоверяющих личность, биометрических технологий, а также оценки их эффективности для проведения достоверной идентификации.

Состояние исследования. В последние годы проблемам биометрии и использованию её технологий для защиты документов, удостоверяющих личность, уделяется особое внимание в технической литературе. Это работы таких исследователей, как: Б.В. Аристархова, В.С. Барсукова, В.И. Волчихина, А.А. Гинца, А.В. Зайцева, А.И. Иванова, А.Ф. Стеблевой, И.Н. Спиридонова, М.А. Хебайши и др. В юридической литературе широко освещены вопросы идентификации человека по отдельным биометрическим данным – отпечаткам пальцев и внешним признакам. Метод идентификации человека на основании дактилоскопической информации был описан ещё в 1895 году известным английским учёным-антропологом Ф. Гальтоном. Метод идентификации личности по узорам сетчатки глаза впервые предложен в 1924 г. венским криминалистом доктором Тюркелем. Среди современных учёных-криминалистов следует отметить работы: Г.А. Беляевой, В.К. Башкатова, Е.В. Давыдова, Р.Е. Деминой, А.И. Железнякова, А.М. Зинина, Н.А. Иванова, В.Е. Ляпичева, Н.П. Майлис, Т.Ф. Моисеевой, И.Г. Маландина, С.Л. Мельника. В Украине вопросам криминалистического исследования документов, удостоверяющих личность, в разное время уделяли внимание: Р.С. Белкин, А.И. Винберг;

О.В. Воробей, А.В. Ищенко, О.Л. Кобилянський, В.К. Лисиченко, Д.Я. Мирський, С.Д. Павленко, В.М. Палий, Л.Л. Патык, О.О. Сахарова, С.В. Стариков, М.Я. Сегай, Л.В. Тальянчук, Л.О. Чередниченко, Т.Б. Черткова, Е.В. Шведова, О.Р. Шляхов, Л.П. Щербаковская, В.Ю. Шепитько. Однако вопросы обеспечения защиты документов, удостоверяющих личность, на основе использования биометрических технологий следует отнести к числу недостаточно изученных.

Изложение основного материала. Прежде всего следует обратиться к предпосылкам введения биометрических технологий в систему защиты документов, удостоверяющих личность.

Особо острым вопросом национальной безопасности и необходимости разработки новых стандартов безопасности документов, удостоверяющих личность, стал после трагических событий 11 сентября 2001 в Соединённых Штатах Америки. Учреждённый Комитет Совета Безопасности ООН своей резолюцией 1373 (2001) от 28 сентября 2001 года «О борьбе с терроризмом» постановил, что государства должны «предотвращать передвижение террористов или террористических групп с помощью эффективного пограничного контроля и контроля за выдачей документов, удостоверяющих личность, и проездных документов, а также с помощью мер предупреждения фальсификации, подделки или незаконного использования документов, удостоверяющих личность, и проездных документов» [1].

Международным сообществом функции унификации, разработки регламентов и новых стандартов документов, удостоверяющих личность, были возложены на Международную организацию гражданской авиации (ИКАО).

С учётом этого консультативная группа авиатранспортного комитета Совета ИКАО (TAG/MRTD) по новым техническим технологиям приступила к проведению оценки различных вариантов для обеспечения максимально возможного уровня безопасности использования документов, удостоверяющих личность.

На заседании Европейского Совета, которое состоялось в городе Салоники 19 и 20 июня 2003 года, было принято решение о необходимости выработать в пределах Европейского Союза последовательный подход, касающийся идентификаторов или биометрических данных для документов граждан из третьих стран,

паспортов граждан Союза и систем информации (VIS и SIS II).

Согласно решению Европейского Совета, в паспорт или проездной документ должны быть интегрированы биометрические идентификаторы для установления надёжной связи между законным владельцем паспорта и собственно документом. Гармонизация элементов защиты и интеграция биометрических идентификаторов является значительным шагом в направлении использования новых элементов в перспективе дальнейших разработок на европейском уровне, что делает более безопасными проездные документы и устанавливает более надёжную связь между идентификационным документом и его владельцем с целью значительного содействия защите документа от мошеннического использования.

Паспорта и проездные документы должны содержать носитель информации с высоким уровнем защиты, на котором будет размещаться фотография лица. Государства-члены добавляют два отпечатка пальцев, сохранённые в функционально совместимом формате. Данные обеспечиваются защитой, а носитель информации обеспечивается достаточной ёмкостью и пригодностью гарантировать целостность, аутентичность и конфиденциальность данных [2].

В 2003 году Группа TAG/MRTD официально представила ИКАО рекомендацию, которая была принята и одобрена в качестве рабочего плана ИКАО.

Согласно данным рекомендациям было принято решение о том, что:

– всеобщим биометрическим параметром должно быть изображение лица в виде фотографии с высоким разрешением, хранящейся на бесконтактной интегральной микросхеме, отвечающей стандарту ИСО/МЭК 14443;

– вспомогательными биометрическими параметрами, хранящимися в виде изображений, будут отпечаток пальца и узор радужной оболочки глаза;

– биометрические параметры, дубликат данных машиночитываемой зоны и целый ряд других данных должны храниться на бесконтактной интегральной схеме в соответствии с логической структурой данных и предохраняться от несанкционированного изменения путём использования специально приспособленной инфраструктуры открытых ключей (PKI).

На основании решения Европейского Совета были приняты рекомендации, которые предусматривали:



– выбор технологии распознавания черт лица для использования во всём мире с целью машинного подтверждения личности;

– использование бесконтактной интегральной микросхемы с минимальным объёмом памяти 32 Кбайт как средства хранения электронных данных, в том числе и биометрических, в проездном документе;

– программирование интегральных схем с использованием команд, которые прописаны в установленной логической структуре данных (ЛСД);

– использование изменяемой схемы инфраструктуры открытых ключей (PKI) для применения электронно-цифровых подписей с целью защиты электронных данных от несанкционированного изменения.

В 2004 году был разработан Регламент Совета (ЕС) №2252 / 2004 от 13 декабря «О введении стандартов для элементов защиты и биометрических элементов, включённых в паспорта и проездные документы, выданные государствами-членами». Данный регламент устанавливает минимальные уровни защиты, которым должны соответствовать выданные государствами-членами паспорта и проездные документы, а также является обязательным во всех его составляющих и имеет прямое применение на территории государств-членов в соответствии с Договором об основании Европейского сообщества [2].

Более подробно стоит раскрыть процесс биометрической идентификации и основные понятия, связанные с ним.

Биометрическая идентификация – это способ распознавания человека по физиологическим или поведенческим критериям, который используется для авторизации и аутентификации личности. В процессе биометрической идентификации уникальность личности определяется посредством измерения определённых физических и поведенческих свойств и получения образца измерений (называемого также «живой образец») в стандартном формате данных. Этот образец сравнивается с эталоном (также называемым подписью), который получен измерением тех же параметров, признан уникальным идентификатором личности и сохранен в базе данных. Близкое сходство образца и эталона означает подтверждение подлинности личности. Основное внимание в этом процессе уделяется небольшому

числу физических характеристик, по уникальности которых можно идентифицировать личность.

В контексте биометрической идентификации употребляются следующие термины: «верифицировать», т.е. производить проверку на совпадение «один к одному» между представленными биометрическими данными, полученными от владельца машиносчитываемого документа в настоящий момент, и биометрическим шаблоном, созданным при занесении владельца в систему;

«идентифицировать», т.е. производить поиск по принципу «один ко многим», сопоставляя представленные биометрические данные с коллекцией шаблонов, представляющих всех субъектов, занесённых в систему. При выполнении функции идентификации биометрические параметры могут использоваться для повышения качества проверки анкетных данных в рамках процесса рассмотрения заявлений о выдаче паспорта, визы или иного проездного документа. При выполнении функции верификации они могут использоваться для установления точного соответствия между документом и лицом, предъявляющим его [3].

Биометрическая идентификация позволяет надёжно устанавливать личность человека путём быстрого сравнения по принципу «человек – документ» или по принципу «человек – база данных» [4 с. 165].

Существующие в настоящее время технологии биометрической идентификации делятся на две группы: статические и динамические.

Статические технологии основаны на анализе неизменных физиологических характеристик человека. В число этих характеристик входят: отпечатки пальцев, форма и геометрия лица, форма и строение черепа, сетчатка глаза, радужная оболочка глаза, геометрия ладони, кисти руки или пальца, термография лица, термография руки, рисунок вен на ладони или пальцев руки, ДНК, запах тела, форма уха.

Динамические методы идентификации основываются на анализе поведенческих характеристик личности – особенностей, присущих каждому человеку в процессе воспроизведения какого-либо действия. Динамические методы существенно уступают статическим в точности и эффективности и, как правило, используются в качестве вспомогательных. В качестве идентификаторов использу-

ются: динамика подписи, динамика клавиатурного набора, голос, движение губ, походка, особенности выполнения рукописных объектов.

Применение всех биометрических технологий включает четыре основных этапа:

1) регистрация идентификатора – сведения о физиологической или поведенческой характеристике преобразуются в форму, доступную компьютерным технологиям, и вносятся в память биометрической системы;

2) выделение – из вновь предъявленного идентификатора выделяются уникальные признаки, анализируемые системой;

3) сравнение – сопоставляются сведения о вновь предъявленном и ранее зарегистрированном идентификаторе;

4) решение – выносится заключение о том, совпадают или не совпадают вновь предъявленный и ранее зарегистрированный идентификатор. Заключение о совпадении/несовпадении идентификаторов может затем транслироваться другим системам контроля, которые далее действуют на основе полученной информации.

Сравнение биометрических идентификаторов может осуществляться в двух режимах. При идентификации сравнение идёт в режиме «один ко многим» (1:N): вновь предъявленный идентификатор сравнивается со всеми ранее зарегистрированными. Можно сказать, что в режиме идентификации биометрическая система ищет ответ на вопрос: «Кто Вы?», анализируя весь перечень идентификаторов, сведения о которых были зарегистрированы ранее. При верификации сравниваются сведения о двух конкретных идентификаторах (режим «один к одному», или 1:1). Примером служит сравнение сведений о вновь предъявленном идентификаторе со сведениями, записанными в память специальной карты, при этом, разумеется, необходимо предъявлять и биометрический идентификатор, и карточку. В данном случае формируется ответ на вопрос: «Вы действительно тот, за кого себя выдаёте?»

Системы, действующие в режиме верификации, как правило, являются полностью автоматическими (т.е. принимают решение без участия человека). Системы, действующие в режиме идентификации, также могут быть автоматизированными (формируется перечень возможных «кандидатов» на совпадение с вновь предъявленным идентификатором,



расположенных по мере убывания вероятности совпадения, и окончательное решение принимает оператор системы). Для ускорения распознавания пользователю может быть предложено применение дополнительного идентификатора. В этом случае в режиме идентификации производится сравнение не со всем списком, а только с его частью, выделяемой в соответствии с введённым дополнительным идентификатором [5].

При всём многообразии биометрических методов на практике в основном используются три: распознавание по отпечатку пальца, по изображению лица (двухмерному или трехмерному – 2D- или 3D-фото) и по радужной оболочке глаза. Однако любой из них основан на сопоставлении данных идентифицируемого объекта и биометрического эталона. Такое сопоставление невозможно без записи и сохранения биометрической информации. Основными инструментами автоматизированного биометрического метода являются сканер для измерения биометрической характеристики и алгоритм, позволяющий сравнить её с предварительно зарегистрированной той же характеристикой (так называемым биометрическим шаблоном). «Биометрический шаблон» является автоматически закодированным представлением черты, созданной программно-реализованным алгоритмом; он позволяет производить сравнения (проверки на совпадение) с определённой степенью уверенности в том, что отдельно записанные черты идентифицируют (или не идентифицируют) одного и того же человека [3].

Процесс биометрической идентификации владельца документа, удостоверяющего личность, состоит из следующих этапов:

1) Установление подлинности личности – несомненное удостоверение подлинности личности зарегистрированного пользователя.

2) Захват – получение исходного биометрического образца. Процесс занесения в биометрическую систему состоит в захвате исходного биометрического образца. Он используется для взятия биометрических образцов у каждого нового лица (потенциального владельца электронного документа) в целях создания нового шаблона для хранения. Данный процесс захвата – это автоматическое получение биометрического параметра при помощи таких устройств, как дактилоскопический сканер, сканер для фото-

графий, цифровая камера прямой съёмки или камера, изменяющая масштаб живого изображения радужной оболочки глаза. Для процесса захвата с помощью каждого снимающего устройства должны быть установлены определённые критерии и правила (например, обращение лицом к камере – стандартная поза при съёмке для целей распознавания черт лица; каким образом – нажатием или перекачиванием – следует снимать отпечатки пальцев; глаза должны быть полностью открыты для фиксирования радужной оболочки глаза). Полученное в результате изображение сжимается и затем сохраняется для идентификации личности в будущем.

3) Извлечение – преобразование исходных данных биометрического образца в промежуточную форму.

4) Создание шаблона – преобразование промежуточных данных в шаблон. В процессе создания шаблона сохраняются отличительные и повторяющиеся характеристики взятого биометрического образца, и он обычно осуществляется с помощью собственного программно-реализованного алгоритма получения шаблона из хранимого изображения. Это позволяет формировать изображение таким образом, чтобы впоследствии его можно было сравнить с другим образцом изображения, захваченного в тот момент, когда необходимо подтверждать подлинность личности и дать сравнительную оценку степени совпадения.

Неотъемлемым элементом этого алгоритма является контроль качества, благодаря которому посредством определённого механизма оценивается качество образца. Стандарты качества должны быть максимально высокими, так как все будущие проверки будут зависеть от качества первоначально зафиксированного изображения. Если качество является неудовлетворительным, процесс захвата следует повторить.

5) Сравнение – сопоставление с информацией в хранящемся контрольном шаблоне.

В процессе идентификации используются шаблоны, полученные на основе новых образцов, и сравниваются с шаблонами зарегистрированных конечных пользователей с целью определить, был ли конечный пользователь ранее зарегистрирован в системе, если да, является ли он одним и тем же лицом [3].

В процессе верификации используются новые образцы владельца электронного

документа, удостоверяющего личность, и сравниваются с ранее записанными шаблонами этого владельца с целью определить, является ли данный владелец одним и тем же лицом.

Для обеспечения более надёжной проверки лица, предъявившего документ, базовая информация, а также биометрические данные владельца документа вносятся на встроенный электронный носитель, что позволяет идентифицировать человека и делает невозможным использование документа другим лицом.

В сфере обеспечения надёжной автоматизированной идентификации личности наиболее точными и функционально совместимыми в глобальном масштабе считаются биометрическая идентификация по двухмерному изображению лица, а также отпечаткам пальцев.

Кроме высокой надёжности, в пользу этих двух способов биометрической аутентификации также свидетельствует возможность их использования практически в каждой стране. Ведь даже в случае отсутствия в той или иной стране базы данных по машиночитываемым документам в качестве источника сравнительных образцов для верификации или идентификации их предъявителей могут выступать имеющиеся базы данных криминальной информации, в которых обычно содержатся как отпечатки пальцев, так и двухмерные изображения лица личностей, причастных к совершению правонарушений.

Особое значение в сфере применения технологий биометрической идентификации имеют соответствие и соблюдение международных стандартов: по отпечаткам пальцев – это стандарты: ICAO NTWG, NISTIR 6529 CBEFF, ISO/IEC FCD 19794-2, ISO/IEC 19794-4, ANSI/NIST-ITL 1-2000 Standard; в сфере биометрической аутентификации по двухмерным изображениям лица – ICAO NTWG та ISO/TEC FCD 19794-5.

Выводы. Вышеизложенное позволяет сделать вывод, что повышение уровня защиты документов, удостоверяющих личность, расширяет возможности для борьбы с транснациональными преступлениями и защищает общество от преступности. А использование биометрических технологий для идентификации и верификации владельцев документов, удостоверяющих личность, предоставляет неоспоримые преимущества по сравнению с другими способами. Биометрия обеспечивает наиболее надёжную и комплекс-



ную технологию из имеющихся в мире решений по аутентификации личности. Хранение биометрических идентификаторов на бесконтактной интегральной схеме как носители информации в документах, удостоверяющих личность, способны гарантировать целостность, подлинность, конфиденциальность данных и обеспечивают высокий уровень идентификации и защиты, а также делают невозможным подделку документов.

Список использованной литературы:

1. Резолюция 1373 (2001) Совета Безопасности от 28 сентября 2001 г.: Документ ООН S/RES/1373 (2001), 2 октября 2001. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_854

2. Про запровадження стандартів для елементів захисту та біометричних елементів, включених в паспорти та проїзні документи, видані державами-членами: Регламент Ради (ЄС) № 2252/2004 від 13 грудня 2004 року. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_45889

3. Применение средств биометрической идентификации и электронного хранения данных в МСПД. Дос 9303. Машиносчитываемые проездные документы. Издание 7. Часть 9. ИКАО, 2016. URL: <http://www.icao.int3>

4. Documentele de identitate și noile tehnologii ale elementelor de protecție = Идентификационные документы и новые технологии элементов защиты: (îndrumar) / N. D. Gaibu, Gh. C. Cretu, T.V. Grosul, ... Ch.: S. n., 2005 (Tipogr. Wațina-RADOG). 268 p.

5. Передовые биометрические решения. URL: <http://www.bioblink.ru/technology/biometric.php>

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Белоус Ирина Владимировна – ведущий отделом Киевского научно-исследовательского института судебных экспертиз Министерства юстиции Украины

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Belous Irina Vladimirovna – Head of the Kyiv Institute of Forensic Examination Department of the Ministry of Justice of Ukraine

iraeksp@gmail.com

УДК 342.7

ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ ОБЩЕСТВЕННЫХ СОВЕТОВ ПРИ ОРГАНАХ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ

Александр ВИННИЦКИЙ,

соискатель

Научно-исследовательского института публичного права

АННОТАЦИЯ

Целью деятельности общественных советов при органах исполнительной власти является общий результат деятельности, нацеленной на содействие участия общественности в формировании и реализации государственной политики во всех сферах. Определено, что задача общественных советов при органах исполнительной власти – детализированные направления деятельности, которые раскрывают её сущностное содержание и приводят к желаемому результату. Права и обязанности общественных советов при органах исполнительной власти как элементы административно-правового статуса – это закреплённые нормативно-правовыми актами возможности и обязательства общественных советов при органах исполнительной власти по реализации поставленных законодателем перед этими органами целей и задач.

Ключевые слова: демократия, советы, государственное управление, публичная администрация, контроль за деятельностью государственных органов.

RIGHTS AND DUTIES OF PUBLIC COUNCILS UNDER EXECUTIVE POWER BODIES

Aleksandr VINNITSKIY,

Applicant of the Research Institute of Public Law

SUMMARY

The purpose of the activity of public councils under the executive authorities is the general result of the activity aimed at promoting the participation of the public in the formation and implementation of state policy in all spheres. It is determined that the task of public councils at the executive authorities is detailed directions of activity, revealing its essential content, and desired result. The rights and obligations of public councils in executive authorities as elements of administrative and legal status are the powers and obligations of public councils under the executive power bodies on the implementation of the goals and tasks set by the legislator before these normative legal acts.

Key words: democracy, councils, state administration, public administration, control over the activities of state bodies.

Постановка проблемы. Правоспособность индивидов возникает с момента рождения и прекращается с наступлением биологической смерти. Никто не может быть ограничен в правоспособности. Правоспособность организаций возникает с момента регистрации устава, положения в органах власти или с момента издания компетентным органом акта об их создании (если таковые действуют на основе общего положения о такого рода организации). Дееспособность – это предусмотренная нормами права способность личными действиями приобретать юридические права и обязанности. Дееспособность вводит

в правосубъектность активный элемент, однако, как и правоспособность, является не врождённым свойством человека, а юридической категорией. Существует полная, неполная, частичная и ограниченная дееспособность. Полностью недееспособными по решению суда признаются лица, имеющие тяжёлые психические заболевания.

Актуальность темы исследования продиктована необходимостью усовершенствования системы прав и обязанностей общественных советов при органах исполнительной власти.

Состояние исследования. Отдельные вопросы общественного совета



как участника формирования и реализации государственной политики были предметом научных исследований таких учёных: В.Л. Федоренко, В.Б. Ковальчук, И.И. Забокрицкий, А.А. Чуб, А.В. Грабильников, А.А. Скибин и др.

Целью и задачей статьи является исследование прав и обязанностей общественных советов при органах исполнительной власти.

Изложение основного материала. Структурной составляющей общей правосубъектности является административная правосубъектность, которая также состоит из административной правоспособности и административной дееспособности.

Административная правосубъектность характеризуется следующим рядом признаков: может стать субъектом административно-правовых отношений; права, обязанности и ответственность действуют одновременно и дополняют друг друга; административная правосубъектность измеряется временем, характером и объёмом в зависимости от участников, сферы (роли) участия в конкретном институте публичного права; административные правоотношения осуществляются в различных сферах публичного управления, имеют свою спецификацию. Поэтому можем говорить о видах и/или модели административной правосубъектности [1, с. 100].

У различных субъектов административного права административная дееспособность возникает по-разному: у физических лиц с момента рождения, а у юридических – с момента создания. К её элементам относятся: 1) способность лица самостоятельно осуществлять, реализовывать принадлежащие ей права; 2) реализовывать принадлежащую ей компетенцию и принимать правовые акты управления; 3) применять меры административного принуждения; 4) признавать, гарантировать и защищать права и свободы граждан; 5) нести юридическую ответственность за причинённый вред.

Административная правосубъектность включает также субъективные права и субъективные обязанности в сфере публичного управления.

Права в области административно-государственного права представляют собой вид субъективных прав граждан.

Следовательно, права и обязанности как комплексные элементы административно-правового статуса выделяют его целостное составляющее, без любого из элементов которого он не может существовать. Именно поэтому мы можем утверждать, что права и обязанности принадлежат к основному составляющему любого административно-правового статуса субъекта права.

На основании анализа вышеприведённых позиций считаем, что целью деятельности общественных советов при органах исполнительной власти является общий результат деятельности, нацеленный на содействие участию общественности в формировании и реализации государственной политики во всех сферах.

При этом достижения вышеприведённой цели представляется возможным посредством выполнения определённых перед субъектами такой деятельности задач. Вот почему с уверенностью можно утверждать, что цели и задачи взаимосвязаны и взаимобусловлены.

Задача – это конечный результат решения или улучшения ситуации, который ожидается достичь по завершении деятельности.

В.А. Климов определяет задачу как цель, достижение которой желательно до подходящего момента в пределах периода, на который рассчитано управленческое решение [2, с. 99].

Следовательно, задача общественных советов при органах исполнительной власти – детализированные направления деятельности, которые раскрывают её сущностное содержание и приводят к желаемому результату.

Реализация гражданами права на участие в управлении государственными делами законодательно определено степенью возможного политического поведения лица, прежде всего на участие в управлении государственными делами. По сути это право, будучи производным от принципа народного суверенитета, закреплённого в ст. 5 Основного Закона, определяет гарантированную возможность для граждан Украины принимать участие в осуществлении непосредственного народовластия.

То есть в демократическом государстве привлечение граждан к участию в управлении государственными де-

лами должно опираться на осознание гражданами того, что их личная позиция, личное мнение на самом деле влияют на выработку государственно значимого решения. При этом обязательным признаком такого участия является его целеустремлённость. Целью участия в управлении государственными делами является влияние на принятие, осуществление и контроль за реализацией государственных решений, выражение собственной политической мысли, влияние на политику и жизнь государства.

Вместе с тем необходимо отметить, что на сегодняшний день законодателем не возложена функционально обязанность на главного разработчика нормативно-правового акта проводить консультации с общественностью, такую обязанность нельзя возложить на подразделения по связям с общественностью, так как к функциональным обязанностям последнего не входит вопрос рассмотрения предложений и учёта, возникающих в ходе проведения консультаций.

Именно поэтому предлагаем в регламентах деятельности органов исполнительной власти предусмотреть обязанность главного разработчика акта проводить консультации с общественностью.

В тоже время существенным пробелом по реализации проведения консультаций с общественностью является реагирование органов исполнительной власти на результаты по их проведению. Так как отчётность органов государственной власти по проведению консультаций с общественностью и их результатов носит информационный характер. Почти всегда такие отчёты не содержат подробной информации о предложениях, предоставленных общественностью, результатов их учёта. Обнародование отчётов осуществляется незначительной частью органов государственной власти.

Именно поэтому необходимо внести дополнения в Постановление Кабинета Министров Украины 3 ноября 2010 № 996 «Об обеспечении участия общественности в формировании и реализации государственной политики» следующего содержания: «Орган исполнительной власти не позднее одной недели должен в средствах массовой информации, на официальном сайте



органа разместить предложения, которые представлены общественностью о работе государственного органа, и отчет об учёте указанных предложений».

Осуществление общественного контроля за деятельностью органа исполнительной власти относительно новая для Украины форма общественной активности, которая используется для непосредственного наблюдения общественными советами при органах исполнительной власти. Сутью общественного контроля является комплекс мероприятий, направленный на получение объективной информации о деятельности. Советская правовая система в своё время использовала термин «народный контроль». Независимый и действенный общественный контроль может существовать только в демократических странах, когда государство обеспечивает базовый уровень гражданских и политических прав. С помощью общественного контроля проводится реальная оценка деятельности органов власти различных уровней, государственных учреждений и организаций по предоставлению административных и социальных услуг гражданам. Его характерной особенностью является то, что субъекты, которые его осуществляют, не подчинены органам власти и являются непосредственными потребителями предоставляемых им общественных услуг.

Формами осуществления общественного контроля могут быть: общественные слушания по общественно важным отдельным аспектам деятельности органов государственной власти и местного самоуправления; общественная экспертиза, проводимая независимыми экспертными комиссиями, которые создаются общественными организациями из числа специалистов соответствующей отрасли; общественный мониторинг деятельности объектов общественного контроля; обращение граждан относительно невыполнения или ненадлежащего выполнения государственными учреждениями возложенных на них функций, принятия соответствующих мер [3].

Общественный контроль способствует утверждению гражданского общества, в котором реально обеспечиваются все права и свободы человека и гражданина, а объектом контроля являются органы власти. Субъектами

общественного контроля являются: во-первых, граждане; во-вторых, объединения граждан (политические партии, профессиональные союзы, молодёжные и другие общественные организации). Их контрольные полномочия, как правило, не имеют юридически властного содержания. Поэтому решениям общественных организаций по результатам проверок присущ рекомендательный характер [4, с. 206]. На сегодняшний день проведение общественного контроля общественными советами при органах исполнительной власти требует детальной юридической регламентации и устранения недостатков.

Так, во-первых, сейчас отсутствует полная регламентация общественного контроля и процедуры его проведения. Особенно болезненным остаётся вопрос реагирования органов исполнительной власти на последствия контроля. Во-вторых, механизмы по обязательству полного освещения информации о своей деятельности органами исполнительной власти, а также возможность обеспечения свободного доступа граждан к информации о деятельности органов власти. Объективная и своевременная информация позволяет общественности оценить результативность деятельности указанных органов. В-третьих, отсутствие на законодательном уровне разграничения форм, средств и методов общественного контроля в сфере публичного управления. В-четвертых, введение механизмов ответственности органов исполнительной власти по результатам общественного контроля.

Надо отметить, что работа с общественным мнением не получила в деятельности органов исполнительной власти системный характер, что обусловлено как традиционным авторитаризмом руководителей в принятии управленческих решений, так и ненадлежащим кадровым и финансовым обеспечением, который не позволяет в полной мере привлечь к её совершенствованию научно-исследовательские учреждения и неправительственные аналитические центры.

Именно проблемность учёта общественного мнения, использование органами исполнительной власти общественного потенциала приводит к разрыву отношений между органами

исполнительной власти и общественностью. Только тесное сотрудничество между обществом и властью на основании проведения общественного контроля приведёт к действенному результату.

Задача общественных советов раскрывают их обязанности, является элементом административно-правового статуса.

Согласно Постановлению Кабинета Министров Украины от 3 ноября 2010 № 996 «Об обеспечении участия общественности в формировании и реализации государственной политики» на общественный совет возложены следующие обязанности: 1) готовит и представляет органу предложения в ориентировочный план проведения консультаций с общественностью, а также по проведению консультаций, не предусмотренных таким планом; 2) готовит и представляет органу предложения по организации консультаций с общественностью; 3) подаёт органу обязательные для рассмотрения предложения по вопросам, по которым орган проводит консультации с общественностью, а также по подготовке проектов нормативно-правовых актов по вопросам формирования и реализации государственной политики в соответствующей сфере, совершенствования работы органа; 4) проводит в соответствии с законодательством общественную экспертизу деятельности органа и общественную антикоррупционную экспертизу нормативно-правовых актов и проектов нормативно-правовых актов, разрабатываемых органом; 5) осуществляет общественный контроль за учётом органом предложений и замечаний общественности, обеспечения им прозрачности и открытости своей деятельности, доступа к публичной информации, которая находится в его владении, а также соблюдением ним нормативно-правовых актов, направленных на предотвращение и противодействие коррупции; 6) информирует в обязательном порядке общественность о своей деятельности, принятых решениях и их выполнении на официальном сайте органа и другим приемлемым способом; 7) собирает, обобщает и представляет органу информацию о предложениях институтов гражданского общества по решению вопросов,



имеющих важное общественное значение; 8) организует публичные мероприятия для обсуждения актуальных вопросов развития отрасли или административно-территориальной единицы; 9) готовит и публикует ежегодный отчёт о своей деятельности.

Относительно приведённых выше обязательств общественных советов при органах исполнительной власти необходимо отметить следующее, что при их реализации сегодня возникает достаточно много трудностей и недопониманий. Отсутствие прозрачности в проведении общественных консультаций приводит к дискредитации указанного института. Низкая результативность, шаблонность, выдачи массовых мероприятий, проводимых органами исполнительной власти, на общественные консультации приводит к разочарованию общества. А пассивное реагирование органов исполнительной власти на результаты общественных консультаций способствует потере имиджа органов власти.

Формализация в исполнении своих обязательств членами общественных советов, их пассивность приводит к охлаждению отношений между общественными советами и органами исполнительной власти.

Слабое наполнение сайтов органов государственной власти преимущественно о фиксации создания общественных советов, проведение слушаний, экспертиз, а не их вклада в содержание принятых решений или их корректировки.

Отсутствие ответственности за невыполнение или некачественное выполнение своих обязанностей как члена общественного совета. По нашему убеждению, необходимо предусмотреть дисциплинарную и административную ответственность за нарушение требований действующего законодательства относительно препятствования работе представителей организаций гражданского общества в совместных органах (общественных советах), проведение общественных экспертиз и тому подобное.

Всё это приводит к разочарованию общества в общественных советах и их работе. Надо отметить, что довольно длительное время не решаются споры о несовершенстве нормативно-правовой базы, которой урегули-

рованы система прав и обязанностей общественных советов при органах исполнительной власти. Постановлением Кабинета Министров Украины от 8 апреля 2015 № 234 «О внесении изменений в постановление Кабинета Министров Украины от 3 ноября 2010 № 996», то есть дополнений к основному нормативно-правовому акту, регулирующему деятельность общественных советов, был внесён ряд изменений, пытавшихся устранить определённые замечания относительно правового статуса общественных советов при органах исполнительной власти: 1) к формированию состава общественных советов при министерствах и других центральных органах исполнительной власти теперь могут привлекаться только институты гражданского общества, которые занимаются соответствующей органу власти сферой деятельности; 2) ограничено максимальное количество членов общественных советов, не более 35 человек; 3) выписан перечень оснований досрочного прекращения деятельности.

По нашему мнению, необходимы лимиты членства общественного совета, так как это даёт возможность влиять на производительность их работы, контролировать внутренние процессы. Именно поэтому для удовлетворения большего количества желающих принимать участие в общественных советах при органах исполнительной власти предлагаем внести изменения и дополнения в Постановление Кабинета Министров Украины от 3 ноября 2010 № 996 «Об обеспечении участия общественности в формировании и реализации государственной политики» следующего содержания: «Общественный совет насчитывает 50 членов. Каждый член несёт персональную ответственность за работу в общественном совете. Пропуск более 3 заседаний общественного совета без уважительных причин даёт право на принятие коллективного решения об исключении указанного субъекта из состава совета. Общественный совет правомочен при количестве 35 членов. В случае отсутствия такого количества членов общественного совета орган исполнительной власти имеет право распустить такой совет.

Членом общественного совета один человек может быть не более двух каденций». Одновременно необходимо указанным постановлением регламентировать утверждение и реализацию стратегического плана работы общественного совета и обязать предоставление обязательного отчёта о выполнении за месяц до официального прекращения полномочий. Обнародование его на официальных сайтах и в средствах массовой информации в течение 10 рабочих дней. Общественный совет имеет также нормативно утверждённые права: 1) создавать постоянные и временные рабочие органы (правление, секретариат, комитеты, комиссии, экспертные группы и т.д.); 2) привлекать к работе совета работников органов исполнительной власти, органов местного самоуправления, представителей отечественных и международных институтов гражданского общества, экспертных и научных организаций, предприятий, учреждений и организаций (по согласию их руководителей), а также отдельных специалистов (по согласованию); 3) организовывать и проводить семинары, конференции, заседания за круглым столом и другие мероприятия; 4) получать в установленном порядке от органов исполнительной власти, органов местного самоуправления информацию, необходимую для обеспечения деятельности совета; 5) получать от органа проекты нормативно-правовых актов по вопросам, требующим проведения консультаций с общественностью, в трёхдневный срок после начала таких консультаций.

Члены общественного совета имеют право доступа в установленном порядке к помещениям, в которых размещён орган.

По этому поводу необходимо определить следующее. Органы исполнительной власти обеспечивают секретариат общественного совета помещением, средствами связи, создают условия для работы совета и проведения его заседаний, предоставляет проекты нормативно-правовых актов для проведения общественной экспертизы. Общественный совет имеет право доступа в установленном порядке к помещениям, в которых размещён орган исполнительной власти. Общественный совет информирует



орган и общественность о своей работе путём размещения в обязательном порядке в специально созданной рубрике «Общественный совет» на официальном сайте органа и обнаружения другим приемлемым способом материалов об учредительных документах, плане работы, руководящем составе, принятых решениях, протоколах заседаний, ежегодных отчётов о его работе.

Актуальным и болезненным является вопрос финансирования общественных советов. Финансовое, материально-техническое обеспечение – важный фактор организации работы общественных советов.

Не оспаривая позицию о необходимости финансовой помощи общественным советам, предлагаем внести следующие дополнения в Постановление Кабинета Министров Украины от 3 ноября 2010 № 996 «Об обеспечении участия общественности в формировании и реализации государственной политики»:

«Финансирование общественных советов при министерстве, другом центральном органе исполнительной власти, Совете министров Автономной Республики Крым, областной, Киевской и Севастопольской городской, районной, районной в г. Киеве и Севастополе государственной администрации: командировки членов общественных советов осуществляются на основании аргументированного обоснования за счёт государственного бюджета того органа, при котором создан общественный совет; каждая командировка, которая осуществляется за счёт государственного бюджета, предусматривает отчётность в средствах массовой информации, на официальных страницах сети Интернет о её результатах в течение пяти рабочих дней; общественная экспертиза нормативного акта проводится за счёт государственного бюджета того органа, при котором создан общественный совет; результаты общественной экспертизы нормативно-правового акта публикуются в средствах массовой информации, на официальных страницах сети Интернет в течение трёх рабочих дней; общественные советы могут финансироваться благотворительными организациями, волонтерскими движениями, общественными объединениями, кроме по-

литических партий; общественные советы при органах исполнительной власти должны раз в квартал представлять в средствах массовой информации, на официальных страницах сети Интернет: материалы о деятельности этих общественных объединений и волонтерских движений, благотворительных организаций; отчёт о финансовых затратах общественных советов при органах исполнительной власти».

Выводы. Подводя итог вышеизложенному, считаем, что права и обязанности общественных советов при органах исполнительной власти как элементы административно-правового статуса – это закреплённые нормативно-правовыми актами возможности и обязательства общественных советов при органах исполнительной власти по реализации поставленных законодателем перед этими органами целей и задач.

Список использованной литературы:

1. Зубрицька О. Адміністративна правоздатність як елемент адміністративної правосуб'єктності індивідуальних суб'єктів адміністративного права. Вісник Національної академії прокуратури України. 2015. № 3 (41). С. 99–104.

2. Климков В.О. Організаційно-правові засади діяльності спеціального органу з питань банкрутства: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». К., 2010. 205 с.

3. Семігіна Т. Громадський контроль як механізм попередження порушень у сфері охорони здоров'я. URL: ekmair.ukma.kiev.ua/bitstream/123456789/1181/1/Semyhina_Hromadskyi%20kontrol.pdf.

4. Про затвердження Порядку сприяння проведенню громадської експертизи діяльності органів виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів України від 05 листопада 2008 р. № 976. URL: www.zakon.rada.gov.ua

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Винницкий Александр Александрович – соискатель Научно-исследовательского института публичного права;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
Vinnitskiy Aleksandr Aleksandrovich – Applicant of the Research Institute of Public Law

demidenkov@ukr.net



УДК [342.72/.73–054.73: 304.4](477)

КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ИНТЕГРАЦИИ ВНУТРЕННЕ ПЕРЕМЕЩЁННЫХ ЛИЦ В УКРАИНЕ

Андрей ДЯЧЕНКО,

аспирант кафедры социальной и гуманитарной политики
Национальной академии государственного управления при Президенте Украины

АННОТАЦИЯ

В статье рассмотрены аспекты интеграции внутренне перемещённых лиц (ВПЛ), в частности сложности их социальной адаптации. Автор рассматривает причины, которые затрудняют их адаптацию и интеграцию. Предложен алгоритм развития потенциала преодоления гуманитарного кризиса в контексте его внедрения в процесс интеграции ВПЛ, важнейшими этапами которого являются оценка потребностей ВПЛ, контроль за эффективным распределением ресурсов, дифференциация ВПЛ, мониторинг их состояния, реализация долгосрочных решений. Отмечено, что проблема интеграции ВПЛ в Украине не теряет своей актуальности, несмотря на значительное количество мероприятий, направленных на её минимизацию и локализацию со стороны органов государственной власти и местного самоуправления. Важно координировать усилия государства и гражданского общества в помощи ВПЛ, чтобы решить максимум проблем и не расплыть усилия.

Ключевые слова: вынужденная миграция, внутренне перемещённые лица, социальная адаптация, интеграция.

CONCEPTUAL ASPECTS OF INTERNAL INTEGRATION OF MOVED PERSONS IN UKRAINE

Andrey DYACHENKO,

Postgraduate Student at the Department of Social and Humanitarian Policy
of National academy for public administration under the President of Ukraine

SUMMARY

Conceptual aspects of integration of internally displaced persons (IDPs), in particular the difficulties of their social adaptation are considered in the paper. On the basis of the analysis of results of sociological surveys the author considers the factors that hinder the adaptation and integration of IDPs. It is noted, that the problem of integration of internally displaced persons in Ukraine does not become less of an issue, despite a significant number of measures aimed at its minimization and localization taken by the state authorities and local government bodies.

Key words: forced migration, internally displaced persons, social adaptation, integration.

Постановка проблемы. Пятый год продолжается оккупация украинских территорий на Востоке страны. Сбережения ВПЛ исчерпаны, а решение их первоочередных проблем пока не найдено. Это обеспечивает актуальность исследования перспектив интеграции ВПЛ в принимающих сообществах.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью нераскрытости темы. Несмотря на принятие Стратегии интеграции внутренне перемещённых лиц и внедрение долгосрочных решений относительно внутреннего перемещения в ноябре 2017 г., существуют проблемы в сфере обеспечения жильём и трудоустройства ВПЛ.

Состояние исследования. Научный анализ проблем ВПЛ в Украине осуществляется многими отечественными учёными. Среди них следует назвать: О. Амошу, В. Антонюк, О. Брайчевскую, Т. Доронюка, Ю. Залознову, С. Закирову, М. Закирова, Э. Либанову, О. Макарову, О. Непомнящего, О. Но-

викову, Я. Пилинского, Т. Семьгину, В. Смаль, С. Трухан.

Целью и задачей статьи является исследование концептуальных аспектов интеграции ВПЛ на основе разработки алгоритма развития потенциала преодоления гуманитарного кризиса в контексте его внедрения в процесс их интеграции.

Изложение основного материала. Анализ социальной ситуации, сложившейся в сфере интеграции ВПЛ, делает возможным определение направлений совершенствования этого процесса.

Основными вызовами по интеграции внутренне перемещённых лиц является отсутствие достаточных средств к существованию и неопределённость жилищных перспектив. Так, внутренне перемещённые лица сталкиваются с трудностями в реализации и защите своих прав, в частности права собственности, доступа к жилью, пригодному для проживания, восстановление документов, подтверждающих граж-

данство Украины, удостоверяющих личность или её специальный статус, восстановление средств к существованию, а также реализации избирательных прав, доступа к информации [1].

Успешный опыт зарубежных стран, которые реализовывали социальную политику в отношении вынужденных переселенцев, свидетельствует, что эффективность интеграции ВПЛ в принимающих сообществах зависит от степени удовлетворения их базовых потребностей. Инструментами интеграции выступают мониторинг потребностей ВПЛ с целью дифференциации используемой работы с каждой группой ВПЛ и активизация потенциала преодоления гуманитарного кризиса.

Термин «потенциал преодоления» используется в международном праве в контексте ликвидации последствий стихийных бедствий. Для характеристики преодоления последствий стихийных бедствий используется понятие «потенциал», что предполагает



сочетание всех сильных сторон, факторов и ресурсов, имеющихся у местного населения, которые можно использовать для преодоления негативных последствий бедствий. Потенциал может включать инфраструктуру и материальные средства, способность общества к адаптации, а также человеческие знания, навыки и такие характеристики общества, как социальные взаимоотношения, лидерство и управление. Потенциал преодоления – это способность людей, организаций и систем противостоять неблагоприятным условиям, чрезвычайным ситуациям или стихийным бедствиям и осуществлять руководство по преодолению негативных последствий, используя все имеющиеся знания и ресурсы [2, с. 243]. Потенциал преодоления требует постоянного информирования, ресурсов и соответствующего уровня управления как в обычное время, так и во время кризисов или при возникновении чрезвычайных ситуаций. Потенциал преодоления способствует снижению риска возникновения бедствий. На базе оценки потенциала страны международные организации принимают решение о масштабах гуманитарной помощи, которую они планируют предоставить. Оценка потенциала – это термин, обозначающий процесс, в рамках которого потенциал любой группы анализируется в сопоставлении с желаемыми целями и выявляются недостатки потенциала для принятия мер по устранению этих недостатков. Чем больше потенциал, тем меньше помощи мирового сообщества понадобится этой стране.

Попробуем сформулировать алгоритм формирования модели развития потенциала преодоления гуманитарного кризиса и его внедрение в процесс интеграции ВПЛ.

Алгоритм формирования модели развития потенциала преодоления гуманитарного кризиса состоит из следующих этапов:

1. Утверждение Стратегии интеграции внутренне перемещённых лиц и внедрение долгосрочных решений относительно внутреннего перемещения. Можно сказать, что этот этап завершён, поскольку указанная стратегия была одобрена распоряжением Кабинета Министров Украины 15 ноября 2017 г. Однако определённый Стра-

тегией период – до 2020 года – не достаточен для реализации «долгосрочных решений». По мнению О. Котляр, «обеспечение долгосрочных решений проблем беженцев является сложным процессом, который требует отражения их интересов в формулировках целей устойчивого развития и стратегиях по возврату этих лиц к нормальной жизни в условиях уважения их достоинства и безопасности. То есть долгосрочными решениями являются те средства, с помощью которых можно найти удовлетворительное и постоянное решение проблем беженцев, что позволит им жить нормальной жизнью. К основным способам долгосрочных решений относятся: добровольная репатриация; местная интеграция; переселение в третью страну. Долгосрочное решение достигает своей цели, когда беженцы не требуют никакой специальной помощи и защиты в связи со своим перемещением и могут пользоваться своими правами человека, не поддаваясь дискриминации вследствие своего перемещения» [3].

2. Оценка потребностей внутренне перемещённых лиц. С момента возникновения внутреннего перемещения научными учреждениями, общественными организациями проводились систематические исследования для определения потребностей ВПЛ. Одним из первых было проведено исследование «Предварительный анализ и оценка потребностей внутренне перемещённых лиц (ВПЛ)», проведённое Региональным представительством УВКБ ООН в Беларуси, Молдове и Украине в октябре 2014 [4]. МОО «Социальные инициативы по охране труда и здоровья» с привлечением партнёрских учреждений и организаций, таких как: областные ЦССПМ, волонтерские организации «Каждый может», «Восток SOS», «Центр занятости свободных людей», проводилось с декабря 2014 года по январь 2015 года в Киеве, Полтавской, Запорожской, Днепропетровской, Черниговской, Харьковской, Луганской, Закарпатской, Ивано-Франковской и Львовской областях [5]. Результаты оценки потребностей внутренне перемещённых лиц в Украине показали, что первоочередными из них являются: финансовые (трудоустройство), гуманитарные (питание и одежда), жилищные (постоянное или временное

проживание) и медицинская помощь. В 2016 аналогичная оценка проводилась МОТ [6] (n = 2000 ВПЛ из 9 областей Украины) По данным исследования только 35,1% опрошенных ВПЛ относятся к категории «занятого населения», 18,2% являются «безработными», а 16,7% были на момент опроса «экономически неактивными» [7].

Как отметила представитель Уполномоченного по соблюдению равных прав и свобод Лидия Козуб во время встречи с Генеральным директором и руководителем экспертной группы Директората социальных услуг и интеграции Министерства социальной политики Украины, для надлежащего оказания услуг внутренне перемещённым лицам необходимо как можно быстрее разработать оценку потребностей ВПЛ [8].

3. Пополнение ресурсной базы для обеспечения потребностей ВПЛ и распределение ресурсов по кластерам. Кластер рассматривается как формализованная концентрация субъектов деятельности, связанных общими интересами, координированная деятельность которых обеспечивает устойчивый синергетический эффект. Кластерный анализ – это определение проблемных сфер (образование, временное пристанище, продовольственная безопасность, здравоохранение/питание, средства к существованию/скорейшее восстановление, защита, водоснабжение, санитария и гигиена и общая координация), в пределах которых работают ответственные организации и определяется целевая группа, которая будет получать помощь [9]. Гуманитарная помощь координируется 8 кластерами, которые сегодня действуют в Украине. Кластеры предоставления убежища, защиты, здравоохранения и обеспечения питания, образования, водоснабжения, санитарии и гигиены, первичная реабилитация и предоставление средств к существованию, продовольственная безопасность и логистика работают по всей стране, акцентируя внимание на ситуации на Востоке Украины, особенно на территориях, близких к «линии соприкосновения» и неподконтрольных государству. Так, кластер ООН по вопросам защиты (Protection Cluster), работу которого координирует Агентство ООН по делам беженцев, состоит



из представителей гуманитарных организаций, включая агентства системы ООН, международные и национальные неправительственные организации, оказывающие помощь внутренне перемещённым лицам и населению, пострадавшему в результате конфликта в Украине. Кластер по вопросам защиты координирует помощь в сфере защиты прав и работает над усовершенствованием законодательства, имеет прямое влияние на граждан, пострадавших в результате конфликта [10]. Партнёры кластера совместно осуществляют оценку и принимают меры [11].

С самого начала военной агрессии ресурсные возможности Украины, по определению Международных гуманитарных институтов, были достаточно ограничены [12]. Это касается прежде всего финансирования, однако также и выделения временного жилья и других материальных ценностей, которые можно привлечь за счёт перераспределения ресурсов внутри государства [13]. По состоянию на 2018 три министерства занимаются решением жилищной проблемы внутренне перемещённых лиц, но за четыре года помощь получили около тысячи переселенцев. Министерство временно оккупированных территорий и внутренне перемещённых лиц обеспечивает жильём примерно 50 семей в год. Министерство регионального развития и жилищно-коммунального хозяйства отвечает за программу «Доступное жильё». В 2017 году по ней 89 семей получили жильё. Если программа заработает в этом году, то около 300–350 семей получат квартиры [14].

В Министерстве социальной политики существует Фонд социальных инвестиций. По словам члена «Гражданской позиции» Р. Калинина, здесь программа работает наиболее эффективно [14].

Вопросы финансового обеспечения являются достаточно сложными. В государственный бюджет на 2018 год заложено 3,21 миллиарда гривен для «оказания ежемесячной адресной помощи лицам, которые перемещаются с временно оккупированной территории Украины и районов проведения антитеррористической операции, для покрытия расходов на проживание, в том числе на оплату жилищно-коммуналь-

ных услуг» [15]. Этих средств недостаточно для внедрения комплексных мер по интеграции ВПЛ. При таких условиях увеличивается финансовая нагрузка на местные бюджеты, особенно в тех областях, где сконцентрировано значительное количество ВПЛ [13]. Эта проблема требует дополнительного регулирования и прозрачного перераспределения средств для тех регионов, которые в этом нуждаются. Как уже отмечалось, гуманитарный кризис в Украине решается с помощью международных организаций, однако этой деятельности не хватает координированности и системности на фоне отсутствия реестра потребностей ВПЛ. Работа и координация международных организаций происходит на основе Плана стратегического гуманитарного реагирования [16], в который заложена оценка ситуации по ВПЛ и оценка ресурсов, которые нужно привлечь. Анализ осуществляется на основе кластерного подхода. В рамках этого подхода определяется набор проблемных сфер, в пределах которых работают ответственные организации и определяется целевая группа, которая будет получать помощь [13].

Эти данные являются единственным доступным описанием ситуации, содержащей как оценку материальных потребностей, так и индикаторы достижения результатов работы по каждому кластеру. Другой вопрос о международной помощи лежит в плоскости создания всех условий для упрощения предоставления финансовой помощи от международных доноров. Было разработано постановление Кабинета Министров Украины № 535, согласно которому средства, поступающие на соответствующие счета гуманитарной помощи, будут тратиться на единовременные выплаты ВПЛ. Определять сумму и получателя такой помощи должны соответствующие комиссии. Эффективность именно такого механизма остаётся под вопросом. Международные организации предпочитают пользоваться в первую очередь собственными инструментами выдачи материальной помощи и не обращаются к государственным органам [17].

4. Дифференциация внутренне перемещённых лиц на группы: лиц с высоким уровнем интеграционного потенциала; лиц, нуждающихся в по-

стоянной социальной помощи; лиц, для которых процесс интеграции уже завершён; дезинтегрированных лиц с установлением причин.

Ситуация с занятостью ВПЛ остаётся относительно стабильной с июня 2017. Сейчас трудоустроены 48% перемещённых лиц. 12% ВПЛ в настоящее время активно ищут работу, и подавляющее большинство из них (78%) – женщины. Почти 40% среди тех, кто ищет работу, отметили, что самой большой проблемой является отсутствие вакансий [13].

До сих пор не отработан механизм предоставления жилья ВПЛ. Центры дезинтеграции располагаются во временных поселениях компактного проживания. Часть ВПЛ, которые не смогли снять или купить себе жильё, были летом 2014 расположены в пустующих общежитиях, детских летних лагерях отдыха, санаториях [18].

О модульных городках. Места эти предусматривались как транзитные. Рассчитаны они всего на три года эксплуатации, срок их жизни заканчивается. По сути это благоустроенные контейнеры, в которых можно жить некоторое время, но не всю жизнь. В каждом таком городке проживает от 250 до 600 человек, в основном это семьи с детьми, одинокие пенсионеры или инвалиды. Те, кто не смог устроиться в новой реальности. Существует ещё одна проблема – социальная: с каждым годом жителям таких модульных поселений все труднее оттуда вырваться и социализироваться. Городки эти превратились в своеобразные гетто [18].

По мнению Р. Калинина, в Украине есть примеры реализации успешных проектов обеспечения жильём ВПЛ, среди них, в частности, реализуемые с помощью немецкого банка KfW. В рамках гранта в 2015 году выделено 9 млн евро на реконструкцию жилья для ВПЛ, в 2018 году более 700 из них получают крышу над головой. В программе приняли участие Харьковская, Днепропетровская и Запорожская области. Сначала местные общины подают свои заявки. Отбор проводится комиссией, в которую входят представители KfW. Немецкий банк сам выбирает объекты (по правилам Всемирного банка, гораздо жёстче, чем украинская система «Прозорро»), контролирует про-



цесс строительства или реконструкции [19].

5. Координация гуманитарной помощи ВПЛ. Анализ проблем ВПЛ свидетельствует о необходимости создания многофункционального реестра ВПЛ и введения «коэффициента уязвимости».

6. Мониторинг состояния ВПЛ. Целью введения Национальной мониторинговой системы (НМС) в Украине, которая действует на основе подходов Матрицы отслеживания перемещений (МОП), является поддержка правительства Украины в сборе и анализе информации о социально-экономических характеристиках внутренне перемещённых лиц и домохозяйств ВПЛ, а также вызовов, с которыми сталкиваются ВПЛ. Международная организация по миграции (МОМ) адаптировала МОП, систему, созданную с целью регулярного сбора, обработки и распространения информации для лучшего понимания течения перемещений, к украинским реалиям. НМС обеспечивает лучшее понимание хода перемещений, а также мест пребывания, численности, уязвимости перемещённого населения, его потребностей [20].

Определение уровня социальной адаптации и интеграции ВПЛ в соответствии с Планом мероприятий Комплексной программы было возложено на Национальную академию наук Украины. При анализе социологических исследований в Украине по проблемам ВПЛ, проведённых в течение 2015–2016 годов, учёные Института экономики и промышленности НАН Украины определили, в частности, что наблюдается инерционность системы государственного управления, которая не способна оперативно реагировать на предотвращение социальных рисков и минимизации негативных последствий для ВПЛ и принимающих общин [21].

7. Реализация положений Закона Украины «Об особенностях государственной политики по обеспечению государственного суверенитета Украины на временно оккупированных территориях в Донецкой и Луганской областях».

Министр внутренних дел Украины Арсений Аваков 7 июня 2018 представил собственный план деокупации Донбасса и восстановления целостности

Украины. Его стратегия называется «Механизм малых шагов» и предлагает сосредоточиться на поочерёдной реинтеграции в Украину отдельных оккупированных регионов. План в деталях описывает схему восстановления региона через ряд конкретных шагов.

8. Контроль за степенью достижения целей интеграции ВПЛ и разработка рекомендаций на перспективу.

Выводы. Таким образом, вопрос внутренне перемещённых лиц должен быть одним из определённо артикулированных приоритетов государственной власти и чёткого плана действий не только на сегодняшний день, но и на последующие годы. Важно координировать усилия государства и гражданского общества в помощи внутренне перемещённым лицам, чтобы решить максимум проблем и не расплыть усилия. Важно иметь также подробную статистику по количеству внутренне перемещённых лиц и о том, в какой помощи они конкретно нуждаются.

Список использованной литературы:

1. Про схвалення Стратегії інтеграції внутрішньо переміщених осіб та впровадження довгострокових рішень щодо внутрішнього переміщення на період до 2020 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 листопада 2017 р. № 909-р: URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/909-2017-%D1%80>

2. Cahill Kevin M. The Pulse of Humanitarian Assistance (International Humanitarian Affairs). Fordham: UnivPr, 2007. 314 p.

3. Котляр О.І. Право біженців на довгострокове рішення. Часопис Київського університету права. 2015/3. С. 338–341.

4. Попередній аналіз та оцінка потреб внутрішньо переміщених осіб 17 жовтня 2014 р.: звіт Управління Верховного комісара ООН зі справ біженців. URL: <http://unhcr.org.ua/attachments/article/1232/IDPUKR.pdf>

5. Оцінка потреб внутрішньо переміщених осіб в Україні та послуг для них. URL: http://www.lhsi.org.ua/images/2015/Doslidzhennya_VPO_LHSI2015.pdf

6. Оцінка потреб та можливостей зайнятості внутрішньо переміщених

осіб в Україні: узагальнення результатів дослідження та рекомендації. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/publication/wcms_464289.pdf

7. Оцінка потреб та можливостей зайнятості внутрішньо переміщених осіб в Україні: узагальнення результатів дослідження та рекомендації. / Міжнародна організація праці. Будапешт, 2016. URL: http://ilo.org/budapest/what-we-do/publications/WCMS_464289/lang-en/index.htm

8. Для належного надання послуг внутрішньо переміщеним особам необхідно якнайшвидше розробити оцінку потреб ВПО – Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. / Офіційний сайт. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/>

9. Діденко Н.Г. Кластерний підхід у розв'язанні проблем внутрішніх переселенців у європейських країнах. Збірник наукових праць Донецького державного університету управління «Проблеми та перспективи забезпечення стабільного соціально-економічного розвитку». Серія «Економіка». Т. XVIII, вип. 304. Маріуполь, ДонДУУ, 2017. С. 99–112.

10. В ООН створили базу організацій, які надають безкоштовну юридичну допомогу переселенцям. Громадський простір. URL: <https://www.google.com.ua/search?q&aqs=chrome..69i57.1540j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

11. Гуманітарне реагування. URL: <http://www.un.org.ua/ua/nasha-robota/un-resident-coordinator>

12. Ukraine Humanitarian Country Team. Strategic Response Plan (Ukraine, 2015). URL: <https://reliefweb.int/report/ukraine/ukraine-strategic-response-plan-2015>

13. Солодько А. Вироблення політики щодо внутрішньо переміщених осіб в Україні. / А. Солодько, Т. Доронюк. URL: <http://www.irf.ua/content/files/dp-2015-7.pdf>

14. За чотири роки менше тисячі переселенців отримали житло, – Калінін. Громадянська позиція. URL: <http://gp.org.ua/mas-media/novyny/za-chotyry-roky-menshe-tysiachi-pereselentsiv-otrymaly-zhytlo-kalinin>

15. Про Державний бюджет України на 2018 рік: Закон України.



URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2246-19/print1517746119746329>

16. Strategic response plan for Ukraine 2015. URL: <http://www.humanitarianresponse.info/operations/ukraine/document/2015-ukraine-humanitarian-response-plan>

17. За останні три місяці фінансовий стан внутрішньо переміщених українців погіршився – результати опитування. Міжнародна організація з міграції. URL: <http://iom.org.ua/ua/za-ostanni-try-misyaci-finansovyyu-stan-vnutrishno-peremishchenyh-ukrayinciv-pogirshyvysya-rezultaty>

18. «Домики Меркель» для українських беженців розваливаються. URL: <https://news.temaretik.com/1485893926720375784/domiki-merkel-dlya-ukrainskih-bezhentsev-razvalivayutsya/>

19. В Украине есть успешные проекты в обеспечении украинских переселенцев жильём: Жильё для переселенцев: разработан новый проект. URL: <https://dnews.dn.ua/news/685215>

20. Звіт національної системи моніторингу ситуації з внутрішньо переміщеними особами: Квітень 2017 р. URL: http://iom.org.ua/sites/default/files/nms_report_march_2017_ukr_new.pdf

21. Внутрішньо переміщені особи: від подолання перешкод до стратегії успіху: монографія / О.Ф. Новікова, О.І. Амоша, В.П. Антонюк та ін.; НАН України, Ін-т економіки та пром-сті. Київ, 2016. С. 271–289.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Дяченко Андрей Васильевич – аспирант кафедры социальной и гуманитарной политики Национальной академии государственного управления при Президенте Украины

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Dyachenko Andrey Vasilyevich – Postgraduate Student at the Department of Social and Humanitarian Policy of National Academy for Public Administration under the President of Ukraine

Grossfire13@gmail.com

UDC 342.92:342.98:35.075.3:341.232

ISSUES OF COMPLIANCE OF THE ANTI-CORRUPTION BODIES SYSTEM IN UKRAINE WITH THE REQUIREMENTS OF INTERNATIONAL ACTS RATIFIED BY UKRAINE

Lyudmila ZHUKOVSKAYA,

Postgraduate Student at the Department of Criminal Law and Justice of Private Higher Educational Establishment “International University of Economics and Humanities named after Academician Stepan Demianchuk”

SUMMARY

The article reflects the theoretical study of the compliance of the anti-corruption bodies system in Ukraine with the requirements of international acts ratified by Ukraine. Provisions of international acts ratified by Ukraine have been studied with the help of a spectrum of scientific methods in part of the development of anti-corruption bodies, and provisions of normative-legal acts, which constitute the anti-corruption bodies system in Ukraine. The anti-corruption bodies system is created in accordance with the international acts ratified by Ukraine, and according to the anti-corruption bodies system in Ukraine is presented. It has been substantiated that among the issues of compliance of such system with the requirements of international acts ratified by Ukraine there is a partial implementation of the provisions international acts ratified by Ukraine into domestic law. It has been proposed implementation of the provisions international acts ratified by Ukraine into domestic law in part of the development of anti-corruption bodies, to develop the Law of Ukraine “On the Anti-Corruption Bodies System of Ukraine” and to amend the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption”.

Key words: corruption, anti-corruption bodies system, international acts, anti-corruption legislation of Ukraine, anti-corruption bodies, specialized law enforcement agencies, judicial bodies.

ПРОБЛЕМЫ СООТВЕТСТВИЯ СИСТЕМЫ АНТИКОРРУПЦИОННЫХ ОРГАНОВ В УКРАИНЕ ТРЕБОВАНИЯМ РАТИФИЦИРОВАННЫХ УКРАИНОЙ МЕЖДУНАРОДНЫХ АКТОВ

Людмила ЖУКОВСКАЯ,

аспирант кафедры уголовного права и правосудия Частного высшего учебного заведения «Международный экономико-гуманитарный университет имени академика Степана Демьянчука»

АННОТАЦИЯ

В статье проведено теоретическое исследование системы антикоррупционных органов в Украине в соответствии с требованиями ратифицированных Украиной международных актов. С помощью спектра научных методов изучены положения ратифицированных Украиной международных актов в части создания антикоррупционных органов, а также положения национальных нормативно-правовых актов, которыми создана система антикоррупционных органов в Украине. Выведена система антикоррупционных органов согласно ратифицированным Украиной международным актам, в соответствии с которыми создана система антикоррупционных органов в Украине. Обосновано, что среди проблем соответствия такой системы требованиям ратифицированных Украиной международных актов – частичная имплементация положений, ратифицированных Украиной международных актов в национальное законодательство. Предложено имплементировать положения ратифицированных Украиной международных актов в части создания антикоррупционных органов в полной мере, а также разработать Закон Украины «О системе антикоррупционных органов в Украине», внести изменения в Закон Украины «О предотвращении коррупции».

Ключевые слова: коррупция, система антикоррупционных органов, международные акты, антикоррупционное законодательство Украины, органы предупреждения коррупции, специализированные правоохранительные органы, судебные органы.



Problem formulation. Corruption is one of the most dangerous threats to democratic values and proper development of any country in the world. According to the UNO News Center, the annual amount of bribes in the world is estimated at one trillion dollars. The UNO Development Program shows that the global economics loses 2.6 trillion dollars a year as a result of corruption, and in developing countries corruption-related losses exceed the amount of official development assistance 10 times [1]. In this regard, fight against corruption is one of the most important issues on the agenda of the international community as a whole, as well as on national ones in particular.

The topicality of the investigated theme. In its turn, our state according to reports of reputable international organizations for many years has been characterized as the one, which since its independence has been under the significant influence of corruption [2, p. 2]. In particular, according to the results of the most famous study of the corruption level measurement around the world, conducted by the Transparency Anti-Corruption Network International, – “Corruption Perceptions Index”, in 2017 Ukraine scored 30 points out of 100 possible, in which the index is rated from 0 (very high level of corruption) to 100 (very low level of corruption), and ranked 130th out of 180 countries [3].

It should also be noted, that after the events which took place in Ukraine in 2014 and the full entry into force of the Association Agreement on September 01, 2017 [4], our state, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their member states, on the other hand, established the fight against corruption among other things as the main principle for strengthening relations between the Parties (Article 3). Article 22 of this document entitled “Fight against Crime and Corruption” stipulates that the parties shall cooperate in the fight against the criminal and illegal organized or other activities, as well as in order to prevent it. Thus, it is noted that such cooperation is aimed at solving, inter alia issues, such as:

corruption in both the private and public sector; UNO conventions are indicated such as: against transnational organized crime, corruption, etc., to the efficient implementation of which the parties are committed.

For implementation of the agreements reached, a number of normative legal acts were adopted on combating corruption both in general and in part of creating new anti-corruption bodies. At the same time, as the researchers point out, during the year so many anti-corruption bodies appeared in Ukraine that we can be confused, what does which of them and whom to address if necessary [5, p. 16; 6].

In this regard, the issue of compliance of the anti-corruption bodies system of Ukraine with the requirements of the ratified international acts is particularly relevant.

State of the research. Among the scientists whose works are dedicated to the study of anti-corruption bodies in Ukraine are: Ye.V. Vandin, Ye.V. Hlushko, V.M. Drahan, D.H. Zabroda, Z.A. Zahynei, V.H. Kozlenko, V.I. Lytvynenko, D.S. Mashliakevych, K.I. Khromova, O.N. Yarmysh and others. At the same time the above problem remains insufficiently researched in the scientific doctrine.

Thus, the aim and objective of the article is to study the provisions of international acts ratified by Ukraine using philosophical spectrum, general and special-scientific methods, including formally-legal one in part of the development of anti-corruption bodies, and the provisions of the national legal acts, which established the system of anti-corruption bodies in our country with the aim of identifying by means of analysis, synthesis, comparison and generalization methods, the issues of compliance of the anti-corruption bodies system of Ukraine with the requirements of international acts ratified by Ukraine.

Presentation of the basic material. Ukraine has ratified a number of international acts in the field of combating corruption, while within the scope of this article we will focus only on some of them, which in their turn, we consider conceptual. First of all, the United Nations Organization

Convention against Transnational Organized Crime [7] and Corruption [8], referred to in the Association Agreement above, and the Criminal Convention on Combating Corruption (ETS 173) dated January 27, 1999 [9] (ratified by the Law of Ukraine “On Ratification of the Criminal Convention on Combating Corruption” No. 252-V dated October 18, 2006 [10]).

Among the provisions of the United Nations Organization Convention against Transnational Organized Crime dated November 15, 2000 [7] (ratified by the Law of Ukraine “On Ratification of the United Nations Organization Convention against Transnational Organized Crime and its Protocols Supplementing It” No. 1433-IV dated February 04, 2004 [11]) Article 9 refers to take legislative, administrative, etc. measures against corruption in order to ensure efficient actions of its bodies in the field of prevention and detection of corruption among public officials and punishment therefore, including by providing such bodies with sufficient independence to prevent undue influence on their actions.

In our opinion, bodies may be distinguished from the article analysis, whose activities are aimed at preventing corruption, bodies, whose activities are aimed at identifying corruption, in this case, we have special subjects – revealing corruption among “public officials” and, based on the content of the article – judicial bodies.

An important content characteristic of such bodies is the emphasis on independence from unlawful influence.

According to the Part One of Article 6 of Chapter II of the United Nations Organization Convention against Corruption [8] (ratified by the Law of Ukraine “On Ratification of the United Nations Organization Convention against Corruption” No. 251-V dated October 18, 2006 [12]) each Member State shall ensure in accordance with the fundamental principles of its legal system the existence of a body or, as appropriate, bodies that prevent corruption through such means, as: an efficient coordinated anti-corruption policy that promotes public participation and which reflects the principles of rule



of law, proper management of public affairs and public property, fairness and integrity, transparency and accountability, and where appropriate, overseeing and coordinating the implementation of such policies; expansion and dissemination of knowledge on preventing corruption.

When analyzing this article, the necessity of creating a body, and even bodies in the field of preventing corruption, is clearly regulated. At the same time, they may be distinguished according to the main function to those whose activities are aimed at conducting anticorruption policy; those who oversee and coordinate the implementation of such policy; those whose activities are aimed at expanding and disseminating knowledge on preventing corruption.

It should be noted, that the meaningful characteristics of such bodies, in contrast to the previous Convention, are expanded. In particular, such sign as independence is supplemented with such features as material resources, specialized staff and the possibility of staff training.

At the same time, Article 36 of Chapter III of this Convention provides for the need to establish specialized bodies, "Each Member State shall ensure in accordance with the fundamental principles of its legal system the presence of a body or bodies or persons specializing in the fight against corruption through law enforcement measures".

It is indicated that such body or bodies are provided with the necessary independence, in accordance with the fundamental principles of the legal system of the Member State to fulfill their functions efficiently and without any undue influence. Among other meaningful features of such bodies are requirements for the qualification of officials and the availability of resources for proper performance of the tasks assigned to them.

Thus, the UNO Convention against Corruption has established the need for anti-corruption bodies, which may include agencies whose activities are aimed at: conducting anti-corruption policy; overseeing and coordinating the implementation of such policies; expanding and disseminating knowledge

on preventing corruption, as well as specialized law enforcement agencies.

With regard to the court and the prosecutor's office bodies, Article 11 of the above-mentioned Convention establishes the need to take measures to enhance fairness and integrity of representatives of such bodies and to prevent corruption among them, in particular, these measures include the rules of conduct.

In the Criminal Convention on Combating Corruption [9] in accordance with Article 20 entitled "Specialized Bodies" it is indicated, that each Member State shall take necessary measures to ensure specialization of the personnel and bodies in combating corruption, and again among other Conventions the need to ensure the independence of such bodies is emphasized, which in its turn will contribute to the efficient performance of their functions, and the exclusion of any unjustified pressure. In particular, the focus is on ensuring proper training of personnel of such bodies and financial resources that will be sufficient to fulfill the assigned tasks.

After analyzing the provisions of the above-mentioned international acts ratified by Ukraine in the part of building up anti-corruption bodies in general, we may assume that the latter form a system that includes:

1. Bodies combating corruption, among which are those: a) which conduct an efficient coordinated anti-corruption policy promoting the participation of the society and reflecting the principles of law and order, proper governance of state affairs and state property, fairness, integrity, transparency and accountability; b) which supervise and coordinate the implementation of such policy; c) whose activities are aimed at expanding and disseminating knowledge on preventing corruption.

2. Specialized law enforcement anticorruption bodies, among which are those: a) detect corruption among public officials; b) detect corruption among other officials etc.

3. Judicial bodies.

Thus, in order to determine the issues of compliance of anti-corruption bodies

system in Ukraine with the requirements of international legal acts ratified by Ukraine, we will analyze the provisions of the national legal acts, which created the anti-corruption bodies system in our state.

In general, during the period from 2014 to 2018 a number of laws and subordinate normative legal acts in Ukraine were adopted to combat corruption on the whole and to create new anti-corruption bodies in particular. However, we consider it appropriate to dwell only on the laws of Ukraine.

Thus, the Law of Ukraine "On Preventing Corruption" [13] defines, as noted by the legislator, "legal and organizational principles of functioning of the system of preventing corruption in Ukraine", etc., and therefore, in our opinion, the anti-corruption bodies system in Ukraine, whose activities are aimed at preventing corruption, is to be defined.

At the same time, it is already established by Clause 14 of Part 1 of Article 1 of this Law that specially authorized subjects in the field of combating corruption shall be the Prosecutor's Office, the National Police of Ukraine, as well as the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine and the National Agency for Prevention of Corruption.

It may be assumed that the "specially authorized subjects in the field of combating corruption" are specialized law enforcement anti-corruption bodies themselves.

In addition, we should note that the notion of a counteraction is much wider than the notion of prevention. In particular, an appropriate approach of M.I. Melnyk to the notion of counteraction to corruption seems to be favourable, which is cited by D.H. Zabroda in his study. The author considers counteraction to corruption in the broad and narrow meanings. Thus, the first one is any activity in the field of social management aimed at reducing opportunities for corrupt social relations, ensuring the rule of law, implementing other principles of law, promoting the development of a democratic society and establishing a rule of law state; the second is the system of political, legal, organizational and managerial,



ideological, socio-psychological measures aimed at reducing its amounts, changing the nature of corruption manifestations, increasing the risk for corrupt officials, removing social preconditions for corruption, causes and conditions of corruption, detecting, terminating and investigating corruption, prosecuting perpetrators of corruption offenses, legal liability, renewing rights and interests of individuals and legal entities, eliminating consequences of corruption [14, p. 88]. Thus, counteraction, in our opinion, includes prevention.

At the same time, returning to the determination of the place of the bodies included in the specially authorized entities, in the anti-corruption bodies system in general, let us look at the legislator's interpretation of the definitions of these bodies.

Thus, Article 1 of the Law of Ukraine "On the National Police" [15] defines this body as the central body of executive power, which serves society by ensuring the protection of human rights, combating crime, maintaining public security and order.

The Prosecutor's Office of Ukraine in accordance with Article 1 of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office" [16] is a unified system, which pursuant to the procedure stipulated by Law performs functions on the protection of human rights, common interests of the society and state established by the Constitution of Ukraine. As part of the Prosecutor's Office of Ukraine (as a structural unit) the Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office has been established, however, its definition by the legislator is not provided. At the same time, among the functions, in particular, the following function is given: "to monitor the observance of laws during the pre-trial investigation by the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine" etc.

According to the Law of Ukraine "On the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine" [17] the latter is a state law enforcement agency, which is responsible for preventing, detecting, terminating, investigating and disclosing corruption offenses falling within its jurisdiction, as well as preventing the commission of new ones.

In its turn, the National Agency for Prevention of Corruption is defined by Article 4 of the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption" [13] as a central executive body with a special status that ensures the formation and implementation of state anti-corruption policy.

Summarizing the above, it is obvious that only Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office and the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine from this list may be included in the specialized law enforcement agencies. The activities of the National Police of Ukraine in the field of combating corruption are an integral part of counteracting crime in general, on that needed to be clarified.

National Agency for Prevention of Corruption should belong to the corruption preventing bodies, which contributes to the society's participation and which reflects the principles of rule of law, proper management of public affairs and public property, fairness and integrity, transparency and accountability. As well as monitors the implementation and coordination of this policy.

In this regard, in our opinion, the provisions of the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption" as part of the definition of specifically authorized subjects in the field of combating corruption require either correction, or an exclusion at all. It seems appropriate to outline the analyzed provision of this law in the following wording: "the subject in the field of preventing corruption is the National Agency for Prevention of Corruption", which in fact will correspond to the specifics of the current law.

Regarding the activities on the expansion and dissemination of knowledge on preventing corruption, it seems necessary to create a unit within the structure of the National Agency for Prevention of Corruption, which will exercise the right to educational activities. Indeed, the amount of anti-corruption legislation is new and significant, therefore it remains incomprehensible to the society what acts constitute the composition of corruption offenses, and the practice of judicial practice is also relevant.

Among other established anti-corruption bodies in Ukraine there are:

- 1) the State Bureau of Investigation, which is the central executive body, which carries out law-enforcement activities for the purpose of prevention, detection, termination, disclosure and investigation of crimes attributed to its competence;
- 2) National Agency of Ukraine for Finding, Tracing and Management of Assets Derived from Corruption and Other Crimes is a central executive body with a special status that ensures the formation and implementation of state policy in the field of detection and tracing of assets that may be subject to arrest in criminal proceedings and/or asset management, which is subject to seizure or confiscation in the criminal proceeding;
- 3) Supreme Anti-Corruption Court.

Conclusions. To take everything into the consideration according to the requirements of international acts ratified by Ukraine the anti-corruption bodies system of Ukraine, in our opinion, is formed by: 1. The anti-corruption authority is the National Agency for Prevention of Corruption. 2. Specialized law enforcement anti-corruption bodies are Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office; National Anti-Corruption Bureau of Ukraine; State Bureau of Investigation; National Agency of Ukraine for Finding, Tracing and Management of Assets Derived from Corruption and Other Crimes. 3. Judicial bodies include the Supreme Anti-Corruption Court.

At the same time, the issues of compliance of such system with the requirements of international acts ratified by Ukraine there is partial implementation of the provisions international acts ratified by Ukraine into domestic law. As V.M. Trepak appropriately notes, "The process of creating special anti-corruption bodies largely reminds of "chaotic accumulation" [18, p. 193]. In our opinion, it is necessary to implement the provisions of international acts in full, there is a need for drafting of the Law of Ukraine "On the Anti-Corruption Bodies System of Ukraine", which will clearly outline the conceptual foundations of their activities and maintain meaningful signs of their formation in accordance with international acts ratified by Ukraine.



In addition, in the context of the above, it seems necessary to make the proposed amendments to the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption”.

References:

1. L'Onu dévoile le montant des pots-de-vin dans le monde URL: <https://fr.sputniknews.com/international/201712101034251817-onu-pots-de-vin-montant-annuel/>
2. Аналітичний звіт про виконання Антикорупційної стратегії на 2014–2017 роки та Державної програми щодо реалізації засад Антикорупційної стратегії. URL: <https://nazk.gov.ua/sites/default/files/docs/2017/.pdf>
3. Индекс корупції – CPI 2017 URL: <https://ti-ukraine.org/research/indeks-koruptsiyi-cpi-2017/>
4. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27 червня 2014 року. / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_011
5. Андрашук Т.І., Жидецький Ю.Ц. Системну корупцію в Україні подолає системна протидія. Проблеми вдосконалення діяльності правоохоронних органів щодо виявлення, попередження та припинення корупційних проявів: матеріали постійно діючого науково-практичного семінару (м. Львів, 8 квітня 2016 року). Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2016. С. 13–19.
6. Антикорупційна шістка: хто в Україні бореться з хабарництвом. URL: <https://www.dw.com/uk/a-19119758>
7. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності: міжнародний документ від 15 листопада 2000 року. / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789
8. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 року. / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16
9. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) від 27 січня 1999 року. / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_101
10. Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією: Закон України від 18 жовтня 2006 року № 252-V. / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/252-16>
11. Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності та протоколів, що її доповнюють від 04 лютого 2004 року № 1433-IV. / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1433-15>
12. Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції: Закон України від 18 жовтня 2006 року № 251-V. / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/251-16>
13. Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII (зі змінами від 23.03.2017). / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1700-18>
14. Заброта Д.Г. Взаємодія суб'єктів боротьби з корупцією (адміністративно-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2005. – 233 с.
15. Про Національну поліцію: Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19>
16. Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 № 1697-VII. / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>
17. Про Національне антикорупційне бюро України: Закон України від 14.10.2014 № 1698-VII. / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1698-18>
18. Трепак В. Система заходів антикорупційної діяльності у розвинутих країнах світу. Публічне право. 2016. № 1 (21). С. 193–201.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Жуковская Людмила Аркадьевна – аспирант кафедры уголовного права и правосудия Частного высшего учебного заведения «Международный экономико-гуманитарный университет имени академика Степана Демьянчука»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Zhukovskaya Lyudmila Arkadyevna – Postgraduate Student at the Department of Criminal Law and Justice of Private Higher Educational Establishment “International University of Economics and Humanities named after Academician Stepan Demianchuk”

nauka_rv@i.ua



УДК 342.924:35.072.22(477)(045)

ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ ПОНЯТИЯ «КОНФЛИКТ ИНТЕРЕСОВ»

Лариса ЗАВГОРОДНЯЯ,
аспирант Юридического института
Национального авиационного университета

АННОТАЦИЯ

В статье исследуются историко-правовые аспекты развития понятия «конфликт интересов». Поставлены задачи и цели исследования. Осуществлен анализ истории развития термина «конфликт интересов», обобщены философские и научные идеи, касающиеся историко-правовых аспектов конфликта интересов. Анализируется научное познание, установлена перспективность данного термина.

Ключевые слова: конфликт интересов, правовые нормы, неправомерная выгода, коррупция.

HISTORICAL AND LEGAL ASPECTS OF CONCEPTS “CONFLICT OF INTERESTS”

Larisa ZAVGORODNYAYA,
Postgraduate Student of the Law Institute
of National Aviation University

SUMMARY

The article investigates the historical and legal aspects of the development of the notion “conflict of interests”. The tasks and objectives of the research are set. An analysis of the history of the development of the term “conflict of interests” was carried out, philosophical and scientific ideas concerning historical and legal aspects of the conflict of interests were generalized. The scientific knowledge is analyzed and the perspective of this term is established.

Key words: conflict of interests, legal norms, unlawful profit, corruption.

Постановка проблемы. Конфликт интересов – сложное и разноаспектное явление, которое вызывает познавательный интерес учёных и государственных деятелей современности. В процессе осуществления любого научного исследования важное значение имеют научные разработки, касающиеся истории развития представления о понятии «конфликт интересов», позволяющие определить перспективы такого исследования, выявить те аспекты, которые требуют научной разработки и переосмысления.

Актуальность темы исследования. В процессе реформирования национального законодательства с учётом европейских стандартов в сфере предотвращения коррупции постоянно пополняется ряд новейших для отечественной административно-правовой доктрины понятий, одним из которых является конфликт интересов. Поэтому вопрос истории развития представления о конфликте интересов является одним из дискуссионных в юридической науке и представляет научно-исследовательский интерес в связи с широким спектром научных трудов, посвящённых этому вопросу, формированию института конфликта интересов, применению юри-

дико-технических средств формулировки этого понятия, а также особенностей практического проявления изучаемого явления. Актуальность исследования историко-правовых аспектов развития понятия «конфликт интересов» обусловлена изменениями в правовой сфере, что определяет познавательный потенциал к этому вопросу, что требует постоянной научной разработки и обоснования конкретных положений, отвечающих текущим потребностям функционирования правотворческой деятельности института конфликта интересов.

Состояние исследования. Отдельные аспекты, в том числе и вопросы истории развития представления о конфликте интересов, исследованы в работах: М. Арпентьевой, Т. Василевской, С. Дергачева, А. Костенко, Д. Ковриженка, Д. Лукьянец, И. Лопушинского, Н. Мельника, Ю. Рудакевич, С. Тертышной, О. Олешко, О. Токарёв-Остапенко, Ю. Якименко, Н. Хавронюка. В тоже время анализ работ упомянутых выше учёных даёт основания для вывода, что историко-правовой аспект происхождения и предпосылок возникновения термина «конфликт интересов» не достаточно исследован.

Целью и задачей статьи является анализ истории развития понятия «конфликт интересов», а также изучение научных работ с помощью этимологического, ретроспективного и законодательного подходов к данному вопросу.

Изложение основного материала. Конфликт интересов (как и любой социальный институт) имеет свою эволюцию развития, корни которого в Украине достигают древности. Поэтому интересным, необходимым и познавательным является исследование генезиса основных этапов формирования этого явления как одной из распространённых форм проявления коррупции. Учитывая, что выявление и предотвращение конфликта интересов происходило в условиях социальных, политических, экономических, культурных и административных изменений, актуальность вопроса очевидна.

Усовершенствование правовых норм происходит динамически и берет свои истоки в истории права. Исследование истории права является основой повышения результативности административного законодательства как в практическом, так и в теоретическом аспектах. Выяснение сущности правового регулирования общественных отношений



современности является возможным лишь в случае овладения надлежащими знаниями прошлого. Подтверждения вышеизложенного находим в позиции Г. Плеханова, который указывает на способность предвидения будущего через познание прошлого [1, с. 254–255]. Изучение истории становления любого явления предопределяет надлежащее понимание предпосылок возникновения и тенденций развития этого явления в будущем. То же непосредственно касается и определения места термина «конфликт интересов» в доктрине административного права, в антикоррупционной политике, который в условиях современной украинской государственности приобрёл признаки распространённого явления.

Понятия «коррупция» и «конфликт интересов» объединены общим следствием, связанным с причинением вреда правам и законным интересам граждан, обществу и государству. Термины «коррупция», «конфликт интересов», «личная заинтересованность» объединены общим методом достижения выгоды, связанным с незаконным использованием лицом своего должностного положения или влиянием на их надлежащее выполнение. Кроме того, отмеченные дефиниции объединены общим результатом, полученным при злоупотреблении служебным положением в виде денег, ценностей, другого имущества или услуг имущественного характера, других имущественных прав для себя или для третьих лиц, или незаконного предоставления такой выгоды отмеченным лицом другим лицам [2, с. 185–186].

Становление и развитие термина «конфликт интересов» в контексте системы мероприятий борьбы с коррупцией через явления, которые берут своё начало со времён формирования огосударственного общества, продолжают в условиях суверенного Украинского государства. Учитывая это, необходимо в первую очередь определить законодательную и генетическую природу понятия «конфликт интересов» через общественные явления, которые сформировали этот термин в контексте правовых обычаев, традиций первичных кодифицируемых актов права и современного законодательства, учитывая государственно-созидательные процессы, которые происходили на украинских землях в разные эпохи существования огосударственного общества.

Для более полного понимания природы происхождения термина «конфликт интересов» необходимо изучить его исторические истоки. С точки зрения позиций учёных можно выделить три подхода относительно исследования: этимологический, ретроспективный и законодательный.

При этимологическом подходе раскрывается происхождение и история семантики слов «коррупция», «конфликт» и «интерес». Термин «конфликт» (от латинского *conflictus*) в буквальном переводе означает «столкновение». Конфликт возникает тогда, когда люди начинают осознавать, что их интересы, потребности, цели не могут быть удовлетворены в случае сохранения существующей системы социальных отношений и начинают действовать так, чтобы изменить ситуацию. В зависимости от содержания, характера и направленности таких действий конфликт может нарастать, смягчаться или разрешаться. Следовательно, конфликт – это столкновение противоположных целей, позиций, взглядов субъектов социального взаимодействия, которые осознают противоречивость своих интересов. Конфликт имеет социальную природу, поскольку участниками конфликта всегда являются люди или определённые социальные группы и сообщества.

В общественных науках термин «конфликт» трактуется по-разному. В зависимости от того, к какому типу общественной теории мы обращаемся, конфликт может быть определён с помощью категорий «аномия» или «борьба». По мнению Дж. Александера, всю современную общественную теорию можно условно разделить на «функциональную» и «конфликтную», или на теорию «порядка» и «конфликта» [3]. В пределах первой необходимо отметить вклад Т. Парсонса и Р. Мертона в исследование этого явления. Если первый отмечал негативные последствия конфликта, то второй обратил внимание на его функциональный характер, предложив при этом изучать функции явные и скрытые, а также дисфункции. Учёные, которые разделяют конфликтную парадигму, под термином «социальный конфликт» в широком значении понимают спор, соревнование, конкуренцию, протест, напряжённость, агрессию, борьбу, враждебность и тому подобное. Именно такое, широкое значение термина «конфликт» предостав-

ляет Р. Дарендорф. По этому поводу он писал, «что термин конфликт я употребляю одинаково для обозначения спора, конкуренции, диспута и напряжённости, как и для открытых столкновений между общественными силами. Все отношения между группами индивидов с взаимно несовместимыми целями, которые в своей более общей форме являются желанием для обоих конкурентов получить то, что является возможным лишь для одного, – в этом понимании являются отношениями социального конфликта. Конфликт может иметь форму гражданской войны или парламентских дебатов, или хорошо регулируемых переговоров [4]. Подобное понимание проблемы встречаем у М. Дойча, который утверждает, что конфликт существует всегда там, где появляются противоречивые стремления или действия. Эти противоречия могут проявляться в виде внутренних напряжений (борьбы мотивов) или же в форме враждебных действий между лицами или группами лиц за ограниченные ценности или ресурсы [5].

Однако часть авторов и социологов старается сузить понятие «конфликт», представить его более точное и конкретное содержание. Например, Г. Зиммель, М. Ивер выразительно подчёркивают разницу между конфликтом, с одной стороны, враждебностью и конкуренцией, с другой. В марксистской теории принято различать конфликт и противоречие. Некоторые авторы склонны размежевывать понятие конфликта от общественной и психической напряжённости [6]. В этом более узком значении под понятием общественного конфликта следует понимать определённый тип борьбы, которая возникает в результате споров и психосоциальных напряжений. В этой борьбе конкурирующие стороны (или хотя бы одна из них) активно стремятся поставить соперника в такое положение, которое он не хочет или не может принять.

Чаще всего общественные конфликты происходят в форме борьбы за ограниченные материальные ресурсы, престиж, власть, идеологические и моральные ценности. «Общественный конфликт, – писал А. Козер, – это борьба за ценности и претензии на определённый социальный статус, власть и недостаточные для всех материальные блага; борьба, в которой целью конфликтующих сторон является нейтрализация, нанесе-



ние вреда или уничтожение соперника» [7]. «Конфликт, – продолжал исследователь, – обычно возникает, когда одна из сторон стремится сохранить определённое состояние дел, например, социальный статус или приобрести привилегии, а другая стремится к его изменению; или тогда, когда обе стороны стремятся изменить определённую ситуацию, но цели и способы изменения они понимают по-разному».

Следовательно, конфликты являются закономерным явлением и действуют во всех сферах общества и государства: социальной, политической, экономической, правовой. Как разновидность социальных процессов конфликтам свойственна и публично-правовая сфера. Динамика и характер управленческих отношений создают возможности для существования противоречивых интересов – лица, общества и государства, следствием которых являются конфликтные ситуации. Специфический вид конфликтов, которые возникают в публично-правовой сфере, – конфликт интересов.

Вместе с этим в Решении Конституционного Суда Украины по делу об охраняемом законом интересе от 01.12.2004 № 18-рп/2004 отмечено, что этимологическое содержание слова «интерес» включает: а) внимание к кому-, чему-либо, заинтересованность кем-то, чем-то; любопытство, увлечение; б) вес; значение; в) то, что больше всего интересует кого-нибудь, кто представляет содержание чьих-то мыслей и забот; г) стремление, потребности; д) то, что идёт на пользу кому-, чему-либо, отвечает чьим-то стремлениям, потребностям; выгода, польза [8]. В общесоциологическом значении категория «интерес» означает как объективно существующая и субъективно осознанную социальную потребность, как мотив, стимул, возбудитель, побуждение к действию; в психологии – как отношение личности к предмету, как к чему-то для неё ценному, такому, что притягивает. В юридических актах термин «интерес», учитывая его как этимологическое, так и общесоциологическое, психологическое значение, употребляется в широком или узком значении как самостоятельный объект правоотношений, реализация которого удовлетворяется или блокируется нормативными средствами.

При этимологическом подходе раскрывается происхождение и история

семантики слова «коррупция». В частности, во времена античности понятие коррупции воспринималось достаточно неоднозначно. Слово «коррумпировать» (от лат. corrumpere) имело несколько негативных значений: терять возможность, искажать содержание, стыдить достоинство и тому подобное. Слово «коррумпировать» также значило подкупать кого-нибудь или всех (не обязательно должностного лица) щедрыми подарками. Префикс “cor-” как бы приглашал сообща нарушать закон, договор, с самого начала признавая, что коррупция – это явление, которое имеет соучастников. В римском праве “corrumpere” значило ломать, портить, повреждать, фальсифицировать показания, а также подкуп судьи (претора) [9, с. 21].

С ретроспективным подходом исследование этого термина выполнимо через анализ происхождения коррупции. Сторонником этой позиции является В. Цитряк, который доказывает, что коррупция зародилась с появлением первых государственных образований [10]. Но вместе с этим можно не согласиться с мнением автора, ведь многочисленные исследования древних источников культуры позволяют утверждать, что исторической почвой коррупции можно считать обычай (который существовал с давних времён) приносить подарки вождям (жрецам) для получения их благосклонности. Истоки коррупции, очевидно, исходят из первобытного общества. Полностью достоверно, что они связаны с языческими верованиями. Люди, полностью зависимые от сил природы, пытались задобрить богов, которые олицетворяли эти силы, и приносили им жертвы. Когда появились первые служители культа, «близкие» к богам (шаманы, знахари, волхвы), им тоже люди делали подарки, чтобы через них получить милость богов. Ценный подарок выгодно выделял человека среди других просителей и был залогом того, что его просьба будет исполнена. Из-за этого в первобытных обществах такая плата считалась нормой.

Сведения о коррупции содержатся и в исторических источниках древневосточных цивилизаций – Древнего Египта, Китая, Индии, а также античных цивилизаций Древней Греции и Рима.

С возникновением государства и появлением профессиональных чиновников обычай одаривать тех, от кого зави-

села судьба, распространился и на них. Развитие государственности повлекло возникновение многочисленного бюрократического аппарата – касты чиновников, которые получали все больше полномочий. И хотя считалось, что они должны были жить за счёт фиксированной оплаты, в подавляющем большинстве государств представители бюрократического аппарата стремились использовать своё служебное положение как источник для получения тайных доходов, которое приобрело массовый характер и стало своеобразной нормой поведения чиновников.

Начиная исследование исторических аспектов генезиса термина «конфликт интересов» через анализ общественных явлений, которые сформировали этот термин, можно отметить, что первые нормы писаного обычного права на украинских землях зарождались, начиная с X ст., регулировали порядок осуществления правосудия и расследования дел, а также порядок осуществления кровной мести.

Традиции нашли своё естественно-правовое отражение в обычаях, которые регулировали поведение на начальном этапе огосударственного общества. В тоже время само существование правового обычая является логическим доказательством, что человек склонен его нарушать. А наличие определённых правил поведения и породили потребность в завоевании благосклонности власть предержащих в случае необходимости решить дело в их пользу. Обращаясь к источникам древнейшего права, следует отметить отсутствие единого кодифицируемого акта, который сохранил бы нормы и традиции развития государства Руси. Поэтому норму таких правовых обычаев можно отыскать в традициях, литературных, творческих источниках. В частности, в таких летописях, как Первый Киево-Печерский Свод (1074 г.), «Повесть временных лет» (1113–1114 гг.), Киевская летопись (1113–1200 гг.), Галицко-волынская летопись (1209–1292 гг.), договоры Руси с греками X ст. и законодательный сборник «Русская правда» XI – XII ст., который сохранился в составе летописей. Следовательно, проанализировав эволюцию развития правовых норм такого явления, как конфликт интересов в Украине, следует отметить, что этапы развития этого понятия в разные периоды существования нашего государства



характеризуются такими явлениями, как неправомерная выгода, подарок, подкуп и продажность служащих в контексте правовых обычаев, традиций, первичных кодифицируемых актов правовых обычаев.

Заключительный подход исследования термина «конфликт интересов» в отечественной правовой системе – законодательный, который осуществляется с целью совершенствования мероприятий относительно борьбы с наиболее опасными коррупционными деяниями. Понятие конфликта интересов в современном украинском законодательстве появилось сравнительно недавно. Как свидетельствует анализ, первое упоминание о конфликте интересов появилось в Общих правилах поведения государственного служащего [11]. В пункте 21 этих правил отмечалось, что государственный служащий должен по требованию заявлять о наличии или отсутствии у него конфликта интересов. При этом устанавливалось, что конфликт интересов возникает из ситуации, когда государственный служащий имеет частный интерес, то есть преимущества для него или его семьи, близких родственников, друзей или лиц и организаций, с которыми он имел общие деловые или политические интересы, что влияет или может влиять на непредвзятое и объективное выполнение служебных обязанностей. Любой из таких конфликтов должен быть решён до принятия на государственную службу или назначения на новую должность.

Более детально на уровне законодательства проблеме, связанной с конфликтом интересов, законодателем начало уделяться внимание начиная с 2009 года в антикоррупционных законах. В Законе Украины «О принципах предотвращения и противодействия коррупции» указано, что конфликт интересов – это противоречие между личными имущественными, неимущественными интересами лица или близких ему лиц и его служебными полномочиями, наличие которых может повлиять на объективность или непредвзятость принятия решений, а также на совершение или несовершение действий во время выполнения предоставленных ему служебных полномочий [12]. Вместе с этим в Законе Украины «О предотвращении коррупции» определены такие понятия, как

– **коррупция** – использование лицом, определённым в части первой статьи

3 данного Закона, предоставленных ему служебных полномочий или связанных с ними возможностей с целью получения неправомерной выгоды или принятия такой выгоды или принятия обещания/предложения такой выгоды для себя или других лиц или соответственно обещание/предложение или предоставление неправомерной выгоды лицу, определённому в части первой статьи 3 данного Закона, или по его требованию другим физическим или юридическим лицам с целью склонить это лицо к противоправному использованию предоставленных ему служебных полномочий или связанных с ними возможностей;

– **неправомерная выгода** – денежные средства или другое имущество, преимущества, льготы, услуги, нематериальные активы, любые другие выгоды нематериального или неденежного характера, которые обещают, предлагают, предоставляют или получают без законных на то оснований;

– **потенциальный конфликт интересов** – наличие у лица частного интереса в сфере, в которой он выполняет свои служебные или представительские полномочия, что может повлиять на объективность или непредвзятость принятия им решений, или на совершение или несовершение действий во время выполнения указанных полномочий;

– **реальный конфликт интересов** – противоречие между частным интересом лица и его служебными или представительскими полномочиями, что влияет на объективность или непредвзятость принятия решений, или на совершение или несовершение действий во время выполнения указанных полномочий;

– **подарок** – денежные средства или другое имущество, преимущества, льготы, услуги, нематериальные активы, которые предоставляют/получают безвозмездно или по цене, более низкой минимальной рыночной.

Также пунктом 4 статьи 23 Закона Украины «О предотвращении коррупции» определено, что решение, принятое лицом, указанным в пунктах 1, 2 части первой статьи 3 данного Закона, в пользу лица, от которого он или его близкие лица получили подарок, считаются такими, которые приняты в условиях конфликта интересов, и на эти решения распространяются положения статьи 67 Закона Украины «О предотвращении коррупции» [13].

Следовательно, если в предыдущих законах приводилось понятие лишь «конфликта интересов», то теперь указанное понятие разделено на два термина «реальный конфликт интересов» и «потенциальный конфликт интересов».

Выводы. Исследуя природу происхождения термина «конфликт интересов» через этимологический, ретроспективный и законодательный подходы, установлено, что, начиная с первобытной эпохи развития человечества наблюдаются закономерные общественные явления, указывающие на деяния людей, связанные со злоупотреблением властью. Эти действия можно квалифицировать как правонарушение в сфере служебной и профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг. На основе историко-правовых первоисточников развития на территории современной Украины и учитывая государственно-созидательные процессы, которые происходили на украинских землях в разные эпохи существования огосударвленного общества, был исследован вопрос генезиса термина «конфликт интересов» через такие явления, как «неправомерная выгода», «подарок», «подкуп», «продажность» служащих в контексте правовых обычаев, традиций первичных кодифицируемых актов и современного законодательства.

Вместе с этим современное понимание термина «конфликт интересов» по своей сути имеет место в Законе Украины «О предотвращении коррупции», в Рекомендации №R (2000) 10, принятой Комитетом Министров Совета Европы 11.05.2000, которая предусматривает ряд правил относительно предотвращения конфликта интересов должностных лиц [14].

Список использованной литературы:

1. Плеханов Г.В. Избранные философские произведения. М.: Госполитиздат. 1956. Т.1. 1956. с. 573.
2. Костюк О.Н. Правовые средства разрешения конфликта интересов на государственной службе в Министерстве обороны Российской Федерации: дис. канд. юрид. наук. М., 2012.
3. Alexander J. Twenty Lectures. New York, 1987. P. 127–139. Цит. по А.А. Ручка, В.В. Танчер. Очерки истории социологической мысли. Киев, 1992. С. 219.



4. Dahrendorf R. Class and Class Conflict in Industrial Society. Stanford, California, 1959. P. 135.

5. Deutsch M. Conflicts: productive and Destructive. Journal of Social issues. vol. XXV. 1969. N1. P.7.

6. Finc C.F. Some Conceptual Difficulties in the Theory of Social Conflict. Journal of Conflict Resolution. 1968. vol. XII. N 4.

7. Coser L.A. Conflict. Social Aspect. / International Encyclopedia of Social Science. David Sills (ed.) New York, 1968. Vol. 3. P. 233

8. Решение Конституционного Суда Украины по делу об охраняемом законом интересе от 01.12.2004 № 18-рп/2004. / Офиц. вестник Украины. 2004. № 50. С. 3288

9. Грузур О. История криминальной ответственности за взяточничество в праве Украины и Русской империи (XVI – начало XX ст.) Предпринимательство, право. 2008. № 5(149), С. 21–24.

10. Цитряк В.Я. Коррупция и взяточничество: проблемы определения и соотношение понятий. Актуальные проблемы государства и права: сборник научных работ. 2009. № 47.

11. Общие правила поведения государственного служащего: утв. приказом Главного управления государственной службы Украины от 23.10.2000 № 58, зарегистр. в М-ве юстиции Украины 07.11.2000 за № 783/5004. / Офиц. вестн. Украины. 2000. № 45. С. 1971

12. Закон Украины «О принципах предотвращения и противодействия коррупции» от 07.04.2011 № 3206-VI. / Офиц. вестн. Украины. 2011. № 44. С. 1764

13. Закон Украины «О предотвращении коррупции» от 14.10.2014 1700-VII. / Офиц. вестн. Украины. 2014. № 87. с. 2474

14. Рекомендации № R(2000)10, принятые Комитетом Министров Совета Европы 11.05.2000. URL: <http://www.crimcor.rada.gov.ua>

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Завгородняя Лариса Алексеевна – аспирант Юридического института Национального авиационного университета

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Zavgorodnyaya Larisa Alekseyevna – Postgraduate Student of the Law Institute of National Aviation University

larisazavgor@i.ua

UDC 347:346.543

RIGHTS OF PARTICIPANTS OF THE SHARE INVESTMENT FUND

Dmitriy KLAPATYY,

Attorney at Law, Assistant at the Department of Civil Law and Procedure
of the Ivan Franko Lviv National University

SUMMARY

The rights of participants of the share investment fund are analyzed in article. It was established that participants of the share investment fund are collective investors, since they invest the money, which belong to them into the objects of investment activity using services of a professional subject – asset management company. The investment portfolio, which was created using the money of the participants of the share investment fund, belongs to such participants on a common shared property right. Peculiarities of exercising the rights of participants of the share investment fund in particular the common shared property right to the assets of the share investment fund were characterized. Proposals aimed at improving the legislation, which regulates the procedure of exercising the rights of participants of the share investment fund were made.

Key words: share investment fund, participants of the share investment fund, asset management company, common shared property to the assets of the share investment fund, redemption of the investment certificates of the share investment fund.

ПРАВА УЧАСТНИКОВ ПАЕВОГО ИНВЕСТИЦИОННОГО ФОНДА

Дмитрий КЛАПАТЫЙ,

адвокат, ассистент кафедры гражданского права и процесса
Львовского национального университета имени Ивана Франко

В статье проанализированы права участников паевого инвестиционного фонда. Установлено, что участники паевого фонда являются коллективными инвесторами, поскольку вкладывают принадлежащие им денежные средства (инвестиции) в объекты инвестирования с использованием услуг профессионального субъекта – компании по управлению активами, а сформированный за счёт привлечённых средств портфель инвестиций принадлежит таким участникам на праве общей долевой собственности. Охарактеризованы особенности осуществления участниками паевого фонда их прав, в частности права собственности на активы паевого фонда. Сформулированы предложения по совершенствованию законодательства, регламентирующего порядок осуществления участниками паевого инвестиционного фонда их прав.

Ключевые слова: паевой инвестиционный фонд, участник паевого инвестиционного фонда, компания по управлению активами, право общей долевой собственности на активы паевого инвестиционного фонда, выкуп инвестиционных сертификатов паевого фонда.

Formulation of the problem. Development of the investment processes makes it necessary to carry out profound scientific research of the legal nature of the relations, which exist in this sphere. From the scientific point of view it is important to explore the peculiarities of realizing investments using a share investment fund scheme (hereinafter – share fund) since the model of a share fund as a legal form of realizing investments lacks complex research in the national legal science.

According to the data, published on the official web-page of UAIB (Ukrainian Association of Investment Business),

the number of the registered collective investment schemes is constantly increasing. For example, in 2017 there were 1676 registered collective investment schemes [1] and in the first half of the 2018 this figure increased to 1713 [2], which is owing to the increase of number of the venture investment funds. These figures demonstrate that the market of collective investing is developing quite rapidly. At the same time the drawbacks of the legislation, which regulates the legal status of the share fund participants shows the necessity to develop scientific recommendations aimed at improving the legal base in this sphere.



Relevance of the research topic. Investors usually play an important role in the process of carrying out of investment activity using the share investment fund scheme. This is because the investors dispose of their own money, chose the appropriate investment scheme and acquire the rights to the share fund's certificates. Although, the analysis of the national laws, which regulate the legal status of investors of the share investment fund, demonstrated that there are quite a lot of disputable questions, which need to be resolved as well as relevant recommendations aimed at improving the national laws in this sphere are to be made. Further development of the investment activity, which is conducted by using the share fund scheme depends on the availability of proper legislative guarantees as well as the clear legal status of the investor of the share investment fund.

State of the research. In the legal doctrine there are mainly scientific researches, dealing with the property and assets management relations in general, but little attention was paid to civil-law aspects of investment activity by using the share fund scheme. The following scholars researched only some of the peculiarities of carrying out investment activity in the form of a share investment fund: O. Hnativ, I. Polianska, O. Slobodian, O. Yavorska and others. At the same time these scholars paid a little attention to the rights of the share investment fund's participants and legal status of these subjects of investment activity in general. Peculiarities of the subjects' composition of the relations dealing with the realization of investments in the form of a share fund, procedure of exercising common shared property to assets of the share fund by its participants, peculiarities of protection of the rights and interests of the share fund's participants were not researched in detail. The legal status of the investor of the share fund, which in scientific literature is called a "weaker party" of the relations, was not a subject of a detailed research as well.

The purpose of article. The purpose of the research article is to investigate the peculiarities of the rights of the share fund participants. The main tasks of the research are: to analyze the notion of the share fund participant, research the rights of the share fund's participants and peculiarities of their realization; to clarify the peculiarities of rights and interests of the share fund's participants; to formulate proposals concerning the improvement of the national laws in this sphere.

Presentation of the main material.

Basic legal act, which regulates the procedure of carrying out investment activity using a share fund scheme, is the Law of Ukraine "On Institutes of Collective Investing" of 5 July 2012 No. 5080-VI [3] (hereinafter – Law of Ukraine on ICI of 2012). According to Article 41 of this law a share fund is an aggregate of assets, which belong to the participants of the share fund on a common shared property right and are managed by the assets management company and accounted by the company separately from the results of the company's commercial activity.

In the legal literature scholars suggest classifying the investments into *direct*, which foresee a direct participation of the investor in choosing the object of investment activity and the investor is taking part in all stages of the investment process and *collective* investments (sometimes called portfolio investments), according to which realization of investments is conducted by using the services of an agent, which accumulate and allocate the attracted financial resources by themselves [4, c. 37]. In our opinion, the peculiarity of the joint (collective) investing is to accumulate the attracted financial resources into a single fund and further investing of the fund's assets in the objects of investment activity according to the main directions of the investment activity as it is foreseen in the investment declaration. Collective investing foresees existence of a financial agent between an individual investor and object of the investment activity. Such agent realizes the investments using the share fund scheme by himself. Presence of an agent, which is the asset management company, shows the procedure of realizing investments by a natural person or a legal entity, which becomes a participant of the share fund by acquiring certificates of such fund. Hence we can make a conclusion, that the participant of the share fund is a subject of the investment process and is the investor, who allocates his money into a share fund, which are further being invested. In scientific resources participants of the share investment schemes are called collective investors. Under the notion "collective investor" it is suggested that one understand a natural person or legal entity, who invest their money using one of the collective investment schemes in order to gain profit [5, p. 48; 6, p. 46]. Such definition needs to be specified that the investing can be

aimed not merely at gaining profit, but also at achieving some social effect.

We consider such a scientific approach, which suggests a category of a collective investor to be a correct one since in the relations of the realization of investments through the share fund scheme there is another investor – asset management company. Such a company shall be defined as an institutional investor. According to the provisions of paragraph 4 part 2 of Article 2 of the Law of Ukraine "On Securities and a Stock Market" institutional investors are institutes of collective investing (share and corporate investment funds), mutual funds of the investment companies, non-state pension funds, insurance companies and other financial institutions, which carry out operations with the financial assets in the interests of the third parties on their own account or the account of such persons and in cases foreseen by the legislation also on the account of the financial assets attracted from other persons in order to gain profit or to preserve the real value of the financial assets. Since the share fund is not a subject of any legal relations, we consider that it is not correct to include such a fund to the category of institutional investor, since in such case it is the asset management company of such fund, which performs the functions of an institutional investor. In this respect the majority of scholars are unanimous [7, p. 10; 4, p. 44; 8, p. 110].

Therefore we can define two main subjects of the investment activity, connected with realization of investments through the share fund. These are the *collective investors* – participants of the share fund and *institutional investor* – asset management company of the share fund. Under the notion "collective investors" we understand natural persons or legal entities, which invest their money and property values using one of the collective investment forms in order to gain profit and/or achieve a social effect.

It is important to define the moment a natural person or a legal entity acquires the rights of a share fund's participant. According to Article 45 of the Law of Ukraine on ICIC of 2012 a natural person or a legal entity, who owns the investment certificate of the share can be a participant of such a fund. Also according to part 4 of Article 51 of the same law a person, who acquires the securities of the collective investment institute from their issuer, shall pay for such securities during the term foreseen in



the prospectus of securities of such collective investment institute, but not later than three working days since the sale-purchase agreement of securities was concluded. Non-documentary securities of the collective investment institute, which were paid, shall be credited to the investor's account, which was opened by a custodian of the securities upon a relevant order of the issuer of such securities. Taking this into account we can come to a conclusion that a person becomes a participant of the share fund since the moment the non-documentary investment certificates to the investor's account, which was opened by a custodian.

Current national laws, which regulate the procedure of carrying out investment activity, distinguish two types of investors: qualified investors and non-qualified investors. The notion "qualified" is considered to be improper when we speak about different categories of investors, since the word "qualification" relates mainly to the sphere of labor relations. For instance, provision of part 4 of Article 34 of the Law of Ukraine "On Securities and Stock Market" foresee a procedure of making a public offer of the securities to qualified and non-qualified investors [9]. At the same time, the essence of both of these terms is not clear, which shows the analysis of the national laws. The term "qualified investor" is used in the laws of many countries. The legislation of Lithuania distinguishes a "professional investor", which means a participant of a collective investment scheme, under which the minimal size of the investment exceeds 50 thousand Euros [10]. The law of the Slovak Republic "On collective investing" distinguishes a qualified investor [11]. Dividing investors into two types – qualified and non-qualified investors is caused by the availability of different collective investment forms and financial instruments of a high risk. Hence in order an investor can make a correct decision concerning investment activity through one of the collective investment schemes of a high risk, such investor should possess a certain complex of knowledge and skills, which can help evaluate such risks. By distinguishing qualified investors and share funds for qualified investors the lawmaker makes an attempt to foresee different requirements concerning participation in such funds in order to secure the best interests of investors. According to part 2 of Article 4 of the Law of Ukraine on ICI of 2012 a natural person can become a participant of a venture share fund in case he or she purchases the invest-

ment certificates of such fund in quantity, which by its nominal value of such securities, exceeds the sum, which is not less than 1500 minimum wages in a monthly size as of 1 January 2014. At the same time, a natural person can be a participant of qualified share fund in case he or she purchases the investment certificates of such fund in quantity which by its nominal value of such securities, exceeds the sum, which is not less than 100 minimum wages in a monthly size as of 1 January 2014 [3].

Among the rights of participants of the share fund we can list the following:

- right to common shared property to the assets of the share fund;
- right to redemption of investment certificate of the share investment fund, which belong to the investor;
- right to have investment certificates of one share fund converted into investment certificates of another share fund;
- right to information about functioning of a share fund.

As it was noted before, assets of the share fund belong to participants of such fund of the right of common shared ownership. At the same time, neither the Law of Ukraine On ICI of 2012 nor the by-laws, which were adopted to enforce this law, do not foresee mechanisms for investors to fulfill their right to common shared ownership to the assets of the share fund. When we analyze the legal status of the investor of the share fund, the common share property right to the assets raises debates among scholars. Although this right shall be considered as a basis of the legal status of the investor of the share fund.

Analysis of the scientific resources, which are dedicated to the issues of share funds legal regulation enables us to ascertain that the majority of scholars share the same opinion, that application of the common shared property regime to the assets of the share fund contradicts basic provisions of common shared property right, since in reality the owner of the assets is the asset management company of the share fund. This group of scholars includes the following: O. Yavorska, O. Hnativ, V. Vitrianskyi, N. Lopatenkova, D. Stepanov, Z. Pliuschchev, K. Ivanova, M. Pliuschchev and others. At the same time O. Zaitsev supports the idea that participants of the share fund shall be the owners of the fund's assets and the application of the common shared property provisions in this case is in conformity with

the civil laws, which regulate common shared property.

When applying the provisions of a common shared property to the assets of a share fund, then we need to resolve a question concerning the scope of powers of the owners of such assets as well as ways they can use to fulfill their property right to the assets of the share fund. Another problematic issue in this case is to clarify the scope of powers of the asset management company, which activity is mainly connected with a disposal of the assets of such fund.

In the opinion of O. Yavorska, besides the fact that there is a specific provision in the legislation about the common shared property regime, there is no fact of law, which should give raise to the establishment of such a regime. Persons, who become participants of the share fund by purchasing investment certificates of such fund do not interact with each other and their actions are not directed at gaining the common property right, says O. Yavorska [12, p. 4]. If we mention the provisions of the current Civil Code of Ukraine, which fix such rights of the co-owner as the right to allocate their stake in kind, the pre-emptive right to purchase a share in the right of common shared property, then the current Law of Ukraine on ICI of 2012 does not foresee any clauses at all. A. Tsykunov states that provisions of a common shared property cannot be applied to the legal relations of property to things, which are part of the share fund's assets, since the parts were defined beforehand and owners cannot improve their property because of the fact that the asset management company possesses and disposes of fund's assets [13].

At the same time O. Zaitsev, who supports the idea that provisions of common shared property can be applied to the assets of the share fund, states that it is typical for the common shared property right that possession, use and disposal of is conducted *in a way that was fixed* by the co-owners and not necessarily by the co-owners themselves. The scholar also points that the only objective to create a common shared property regime to the assets of the share fund is to transfer such property into trust of the asset management company. Because of this participants of the share fund do not suffer from their inability to change or terminate their agreement as of the co-owners and in case the co-owner does not longer want to participate in the share fund he can dispose repurchase his certificate, notes O. Zaitsev.



D. Stepanov expresses another opinion. He notes that collective investing foresees the transition of the right of disposal of property, which is a part of the property pool, to the asset management company. In his opinion, transferring the property into trust of the share fund's asset management company also foresees the transition of the title to the property, since the asset management company needs to dispose of such property.

Application of the common shared property regime to the assets of the share fund has its objective, which is to unite the costs of participants of the share fund, which were received as a price for the purchasing the investment certificates of the share fund, and further investing of such costs into objects of investing, as they are foreseen by the documents of the share fund and current laws of Ukraine. Since in case of the share fund, unlike a corporate fund, a new subject of law – legal entity is not created, the assets of the share fund belong to the participants of such fund on the right of a common shared property. We share the opinion that in case the investor purchases investment certificates of the share fund, his right of ownership over the costs, which were transferred to the share fund is turned into a right of ownership over the part in a common property (assets of the share fund), which is certified by the investment certificate.

When we analyze the powers of the asset management company of a share fund under the contract of management of the share fund, we can come to a conclusion that by disposing of the assets of the share fund, which belong to participants of such fund on the right of common shared property, the asset management company only fulfills its obligation to manage the assets on a professional basis. The asset management company is not the owner of the assets of the share fund, since the right of ownership to the assets of the share fund is not transferred to the asset management company. Investors continue to own the assets of such share fund. By purchasing investment certificates of the share fund the participant of the fund acts at his or her own discretion as the owner of such costs and agrees that such costs are united with the costs of other investors and that the asset management company fulfills the obligations concerning disposing of assets of the share fund.

We agree with the opinion of scholars that by its nature the right of common shared property to the assets of the share fund is a fiction, since there are no concrete

legislative mechanisms and ways of how to realize this right to the share in property. When analyzing national laws we consider that rule of part 1 of Article 41 of the Law of Ukraine on ICI of 2012 can exist, only if such rule is a special one in relation to relevant rules of the Civil Code of Ukraine, which regulate the common shared property relations and are general. Under such circumstances the common shared property regime of the participants of the share fund will be in conformity with the rules of Article 356 of the Civil Code of Ukraine, which fixes the essence of the common shared property right. At the same time the rules of Article 358 of the Civil Code of Ukraine, which foresee the peculiarities of realizing the common shared property right by the co-owners will not be applicable since relevant rules of the Law of Ukraine on ICI of 2012, which are special and foresee that the asset management company performs the activity of professional management of assets of the share fund, will be applied. Actually when investing the money in exchange of the investment certificates of the share fund, participants of such fund preserve their common shared property right to the assets of the share fund and transfer to the asset management company the powers, which comprise the essence of the common shared property right and consist in professional management of the share fund's assets, which can be performed only by the authorized subject.

If we support the idea that the model of the common shared property of the participants of the share fund to the assets should exist, we have to answer the question concerning performing of powers aimed at protection of this right. According to part 2 of Article 45 of the Law of Ukraine on ICI of 2012 participants of the share fund cannot influence the activity of the asset management company. The analysis of such legislative provision enables us to ascertain that participants of the share fund de-facto cannot effectively realize the power to protect their right of property to assets of the fund. Who in such case should fulfill such an obligation to protect? Since current Law of Ukraine on ICI of 2012 does not explicitly fix the power of the asset management company to be a plaintiff or a respondent in the court and represent the interests of the share fund's participants. For instance in the decision of the Commercial court of the city of Kyiv of 9 November 2010 in case No. 4/207-47/44509.11.10 one

of the reasons that claims of the plaintiff were declined, as it was stated by the court, was that the plaintiff – asset management company of the share fund, did not provide evidence that it had the powers to apply to the court in the interests of the share fund's participants. The court noted the following, "Neither Regulation of 5 February 2008, nor the Law of Ukraine "On collective investment institutes (share and corporate investment funds) of 15 March 2001 No. 2299-III did not contain a provision under which the plaintiff as a person, who only performs a professional management of the fund's assets, is entitled to apply to the court on behalf of investors and claim for protection of property rights and interests to costs of the fund, which belong to the fund's participant on the common shared property right. The plaintiff did not provide evidence that investors gave it the powers to represent their interests in the court as well [14]. Despite this court decision was soon repealed by the court of appeals and the case was heard according to the rules of the Law of Ukraine on ICI of 2001, this question still remains unresolved even today, since neither from the essence of the activity dealing with management of assets, nor the content of the collective investment activity one can ascertain that the asset management company is entitled to apply to the court on behalf of the share fund's participants. In this regard we suggest adding to Article 43 of the Law of Ukraine on ICI part 5 in the following wording:

"Asset management company of the share fund has the right to apply to the court in case of violation of the rights and interests of the share fund participants while carrying out activity dealing with professional management of the share fund's assets".

The abovementioned legislative provision will enable the asset management company not only to professionally manage the assets of the share fund but also to protect legal rights and interests of the investors in the court, in particular their right to property of the share fund's assets.

According to rule of part 3 of Article 45 of the Law of Ukraine on ICI of 2012 participants of the share fund shall not be responsible for the obligations of the share fund and share the risk for losses, connected with the activity of the share fund only within the limits of the investment certificates they own, besides participants of the share fund, which assets include bank



shares, and who are responsible for the obligations of the bank according to the law.

Right to redemption of the investment certificates, which belong to the investor, is realized by the investor by way of concluding a contract of redemption of investment certificates of the share fund. Redemption of investment certificates of the share fund is one of the powers, which the investor has in terms of his realization of the right of common shared property to the fund's assets. After redemption of the investment certificates the investor ceases his participation in the share fund. By its legal nature a contract of redemption of investment certificates is based on the civil law contract of sale and purchase.

The asset management company can manage the assets of several share funds, which were established by such company. It is the investor's prerogative to choose the form of collective investment and the investment strategy, which is most suitable for such investor. Therefore the investor, who decided to change the investment strategy, which was fixed in the investment declaration of the share fund, can change it into investment strategy of another share fund. Such change can be performed by way of conversion of all or some of the share fund certificates, which belong to the investor. Such right foreseen by Article 60 of the Law of Ukraine on ICI of 2012. Such conversion can be performed by the investor notwithstanding the type and kind of the share fund. The Law of Ukraine on ICI of 2012 prohibits only the conversion of the venture fund investment certificates into investment certificates of other funds as well as conversion of the share fund investment certificates into certificates of the venture fund. Quite important is the right of the investor to information about the share fund's functioning. According to part 4 of Article 45 of the Law of Ukraine on ICI of 2012, a supervisory board shall not be created. This means that participants of the share fund cannot influence the activity of the asset management company through the independent body or receive information about the fund's function owing to such a supervisory board. At the same time investor's right to information about the fund's functioning evolves from the corresponding obligation of the asset management company to publish the scope of information about the fund's functions as it is foreseen by the law. For instance, the asset management company shall publish the annual report

about the functioning of a share fund, availability of the web-page of the asset management company, where a relevant information shall be published according to the law.

Conclusions. The scope of rights of the participant of the share fund is caused by the sole construction of the share fund as a form of collective investing. The list of rights of a participants of the share includes the following: right to common shared property to the assets of the share fund; right to redemption of investment certificate of the share investment fund, which belong to the investor; right to have investment certificates of one share fund converted into investment certificates of another share fund; right to information about functioning of a share fund. The basis of the legal status of the share fund participant is the common shared ownership right to the assets of the share fund. Exercising the common shared ownership to the assets of the share fund has its special legal regulation, namely by provisions of the Law of Ukraine on ICI of 2012, therefore provisions of the Civil Code of Ukraine on common shared property will not be applied. When investing the money to the share fund, participants of such fund retain their common shared property right to the assets of the share fund and transfer to the asset management company the powers, which comprise the essence of the common shared property right and consist in professional management of the share fund's assets, which can be performed only by the authorized subject.

References:

1. Аналітичний огляд ринку управління активами за 3-й квартал 2017 року. URL: http://www.uaib.com.ua/analituaib/publ_ici_quart/262765.html.
2. Аналітичний огляд ринку управління активами за 1-й квартал 2018 року. URL: http://www.uaib.com.ua/analituaib/publ_ici_quart/266763.html.
3. Про інститути спільного інвестування: Закон України від 05.07.2012 р. № 5080-VI. / Офіційний вісник України. 2012. № 63. Ст. 2569.
4. Гридчин А.Г. Правовое регулирование деятельности паевого инвестиционного фонда как формы коллективного инвестирования: дис. канд. юр. наук: 12.00.03. Москва, 2011. 226 с.
5. Витрянский В.В. «Доверительное управление» денежными средствами». Хозяйство и право. 2001. № 12. С. 26–40.
6. Пономарева Е.Н. Принципы государственного регулирования коллективных инвестиций в России и за рубежом: сравнительный анализ. Законодательство и экономика. 2008. № 1. С. 43–53.
7. Гнатів О.М. Правовий режим пайових цінних паперів: цивілістичний аспект: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Київ, 2014.
8. Майфат А.В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования: монография. М., 2006. 292 с.
9. Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України від 23.02.2006 р. № 3480-IV. / Офіційний вісник України. 2006. № 13. Ст. 857.
10. The Law on Collective Investment Undertakings of the Republic of Lithuania of 04 July 2003. URL: http://www.ebrd.com/downloads/legal/securities/regulators/lith_coll.pdf
11. Act of 1 June 2011 on Collective Investment, No 203/2011 URL: http://www.nbs.sk/_img/Documents/Legislativa/_FullWordingsOther/A203_2011.pdf
12. Яворська О.С. Правовий статус суб'єктів спільного інвестування. Часопис Академії адвокатури України. 2013. № 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2013_2_34
13. Цикунов А. Проблемы права собственности на имущество, составляющее открытый и интервальный ПИФ. Инвестиции плюс. 2003. № 4.
14. Рішення Господарського суду м. Києва від 09.10.2011 р. у справі № 4/207-47/445 за позовом Товариства з обмеженою відповідальністю «Компанія з управління активами «АРТ-Капітал Менеджмент» від імені та в інтересах Відкритого акціонерного товариства «Закритий».
15. Клапятий Д.Й. Пайовий інвестиційний фонд як правова форма реалізації інвестицій. Європейські перспективи. 2014. № 10. С. 153–160.
16. Financial Services and Markets Act 2000 URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/section/236>
17. Лопатенкова Н.Г. Гражданско-правовые проблемы, связанные с использованием конструкции паевого



инвестиционного фонда. Законодательство. 2010. №10. С. 10–20.

18. Зайцев О.Р. Право общей собственности на паевой инвестиционный фонд. Журнал российского права. 2005. № 9. С. 129–142.

19. Степанов Д.И. «Пост-эмиссионные» ценные бумаги. Хозяйство и право. 2004. № 11. С. 49–66.

20. Иванова Е.В. Гражданско-правовое положение паевых инвестиционных фондов (вопросы теории и практики): дис. канд. юр. наук: 12.00.03. Москва, 2009. 192 с.

21. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве: учеб.-практ. пособие. 2-е изд. М.: Дело, 2000. 512 с.

22. Warburton A.J. Should Mutual Funds Be Corporations? A Legal & Econometric Analysis. The Journal of Corporation Law. 2008. № 3. С. 746–776.

23. Витрянский В.В. Договор доверительного управления имуществом: понятие и правовое регулирование. Хозяйство и право. 2001. № 10. С. 3–78.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Klapaty Dmityriy Iosifovich – Attorney at Law, Assistant at the Department of Civil Law and Procedure of the Ivan Franko Lviv National University

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Клапатый Дмитрий Иосифович – адвокат, ассистент кафедры гражданского права и процесса Львовского национального университета имени Ивана Франко

dklapaty@gmail.com

УДК 347.73

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПОГАШЕНИЯ НАЛОГОВОГО ДОЛГА ПРЕДПРИЯТИЯ, ПЕРЕДАННОГО В КОНЦЕССИЮ

Юлия КОВАЛЬ,

аспирант кафедры финансового права
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

АННОТАЦИЯ

В статье проводится теоретическое исследование правового регулирования особенностей уплаты денежных обязательств и погашения налогового долга государственных и коммунальных предприятий, целостный имущественный комплекс которых передан в концессию. Осуществляется анализ налогового и концессионного законодательства Украины, а также имеющейся практики его применения. В статье раскрывается сущность отношений погашения концессионером налогового долга государственных и коммунальных предприятий, целостный имущественный комплекс которых передан в концессию, демонстрируется правовая природа данных отношений, что позволяет определить ключевые недостатки и коллизии действующего законодательства, а также предложить соответствующие способы его усовершенствования.

Ключевые слова: погашение налогового долга, уплата денежного обязательства, налогоплательщик, рассрочка и отсрочка денежных обязательств или налогового долга налогоплательщика.

THEORETICAL AND LEGAL PROBLEMS OF REPAYMENT OF THE TAX DEBT OF ENTERPRISES TRANSFERRED TO THE CONCESSION

Yuliya KOVAL,

Postgraduate Student of the Department of Finance Law
of the Taras Shevchenko National University of the Kiev

SUMMARY

The article deals with theoretical research of legal regulation of monetary obligations payment and repayment of the tax debt of state and municipal enterprises, the integral property complex of which was transferred to concession. The analysis of the tax and concession legislation of Ukraine, as well as the existing practice of its application is being carried out. The article reveals the essence of relations between the concessionaire's repayment of the tax debt of state and municipal enterprises, whose integral property complex was transferred to concession, shows the legal nature of these relations, which allowed to identify key shortcomings and conflicts of the current legislation, and to suggest appropriate ways to improve it.

Key words: repayment of tax debt, payment of a monetary obligation, taxpayer, installment and deferment of monetary obligations or tax debt of the taxpayer.

Постановка проблемы. Вопрос правопреемственности в концессионных отношениях, в частности правопреемственности по правам и обязательствам государственного или коммунального предприятия, имущество которого передается в концессию, является одной из фундаментальных проблем правового регулирования статуса концессионера, решение которой способно создать прочную основу для внесения соответ-

ствующих изменений в концессионное законодательство с целью его совершенствования и существенно упростить правоприменение. При этом, учитывая убыточный характер деятельности подавляющего большинства государственных и коммунальных предприятий, особое значение приобретает вопрос урегулирования налогового долга таких субъектов хозяйствования в случае передачи их в концессию.



Актуальность темы исследования обосновывается наличием острой необходимости внесения изменений в действующее концессионное законодательство, что подтверждается наличием зарегистрированного в парламенте пакета законопроектов, целью которых является системное реформирование концессионного и других связанных с ним отраслей законодательства Украины. Особый интерес в свете проведённого исследования представляет проект Закона Украины «О внесении изменений в Налоговый кодекс Украины относительно создания условий для модернизации инфраструктуры путём реализации проектов на условиях государственно-частного партнёрства, в том числе концессии» (регистр. № 8127 от 15.03.2018), в котором предпринята попытка решить существующие проблемы правового регулирования в ключе освещённой ранее проблемы [1]. Однако, по нашему мнению, предложенное законопроектом решение (возможность самостоятельного принятия контролирующим органом решения о применении солидарной или распределительной ответственности за нарушение налогового законодательства в случае, если имущество предприятия, которое передаётся в концессию, находилось в налоговом залоге на момент принятия решения о концессии), не удовлетворяет требования к чёткости и определённости правового регулирования отношений, создаёт предпосылки для двойственного понимания, а потому требует доработки.

Методы и использованные материалы. При подготовке данного исследования с целью анализа соответствующих правоотношений были использованы некоторые из методов формальной логики (анализ, абстрагирование, обобщение, индукция), а также специальные методы юридической науки (системно-структурный и формально-правовой). Сформулированные в работе выводы и предложения базируются как на анализе действующего законодательства Украины, так и на достижениях правовой доктрины.

Состояние исследования. Следует указать, что несмотря на то, что теоретические вопросы правового регулирования налогового долга, его правовой природы и процедур погашения

неоднократно становились предметом научных и научно-практических исследований, тем не менее особенно в уплаты денежных обязательств и погашения налогового долга в случае передачи имущества государственного или коммунального предприятия в концессию не получили своего должного освещения в современных научных публикациях. И несмотря на наличие отдельных упоминаний о затронутых выше вопросах в некоторых диссертационных исследованиях (например, Р.Ф. Хановой [2]), они не дают системного видения возможных способов регулирования процедур погашения налогового долга государственного или коммунального предприятия, целостный имущественный комплекс которого передаётся в концессию. При этом следует отметить наработку Н.П. Кучерявенко [3], который впервые обратил внимание на проблематику применения действующего налогового законодательства по погашению налогового долга концессионером.

Целью и задачей статьи является выявление теоретических проблем правового регулирования погашения налогового долга государственного или коммунального предприятия, имущество которого передаётся в концессию, и выявление возможных способов их решения.

Изложение основного материала. Согласно части четвертой статьи 3 Закона Украины «О концессиях» к объектам права государственной или коммунальной собственности, которые могут передаваться в концессию, принадлежит также *имущество предприятий*, их структурных подразделений, являющихся целостными имущественными комплексами или системой целостных имущественных комплексов, которое используется для обеспечения завершённого цикла производства продукции (работ, услуг) в сферах деятельности, определённых концессионным законодательством [4]. Вместе с тем концессионное законодательство уточняет, что под *имуществом предприятий*, которое является целостными имущественными комплексами или системой целостных имущественных комплексов, передаваемым в концессию, надо понимать имущество (основные средства, в том числе, незавершённое строительство, нематериальные

активы), которое обеспечивает выработку (создание) соответствующей продукции (услуг). Более того законодательство прямо устанавливает, что другие неотъемлемые материальные активы, оборотные материальные активы, средства, ценные бумаги и имущество, а также имущественные права и обязательства, которые принадлежат балансодержателю имущества, передаваемого в концессию, *не являются объектами концессии*. Такое понимание обусловлено целью концессии, которая заключается в повышении эффективности использования государственного и коммунального имущества, а не в ликвидации последствий неэффективного управления, что привело к накоплению неурегулированной кредиторской задолженности, которую орган управления пытается «перевести» на концессионера. Таким образом, логической моделью построения концессионных отношений является передача концессионеру *только той части активов* предприятия, которая ему *необходима для непосредственного производства товаров и/или предоставления соответствующих общественно полезных услуг*. Любые другие активы и обязательства (в т.ч., и налоговый долг) предприятия не имеют никакого значения для собственно концессионного проекта, а потому должны оставаться в управлении государства (или соответствующей территориальной общины) для того, чтобы не обременять концессионера неприписанными ему функциями, а позволить ему сосредоточиться на производственной деятельности.

Тем не менее базовые положения концессионного законодательства дополняются диспозитивной нормой, согласно которой *кредиторская задолженность может быть передана концессионеру* на условиях, установленных договором. При этом частью пятой статьи 3 Закона Украины «О концессиях» предусмотрено, что в случае если все активы и обязательства предприятия, целостный имущественный комплекс которого передаётся в концессию, передано на баланс концессионеру, такое предприятие подлежит прекращению путём ликвидации. Вместе с тем у *концессионера не возникает общей правопреемственности* по правам и обязательствам предприятия,



целостный имущественный комплекс которого передается в концессию.

В подобной ситуации возникает принципиально важный вопрос о порядке уплаты денежных обязательств и погашения налогового долга государственного или коммунального предприятия, имущество которого передается в концессию. С одной стороны, передача всех производительных активов в пользу концессионера, действительно, может повлечь за собой невозможность исполнения государственным или коммунальным предприятием своих налоговых обязательств. И в таких условиях «следование» накопленного налогового долга вслед за целостным имущественным комплексом, который был передан концессионеру, на первый взгляд, выглядит вполне логичным вариантом разрешения ситуации. Именно такой подход закреплён в действующем налоговом законодательстве. Так, согласно пункту 98.2.4 Налогового кодекса Украины (далее – НК Украины) в случае передачи в концессию целостного имущественного комплекса государственного или коммунального предприятия налогоплательщик – концессионер после принятия целостного имущественного комплекса государственного или коммунального предприятия в концессию приобретает *все права и обязанности по погашению денежных обязательств или налогового долга*, возникших у государственного или коммунального предприятия до передачи целостного имущественного комплекса в концессию [5]. Указанная норма требует детального анализа.

Во-первых, её ключевым недостатком является безальтернативность, ведь норма принципиально игнорирует любые другие варианты развития событий (например, когда после передачи имущества предприятия в концессию, на его балансе остаётся *другое имущество*, которое не является объектом концессии и стоимость которого позволяет удовлетворить требования контролирующего органа по погашению налогового долга). Приведённая норма фактически лишает возможности государственное или коммунальное предприятие самостоятельно выполнять собственные налоговые обязательства, что как минимум противоречит пункту 36.4 НК Украины, согласно которому

исполнение налоговых обязательств может осуществляться налогоплательщиком самостоятельно или с помощью своего представителя или налогового агента (концессионер, как известно, не принадлежит ни к одной из этих двух категорий).

Следует также указать на то, что пункт 98.2 статьи 98 НК Украины был дополнен вышеупомянутым подпунктом 98.2.4 согласно Закону Украины «О внесении изменений в Налоговый кодекс Украины относительно стимулирования инвестиций в отечественную экономику», который вступил в силу 01.01.2012, поэтому в своё время в судебной практике рассматривался случай по погашению налогового долга концессионером по концессионному договору, заключённому до вступления в силу указанного Закона. При рассмотрении дела, учитывая тот факт, что на момент заключения концессионного договора НК Украины не содержал данной нормы, суд пришёл к выводу, что при таких условиях «в вопросе о передаче обязательств от ГП «Свердловантрацит» к ООО «ДТЭК Свердловантрацит» следует руководствоваться нормами концессионного договора» [6]. Таким образом, до внесения изменений в статью 98 НК Украины стороны концессионного договора были свободными в способах распределения обязательств по погашению накопленного налогового долга. Так, например, в анализируемой ситуации концессионеру по сводному акту приёма-передачи были переданы только рассроченные суммы задолженности, срок уплаты которых не наступил, в то время как имеющийся налоговый долг по декларации по налогу на прибыль должен был быть погашен самим государственным предприятием. Таким образом, отсутствие альтернативы по распределению бремени налогового долга существенно сужает возможности структурирования концессионных проектов, вплоть до уменьшения их потенциальной инвестиционной привлекательности.

Во-вторых, недостатком рассматриваемой нормы является некорректность применяемой терминологии. Термин «погашение» в теории налогового права употребляется по отношению к налоговому долгу, в то время как понятие «денежное обязательство» включает

также налоговое обязательство, которое в отличие от налогового долга может быть несогласованным (например, в связи с продолжающимися процедурами обжалования решения контролирующего органа о начисленной сумме денежного обязательства). Кроме того, возникает вопрос об объёме и исчерпывающем перечне «всех прав и обязанностей по погашению денежных обязательств». Например, включают ли права на погашение денежных обязательств в понимании пункта 98.2.4 НК Украины также право на отсрочку, рассрочку и реструктуризацию денежных обязательств?

В-третьих, анализируя специфику погашения денежных обязательств или налогового долга в случае реорганизации налогоплательщика или передачи целостного имущественного комплекса государственного или коммунального предприятия в аренду или концессию, Р.Ф. Ханова отмечает, что в этом случае речь идёт не об исчезновении участника налоговых правоотношений, а о трансформации, перестройке правового статуса, когда реорганизация налогоплательщика обуславливает изменение его правового статуса, но речь идёт о том же налогоплательщике и его правовом статусе, который лишь претерпевает соответствующие изменения [2, с. 12]. Однако не можем согласиться с таким пониманием, поскольку оно учитывает исключительно ситуацию по реорганизации налогоплательщика и никоим образом не отражает специфику концессионных отношений. Ключевое отличие заключается в том, что в случае реорганизации юридических лиц имущество, права и обязанности *безвозвратно* переходят к правопреемникам. В то время как *концессионер обязан вернуть объект концессии* концеденту на условиях, указанных в концессионном договоре.

В-четвертых, императивное регулирование перехода долга по погашению денежных обязательств и налогового долга к концессионеру нарушает логику концессионного законодательства, которое предусматривает возможность включения условий и порядка предоставления кредиторской задолженности в условия проведения концессионного конкурса. Однако регулирование этого вопроса нормами налогового законодательства фактически лишает



концедента одного из возможных критериев оценки конкурсных предложений участников.

В-пятых, фактически пункт 98.2.4 НК Украины вводит ответственность за чужую вину в налоговом праве, ведь концессионер не допускал нарушения требований налогового законодательства, однако вынужден от своего имени выступать плательщиком налогов и осуществлять *погашение не своего налогового долга*. При такой модели происходит нарушение закреплённого статьёй 61 Конституции Украины индивидуального характера юридической ответственности лица, то есть принципа, согласно которому к ответственности должен быть привлечён именно правонарушитель. Кроме того, с точки зрения налогового права происходит вопиющее нарушение базовых принципов правового статуса субъектов налоговых отношений, на что обращает внимание Н.П. Кучерявенко, подчёркивая, что «нормы налогового законодательства связывают уплату налогового долга исключительно с определённым субъектом – плательщиком налогов», и предлагает исключить пункт 98.2.4 НК Украины [3].

Наконец, можно предположить, что при внесении изменений в пункт 98.2.4 НК Украины законодатель фактически вышел за пределы предмета регулирования налоговых отношений и попытался *нормами налогового права урегулировать вопрос расчётов за использование объекта концессии*, однако, по нашему убеждению, подобное нарушение системности правового регулирования привело к появлению мертворождённой нормы, и вместо того, чтобы увеличить заинтересованность в реализации концессионных проектов, породило возникновение многочисленных недоразумений.

Выводы. Таким образом, современные подходы к правовому регулированию погашения налогового долга концессионером требуют усовершенствования, в частности, с точки зрения моделирования возможных подходов законодательства к решению ситуации существуют следующие модели урегулирования соответствующих отношений:

1) *наилучшим решением ситуации видится абсолютный запрет передачи в концессию имущества государственных или коммуналь-*

ных предприятий, отягощённых налоговым долгом. По нашему мнению, погашение налогового долга ведомственного предприятия является исключительно проблемой органа управления, который должен её решать в рамках подготовительного этапа, до объявления концессионного конкурса. Вместе с тем, учитывая ограниченность бюджетных ресурсов, вряд ли этот подход получит закрепление на уровне законодательства;

2) *компромиссным решением ситуации* является исключение концессионера из налоговых отношений по погашению налогового долга путём урегулирования на уровне концессионного законодательства возможности осуществления концессионером платежа в пользу государственного или коммунального предприятия в размере его налогового долга с возможностью последующего *зачисления такого платежа в счёт уплаты концессионных платежей*. Таким образом удастся избежать смешения статусов и отпадёт необходимость в специальном регулировании налогового статуса концессионера. Вместе с тем потребует корректировки понятие «концессионный платёж» и порядок расчётов с концедентом;

3) *наиболее нежелательный вариант разрешения ситуации* заключается в системном внесении изменений в налоговое законодательство с целью закрепления специального регулирования статуса концессионера по выполнению им функции по погашению налогового долга.

Список использованной литературы:

1. Проект Закона «О внесении изменений в Налоговый кодекс Украины относительно создания условий для модернизации инфраструктуры путём реализации проектов на условиях государственно-частного партнёрства, в том числе концессии» (регистр. № 8127 от 15.03.2018). // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63633

2. Ханова Р.Ф. Правова природа податкового боргу: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.07 «адміністративне

право і процес; фінансове право; інформаційне право». Ірпінь, 2014. 23 с.

3. Кучерявенко М.П. Концесійні відносини як об'єкт комплексного правового регулювання. ЛІГА. Блоги. 2016. URL: <http://blog.liga.net/user/mkucheryavenko/article/25051>

4. Про концесії: Закон України від 16.07.1999 р. № 997-XIV. // База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997-14>

5. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.

6. Решение Луганского окружного административного суда от 17.07.2018 г. № 812/8730/13-а. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75506706>.

ІНФОРМАЦІЯ ОБ АВТОРЕ

Коваль Юлія Анатольевна – аспірант кафедри фінансового права Київського національного університета імені Тараса Шевченка

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Koval Yuliya Anatolyevna – Postgraduate Student of the Department of Finance Law of the Taras Shevchenko National University of the Kiev

koval.y@jurimex.ua



УДК 340.12: (165. 731:342,7)

ЭТАТИСТСКАЯ ДОКТРИНА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА КАК ПРИМЕР МАКСИМИЗАЦИИ ПАТЕРНАЛИСТСКИХ ПРИТЯЗАНИЙ ГОСУДАРСТВА

Григорий КОРНИЕНКО,
аспирант кафедры философии
Национального университета «Одесская юридическая академия»

АННОТАЦИЯ

В статье рассмотрена этатистская доктрина прав человека, в основе которой лежит принцип патернализма, который предлагает максимизировать роль государства в жизни человека и общества. В статье права человека рассматриваются на примере советского социалистического государства, которое в своё время широкие прерогативы предоставляло государству, а не индивиду, отводило главную роль политике, а не праву, проявляло склонность к силовым методам установления отношений между властью и человеком. Автор в результате проведённого анализа доказал, что патернализм представляет опасность для полноценной реализации прав и свобод человека. Патернализм со временем превращает человека не в гражданина, а в подданного, а в общественном сознании возникает устойчивое представление об оправданности подчинённого положения.

Ключевые слова: этатистская доктрина прав человека, права человека, патернализм, государство и личность, социалистическое государство.

THE ETATIST DOCTRINE OF HUMAN RIGHTS AS AN EXAMPLE OF MAXIMIZING THE STATE PATERNALIST PRETENSIONS

Grigoriy KORNIYENKO,
Postgraduate Student of the Department of Philosophy
of National University "Odessa Law Academy"

SUMMARY

The article examines the etatist doctrine of human rights based on the principle of paternalism, which proposes to maximize the state role in the human life and society. Human rights are considered using the example of the Soviet socialist state, which gave broad prerogatives to the state, but not to the individual. It assigned the essential role to politics, but not to law, and showed a tendency to use force to establish relations between state power and a human. As a result of the analysis, the author proved that paternalism poses a threat to the full realization of human rights and freedoms. Paternalism over time turns a person not into a citizen, but into a subject. Thus, a stable idea about the justification of a subordinate human position is arising in the public consciousness.

Key words: etatist doctrine of human rights, human rights, paternalism, state and personality, socialist state.

Постановка проблемы. В философско-правовом дискурсе доминирует мысль о том, что патернализм является принципом опеки государственных органов над населением, в основе которого лежит приоритет государственного начала по отношению к личному началу. Патернализм устраняет индивида от участия в управлении делами государства, формирует пассивное его отношение к делам общества и государства. Индивид в надежде на родительскую опеку государства лишает себя возможности реализовывать в полной мере свои права. Проявления патернализма известны ещё со времён античности, в первой половине XX в. патернализм начал приобретать новые формы – в зависимости от политического режима и общественного строя. В этот период патернализм становится прочной основой многих тоталитарных обществ,

патерналистские притязания приобретают неконтролируемый характер, базируясь на пассивности большинства населения государства, которое игнорирует его негативный антидемократический характер. С целью недопущения возврата к патерналистскому государству с его антиправовым и антидемократическим характером, где у человека отсутствует возможность в полной мере осознанно реализовывать свои права, нам предстоит исследовать этатистскую концепцию прав человека.

Состояние исследования. Отдельные аспекты изучения государственного патернализма и связанная с ним проблема реализации прав и свобод человека и гражданина нашли своё отражение в трудах таких учёных, как: С.В. Джолос, Е.А. Дмитриева, О.В. Зайчук, В.А. Затонский, А.Д. Керимов, М.И. Козюбра, В.В. Колейчиков, П.М. Рабинович, В.И. Сусак.

Цель и задача статьи – выявить сущность патернализма в этатистской правовой доктрине как концепции подавления личности, изучение потенциальной его опасности для полноценной реализации прав и свобод человека и гражданина.

Изложение основного материала. Этатистская доктрина прав человека с патерналистскими притязаниями получила широкое своё распространение в XX ст., была связана с началом эпохи монополистического капитализма и распространением активной социальной идеологии. Государственный патернализм становится результатом общественных ожиданий в капиталистическом обществе и проявляется как недоверие к саморегулированию, в социалистическом обществе патернализм связан с перестройкой мира, в основе которого лежит справедливое распределение материальных благ.



Патернализм по своей природе является функциональной константой этиатистской доктрины прав человека. Права человека как элемент нормативного статуса и правовой реальности зависят от отношений, которые складываются между личностью и государством. Патернализм в философско-правовом измерении представляет собой соотношение прав и свобод, которые определяются системой взаимной заинтересованности государства в личности и личности в государстве, при котором объём этих прав устанавливается и контролируется государством. Патерналистские отношения, которые выстраиваются между личностью и государством, способствуют уменьшению свободы действий человека что, как утверждается, направлено на его благо. Государство максимально перенимает на себя роль опекуна над личностью, оно выступает в качестве отца, принимающего решения за своих детей, допуская, что родителю лучше известно то, что требуется ребёнку в отдельной жизненной ситуации. В представлениях этиатистской доктрины государство является наивысшей ценностью, в связи с чем, под опеку государства попадают все сферы общественной жизни и жизни индивида. Характерным для этиатизма является то, что он не уничтожает права и свободы, он лишь ограничивает политические возможности личности, допуская при этом личную и экономическую свободу. Этиатистские отношения провоцируют развитие патерналистских связей и фактически сворачивают права человека. Патерналистское государство основывается на презумпции недоверия индивиду, который, по мнению власти, склонен злоупотреблять своей свободой и не в состоянии самостоятельно, без содействия государственных органов решить, что для него хорошо, морально, ценно или выгодно, не умеет брать ответственность на себя и заботиться о себе. Итог таких отношений перерождает человека, из деятеля превращая его в объект заботы. Каждый начинает остерегаться любой инициативы, риска, волеизъявления, неординарности. Развиваются апатичность и социальная апатия, растут иждивенчество и эскалация требований к государству, которое не успевает и объективно не может удовлетворить заявленные потребности. В результате прогрессирует взаимное недоверие, отчуждённость власти и личности. В такой ситуации любые права воспринимаются как дар и за-

бота государства о своих гражданах, как добрая воля власти, а не подтверждение неотъемлемых качеств и способностей самого человека. Этиатизму присущ характер позитивистской интерпретации прав человека, для него характерно преувеличение нормотворческих возможностей государства, признание ценности только государственного закона и выраженной в нем политической воли, отрицание всего того, что в него не включено. Этиатистская концепция прав человека гипертрофирует роль государства в жизни человека и общества. Этиатистским вариантом прав человека является советская социалистическая концепция, которая в своё время широкие прерогативы также предоставляла государству, а не индивиду, отводила главную роль политике, а не праву, проявляла склонность к силовым методам установления отношений между властью и человеком [4, с. 35–40].

Чтобы лучше понять негативизм этиатистской концепции прав человека нам следует обратиться к истории советской теории государства и права. Революция 1917 года разрушила монархию, трансформировались отношения государство–народ, патернализм, вооружённый лозунгом «диктатуры пролетариата», приобрёл иной характер, адаптировавшись к новым условиям. В стране сформировался авторитарный, а в дальнейшем и тоталитарный характер политического режима, а социальный патернализм стал его неотъемлемой частью [6, с. 24]. После Октябрьской революции 1917 г. начинается формирование советская теория государства и права, которая опирается на марксистско-ленинскую идеологию. В июле 1938 состоялась «Первое совещание научных работников права», где, опираясь на доклад А.Я. Вышинского, утвердили этиатистское понимание как единственно правильное и неоспоримое. Право в рамках официальной концепции начало рассматриваться как продукт деятельности государства, совокупность установленных им норм, которые выражали волю господствующего класса [7, с. 30].

Основные положения советской теории права вытекают из основополагающего принципа марксистского мировоззрения – принципа историзма. Он методологически противостоит, по мнению марксистов, принципу абстрактной универсальности прав человека, характерному для теории «естественного права». Советские теоретики диалектически (но

не антагонистически) противопоставляли понятия «права человека» понятию «права граждан», опираясь на следующий ход мыслей: абстрактно-гуманистическая идея прав человека, чтобы стать силой, должна быть воплощена в конкретном юридическом понятии «права граждан». Иными словами, феномен прав человека соотносится в советской юриспруденции с феноменом прав граждан также, как идея гарантии человеческого достоинства, что выражается термином «права человека», с понятием «права граждан», имеющем конкретный классовый и исторический смысл. Такое положение вещей по-видимому было обусловлено тем, что реалии государственного строительства требовали от теоретиков марксизма-ленинизма осложнения представлений об отношениях базиса (материального аспекта исторического процесса) и надстройки (идейного аспекта). В научный оборот вводится понятие «социалистическое государство», а первой формой социалистического государства провозглашается диктатура пролетариата, которая отмирает по мере перехода к бесклассовому обществу. После ликвидации всех классов, кроме трудящихся, государство и народ отождествляются («общенародное государство»). На этом историческом этапе класс трудящихся, пролетариат сочетает в себе «законодателя и исполнителя, военную охрану, и создаёт аппарат, который может перевоспитать массы» [2, с. 54].

Пролетариат выступает единым субъектом, единственным носителем всех общественных свойств. Личность ратворяется в обществе, а индивидуальные интересы в государственных. Движущей силой общества становятся не интересы отдельного индивида, а классовые интересы. В подтверждении этого мы можем привести высказывание А.Я. Вышинского, юриста, постоянного представителя СССР при ООН на Генеральной Ассамблее ООН, он утверждает, что социалистическое общество и государство – это коллективное лицо [3, с. 389].

Взяв за основу этиатистское понимание, советские теоретики в учении об основных правах и обязанностях граждан начинают отстаивать следующие тезисы:

– интересы государства и личности больше не расходятся, а совпадают, поскольку взаимоотношения людей приобретают форму отношений товарищеского производства и социалистической взаимопомощи, а социализм обеспечивает



полное удовлетворение интересов личности, развитие её физических и духовных сил на основе роста богатства и благополучия всего общества [9, с. 21];

– взаимообусловленность прав и обязанностей граждан функционально необходима для поддержания общественного и экономического строя советского государства;

– «чем полнее и своевременно будут выполнены гражданами возложенные на них обязанности, тем больше будет материальных гарантий осуществления прав и свобод, тем содержательнее будут эти права и свободы» [5, с. 79].

Вышинский пишет, что центральным постулатом концепции основных прав и обязанностей граждан является принцип единства и взаимодействия прав и обязанностей советских граждан. Само понятие права является понятием государственным, поэтому «права человека невозможны без того, чтобы не пользоваться защитой и охраной со стороны государства. В противном случае права человека превращаются в пустую абстракцию, ничего не значащую иллюзию, которые, как известно, легко создаются, но также легко исчезают» [3, с. 380]. В основе тезиса о единстве прав и обязанностей граждан лежит трактовка прав человека в качестве социальных гарантий. Иными словами, права логически отождествляются с гарантиями. Поэтому в советской юридической литературе постоянно воспроизводится одна и та же мысль: права гражданина могут быть реализованы только тогда, когда они пользуются защитой со стороны коллективного субъекта (народа, государства). Как пишет Я.Н. Уманский: «... добросовестное выполнение обязанностей гражданами означает укрепление социалистического государства, развитие его по пути прогресса, роста благосостояния всего общества, а, следовательно, и роста благосостояния каждой отдельной личности» [9, с. 68]. Данные утверждения базируются на идеи «социалистического гуманизма, где гуманизм приобретает классовый характер, на первый план выдвигаются интересы трудящихся масс. В рамках данной идеи права человека рассматриваются как формальные права, присущие индивиду сами по себе, при этом действительные права индивидом могут быть приобретены, если этому способствует государство. Здесь права и свободы необходимы как средство реализации «общественного блага», утверждение

неразрывности связей личности с коллективом, обществом».

Советская социалистическая концепция прав и свобод человека периода существования Советского Союза (1970–1990) была представлена как элемент концепции развитого социализма и общенародного социалистического государства, получившие своё закрепление в Конституции 1977 года и конституциях союзных республик того времени. В конституциях подчёркивался классовый характер государства, которое должно отражать интересы Коммунистической партии как «руководящей и направляющей силы советского общества, ядра его политической системы, государственных и общественных организаций». Одновременно с этим провозглашались социальная однородность и укрепление морально-политического единства социальных групп и слоёв общества, формирование новой исторической общности людей – советского народа [8, с. 39]. Социалистическая концепция прав человека гипертрофирует роль государства в жизни человека и общества, тем самым максимизирует патерналистские притязания государства.

Польский профессор Ретт Людвиковски, анализируя социалистическую концепцию фундаментальных прав человека, выделяет четыре основных момента этой концепции:

- права человека обусловлены выполнением обязанностей перед государством;
- осуществление прав не должно происходить в ущерб государству, общественные интересы преобладают над индивидуальными;
- права человека были скорее политической категорией, поскольку они «дарованы» во благо партии и государства;
- каталог конституционных прав включал большой перечень экономических, культурных и социальных прав, которые должны были свидетельствовать о справедливости и равенстве [10].

Автор склоняется к тому, что права человека носят государственно-волевой характер, предоставляются государством не столько для обеспечения его собственных интересов и потребностей, сколько в интересах всего общества, а государству предоставляется право менять объём прав и их гарантий, руководствуясь политической целесообразностью. Тем самым автор подчёркивает первостепенную роль государства и его опеки над личностью в духе патернализма.

Придерживается такой же точки зрения теоретик права С.С. Алексеев, который отмечал, что социалистическая концепция прав человека пренебрегала «правами» во имя «общего дела», «а правовое регулирование прав и свобод человека при этом сводилось к административно-государственному (партийно-государственному) усмотрению в зависимости от конкретных ситуаций». Поэтому указанные «права» в социалистическом обществе не только не работали в их истинном значении, но, по сути, представляли собой характерные для «общества социализма» демагогию, мифы и ложь, а в конечном счёте – дискредитацию конституционно-правовых институтов» [1, с. 643]. Общественные ожидания уже на рубеже XX – XXI вв., связанные с осуществлением патерналистских функций государства, оправдались далеко не полностью, тем самым породили негативные побочные последствия для личности, для общества, для государства.

Выводы. Таким образом, сущность патерналистских установок заключается в необходимости опеки со стороны государства и мифологизации власти. Патернализм основан на представлении о том, что государство лучше знает, в чём интересы граждан, чем сами граждане, и, как отец родной, защищает и обеспечивает их безопасность. Государство склоняется к оказанию помощи и защиты, выступая в роли опекуна, а граждане в роли опекаемых, тогда как дело государства – гарантировать и соблюдать права и свободы граждан. Таким образом, легитимизируется право государства принимать решения за граждан. Патернализм превращает человека из гражданина в подданного, а в общественном сознании возникает устойчивое представление об оправданности подчинённого положения личности по отношению к государству. Каждый, кто пытается протестовать против установленного распределения ролей или ставит под сомнение правомерность действий государства, признается опасным для общества. У государства, в котором граждане полностью зависимы от власти, на первом месте всегда интересы государства и политической элиты, а не права и свободы человека. Исходя из вышесказанного, этатистская доктрина прав человека максимизирует роль государства в жизни человека и общества и выражается языком категории патерналистского государства.



Список использованной литературы:

1. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. 712 с.

2. Вышинский А.Я. Учение Ленина – Сталина о пролетарской революции и государстве. Советское социалистическое государство: сб. ст. М.: Юрид. Изд-во М-ва юстиции СССР, 1948. 97 с.

3. Вышинский А.Я. Вопросы международного права и международной политики. М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1951. 799 с.

4. Глухарева Л.И. Права человека: гуманитарный курс: учеб. пособие. М.: Логос, 2002. 176 с.

5. Лепешкин А.И. Основные права и обязанности граждан. М.: Госюриздат, 1954. 96 с.

6. Людський розвиток в Україні: історичний вимір трансформації державної соціальної політики / За ред. Е.М. Лібанової. Київ: Інститут демографії та соціальних досліджень НАН України, 2014. 379 с.

7. Теорія держави і права: підручник / О.В. Петришин, С.П. Погребняк, В.С. Смородинський та ін.; за ред. О.В. Петришина. Х.: Право, 2015. с. 368, с. 30.

8. Ульяшина Л.В. Международно-правовые стандарты в области прав человека и их реализация: теория и практика применения. Вильнюс: ЕГУ, 2013. – 402 с.

9. Уманский Я. Основные права и обязанности граждан. М.: Гос. изд-во полит. лит., 1947. 109 с.

10. Ludwikowski, R.R. "Fundamental Constitutional Rights in the New Constitutions of Eastern and Central Europe". 3 Cardozo J.Int. № 73 (1996). p. 73–162.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Корниенко Григорий Петрович – аспирант кафедры философии Национального университета «Одесская юридическая академия»;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Korniyenko Grigoriy Petrovich – Postgraduate Student of the Department of Philosophy of National University "Odessa Law Academy" of Odessa

jefferson20081@gmail.com

УДК 342.9(477)

ОСОБЕННОСТИ ОПРОСА ДЕТЕЙ СОГЛАСНО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ

Максим КОРНИЕНКО,

кандидат юридических наук, доцент,
профессор кафедры публичного управления и администрирования
Одесского государственного университета внутренних дел

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена определению некоторых особенностей опроса детей как по уголовным, так и по административным правонарушениям согласно действующему законодательству Украины и рассмотрению пробелов в праве с возможными путями их решения. В статье рассмотрен положительный международный опыт в вопросах опроса ребёнка и возможность введения его в полицейскую практику.

Ключевые слова: дети, несовершеннолетние, малолетние, уголовное производство, уголовная ответственность.

FEATURES POLL CHILDREN UNDER LAW UKRAINE

Maksim KORNIYENKO,

Candidate of Law, Associate Professor,
Professor of the Department of Public Administration and Administration
of Odessa State University of Internal Affairs

SUMMARY

The article is dedicated to the meaning of some features of the survey on children as a criminal or administrative offense according to the legislation of Ukraine and consideration of legal gaps with possible solutions. In the article the positive international experience in matters of child survey and introducing it into police practice are given.

Key words: children, juveniles, juvenile, criminal proceedings, criminal liability.

Актуальность темы исследования. На пути интеграции украинской правовой системы в европейскую, во время поэтапного этапа реформирования правоохранительных органов в Украине уместно заимствовать и использовать позитивный мировой опыт, непосредственно касающийся опроса ребёнка полицейскими. Современная и прогрессивная методика опроса ребёнка используется в таких европейских странах, как Швеция, Австрия и Нидерланды. Методика минимизирует получение психологической травмы ребёнком, приоритетным в ней является индивидуальный подход к каждому ребёнку. На сегодняшний день в полиции, к большому сожалению, данным вопросам уделяется очень мало внимания.

Цели и задачи статьи – определить некоторые особенности опроса детей сотрудниками правоохранительных органов в сегодняшних реалиях с использованием положительного международного опыта.

Состояние исследования. Следует отметить, что теоретическим вопросам опроса ребёнка посвящены работы таких учёных, как: Н.С. Юзикова, М.В. Половец, А.В. Шамара, Н.Г. Заславская, В.В. Гальцов, а также других авторов.

Изложение основного материала. Деятельность Национальной полиции Украины по защите прав ребёнка регулируется правовыми нормами начиная от Конституции Украины [1], Уголовно-процессуального кодекса Украины [2], Семейного кодекса Украины [3], законов Украины «О предотвращении и противодействии домашнему насилию» [6], «О Национальной полиции» [5], «Об охране детства» [7], «О противодействии торговле людьми» [4], «О международных договорах Украины» [8] и другими нормативно-правовыми актами, в том числе ратифицированными Верховной Радой Украины, среди которых одним из важнейших является Конвенция о правах ребёнка [9].



Нужно отметить, что опрос ребёнка проводится с учётом уровня его психологического развития, так, например, с трёх до пяти лет во время беседы с ребёнком налаживается с ним контакт и наблюдаются определённые правила, такие как: сидеть на одном уровне с ребёнком; избегать слишком длинных или чрезмерно сложных вопросов, которые задаются ребёнку; задавать ребёнку открытые вопросы относительно конкретных и знакомых ситуаций; можно использовать игрушки; называть людей по именам; давать ребёнку достаточно времени для размышлений и ответов. Некоторыми особенностями возрастной категории от шести до одиннадцати лет могут быть следующие: нужно обязательно выделять определённое время для установления психологического контакта с ребёнком; слушать с симпатией и пониманием ребёнка; поощрять выражение эмоций ребёнком; позволить ребёнку вести беседу, не перебивая его, использовать в беседе с ребёнком открытые вопросы; говорить о знакомых ситуациях, местах и действиях для ребёнка; упрощать вопросы для понимания ребёнком. Свои специфические особенности есть у детей всех возрастных категорий, так, например, с двенадцати и до восемнадцати лет нужно чётко определить границы конфиденциальности; выражать уважение к ребёнку; очень важно поощрять высказывания собственных мыслей и точки зрения; спрашивать у ребёнка о возможных альтернативных путях решения проблемы. При налаживании психологического контакта и беседе с ребёнком нужно индивидуально подходить к психологическим, физиологическим, возрастным особенностям развития ребёнка, поведенческим проявлениям, особенностям выбора времени взаимодействия, продолжительности взаимодействия, организации пространства взаимодействия; выбора тематики взаимодействия. Желательно привлекать к опросу ребёнка опытного психолога.

Общение с ребёнком желательно проводить, используя «дружескую комнату» или «зелёную комнату», – специально оформленное и оборудованное помещение для опросов детей, которые стали свидетелями и жертвами преступлений, а также таких детей, которые

сами совершили насилие, это все способствует применению принципов правосудия, дружественного для ребёнка.

Процесс опроса ребёнка можно условно разделить на определённые этапы, так во время первого этапа нужно собрать необходимую информацию об уровне развития ребёнка, составить перечень вопросов, которые необходимо выяснить у ребёнка. Уже на втором этапе нужно обязательно использовать имя ребёнка, обращаясь к нему, обязательно нужно познакомиться с ребёнком, представившись ему. Нужно обращаться к общим темам во время начала общения с любым ребёнком, желательно проинформировать ребёнка о его праве уточнять непонятные вопросы и сообщать об усталости, жажде и других потребностях, в дальнейшем на третьем этапе нужно слушать информацию о событиях, какие описывает ребёнок в силу своего видения, нужно следить за эмоциями и невербальными проявлениями во время объяснения ребёнка, обратите внимание на специфические слова или словесные обороты, которые использует ребёнок. Во время следующего этапа обязательно нужно составлять вопросы по возрасту и уровню развития ребёнка, ребёнку задаются открытые вопросы, обязательно даётся возможность ребёнку успокоиться, нужно поблагодарить ребёнка за уделённое им время, также желательно спросить, как он себя чувствует, чем хочет поделиться.

Нужно обсудить с ребёнком условия и правила беседы, это и то, что нет ничего страшного в том, что он не знает ответа на тот или иной вопрос, если ребёнок не понимает вопрос, то может переспросить, также нужно объяснить ребёнку, что вы можете повторить вопрос для того, чтобы лучше он понял его. Также нужно сказать ребёнку, что он может поправлять вас, если вы что-то не то сказали или неправильно понимаете его слова. Ребёнок должен понимать, что вы впервые слышите о данной ситуации. Подводя черту, можно подытожить, что это, конечно, не все правила, которые нужно знать и применять в общении с ребёнком, многое зависит от конкретной ситуации и состояния ребёнка.

Налаженное взаимодействие с ребёнком очень важно, так как от него зависит психологическое состояние

ребёнка, элементарные правила, которые нужно применять: это и обустройство помещения, выбор времени и срок взаимодействия с учётом возраста и личностных потребностей ребёнка, также нужно обладать информацией относительно уровня эмоционального развития ребёнка, его окружения и его семьи. Установление психологического контакта с ребёнком индивидуально и очень ответственно, для создания доверительных отношений при общении с ребёнком необходимо применять приёмы вербальной и невербальной коммуникации, такие как истинная и открытая позиция при общении, демонстрация открытых рук, уверенное поведение и спокойный тон разговора, также немаловажно обязательно улыбаться, не перебивать ребёнка и внимательно выслушивать. При возникновении необходимости задать ребёнку те или иные вопросы полицейскому, а в идеальном плане психологу, следует помнить, что успешность беседы с ребёнком зависит от правильного понимания уровня его развития.

Общаясь с ребёнком, нужно создавать безопасную атмосферу, выражая своё доброе отношение к ребёнку при опросе, нужно говорить по возможности медленно, чётко, спокойно, используя при этом простую, понятную для ребёнка речь, показывать свою заинтересованность жестами, например, покачиванием головой, или изменённой интонацией, нужно убедить ребёнка, что он является партнёром в разговоре и все, что он рассказывает, является важным. Также нужно поддерживать соответствующий зрительный контакт, без чрезмерного, непрерывного наблюдения за ребёнком, бывает, что ребёнок долгое время не отвечает на вопрос, в этом случае нужно попробовать сформулировать этот же вопрос иначе, нужно сказать ребёнку, что вы понимаете, что он испытывает беспокойство, расположите ребёнка и попросите его рассказать о себе, покажите готовность в ответ раскрыть часть своей личной жизни, например, поговорить о домашних животных, о вашем хобби.

Нужно помнить, что чем младше ребёнок, тем быстрее он устаёт во время общения с сотрудниками полиции, нужно учитывать не только возраст ребёнка, но и его психологическое развитие, особенно, когда идёт речь



о разных видах насилия. Например, дети дошкольного возраста не могут сами придумать ситуации сексуального насилия, так как нет необходимого жизненного опыта. Также нужно перед общением с ребёнком обязательно пообщаться с родителями или законными опекунами, для того чтобы узнать о психологическом состоянии ребёнка, и предостеречь их от негативного воздействия на показания ребёнка. Дети, которые стали свидетелями преступлений, связанных с насилием, являются не просто носителями доказательной базы, но в первую очередь они травмированы и напуганы. Конечно же, к опросу ребёнка нужно заранее готовиться, не только иметь навыки общения с детьми, но и знать все обстоятельства дела, также понимать психологическое состояние ребёнка.

Хотя во время опроса ребёнка и бывают ошибки, некоторые нужно озвучить и не допускать, так как нельзя нарушать физическое пространство ребёнка, нужно постоянно оставаться на безопасном для него расстоянии, не торопить, давать ему время на то, чтобы он мог обдумать свои ответы, не оценивайте ребёнка и его высказывания, так как он может замкнуться, не реагируйте удивлением на высказывания ребёнка, не давите на него, не давайте ему обещаний, которые вы не сможете выполнить, не оценивайте близких ребёнку людей, не впадайте в панику, если он плачет или повышает голос, скажите, что понимаете его реакцию.

Сущность психологически не травмирующей методики проведения опроса ребёнка полицейским или психологом сводится к тому, что, находясь в отдельной комнате с ребёнком, общаться может с ним только один человек, который проводит опрос. Как правило, этим лицом является психолог, он начинает с установления контакта с ребёнком, задаёт ребёнку вопросы, которые интересуют различные компетентные службы (сотрудников полиции, медицинских работников, работников службы социальной защиты и другие компетентные службы). Представители заинтересованных служб в ходе опроса ребёнка находятся в соседней комнате, наблюдая за работой психолога на экране телевизора, они могут передавать психологу уточняющие вопросы через беспроводную связь. Все время

общения с ребёнком записывается на электронные носители. На такое общение с ребёнком отводится не более двадцати минут.

Международная практика говорит следующее, что опрос ребёнка проводится всего лишь один раз, в виде исключения может быть проведён дополнительный опрос, это сводит к минимизации травмирования психического состояния ребёнка, психолог, в свою очередь, получая вопросы, формулирует их и задаёт на доступном для ребёнка уровне, ребёнок видит и общается только с одним человеком и это профессиональный психолог, хотя к опросу может присоединиться широкий круг специалистов, и, что немаловажно, данные, полученные психологом в форме видео и аудиозаписи, используются в суде без присутствия ребёнка.

Выводы. Можно сделать вывод, что на сегодняшний день украинское законодательство не предусматривает индивидуального подхода и особой процедуры опроса ребёнка, хотя психологический стресс, который ребёнок переживает при проведении нескольких опросов, является громадным, ребёнок при каждом дополнительном опросе ещё раз испытывает и переживает негативный эмоциональный всплеск произошедших событий. В нормативно-правовых актах нужно прописать чёткую и последовательную процедуру опроса ребёнка представителями правоохранительных органов и представителями других заинтересованных служб, используя международный позитивный опыт.

Список использованной литературы:

1. Конституция Украины: Закон Украины от 28.06.1996 года № 254к / 96-ВР. / Ведомости Верховной Рады Украины. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Уголовный процессуальный кодекс Украины: Кодекс от 13.04.2012 года № 4651-VI. / Ведомости Верховной Рады Украины. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88.
3. Семейный кодекс Украины: Кодекс от 10.01.2002 года № 2947-III. / Ведомости Верховной Рады Украины. 2002. № 21–22. Ст. 135.
4. О противодействии торговле людьми: Закон Украины от

20.09.2011 года № 3739-VI. / Ведомости Верховной Рады Украины. 2012. № 19–20. Ст. 173.

5. О Национальной полиции: Закон Украины от 02.07.2015 года № 580-VIII. / Ведомости Верховной Рады Украины. 2015 № 18. Ст. 150.

6. О предотвращении и противодействии домашнему насилию: Закон Украины от 07.12.2017 года № 2229-VIII. / Ведомости Верховной Рады Украины. 2018. № 5. Ст. 35.

7. Об охране детства: Закон Украины от 26.04.2001 года № 2402-III. / Ведомости Верховной Рады Украины. 2001. № 30. Ст. 142.

8. О международных договорах Украины: Закон Украины от 29.06.2004 года № 1906-IV. / Ведомости Верховной Рады Украины. 2004. № 50. Ст. 540.

9. Конвенция о правах ребёнка: Международный документ от 20.11.1989 года. Конвенция Постановлением ВР. 1991 № 789-XII от 27.02.1991.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Корниенко Максим Викторович – кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры публичного управления и администрирования Одесского государственного университета внутренних дел;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Korniyenko Maksim Viktorovich – Candidate of Law, Associate Professor, Professor of the Department of Public Administration and Administration of Odessa State University of Internal Affairs

oduvs2015@ukr.net



УДК 342.9(004.9)

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРИЗНАНИЯ ИНОСТРАННЫХ ЭЛЕКТРОННЫХ ДОВЕРИТЕЛЬНЫХ УСЛУГ В УКРАИНЕ

Алексей КОСТЕНКО,

аспирант Научно-исследовательского института информатики и права
Национальной академии правовых наук Украины

АННОТАЦИЯ

В статье проанализировано законодательство Украины, регулирующее правоотношения, возникающие при использовании электронной подписи, и функционирование национальной инфраструктуры открытого ключа. Исследованы проблемы, которые возникнут после вступления в силу Закона Украины «Об электронных доверительных услугах».

Ключевые слова: компрометация, личный ключ, электронная подпись, электронные доверительные услуги.

PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF RECOGNITION OF FOREIGN ELECTRONIC TRUST SERVICES IN UKRAINE

Aleksey KOSTENKO,

Postgraduate Student at the Scientific Research Institute Informatics and Law
of National Academy of Legal Sciences of Ukraine

SUMMARY

The article analyzes the legislation of Ukraine regulating the legal relations that arise when using the electronic signature and regulates the functioning of the national public key infrastructure. The problems that will arise after the enactment of the Law of Ukraine "On Electronic Trust Services" came into force.

Key words: compromise, personal key, digital signature, electronic trusted services.

Постановка проблемы. Развитие общественных отношений и рыночной экономики в Украине приводит к увеличению количества договоров и услуг, заключаемых в электронной форме с использованием электронных подписей. Электронная подпись на сегодняшний день приобретает популярность из-за внедрения информационных технологий во все сферы общественных отношений как надёжное средство аутентификации пользователя и его волеизъявления при получении электронных доверительных услуг, в том числе трансграничных.

Актуальность темы исследования. Обзор украинского законодательства в данной сфере свидетельствует о том, что сегодня отсутствуют нормы, которые регулируют порядок признания иностранных доверительных и трансграничных электронных услуг в целом, а существующие нормы содержат неопределённости и противоречия. Поэтому решение проблемы данного правового регулирования в Украине в контексте развития услуг трансграничной сертификации и трансграничного признания сертифи-

катов электронных подписей является актуальным.

Состояние исследования. Научный анализ проблемы признания иностранных сертификатов электронных ключей проводится многими правоведами. Отдельные вопросы правового регулирования электронных подписей освещены в работах таких учёных: И. Верес, К. Ефремовой, Д. Бойко, А. Писаренко, Д. Горбенко, А. Борисовой, А. Потия и других авторов. Однако комплексные научные исследования по использованию электронных доверительных услуг в трансграничном режиме отсутствуют, а существующие лишь описывают общие проблемы законодательства в сфере электронной подписи.

Целью данной статьи является проведение научного анализа нормативно-правовой базы Украины, регулирующей сферу использования электронной подписи и электронных доверительных услуг, определение проблем и разработка предложений совершенствования действующего законодательства в области электронных доверительных услуг, в том числе трансграничных.

Изложение основного материала.

Появление технологий быстрого обмена электронными данными сразу создали новые общественные отношения в области электронной коммерции, электронного документооборота и электронной подписи. На международном уровне работу правовой стандартизации в области электронного обмена данными, торговли и электронной цифровой подписи возглавила Комиссия ООН по международному торговому праву Международной торговой палаты и Европейской экономической комиссии (UNCITRAL), которая разработала Закон «Об электронной коммерции» и Типовой закон ЮНСИТРАЛ «Об электронной подписи» 2001 года.

С целью осуществления электронных сделок и развития электронной коммерции Европейским Союзом 13 декабря 1999 принята Директива 1999/93/ Европейского парламента и Совета «О системе электронных подписей, применяемой в пределах Сообщества». Директива устанавливала общие правила использования электронных подписей на территории стран Европейского Союза и обязывала все государства-члены



к середине 2001 года принять соответствующие национальные законы в области цифровой подписи. Директивой использовались термины, содержащие вариации определения «трансграничность», которые принимались без трактовки, а лишь в контексте предоставления электронных доверительных услуг. Директива Европейского Союза 1999/93 стала фундаментом, на основе которого в течение многих лет создавалась нормативно-правовая база Украины в сфере электронной подписи.

С целью устранения отличий национальных законодательных актов, регулирующих правоотношения в сфере электронной подписи, Европейским Союзом принят «Регламент (ЕС) №910/2014 Европейского парламента и Совета по электронной идентификации и трастовых сервисов для электронных операций на внутреннем рынке и отмены Директивы 1999/93/ЕС» (далее – Регламент 910).

Развитие украинской инфраструктуры открытого ключа берет начало с принятия в декабре 2002 года национального стандарта «ДСТУ 4145-2002» [1]. Стандарт введен в действие приказом Государственного комитета Украины по вопросам технического регулирования и потребительской политики № 31. В 2003 году Верховной Радой Украины приняты законы Украины «Об электронной цифровой подписи» [2] и «Об электронных документах и электронном документообороте» [3]. Эти законы стали основой для ряда нормативно-правовых актов, которые впоследствии урегулировали правоотношения при использовании национальной электронной цифровой подписи. 28 октября 2004 Кабинетом Министров Украины принято Постановление № 1451 «Положение о центральном удостоверяющем органе» [4]. Первый Центральный удостоверяющий орган (далее – ЦУО) создан при Государственном департаменте по вопросам связи и информатизации, который действовал в составе Министерства транспорта и связи Украины. С 26.03.2008 по 05.07.2010 ЦУО функционировал в составе Государственного комитета информатизации Украины, а с 06.07.2010 по 27.09.2010 – в составе Государственного комитета Украины по вопросам науки, инноваций и информатизации. Согласно постановлению Кабинета Министров Украины от

05.10.2011 года № 1022 функции ЦУО выполняет Министерство юстиции Украины.

Следует отметить, что законодательная база Украины в области электронной подписи достаточно насыщена нормативно-правовыми актами, издаваемыми Кабинетом Министров Украины, Министерством юстиции Украины (регулятор) и Государственной службой специальной связи и защиты информации Украины (контролирующий орган) согласно распределению сфер деятельности органов исполнительной власти [5]. Кабинетом Министров Украины издан ряд актов, которые осуществляют регуляцию применения электронной подписи на общегосударственном уровне. Так, Постановление КМУ от 28 октября 2004 № 1451 утверждает Положение о центральном удостоверяющем органе [6]. Согласно Положению акта ЦУО обеспечивает организационно-методологические, технические и технологические условия для функционирования удостоверяющих центров органов исполнительной власти или других государственных органов и центров сертификации ключей. Порядок аккредитации центра сертификации ключей определен Постановлением КМУ от 13 июля 2004 № 903 [11]. Длительное время широкое применение электронной подписи в государственном секторе искусственно ограничивалось требованиями Постановления КМУ от 28 октября 2004 № 1452 «Об утверждении Порядка применения электронной цифровой подписи органами государственной власти, органами местного самоуправления, предприятиями, учреждениями и организациями государственной формы собственности» [7]. Ограничения, носившие дискриминационные и коррупционные риски, заложенные в данный документ, были отменены лишь в начале 2017 года. В период с 2004 по 2017 администрацией Государственной службы специальной связи и защиты информации Украины и Министерством юстиции Украины в целом выдано более 15 нормативно-правовых актов (приказов, требований, писем-разъяснений), регулирующих технические и технологические условия, а также порядок разработки, производства и эксплуатации средств криптографической защиты информации.

По инициативе Министерства юстиции Украины в декабре 2014 года Ми-

нэкономразвития Украины приказом № 1493 [8] принято в качестве национальных 89 европейских и международных стандартов, регламентирующих наиболее распространенные в мире криптографические алгоритмы и протоколы, такие как RSA, DSA, KCDSA, ECDSA, EC KCDSA и EC-GDSA. Также в течение 2014 года принято два национальных стандарта: ДСТУ 7624:2014 «Информационные технологии. Криптографическая защита информации. Алгоритм симметричного блочного преобразования» и ДСТУ 7564:2014 «Информационные технологии. Криптографическая защита информации». Министерством юстиции Украины совместно с администрацией Государственной связи и защиты информации Украины издан Приказ № 1017/5/206 от 29.03.2017 года [9], которым разрешено применение международных алгоритмов криптозащиты RSA и ECDSA с целью предоставления электронных услуг, в соответствии с Законом «Об электронных доверительных услугах», и внедрение современных механизмов электронной идентификации Mobile ID.

Прошло более 12 лет с того времени, как ЦУО вручил первое в Украине свидетельство об аккредитации Центра сертификации ключей ЭЦП производственной фирме «Украинские национальные информационные системы». С тех пор в Украине действует 24 аккредитованных и 8 зарегистрированных центров сертификации ключей, из которых Удостоверяющий и Аккредитованный центры Национального Банка Украины, 12 государственных, 14 частных аккредитованных и зарегистрированных центров. Также существенно изменились и категории пользователей (подписчиков) электронной подписи от исключительно нотариусов, госслужащих отдельных категорий до предпринимателей, физических лиц, судей, работников центров предоставления административных услуг, студентов, арбитражных управляющих, военнослужащих и сотрудников правоохранительных органов, врачей, адвокатов и других. Количество выданных и действующих электронных подписей почти достигло полумиллиона.

Существенно расширился и спектр электронных услуг. Так, органами государственной власти сейчас обеспечи-



ваются 46 онлайн электронных административных услуг, предоставляемых с использованием электронной подписи.

Такая насыщенность национального законодательства различными нормативно-правовыми актами и динамичное развитие инфраструктуры открытого ключа в Украине стимулировали законодателей на разработку и внедрение в 2017 году Закона Украины «Об электронных доверительных услугах» (далее – Закон) [10]. Закон разработан с целью реформирования законодательства в сфере электронной цифровой подписи, развития единого пространства доверия на основе системы электронных доверительных услуг, признание в Украине электронных доверительных услуг, предоставляемых иностранными сертификационными центрами, что должно обеспечить активное развитие трансграничного сотрудничества и интеграции Украины в мировое электронное информационное пространство.

Первым разделом определяется сфера действия Закона, которая заключается в регулировании отношений, возникающих между юридическими, физическими лицами, субъектами власти в процессе предоставления, получения электронных доверительных услуг, процедуры предоставления этих услуг, надзора (контроля) за соблюдением требований законодательства в сфере электронных доверительных услуг, а также основные организационно-правовые основы электронной идентификации. Разделом вводится обновлённый понятийный аппарат, состоящий из 44 новых или обновлённых определений, из которых 20 введены впервые, а 18 дефиниций импортированы из Регламента 910. Согласно европейскому законодательству Закон вводит понятия «электронная отметка времени», «усовершенствованная электронная печать», «квалифицированная электронная печать», «схема электронной идентификации», «регистрируемая электронная доставка». По мнению законодателей, такое юридическое сближение терминологии в сфере электронной подписи будет положительно способствовать формированию в будущем совместных межгосударственных регуляторных актов.

В тоже время Законом сформирован ряд новых понятий: «электронные данные», «засвидетельствование от-

крытого ключа», «средство квалифицированной электронной подписи или печати», «средство усовершенствованной электронной подписи или печати», «идентификация личности», «квалифицированный сертификат открытого ключа», «пользователи электронных доверительных услуг». Отдельные дефиниции как «самоподписанный сертификат открытого ключа», «веб-сайт», «отдельный пункт регистрации», «интероперабельность» можно отнести скорее к категории технических норм или технико-юридических, поскольку они не имеют социального характера и описывают определённые специфические технические процедуры или условия. Определения «электронная услуга», «электронная доверительная услуга», «компрометация личного ключа», «схема электронной идентификации», «идентификация личности» имеют декларативный характер, лишённый юридической определённости.

Второй раздел Закона определяет субъектов отношений в данной сфере, а именно органы государственной власти, осуществляющие их государственное регулирование: Кабинет Министров Украины; Национальный банк Украины (в банковской системе Украины); главный орган в системе центральных органов исполнительной власти, обеспечивающий формирование и реализацию государственной политики в сфере электронных доверительных услуг; уполномоченный центральный орган исполнительной власти по вопросам организации специальной связи и защиты информации; центральный орган исполнительной власти, реализующий государственную политику в сфере информатизации, электронного управления, формирования и использования национальных электронных информационных ресурсов, развития информационного общества. Такая структура системы регуляторных и надзорных органов направлена на обеспечение гибкого реагирования на возможные трансформации органов государственной власти, присущие национальному государственному устройству и управлению, имеет тенденции постоянного изменения. Формализованное определение субъектов призвано обезопасить Закон Украины «О доверительных услугах» от ситуативных изменений в законодательстве.

Также к субъектам отношений в сфере электронных доверительных услуг отнесены пользователи электронных доверительных услуг, организации, оказывающие электронные доверительные услуги, органы по оценке соответствия, удостоверяющий центр, ЦУО и контролирующий орган. Однако Законом не устанавливаются права и обязанности органов по оценке соответствия удостоверяющего центра, ЦУО и контролирующего органа.

Положительным достижением национального законодательства можно считать внесение дефиниций: «идентификация личности», «идентификационные данные лица», «электронная идентификация», «средство электронной идентификации». Закон предусматривает введение схемы электронной идентификации и уровней доверия к средствам электронной идентификации, создаёт положительные перспективы развития сферы электронных доверительных услуг.

Отдельного внимания заслуживает раздел Закона, посвящённый «Электронным доверительным услугам». В разделе даётся общее определение электронной доверительной услуги, а также перечень электронных доверительных услуг, без детализации по видам используемых электронных подписей. В тоже время Закон детализирует услуги, которые непосредственно не вошли в указанный выше перечень, а именно:

- квалифицированная электронная доверительная услуга создания, проверки и подтверждения квалифицированной электронной подписи или печати;
- квалифицированная электронная доверительная услуга формирования, проверки и подтверждения действия квалифицированного сертификата подлинности веб-сайта;
- квалифицированная электронная доверительная услуга формирования, проверки и подтверждения действия квалифицированного сертификата электронной подписи или печати;
- квалифицированная электронная доверительная услуга регистрируемой электронной доставки;
- квалифицированная электронная доверительная услуга формирования, проверки и подтверждения квалифицированной электронной отметки времени;
- квалифицированная электронная доверительная услуга хранения квали-



фицированных электронных подписей, печатей и сертификатов, связанных с этими услугами.

Такая коллизия авторами Закона мотивируется применением правила законотворчества «от общего к частному», поскольку считается, что квалифицированная электронная подпись является производной от «усовершенствованной электронной подписи», а она, в свою очередь, от общего определения «электронная подпись». Данная правовая конструкция не совсем точно отождествляет электронные доверительные услуги и квалифицированные электронные доверительные услуги, что требует внесения дополнений и уточнений в данный Закон во избежание неоднозначной трактовки указанных дефиниций.

Следует отметить, что в отличие от Закона Украины «Об электронной подписи» в Законе Украины «Об электронных доверительных услугах» вопросу международного сотрудничества и признанию иностранных электронных доверительных услуг посвящён отдельный раздел. Определено, что Украина принимает участие в международном сотрудничестве в сферах электронных доверительных услуг электронной идентификации на основе международных договоров Украины и в порядке, установленном законом. По сравнению с предыдущим Законом Украины «Об электронной подписи» в Законе Украины «Об электронных доверительных услугах» применён расширенный подход к признанию иностранных сертификатов ключей электронных подписей. Так, устанавливается, что электронные доверительные услуги, предоставляемые в соответствии с требованиями нормативно-правовых актов, регулирующих правовые отношения в сфере электронных доверительных услуг в иностранных государствах, признаются в Украине электронными доверительными услугами того же вида в случае соответствия хотя бы одному из следующих условий:

а) квалифицированный поставщик электронных доверительных услуг иностранного государства соответствует требованиям настоящего Закона, что подтверждается центральным удостоверяющим органом (или удостоверяющим центром в случае предоставления электронных доверительных услуг в банковской системе Украины и при осуществлении финансовых переводов);

б) квалифицированный поставщик электронных доверительных услуг внесён в Доверительный список государства, с которым Украина заключила соответствующий двусторонний или многосторонний международный договор.

Данный общий принцип признания иностранных и трансграничных доверительных услуг в целом является несовершенным. В частности, в законодательстве не предоставляется правовых определений некоторых базовых дефиниций доверительных услуг, полностью не определены институциональные вопросы в сфере доверительных услуг. Все это создаёт определённые барьеры и проблемы на пути сотрудничества частных и государственных организаций со своими партнёрами в мире путём осуществления безопасных, надёжных и простых трансграничных электронных операций и услуг с применением электронных доверительных услуг, электронных подписей и их сертификатов.

На сегодняшний день большинство нормативных актов, которые должны упорядочить правовую базу после вступления в силу в ноябре 2018 Закона Украины «Об электронных доверительных услугах», отсутствуют или требуют коренных изменений. Такое положение украинского законодательства сдерживает доверие к электронной подписи, электронным операциям и электронным доверительным услугам, в том числе в трансграничном режиме.

Выводы. Учитывая изложенное, можно утверждать, что украинская законодательная система, регулирующая юридическую и техническую сферы применения электронных подписей, достаточно развита. Только перечень и анализ нормативно-правовых актов в пределах одной работы может занимать большой объем. Сегодня в структуре данного законодательства активно формируется новая нормативная база. Характерная особенность этой работы заключается в направленности исключительно на интеграцию украинского законодательства в законодательное поле Европейского Союза и игнорирование интеграции в мировые структуры. Развитие нормативной базы в одном направлении создаёт юридические и технические проблемы в отечественной отрасли электронной подписи и элек-

тронных доверительных услуг, а именно отсутствуют механизмы обеспечения признания иностранных сертификатов электронных подписей и иностранных электронных доверительных услуг.

В рамках науки информационного права существует потребность глубокого сравнительного анализа международного, мирового и законодательства отдельных стран в области электронных подписей для определения сходств и различий, коллизий и родства правовых норм с учётом практик их применения. В этом смысле украинские правоведы и специалисты информационного права должны обеспечить предпосылки создания уникальной модели правового и технико-юридического регулирования отечественной инфраструктуры открытого ключа, которая обеспечит быструю интеграцию национальных и иностранных электронных доверительных услуг в трансграничном режиме.

Список использованной литературы:

1. ДСТУ 4145 – 2002. Інформаційні технології. Криптографічний захист інформації. Цифровий підпис, що ґрунтується на еліптичних кривих. Формування та перевірка. Київ. 2002. Держстандарт України (веб-сайт). 2003. URL: http://gostshifr.url.ph/dstu_4145_2002.pdf.
2. Про електронний цифровий підпис: Закон України від 22 травня 2003 № 852-IV. / Верховна Рада України. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/852-15>
3. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 № 851-IV. / Верховна Рада України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/851-15>
4. Про затвердження Положення про центральний засвідчувальний орган: Постанова від 28 жовтня 2004 р. № 1451. / Кабінет Міністрів України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1451-2004-%D0%BF>
5. Про визначення сфер діяльності, в яких центральні органи виконавчої влади здійснюють функції технічного регулювання: Постанова від 16 грудня 2015 р. № 1057. / Кабінет Міністрів України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1057-2015-%D0%BF>



6. Про затвердження Положення про центральний засвідчувальний орган: Постанова від 28 жовтня 2004 р. Кабінет Міністрів України. № 1451. / URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1451-2004-%D0%BF>

7. Про затвердження Порядку акредитації центру сертифікації ключів: Постанова від 13 липня 2004 р. № 903. / Кабінет Міністрів України. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/903-2004-%D0%BF>

8. Про затвердження Порядку застосування електронного цифрового підпису органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної форми власності: Постанова від 28 жовтня 2004 р. № 1452. / Кабінет Міністрів України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1452-2004-%D0%BF>

9. Про прийняття європейських стандартів як національних стандартів України та скасування національних стандартів України»: Наказ від 29 грудня 2014 року № 1483. / Міністерство економічного розвитку України. URL: http://csm.kiev.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=3679%3A-2014-&catid=125%3A2016-10-17-07-47-05&Itemid=89&lang=uk

10. Про внесення змін до наказу Міністерства юстиції України, Адміністрації Державної служби спеціального зв'язку: Наказ 29.03.2017 № 1017/5/206. / Міністерство юстиції України, Адміністрація Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/en/z0422-17>

11. Про електронні довірчі послуги: Закон України від 05.10.2017 № 2155-VIII. / Верховна Рада України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2155-19>

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Костенко Алексей Владимирович – аспирант Научно-исследовательского института информатики и права Национальной академии правовых наук Украины

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Kostenko Aleksey Vladimirovich – Postgraduate Student at the Scientific Research Institute Informatics and Law of National Academy of Legal Sciences of Ukraine

antizuk@gmail.com

УДК 347.92

СПОСОБЫ ПРЕДОТВРАЩЕНИЯ ЗАТЯГИВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА: ПОНЯТИЕ, ПРИЗНАКИ И ВИДЫ

Анна МАРУНИЧ,

аспирант кафедры гражданского права и процесса
Национальной академии внутренних дел

АННОТАЦИЯ

В статье осуществляется теоретическое исследование способов предотвращения затягивания гражданского процесса, даётся определение указанного понятия и существенные признаки. На основании анализа научных разработок в соответствующей сфере и анализа действующего законодательства автором осуществлена классификация способов предотвращения затягивания гражданского процесса на отдельные виды и представлена их общая характеристика. Обосновано, что действующее гражданское процессуальное законодательство претерпело позитивные изменения в части установления способов предотвращения затягивания гражданского процесса, что играет важную роль в обеспечении соблюдения разумного срока рассмотрения дела.

Ключевые слова: затягивание гражданского процесса, способы предотвращения затягивания гражданского процесса, электронное судопроизводство, примирение, процессуальные права и обязанности.

MEANS OF PREVENTION OF UNDUE DELAY OF CIVIL PROCEDURE: CONCEPT, FEATURES AND TYPES

Anna MARUNICH,

PhD student of Department of Civil Law and Procedure
of National Academy of Internal Affairs

SUMMARY

The article contains the theoretical examination of means of prevention of undue delay of civil procedure as well as definition of this concept and its crucial features. The classification of means of prevention of undue delay of civil procedure as well as its general characteristic are made by the author on the base of analysis of scientific approaches in relevant domain and analysis of current legislation. It is proved that the last amendments to current civil procedure legislation related to means of prevention of undue delay can be defined as positive, and play an important role in ensuring of compliance with reasonable time requirement.

Key words: undue delay of civil procedure, means of prevention of undue delay of civil procedure, electronic service of process, settlement, procedural rights and obligations.

Постановка проблемы. Принятие Закона Украины «О внесении изменений в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины, Гражданский процессуальный кодекс Украины, Кодекс административного судопроизводства Украины и другие законодательные акты» от 03.10.2017 г. ознаменовало собой начало нового этапа в развитии гражданского процессуального законодательства и становлении в Украине судебной системы в соответствии с европейскими стандартами. Внесение изменений в ГПК Украины, в первую очередь, имело целью в полной мере

обеспечить право на доступ к суду в понимании Конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также прецедентной практики Европейского суда по правам человека. В тоже время учёными признается наличие проблемы несвоевременного рассмотрения гражданских дел, что влечёт неэффективность правосудия, а в отдельных случаях может нивелировать реализацию права на судебную защиту. Учитывая это, исследование механизмов, направленных на предотвращение затягивания гражданского процесса и обеспечение разумного срока рассмо-



трения дела, является одной из приоритетных задач гражданской процессуальной науки.

Актуальность подтверждается недостаточным изучением указанной проблемы со стороны учёных, обусловленным среди прочего недавними изменениями в гражданском процессуальном законодательстве.

Состояние исследования. Вопросы предотвращения злоупотребления гражданскими процессуальными правами достаточно широко освещались как отечественными, так и зарубежными учёными. В частности, этой проблематике посвящены работы В.В. Резниковой, О.С. Фоновой, Н.Ю. Сакары, Я.М. Романиука, Т.Т. Полянско, Д.Д. Луспенника, В.С. Петренко, А.В. Юдина, Я.В. Греля, А.А. Жукова. Вопросы совершенствования общей организации судебной системы, в том числе путём внедрения электронного судопроизводства, исследовали В.В. Городовенко, О.В. Брынцев, Л.Р. Сердюк и др. Однако стоит отметить, что указанные исследования не имеют системного характера с точки зрения предотвращения затягивания гражданского процесса, а сосредоточены на отдельных аспектах совершенствования правосудия по гражданским делам и предотвращении злоупотребления процессуальными правами.

Целью исследования является определение понятия способов предотвращения затягивания гражданского процесса, их существенных признаков, а также анализ отдельных способов предотвращения затягивания гражданского процесса, предусмотренных действующим гражданским процессуальным законодательством Украины.

Изложение основного материала. В начале исследования способов предотвращения затягивания гражданского процесса считаем необходимым выделить понятие затягивания гражданского процесса как такового. Затягивание гражданского процесса – это действия или бездействие суда, участников дела, других участников судебного процесса (кроме судебного распорядителя), препятствующие рассмотрению гражданского дела в разумный срок. Субъектами затягивания гражданского процесса могут выступать суд, участники дела (стороны, третьи лица, органы и лица,

которым законом предоставлено право обращаться в суд в интересах других лиц), представители участников дела, другие участники судебного процесса, кроме судебного распорядителя (свидетель, эксперт, переводчик, специалист, помощник судьи, секретарь судебного заседания). Затягивание гражданского процесса осуществляется с использованием возможностей, предоставляемых участнику судебного процесса гражданским процессуальным законом, или в результате нарушения обязанностей, предусмотренных им же.

В научной литературе определение понятия «способы предотвращения затягивания гражданского процесса» отсутствует. Указанное, по нашему мнению, объясняется тем, что этой научной проблеме особое внимание учёных не уделялось, а исследование в этой сфере ограничивались анализом таких смежных понятий, как «злоупотребление процессуальными правами» и «пути противодействия злоупотреблению процессуальными правами».

Согласно академическому толковому словарю украинского языка, способ – это определённое действие, приём или система приёмов, позволяющая сделать, осуществить что-нибудь, достичь чего-то [1].

Целью установления способов предотвращения затягивания гражданского процесса является предупреждение совершения субъектами затягивания гражданского процесса тех действий или бездействия, которые приводят к нарушению разумных сроков рассмотрения гражданского дела. Именно поэтому способы предотвращения затягивания гражданского процесса должны быть оговорены конкретными действиями или бездействием, которые составляют содержание затягивания гражданского процесса, должны быть предусмотрены на уровне гражданского процессуального закона.

Таким образом, способы предотвращения затягивания гражданского процесса – это предусмотренные законом приёмы, направленные на предупреждение совершения субъектами затягивания гражданского процесса тех действий или бездействия, которые приводят к нарушению разумных сроков рассмотрения гражданского дела.

К признакам, которые характеризуют способы предотвращения затягива-

ния гражданского процесса, по нашему мнению, можно отнести:

1) Установление на уровне закона. В литературе справедливо отмечается, что гражданские процессуальные правоотношения могут существовать исключительно в виде правовых отношений [2, с. 228]. Учитывая, что способы предотвращения затягивания гражданского процесса касаются гражданских процессуальных правоотношений, согласно положениям ст. 19 Конституции Украины, они могут применяться только в том случае, если они предусмотрены на законодательном уровне.

2) Обусловленность конкретными действиями или бездействием участников судебного процесса, которые приводят к нарушению разумных сроков рассмотрения дела. Указанный признак является необходимым условием обеспечения эффективности применения способов предотвращения затягивания гражданского процесса.

3) Направленность на предупреждение затягивания гражданского процесса. По нашему мнению, полностью исключить затягивание гражданского процесса не представляется возможным, поскольку такие действия, в первую очередь, зависят от воли конкретных субъектов. Целью предотвращения гражданского процесса является нарушение разумных сроков рассмотрения гражданского дела, то есть отсрочка принятия окончательного решения по делу, что может быть обусловлено как умышленными действиями участников процесса, так и объективными причинами. Учитывая это, задачей законодателя является использование таких приёмов, которые: 1) лишают участников судебного процесса тех выгод, на которые они рассчитывали при осуществлении затягивания гражданского процесса, в том числе путём установления негативных последствий имущественного или процессуального характера; 2) непосредственно препятствуют осуществлению таких действий или бездействия; 3) устраняют объективные (в частности, организационные) причины, которые способствовали затягиванию гражданского процесса. Таким образом, способы предотвращения затягивания гражданского процесса могут как непосредственно препятствовать затягиванию гражданского процесса, то есть



фактически делают невозможным его осуществление участниками процесса, так и предупреждать затягивание гражданского процесса путём установления возможных негативных последствий соответствующих действий или бездействия участников судебного процесса. Это не гарантирует воздержание участников судебного процесса от совершения соответствующих действий или бездействия, однако сам факт наличия такого способа должен выполнять превентивную функцию. Учитывая это, считаем, что превентивный характер способов предотвращения затягивания гражданского процесса может рассматриваться в широком и узком смыслах. В широком смысле слова он присущ всем способам предотвращения затягивания гражданского процесса, а в узком – лишь тем способам, применение которых само по себе исключает затягивание гражданского процесса, например, отказ в удовлетворении необоснованного ходатайства.

С целью полной характеристики способов предотвращения затягивания гражданского процесса нами была осуществлена их классификация на отдельные виды.

Так, по механизму воздействия способы предотвращения затягивания гражданского процесса, по нашему мнению, делятся на организационные и процессуальные.

Организационные способы предотвращения затягивания гражданского процесса – это законодательные приёмы, которые влияют на организацию гражданского судопроизводства в целом, в том числе на судоустройство Украины, способ рассмотрения гражданских дел и юрисдикцию судов по гражданским делам. Их применение направлено на устранение тех организационных недостатков судебной системы, которые способствуют участникам судебного процесса, в том числе суду, в осуществлении затягивания гражданского процесса.

Необходимость установления организационных способов предотвращения затягивания гражданского процесса подчёркивается и прецедентной практикой Европейского Суда по правам человека по делам «Фридлендер против Франции» (п. 45), «Вокатуро против Италии» (п. 17) и «Капелло против Италии» (п. 17), где он указал, что государ-

ства-участники должны организовать правовые системы таким образом, чтобы их суды могли гарантировать право каждого на получение окончательного решения по делам, касающимся гражданских прав и обязанностей в течение соответствующего срока, а чрезмерная загруженность не может быть принята во внимание [3; 4; 5].

К процессуальным способам относятся те приёмы, которые влияют на процессуальные права и обязанности участников судебного процесса.

К способам, которые могут улучшить эффективность осуществления правосудия по гражданским делам, предлагаемым в научной литературе (и по нашей классификации относятся к организационным), можно отнести: 1) исключение бесспорных требований по компетенции суда и переложение их решения на органы нотариата; 2) возможность урегулирования спора на начальных этапах судопроизводства; 3) использование упрощённых судебных процедур; 4) применение альтернативных способов разрешения спора; 5) внедрение электронного судопроизводства [6, с. 291; 7, с. 22; 8, с. 185].

Возможность урегулирования спора на начальных этапах судопроизводства, введение упрощённых судебных процедур, только устного или только письменного слушания в зависимости от обстоятельств и процедур, альтернативных судебным по решению спора, также соответствуют принципу 8 Рекомендации № R (84) 5 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам относительно принципов гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование функционирования правосудия [9].

В новой редакции Гражданского процессуального кодекса указанные рекомендации нашли свои отражения во введении упрощённого искового производства, в рамках которого возможно рассмотрение дела без вызова сторон (ч. 4 ст. 19 ГПК Украины), и введение института урегулирования спора с участием судьи (глава 4 ГПК Украины).

Возможность введения электронного судопроизводства по гражданским делам также неоднократно предусматривалась в международных документах. В соответствии с принципом 9 Рекомендации

№ R (86) 12 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам о мерах по предупреждению и уменьшению чрезмерной рабочей нагрузки в судах от 28.02.1984 г. судебным органам надлежит иметь в своём распоряжении самые современные технические средства для осуществления правосудия при наиболее благоприятных для его эффективности условиях, в частности путём облегчения доступа к различным источникам права, а также ускорения правосудия [10].

На сегодняшний день в науке распространено мнение о том, что электронное судопроизводство по сравнению с традиционным в большей степени будет гарантировать доступ к правосудию и скорость рассмотрения дел судами [7, с. 6].

Внедрение электронного судопроизводства при рассмотрении гражданских дел осуществляется путём введения Единой судебной информационно-телекоммуникационной системы, предусмотренной ст. 14 ГПК Украины [11].

Также одной из причин затягивания гражданского процесса является нарушение судом разумных сроков рассмотрения дела вследствие чрезмерной загруженности конкретного судьи. И хотя согласно вышеуказанной практике ЕСПЧ, а также позиции Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, выраженной в Постановлении Пленума Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел «О некоторых вопросах соблюдения разумных сроков рассмотрения судами гражданских, уголовных дел и дел об административных правонарушениях» от 17.10.2014 г. № 11, такая причина не может быть уважительным основанием для нарушения сроков рассмотрения дела, Украина должна принимать меры для её устранения в соответствии со взятыми на себя международно-правовыми обязательствами. По этому поводу отметим, что ст. ст. 17, 21, 26 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» изменена система судоустройства Украины путём введения местных судов в виде окружных судов и апелляционных судов, которые образуются в апелляционных округах. Указанное изменение судов призвано преодолеть



недостаточную наполненность судейского корпуса в отдельных регионах Украины и, соответственно, ускорить рассмотрение гражданских дел.

В тоже время, по нашему мнению, одно лишь создание указанных судов без увеличения количества судей фактически не будет иметь положительного результата, а потому, учитывая существенное уменьшение количества судей, абсолютно оправданным шагом является проведение конкурса на замещение вакантных должностей в судах Украины.

Исходя из вышеизложенного, считаем, что к организационным способам предотвращения затягивания гражданского процесса, предусмотренным действующим законодательством, относятся: 1) использование процедуры упрощённого искового производства; 2) обеспечение возможности проведения рассмотрения дела в отсутствие сторон и других участников дела; 3) создание технических условий для функционирования электронного судопроизводства путём введения в действие Единой судебной информационно-телекоммуникационной системы; 4) использование процедуры урегулирования спора с участием судьи; 5) обеспечение надлежащего количественного состава судейского корпуса и приведение системы судоустройства Украины в соответствие с положениями Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»; 6) использование механизма дисциплинарной ответственности судьи за нарушение разумных сроков рассмотрения дела.

Процессуальные способы предотвращения затягивания гражданского процесса в научной литературе исследовались исключительно в аспекте способов противодействия злоупотреблению процессуальными правами. И хотя исследования, посвящённые этой проблеме, являются достаточно основательными, единства во мнениях учёных по этому поводу нет.

Наиболее полно, на наш взгляд, вопросы мер, применяемых к лицам, злоупотребляющим процессуальными правами, исследованы А.В. Юдиным. Учёный различает среди них меры гражданской процессуальной ответственности и другие меры гражданского процессуального принуждения, к которым относятся меры предупредительного воздействия, меры пресечения и меры защиты [12, с. 329].

Российский процессуалист А.А. Жуков при анализе способов противодействия злоупотреблению процессуальными правами отмечает, что «наряду с санкциями за злоупотребления процессуальными правами необходимо совершенствование процессуального регламента с целью увеличения правовых возможностей суда дисциплинировать правовое поведение лиц, участвующих в деле». Среди санкций за злоупотребление гражданскими процессуальными правами исследователь различает меры процессуально-правового и материально-правового характера [13, с. 226].

Попутно отметим, что в российском гражданском процессуальном законодательстве используется термин «лица, участвующие в деле» в отличие от действующего украинского гражданского процессуального законодательства, согласно которому применяется новый термин «участники дела».

Отечественные учёные к мерам, которые могут быть применены с целью предотвращения злоупотребления процессуальными правами, относят: 1) установление общего запрета злоупотребления процессуальными правами и общих санкций за эти действия, а также отдельных санкций за допущенные злоупотребления конкретными процессуальными правами [6, с. 299]; 2) денежное взыскание с лица, допустившего злоупотребление, дисциплинарная ответственность адвокатов – представителей сторон, и лишение свидетельства о праве на занятие адвокатской деятельностью с определением допустимой степени судейского усмотрения при решении указанных вопросов [14, с. 22]; 3) возложение судебных расходов на лицо, злоупотребляющее своими процессуальными правами, в частности недобросовестно заявившее необоснованный иск или систематически противодействовавшее правильному и своевременному рассмотрению дела, и установление штрафа [15, с. 19]; 5) установление штрафов и предотвращение процессуальным действиям сторон, которые являются злоупотреблением процессуальными правами [16, с. 169].

Анализ положений действующего ГПК Украины позволяет утверждать, что вышеуказанные научные подходы и предложения международных организаций законодателем были учтены, что привело к совершенствованию положений гражданского процессуального законодательства в части установления способов предотвращения затягивания гражданского процесса. По нашему мнению, к процессуальным способам предотвращения затягивания гражданского процесса, имеющимся в действующем ГПК Украины, можно отнести:

1) установление общей обязанности добросовестного пользования процессуальными правами и общего запрета участниками судебного процесса злоупотреблять процессуальными правами (ч. 1 ст. 44 ГПК Украины);

2) определение открытого перечня действий и бездействия, которые могут квалифицироваться как злоупотребление гражданскими процессуальными правами (ч. 2 ст. 44 ГПК Украины);

3) установление общих последствий злоупотребления гражданскими процессуальными правами (ч. 3 ст. 44 ГПК Украины);

4) возложение на суд обязанности принимать меры для предотвращения злоупотребления процессуальными правами (ч. 4 ст. 44 ГПК Украины);

5) установление сроков для изменения предмета или основания иска, а также для изменения исковых требований (ст. 49 ГПК Украины);

6) установление сроков, в течение которых возможными являются привлечение к участию в деле соответчиков, третьих лиц и замена ненадлежащего ответчика (ст. ст. 51, 52, 53 ГПК Украины);

7) установление сроков представления и истребования доказательств (ст. ст. 83, 84 ГПК Украины);

8) установление возможности проведения судебной экспертизы по заказу участника дела к судебному разбирательству (ст. 106 ГПК Украины);

9) обеспечение и предоплата судебных расходов (ст. 135 ГПК Украины);

10) установление общего требования разумности процессуальных сроков (ст. 121 ГПК Украины);

11) установление общих последствий пропуска процессуальных сроков (ст. 126 ГПК Украины);

12) установление сроков для подачи заявлений по существу дела (ст. ст. 191, 192, 193, 195, 199 ГПК Украины);



13) установление срока для подачи заявления об оставлении иска без рассмотрения (п. 5 ч. 1 ст. 257 ГПК Украины);

14) установление общего правила по полному возмещению затрат на профессиональную (юридическую) помощь (ст. 137 ГПК Украины);

15) установление негативных последствий действий или бездействия, которые являются затягиванием гражданского процесса: применение мер процессуального принуждения в виде предупреждения, временного изъятия доказательств для исследования судом, привода свидетеля и штрафа (ст. ст. 143-148 ГПК Украины) и мер процессуальной защиты в виде отказа в удовлетворении необоснованных ходатайств, неприятия доказательств, представленных с нарушением сроков рассмотрения дела на основании имеющихся в деле доказательств, оставления иска без рассмотрения (ст. ст. 83, 84, ч. 8 ст. 178, п. п. 9, 10 ч. 1 ст. 257 ГПК Украина);

16) взыскание судебных расходов с участника дела, который злоупотребляет своими правами независимо от результатов решения спора (ч. 9 ст. 141 ГПК Украины);

17) постановление частного определения в отношении лица, злоупотребляющего процессуальными правами, в том числе адвоката или прокурора (ч. 2 ст. 262 ГПК Украины).

Процессуальные способы предотвращения затягивания гражданского процесса можно классифицировать по разным основаниям, а именно:

I. По субъекту, который осуществляет действия по предотвращению затягивания гражданского процесса: способы предотвращения затягивания гражданского процесса, которые реализуются судом, и способы, которые реализуются другими участниками процесса. К первой группе относятся: установление общих последствий злоупотребления гражданскими процессуальными правами; возложение на суд обязанности принимать меры для предотвращения злоупотребления процессуальными правами; установление негативных последствий действий или бездействия, которые являются затягиванием гражданского процесса; установление общего правила полного возмещения затрат на профессиональную

(юридическую) помощь; взыскание судебных расходов с участника дела, который злоупотребляет своими процессуальными правами независимо от результатов разрешения спора; обеспечение и предоплата судебных расходов; постановление частного определения по результатам злоупотребления гражданскими процессуальными правами; установление общего требования разумности процессуальных сроков. Прочие способы предотвращения затягивания гражданского процесса относятся ко второй группе.

II. По сфере действия способы предотвращения затягивания гражданского процесса делятся на общие и специальные. К общим способам относятся: установление общей обязанности добросовестно пользоваться процессуальными правами и общего запрета злоупотреблять процессуальными правами участниками процесса; определение открытого перечня действий и бездействия, которые могут квалифицироваться как злоупотребление гражданскими процессуальными правами; установление общих последствий злоупотребления гражданскими процессуальными правами; возложение на суд обязанности принимать меры для предотвращения злоупотребления процессуальными правами; установление общего требования разумности процессуальных сроков, установление общих последствий пропуска процессуальных сроков. Прочие процессуальные способы предотвращения затягивания гражданского процесса являются специальными.

III. По характеру воздействия на участников процесса способы предотвращения затягивания гражданского процесса можно определить, как имущественные и неимущественные. Имущественные способы влияют на имущественное положение участников дела и заключаются в применении публично-правовых (штрафов в пользу государства) или частноправовых (в пользу участников процесса) выплат в случае затягивания гражданского процесса, а сама возможность их применения выполняет превентивную функцию в отношении участников дела. Неимущественные способы предотвращения затягивания гражданского процесса имеют исключительно

процессуальный (в узком смысле) характер и не влияют на имущественное положение участников процесса.

IV. По уровню превентивного воздействия способы предотвращения затягивания гражданского процесса делятся на: те, что непосредственно препятствуют затягиванию гражданского процесса и делают невозможным его осуществление (например, отказ в удовлетворении необоснованного ходатайства, отказ в возобновлении пропущенного процессуального срока), и те, которые сами по себе не влияют на возможность затягивания гражданского процесса, однако факт их существования призван удерживать участников процесса от осуществления соответствующих действий (например, штраф или принудительный привод свидетеля).

Выводы. По состоянию на сегодняшний день действующее гражданское процессуальное законодательство претерпело позитивные изменения в части установления способов предотвращения затягивания гражданского процесса, которыми являются предусмотренные законодательством приёмы, направленные на предупреждение совершения субъектами затягивания гражданского процесса тех действий или бездействия, которые приводят к нарушению разумных сроков рассмотрения гражданского дела. К признакам способов предотвращения затягивания гражданского процесса можно отнести: установление на уровне закона, обусловленность действиями или бездействием, которые препятствуют рассмотрению дела в разумный срок, направленность на предупреждение затягивания гражданского процесса. По механизму воздействия способы предотвращения затягивания гражданского процесса делятся на организационные и процессуальные. Организационные способы предотвращения затягивания гражданского процесса – это законодательные приёмы, которые влияют на организацию гражданского судопроизводства в целом, в том числе на судостроительство Украины, способ рассмотрения гражданских дел, юрисдикцию судов по гражданским делам. К процессуальным способам относятся те приёмы, которые влияют на процессуальные права и обязанности



участников судебного процесса. Процессуальные способы предотвращения затягивания гражданского процесса можно классифицировать на виды по субъекту, на которого возлагается обязанность предотвращать затягивание гражданского процесса; по сфере действия; по характеру воздействия на поведение участников дела и по уровню превентивного воздействия.

Список использованной литературы:

1. Академический толковый словарь украинского языка. URL: <http://sum.in.ua/>
2. Лукьянова Е.Г. Теория процессуального права. М.: Норма, 2003. 240 с.
3. The decision of the European Court of Human Rights in the Case of Frydlander v. France. / the European Court of Human Rights: official web-site. URL: <http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4541512>
4. The decision of the European Court of Human Rights in the Case of Vocaturo v. Italy. / the European Court of Human Rights: official web-site. URL: <http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4529318>
5. The decision of the European Court of Human Rights in the Case of Cappello v. Italy. / the European Court of Human Rights: official web-site. URL: <http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4527334>
6. Романюк Я. Актуальные вопросы реформирования гражданского процессуального законодательства Украины / Я. Романюк, И. Бейцун. Право Украины: юридический журнал. Научно-практическое профессиональное издание. Национальная академия правовых наук Украины; Министерство юстиции Украины; Конституционный Суд Украины. Киев, 2012. № 8. С. 279–287.
7. Брынцев А.В. «Электронный суд» в Украине. Опыт и перспективы: монография. Х.: Право, 2016. 72 с.
8. Сакара Н.Ю. Проблема доступности правосудия по гражданским делам: монография. Х.: Право, 2010. 256 с.
9. Рекомендация № R (84) 5 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам относительно принципов гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование функционирования правосудия с целью ускорения решения споров URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/7442A47EB0B374B9C2257D8700495F8B](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/7442A47EB0B374B9C2257D8700495F8B)
10. Рекомендация № R (86) 12 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам о мерах по предупреждению и уменьшению чрезмерной рабочей нагрузки в судах. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/7442A47EB0B374B9C2257D8700495F8B](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/7442A47EB0B374B9C2257D8700495F8B)
11. Гражданский процессуальный кодекс Украины от 18.03.2004 г. / Ведомости Верховной Рады Украины. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>
12. Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве: диссерт. на соискание учёной степени доктора юр. наук. Санкт-Петербургский государственный университет. СПб.: 2009. 537 с.
13. Жуков А.А. Проблемы противодействия злоупотреблению процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. Издательский дом «Юр-Вак». Москва, 2014. № 2. С. 222–2229.
14. Резникова В. Проблемы противодействия злоупотреблению процессуальными правами в хозяйственном судопроизводстве. Вестник Киевского национального университета имени Тараса Шевченко. Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко. Киев, 2012. С. 20–24. (Юридические науки; Вып. 93).
15. Петренко В.С. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. Молодой учёный. 2016. № 6. С. 265–269. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/molv_2016_6_68
16. Луспеник Д.Д. Злоупотребление процессуальными правами: законодательная регламентация, способы выявления и пути противодействия. Журнал гражданского и уголовного судопроизводства. 2015. № 6. С. 150–171.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
Marunich Anna Igorevna – PhD student of Department of Civil Law and Procedure of National Academy of Internal Affairs

annutamm@ukr.net

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Марунич Анна Игоревна – аспирант кафедры гражданского права и процесса Национальной академии внутренних дел



УДК 347

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА И ПОНЯТИЕ ДОГОВОРА ПОТРЕБИТЕЛЬСКОГО КРЕДИТОВАНИЯ

Игорь МЕЛЬНИК,

аспирант кафедры отраслевых правовых наук
Киевского университета права Национальной академии наук Украины

АННОТАЦИЯ

В статье речь идёт о договоре потребительского кредитования не в контексте финансовых услуг, а как разновидности денежных обязательств. Автор критикует легальную концепцию финансовых услуг за её публично-правовое направление и предлагает ввести категорию «денежные обязательства» и внести соответствующие изменения в действующее законодательство, а также усовершенствованную дефиницию «договор потребительского кредитования».

Ключевые слова: законодательство, денежные обязательства, договор потребительского кредитования, потребительский кредит, потребители, финансовые услуги.

LEGAL NATURE AND CONCEPT OF CONTRACT CREDIT

Igor MELNIK,

Postgraduate Student of the Department of Branch Legal Sciences
of Kiev University Rights of the National Academy of Sciences of Ukraine

The article refers to the contract of consumer lending not in the context of financial services, but as a kind of monetary obligations. The author criticizes the legal concept of financial services for its public and legal direction and proposes to introduce the category of “monetary obligations” and appropriate changes to the current legislation, as well as an improved definition of the “consumer lending agreement”.

Key words: legislation, monetary obligations, consumer credit agreement, consumer credit, consumers, financial services.

Постановка проблемы потребительского кредитования и его правовой формы – договора потребительского кредитования актуальны в доктринальном аспекте, поскольку: 1) он не вписывается в концепцию финансовых услуг и требует выработки отличного от них подхода; 2) в практическом плане как договор о присоединении к разработанному кредитодателем образцу требует противопоставления ему императивов закона; 3) следует разработать рекомендации для медиативного и судебного разрешения споров.

Актуальность темы исследования подтверждается противоречивостью конструкции указанного договора, особенно после вступления в силу Закона Украины «О потребительском кредитовании», положения которого не всегда соблюдаются сильной степенью.

Состояние исследования. Научный анализ проблем кредитования и договора потребительского кредитования в Украине разрабатывались экономистами, управленцами, финансистами и юристами. В частности, доктринальные дефиниции данного договора и его конструкции проведе-

ны в работах гражданско-правового направления относительно отдельных видов финансовых услуг в работах И.А. Безклубого, В.Я. Погребняка, Н.В. Федорченко, И.А. Чайкина, Ю.И. Чалого, Я.А. Чапичадзе и других. Невзирая на конструктивные предложения, законодатель к ним не прислушивается. Следовательно, нужны дополнительные и убедительные аргументы для последовательного отстаивания отличной от официальной позиции.

Цель данной работы – разработать авторское определение договора потребительского кредитования с учётом критического отношения к доминирующей природе этих обязательств как предоставления финансовых услуг, уточнить соотношения общего (кредитный договор), отдельного (договор потребительского кредитования) и специального – разновидностей потребительского кредитования. Её объектом определены правоотношения, которые возникают на основании договора потребительского кредитования, в частности сама конструкция данного договора, а предметом – положения актов действующего законодательства, практика их применения, научная доктрина.

Изложение основного материала.

В ч. 1 ст. 1 Закона Украины «О потребительском кредитовании» [6] договор о потребительском кредите определён как вид кредитного договора, по которому кредитодатель обязуется предоставить потребительский кредит в размере и на условиях, определённых договором, а потребитель (заёмщик) обязуется возратить кредит и уплатить проценты за пользование кредитом на условиях, установленных договором. Как следует из данного определения, в нём акцентированы его: субинституциональность, то есть относимость к договорам кредитования; сложившаяся терминология, которая проведена при определении договоров и их системы в Гражданском кодексе Украины [8], в частности ч. 1 ст. 1054. Такая дефиниция не идеал и имеет ряд недостатков системного и терминологического свойств.

На наш взгляд, прежде всего это касается определения правовой природы и предмета данного договора – финансовая услуга. Если кредит – деньги, которые предоставляются заёмщику даже в электронной форме, то в данном случае речь идёт не об услуге. Законодатель следовал допущенной



предшественниками ошибки в принадлежности этих договоров и проигнорировал: 1) то, что деньги им же признаны разновидностью вещей (ст. 177 ГК Украины; 2) введение им денежных обязательств (ст. ст. 524, 533–535) ГК Украины. За таким договором заёмщику передаются деньги или право распоряжений ими, даже если предусмотрено такое распоряжение целевым направлением.

Если учесть, что финансы определены как экономические отношения по формированию, распределению и использованию централизованных и децентрализованных фондов денежных средств с целью выполнения функций и задач государства и обеспечения условий расширенного воспроизводства, то противоречивость (даже нелепость) категории «финансовые услуги» очевидна. Возникает вопрос: какая централизация частных денежных средств и какое отношение кредита к финансовым отношениям как отношениям по поводу денег? Оправдание тому лишь одно: так сложилось и этого придерживаются законодатель и практика. Однако стоит ли это делать и впредь?

Даже, если в бытовом аспекте иногда выделяются частные финансовые ресурсы физических и юридических лиц для удовлетворения их потребностей, то: 1) нигде в действующем законодательстве это не проведено; 2) для частной собственности допустимо всякое имущество, за исключением определённых его видов, которые по закону не могут им принадлежать (ч. 2 ст. 325 ГК Украины), что уточнено Перечнем 1 Постановления Верховной Рады Украины «О праве собственности на отдельные виды имущества». Это оправдано в позитивистском аспекте. Однозначно, что встречающееся бытовое использование термина «частные финансы» не следует вводить в действующее законодательство. Более того, как указано выше, с легализацией денежных обязательств в ГК Украины целесообразно эти категории разграничить и провести в систематике правоотношений. Денежные обязательства складываются

в современном мире по поводу денег как вида вещей. Следовательно, предоставление денег в заём или кредит как денежные обязательства имеют вещную природу и системно должны находиться среди вещных, а не обязательственных договоров. Для этого нужен срок и весомые доказательства целесообразности изменений и предстоящей ревизии законодательства, где проведён концепт финансовых услуг в утрированном или расширенном толковании.

Как уже отмечено выше, позитивистский концепт договора потребительского кредитования, который проведён в действующем законодательстве, не совершенен в системном, предметном и в формальном аспектах. Об этом свидетельствует расположение договора среди договоров о предоставлении финансовых услуг. Казалось бы, тут все устоялось и дискуссии в этом направлении, как и их результат, предопределены. Тем не менее наука может и должна подвергать сомнению несовершенные правовые конструкции, особенно, если они нетипичные, не проявляют присущих признаков типологии договоров, к которым они искусственно присоединены. Исходя из закона лезвия Оккама, дефиниции не следует перегружать уточнениями и повторами.

В доктрине права этот договор определён преимущественно в позитивистском аспекте. Однако встречаются и отклонения от легальной дефиниции. Так В.Я. Погребняк определил: «Договор потребительского кредитования¹ – это вид кредитного договора, по которому одна сторона – кредитор (банк или иное финансовое учреждение) обязуется предоставить денежные средства (кредит) иной стороне – заёмщику (физическому лицу) в размере и на условиях, предусмотренных договором, с целью приобретения им товаров (работ, услуг) для удовлетворения личных, семейных, домашних потребностей, не связанных с осуществлением профессиональной либо предпринимательской деятельности, а заёмщик обязуется использовать полученную сумму по целевому назначе-

нию, возратить её в установленный договором срок и уплатить проценты» [2, с. 105]. Такое определение является расширенным за счёт детализации цели предоставления потребительского кредита – приобретения им товаров (работ, слуг) для удовлетворения личных, семейных, домашних потребностей, не связанных с осуществлением профессиональной либо предпринимательской деятельности. К тому же автор не последователен в предмете такого договора: денежные средства (кредит) или полученная сумма? Такое определение также расширено за счёт детализации цели предоставления потребительского кредита – приобретения им товаров (работ, слуг) для удовлетворения личных, семейных, домашних потребностей, не связанных с осуществлением профессиональной либо предпринимательской деятельности, что излишне.

Считаю, что основными в данном случае являются потребитель и его свобода, а потребительская цель легализована в ч. 11 ст. 1 Закона Украины «О потребительском кредитовании» – приобретение им товаров (работ, услуг) для удовлетворения личных, семейных, домашних потребностей, не связанных с осуществлением профессиональной либо предпринимательской деятельности. Это императив законодательства и ч. 1 ст. 203 ГК Украины включается в данную конструкцию по принципу *de lege ferenda*. Соответственно, детализация в договоре цели его заключения не присуща дефинициям. Поэтому от неё следует отказаться, что придаст данному договору эластичности и проведению принципов свободы договора (ст. 627 ГК Украины).

Это соответствует общему целевому предназначению кредитования вообще и не ограничивает свободу использования предоставленного кредита и свободу договора. Ничего страшного не случится, если предоставленный кредит на приобретение холодильника будет использован на лечение заёмщика или членов его семьи, иное потребительское предназначение, или тот же холодильник будет использован для хранения товаров в принадлежащем ему торговой точке. В таких случаях интересы кредитодателя не ущемляются, а собственник осуществляет своё право.

¹ Приношу автору извинения за перевод с украинского, но с научной целью, и некоторые уточнения.



Здесь усматриваются и иные преимущества: обеспечивается свобода распоряжения имуществом, кредитор получает назад переданные деньги и проценты по ним, обеспечивается принцип свободы, пресекается навязывание кредитором или продавцом при зависимых или взаимосвязанных договорах товара и возможные иные злоупотребления.

Обращаем внимание, что в Законе Украины «О защите прав потребителей» [4] введена конструкция потребительского договора как его характеристика по цели. Отсюда, собственно, такая характеристика распространяется на ряд договоров, а для договора потребительского кредитования стала видовой или субинституциональной. В его ч. 7 ст. 1 потребительский договор определен как устная или письменная сделка между потребителем и продавцом (исполнителем) о качестве, сроке (выделено нами – И.М.), цене и иных условиях, на которых реализуется продукция. Собственно, здесь речь идет о сделке, которая в украинском законодательстве определена как «правочин», как и неправильном использовании категории «термин» с учетом ч. 2 ст. 251 ГК Украины. Если термин – момент во времени, то возникает вопрос: каким образом потребительские договоры могут быть мгновенными, тем более договор потребительского кредитования? Очевидно, что законодатель допустил существенную ошибку, которую необходимо исправить заменой в этой дефиниции слова «термины» на слово «срок».

Без ответа остаётся также вопрос: какие иные сделки в потребительской сфере могут применяться, кроме договора: представительство, завещание? Ответ известен: речь идет только о соглашениях. Тем более потребление предусматривает возможность для потребителя выбора как самого товара, так и его представителя. Следовательно, в данном определении вместо слова «сделка» следует использовать слово «соглашение». В ином случае существует опасность злоупотреблений и злостного соглашения. Так, малообеспеченные слои населения забирают выброшенные субъектами предпринимательства в мусорники испорченные продукты питания

(дереликция). Завладение ими иными лицами подпадает под сделки и основания возникновения прав на такие вещи. Возникает вопрос: будут ли такие дереликвенты нести ответственность за отравление выброшенными ими испорченными продуктами питания? Если исходить из ч. 1 ст. 202 ГК Украины действие по прекращению права собственности дереликцией подпадает под категорию сделки с соответствующими последствиями для тех, кто выбрасывает мусор с нарушением установленных правил. На наш взгляд, использование в ч. 7 ст. 1 Закона Украины «О защите прав потребителей» вместо слова «сделка» (правочин) слово «соглашение» является оправданным и необходимым.

Относительно юридической природы данного договора, то со времён советского права тут доминирует традиция подчинения его публичным задачам. В частности, как было указано в Преамбуле ГК УССР 1963 г. [9], он был принят с целью создания материально-технической базы коммунизма и наиболее полного удовлетворения материальных и духовных потребностей граждан. На то время кредитование осуществлялось, по сути, государственными банками с целью увеличения их уставных капиталов как части формирования финансов государства. Сегодня НБУ Украины не предоставляет кредитов, потребительских тем более, а деятельность частных банков, даже приватизированных государством, протекает в частной сфере. Публичный интерес максимально выведен из частноправовых актов и осуществляется через разрешительную и контрольную функции. Формирования публичных финансов осуществляется взысканием прямо или опосредованно публичных платежей.

Прежде всего современная категория «финансы» является публичной и воспринимать деньги или денежные средства частных лиц как таковые свидетельствует об искусственном распространении этой категории на частную сферу. К слову, известные программы ведущих высших учебных заведений Украины по финансовому праву имеют чёткую публичную направленность и не охватывают финансовых услуг.

С введением административных услуг как публичных (государственных или/и муниципальных), которые предоставляются органами исполнительной службы, исполнительными органами местного самоуправления, иными уполномоченными субъектами, и предоставление которых связано с осуществлением властных полномочий, это стало дополнительным аргументом. К ним отнесены услуги в сфере финансового мониторинга как результат осуществления властных полномочий публичной администрацией, компетенция которой распространена на сферу финансового мониторинга, что, согласно закону, обеспечивает юридическое оформление условий осуществления физическими либо юридическими лицами прав и свобод в данной сфере по их заявлению (выдача разрешений (лицензий), проведение регистрации и т. д.). Так или иначе пересечение этих категорий недопустимо, особенно при возрастании использования ботов.

В Законе Украины «О финансовых услугах и государственном регулировании рынков финансовых услуг» [7] предусмотрено, что: 1) финансовый кредит – средства, которые предоставляются в заём юридическому или физическому лицу на определённый срок и под процент (ч. 3 ст. 1); 2) финансовая услуга – операции с финансовыми активами, которые осуществляются в интересах третьих лиц за собственный счёт или за счёт этих лиц, а в случаях, предусмотренных законодательством, за счёт привлечённых от иных лиц финансовых активов, с целью получения прибыли либо сохранения реальной стоимости финансовых активов (ч. 5 ст. 1); 3) предоставление средств в заём, в том числе на условиях финансового кредита.

Часть из данных определений, на наш взгляд, также являются сомнительными хотя бы потому, что законодатель разграничил заём (ст. 1046 ГК Украины) и кредит (ст. 1054 ГК Украины) как разные договоры: за первым займодателем признаны физические лица и расширен его предмет за счёт вещей с родовыми признаками, а за другим – право предоставлять кредит закреплено только за субъектами предоставления финансовых услуг, то есть финансовыми учреждениями, а



также, если это прямо предусмотрено законом, физическими лицами-предпринимателями (ч. 1 ст. 5 Закона Украины «О финансовых услугах и государственном регулировании рынков финансовых услуг»). К тому же объективно заём вообще выпал из общего подхода к услуге как благу, поскольку во всяком случае его предметом являются деньги и предметы, которые определены родовыми признаками. Если речь идёт о вещи, то относить данные договоры к договорам о предоставлении услуг алогично.

Устоявшийся традиционный подход к финансовым услугам как видам услуг воспринят законодательством Украины и других стран. Он отражён в Генеральном соглашении о торговле услугами [1], которое ратифицировано Верховной Радой Украины. Так, в его Дополнении относительно финансовых услуг по мерам, относящимся к предоставлению финансовых услуг, которые распространены на их предоставление, в пар. 2 ст. 1 этого Соглашения определено, что финансовая услуга – операции с финансовыми активами, которые осуществляются в интересах третьих лиц за собственный счёт или за счёт этих лиц, а в случаях, предусмотренных законодательством, и за счёт привлечённых от иных лиц финансовых активов, с целью получения прибыли либо сохранения реальной стоимости финансовых активов. Не обращая внимания на текстуальное совпадение или имплементацию этого положения в национальный закон, в данном случае финансовая услуга охватила и предоставление средств в заём (на условиях финансового кредита).

Кроме этого, в Директиве Европейского Союза «О сближении законов, постановлений и административных положений государств-членов относительно потребительского кредита» [5] предусмотрены договоры, по которым кредит предоставляется на основании предварительных соглашений, заключённых между кредитором и продавцом (исполнителем) товаров (работ, услуг), в том числе предоставление кредитов клиентам конкретного продавца (исполнителя) с целью приобретения его товаров (работ, услуг). Такое положение может служить основанием для возможного сговора и создания

неравных конкурентных условий для товаровладельцев.

Относительно таких связанных договоров предусмотрено: если товары (работы, услуги), для реализации которых применяется кредитный договор, не предоставлены потребителю, либо предоставленные продавцом (исполнителем) товары (работы, услуги) не соответствуют условиям договора купли-продажи (выполнения работ, предоставления услуг), потребитель вправе заявить кредитору соответствующие возражения относительно возврата кредита (ст. 11 Директивы). С учётом изложенного указанные договоры купли-продажи товара и потребительское его кредитование являются взаимосвязанными, где кредит полностью либо частично – средство оплаты цены первого договора. Такая схема характерна для консорциума или используется как маркетинговый ход для активизации сбыта товара крупного клиента банка. При этом кредитные отделы таких кредитодателей размещены в помещении продавцов, преимущественно в супермаркетах: «Метро», «Эпицентр», «Гулливёр» и других.

Понятие «смежного кредитного договора» использовано в Директиве Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О договорах потребительского кредитования» [3], где, соответственно, п. «п» ст. 3 таким кредитным договором определён кредитный договор, в котором этот кредит предназначен исключительно для финансирования, *на наш взгляд, оплаты*, договора о приобретении определённых товаров либо предоставлении определённых услуг. В таком смысле указанные договора объективно составляют коммерческое единство, а заключение одного договора является предпосылкой для другого. Мы уже не вникаем в сущность категории «финансирование» как предоставление бюджетных денег.

Пунктом 37 указанной Директивы предусмотрено, что при заключении «связанных» кредитных договоров возникает правоотношения зависимости договора купли-продажи товаров либо предоставления услуг с кредитным договором, заключённым именно для оплаты потребительского договора. Следовательно, потребитель осу-

ществляет своё право на возврат денег за договором купли-продажи в соответствии с законодательством ЕС и не обязан выполнять обязательство за смежным с договором купли-продажи кредитным договором. Технически возврат потребительского кредита за таким договором производится на кредитную электронную карточку заёмщика либо непосредственно кредитодателю.

Как указано в этой Директиве, данное требование не касается положений национального законодательства, которые применяются к связанным кредитным договорам в тех случаях, когда договор купли-продажи был признан недействительным или, когда потребитель осуществил своё право на возврат денежных средств согласно положениям национального законодательства. Также это требование не касается прав потребителей, предоставленных положениями национальных нормативных актов, согласно которым не допускается возникновение обязательств между потребителем и продавцом товаров или услуг, а также не допускается осуществление оплаты между этими лицами до тех пор, пока потребитель не подписал кредитный договор для оплаты покупки товаров или услуг.

Соответствующее понимание финансовых услуг воспринято и в других странах. В частности, Американская торговая палата и её Комитет по вопросам банковских и финансовых услуг совместно с представителями USAID, как следует из материалов и докладов на проведённом 20 августа 2018 г. в г. Киеве семинаре по обсуждению проекта Закона №8055 «О введении финансового омбудсмена», придерживается именно такого подхода. Это не свидетельствует о правильности такого подхода, а является поводом для его критики.

В доктринальном аспекте договор потребительского кредитования не соответствует практически ни одному из известных признаков услуги как в классическом – четыре, так и расширенном В.В. Резниковой до восьми [10, с. 155–163] варианте.

Мы по возможности обосновали иной подход к правовой природе договора потребительского кредита, поскольку он не проявляет признаков,



которые присущи услуге как объекту гражданских прав, даже в доктрине последнего как блага. Во всяком случае его предметом являются деньги в наличной, а в современных условиях в безналичной форме. Соответственно, речь идёт о формировании группы договоров как денежных обязательств, которые своим предметом имеют деньги как вещи или объекты прав особого рода.

Выводы. Несмотря на то, что практика легального толкования финансовых услуг, в том числе их разновидности кредитования и потребительского кредитования в частности, устоялась, она имеет ряд очевидных и существенных изъянов. Даже если её придерживается международный и национальный законодатель, правовая доктрина, следует их пересмотреть. Это приведёт правовые конструкции договоров о предоставлении денег или возможности их использования заёмщиками в соответствие с реалиями и особенностью предмета таких договоров. Мы понимаем, что такое теоретическое положение является определённым вызовом. Оправданием являются приведённые и иные аргументы против кредитования как услуги.

В ГК Украины введены денежные обязательства как общая категория. Соответственно, появилась возможность дальнейшей дифференциации таких обязательств частных лиц в сфере оборота денег. Одно дело договор банковского счёта, по которому банк зачисляет деньги на счёт клиента и производит списание с них средств по поручению последнего, иное – предоставление денег в собственность заёмщика. С учётом изложенного следует выделить денежные обязательства отдельно, а предоставление денег в заём и кредит в группу отдельных от услуг договоров. Такой подход обеспечивает разграничение частных и публичных отношений, чёткий понятийный аппарат, удобство при осуществлении электронного правосудия или претензионного разбирательства.

С учётом изложенного авторскую дефиницию договора о потребительском кредите целесообразно определить, как вид кредитного договора, по которому кредитор обязуется предоставить потребительский кредит

в установленных договором размере и иных условиях, а заёмщик обязуется использовать его с потребительской целью, вернуть кредит и уплатить установленные проценты. Договор относится к договорам о предоставлении денег, является двухсторонним, консенсуальным, возмездным, потребительским, фидуциарным, договором о присоединении.

Список использованной литературы:

1. Генеральное соглашение о торговле услугами. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/981_017/page2
2. Погребняк В.Я. Цивільно-правове регулювання відносин споживчого кредитування: дисер. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. Спеціальність 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право, Харків. 2016, 195 с.
3. О договорах потребительского кредитования: Директива Европейского парламента и Совета Европейского Союза № 2008/48/EC. URL: zakon.rada.gov.ua/go/994_b19
4. О защите прав потребителей: Закон Украины от 12 мая 1991 г. URL: zakon.rada.gov.ua/go/1023-12
5. О приближении законов, постановлений и административных положений государств-членов относительно потребительского кредита: Директива Европейского Союза 87/102/EEC. URL: zakon.rada.gov.ua/go/994_350
6. О потребительском кредитовании: Закон Украины от 12.06.2017 г. / Вестник Верховной Рады (ВВР), 2017, № 1, ст. 2.
7. О финансовых услугах и государственном регулировании рынков финансовых услуг: Закон Украины от 12 июля 2001 г. / Вестник Верховной Рады Украины (ВВР), 2002, № 1, ст. 1. URL: zakon.rada.gov.ua/go/2664-14
8. Гражданский кодекс Украины: Кодекс Украины, Закон, Кодекс от 16.01.2003 г. № 435-IV (Редакция по состоянию на 02.08.2018) URL: zakon.rada.gov.ua/go/435-15
9. Гражданский кодекс УССР: Кодекс Украины, Закон, Кодекс от 18.07.1963 г. URL: zakon.rada.gov.ua/go/1540-06

10. Резнікова В.В. Правове регулювання посередництва у сфері господарювання (теоретичні аспекти): монографія. Х.: Право. 2010. 420с.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Мельник Игорь – аспирант кафедры отраслевых правовых наук Киевского университета права Национальной академии наук Украины;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Melnik Igor – Postgraduate Student of the Department of Branch Legal Sciences of Kiev University Rights of the National Academy of Sciences of Ukraine.



УДК 343

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ОРГАНОВ ПРОКУРАТУРЫ В СФЕРЕ НАДЗОРА ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ ЗАКОНОВ ПРИ ИСПОЛНЕНИИ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ В ОТНОШЕНИИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ

Игорь ОЛЬШАНЕЦКИЙ,
аспирант

Института законодательства Верховной Рады Украины

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена научно-практическому исследованию деятельности органов прокуратуры в сфере надзора за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам в отношении несовершеннолетних в современных условиях. Рассмотрена деятельность прокурора в определённой сфере, которая является конституционной функцией.

Ключевые слова: Конституция Украины, уголовно-исполнительное законодательство, прокуратура, надзор за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам.

ACTIVITY OF PROSECUTORY BODIES IN THE FIELD OF SUPERVISION OF LAWS IN THE EXERCISE OF JUDICIAL DECISIONS IN CRIMINAL AFFAIRS OF MINORS

Igor OLSHANETSKIY,
Postgraduate Student of the Institute of Legislation
of the Verkhovna Rada of Ukraine

SUMMARY

The article is devoted to the scientific and practical study of the activities of the prosecutor's office in the sphere of supervision over observance of laws in the execution of judicial decisions on criminal cases concerning minors in today's conditions. The activity of the prosecutor in a certain sphere, which is a constitutional function, is considered.

Key words: Constitution of Ukraine, criminal-executive legislation, prosecutor's office, control over observance of laws in execution of judicial decisions in criminal cases.

Постановка проблемы. Деятельность прокурора в определённой сфере, которая является конституционной функцией, а именно надзор за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних, как отдельное направление надзорной деятельности прокурора имеет важное значение для соблюдения норм уголовно-исполнительного законодательства, регламентирующих порядок и условия исполнения наказаний, способствуя достижению цели наказания таких осуждённых – их исправлению, воспитанию и социальной реабилитации. Также исследовано, что прокурорский надзор за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних имеет важное значение в профилактике повторных преступлений, совершенных подростками, и является гарантом соблюдения их прав и законных интересов.

Актуальность темы исследования. Деятельность органов прокура-

туры в сфере надзора за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам чётко базируется на нормах Конституции Украины. Законом Украины «О внесении изменений в Конституцию Украины (относительно правосудия)» № 1401-VIII от 02.06.2016 прокуратура отнесена к разделу «Правосудие», а также Конституция Украины дополнена статьёй 131-1, согласно которой определены полномочия прокуратуры. Этим же Законом определён пункт 9 раздела XV «Переходные положения», который регламентирует, что прокуратура продолжает выполнять в соответствии с действующими законами функцию надзора за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам, при применении других мер принудительного характера, связанных с ограничением личной свободы граждан, до вступления в силу закона о создании двойной системы регулярных пенитенциарных инспек-

ций, поскольку в Украине до сих пор не создана двойная система регулярных пенитенциарных инспекций, органы прокуратуры осуществляют вышеуказанную надзорную функцию.

Особенность деятельности прокуратуры в сфере надзора за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам в отношении несовершеннолетних, безусловно, является неотъемлемым институтом уголовного права. Его применение, как показывает исторический опыт, было и остаётся необходимым инструментом поддержания и обеспечения правопорядка и безопасности в обществе, охраны прав и интересов всех социальных групп и каждого человека, в частности. Однако этот инструмент сложный и опасный, должное его применение требует огромных социальных и экономических затрат, а недостатки в уголовно-исполнительной политике, несоблюдение законодательства в сфере исполнения наказаний могут



нанести непоправимый вред личности осуждённого несовершеннолетнего или его близкому окружению и, как следствие, обществу в целом. Особого внимания со стороны государства требует политика и практика применения наказаний в отношении несовершеннолетних с учётом их личностной незрелости, высокого уровня внушаемости и повышенной уязвимости к социальным неурядицам.

Цель исследования. Целью статьи является определение сущности деятельности органов прокуратуры в сфере надзора за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам в отношении несовершеннолетних.

Методы. Для исследования особенностей деятельности органов прокуратуры в сфере надзора за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам в отношении несовершеннолетних была применена система общих и специальных методов юридической науки, среди которых следует отметить формально-юридический, сравнительно-правовой, логический, а также метод системного структурного анализа.

Изложение основного материала. Для обеспечения в Украине надлежащей реализации задач уголовно-исполнительного законодательства, соблюдения принципов исполнения и отбывания наказаний, в том числе в отношении несовершеннолетних, создан и функционирует соответствующий правовой механизм, которым руководствуются государственные учреждения (органы или должностные лица), негосударственные субъекты и межгосударственные (наднациональные) институты, предусмотренные в главе 4 Уголовно-исполнительного Кодекса Украины (далее – УИК Украины), а также сами осуждённые в порядке абзаца 3 ч. 1 ст. 8 УИК Украины.

К государственным средствам обеспечения законности в сфере уголовно-исполнительных отношений принадлежит прокурорский надзор как специфическая форма деятельности органов прокуратуры, направленной на предупреждение, выявление и устранение нарушений законодательства Украины, восстановления нарушенных прав, установления виновных лиц и привлечения их к предусмотренной законом ответственности [7, с. 5].

В соответствии со статьёй 131-1 Конституции Украины прокуратура осуществляет:

1) поддержание публичного обвинения в суде; 2) организацию и процессуальное руководство досудебным расследованием, решение в соответствии с законом других вопросов в ходе уголовного производства, надзор за негласными и другими следственными и розыскными действиями органов правопорядка; 3) представительство интересов государства в суде в исключительных случаях и в порядке, которые определены законом. Вместе с тем, как отмечалось выше, согласно пункту 9 раздела XV «Переходные положения» Конституции Украины прокуратура продолжает выполнять в соответствии с действующими законами функцию надзора за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам, при применении других мер принудительного характера, связанных с ограничением личной свободы граждан.

Эта надзорная деятельность согласно пункту 4 ч. 1 ст. 2 Закона Украины «О прокуратуре» отнесена к функциям прокуратуры. Таким образом, осуществление надзора в этой сфере является конституционной функцией и исключительной компетенцией прокуратуры как государственного органа. Реализация этой функции обеспечивается в определённой области единой надзорной деятельности органов прокуратуры, особое место в которой отведено надзору за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам (производствах) в отношении несовершеннолетних и применении к ним других мер принудительного характера. В этом контексте следует отметить, что в результате проведения структурных изменений в Генеральной прокуратуре Украины в 2012 году впервые за время существования органов прокуратуры обязанности по комплексной защите прав и свобод детей возложено на структурное подразделение, сегодня именуемое управлением ювенальной юстиции. В рамках последнего функционирует отдел выполнения функций прокуратуры в отношении несовершеннолетних, попавших в конфликт с законом, в компетенцию которого также входит осуществление надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних, ко-

торый и является предметом исследования в этой статье.

В местных и региональных прокуратурах надзорную деятельность за соблюдением законов в данном направлении осуществляют специально уполномоченные прокуроры (специализация органов прокуратуры по защите прав и свобод детей наиболее полно отвечает европейским принципам ювенальной юстиции, которая внедрена в развитых странах мира, одобрена Представительством фонда ЮНИСЕФ в Украине и другими международными правозащитными институтами).

Раскрывая сущность надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних, прежде всего отметим его место в процессе надзора за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам (производствах) в отношении несовершеннолетних и применении к ним других мер принудительного характера. Учитывая, что для реализации наказаний и мер принуждения установлены различные правовые основания и выполняются они различными государственными органами и учреждениями, в научной юридической литературе является устоявшейся точкой зрения относительно разделения указанной сферы прокурорского надзора на следующие составляющие:

– надзор за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным производствам (делам) (или надзор за соблюдением законов при исполнении уголовных наказаний);

– надзор за соблюдением законов при применении других (кроме уголовных наказаний) мер принудительного характера, связанных с ограничением личной свободы граждан [8, с. 21; 9, с. 40].

В свою очередь внутри указанных составляющих выделяют самостоятельные участки работы, которые определяют отдельные направления прокурорского надзора. Например, отдельным направлением надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних будет надзор за соблюдением законов при исполнении наказаний, не связанных с лишением свободы, исходя из значительной разницы в степени правоограничений осуждённых и особенностей порядка и условий исполнения наказаний, связанных и не связанных с лишением свободы. Кроме



того, для каждого из этих разновидностей наказаний существует специальная законодательная и подзаконная база.

Основанием осуществления прокурором надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних является пункт 9 раздела XV «Переходные положения» Конституции Украины, п. 4 ч. 1 ст. 2, п. 2 ч. 1 ст. 9, ст. 26 Закона Украины «О прокуратуре», ст. 22 УИК Украины, ст. 17 Закона Украины «Об органах и службах по делам детей и специальных учреждениях для детей», другие законодательные акты и приказы Генерального прокурора Украины, в частности «Об организации деятельности органов прокуратуры по защите прав и свобод детей» от 6 декабря 2014 № 16гн и «Об организации прокурорского надзора за соблюдением законов при исполнении судебных решений по уголовным делам, а также при применении других мер принудительного характера, связанных с ограничением личной свободы граждан» от 20 апреля 2016 № 161.

Цель и задачи. Прокурорский надзор – это категории, тесно связанные между собой, но все-таки разные. Термин «цель» обозначает то состояние, достичь которого стремится субъект деятельности, как результат или идеальное предвосхищение результата, на достижение которого ориентированы действия [11, с. 67–75].

При определении цели надзора в сфере уголовно-исполнительных отношений следует обратиться к ст. 1, 36 Закона Украины «О прокуратуре» и учитывать положения ст. 26 этого Закона. В целом можно отметить, что цель надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних состоит в утверждении верховенства права и законности и укреплении правопорядка в соответствующей сфере уголовно-исполнительных правоотношений. Задача прокурорского надзора по сравнению с целью более конкретна; их выполнение обеспечивает достижение цели прокурорского надзора. К числу основных задач надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних относятся:

– своевременное выявление и устранение нарушений порядка и условий исполнения и отбывания наказаний, установленных криминально-исполнительным законодательством;

– восстановление нарушенных прав и законных интересов осуждённых, интересов общества и государства;

– установление всех обстоятельств нарушения уголовно-исполнительного законодательства по выполнению наказаний и принятия соответствующих мер для привлечения виновных лиц к установленной законом ответственности;

– выявление детерминант нарушений уголовно-исполнительного законодательства по выполнению наказаний и принятие мер по их устранению [11, с. 79].

Заметим, что эти задачи являются общими для направления прокурорской надзорной деятельности, рассматриваются и могут быть конкретизированы в зависимости от объектов надзора или разновидностей наказаний несовершеннолетних. Для раскрытия сущности прокурорского надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних важное значение имеет и определение его предмета и объекта (объектов).

В отечественной науке, определяя объект прокурорского надзора, применяют преимущественно счётный подход, согласно которому дают определённый перечень органов, учреждений, организаций и лиц (юридических, физических), на которых распространяется компетенция прокуратуры [13, с. 9.], в которых проводятся прокурорские проверки соблюдения и применения законов [14, с. 8].

Между тем более обоснованным представляется подход, согласно которому объект прокурорского надзора определяется через понятие деятельности соответствующих органов, учреждений, заведений, должностных лиц и т.д., на которых распространяются надзорные полномочия прокурора [15, с. 43; 7, с. 6].

В этом контексте особого внимания заслуживает определение объекта прокурорского надзора, предоставленное Ю.М. Дёминым. Учёный считает, что это решение, действия или бездействие поднадзорных субъектов, имеющих юридическое значение и подпадающих под норму закона или нормативно-правового акта, могут быть оценены прокурором на соответствие их закону независимо от подчинённости или механизма [16, с. 21].

Приведённое понятие раскрывает не только содержательные признаки объекта прокурорского надзора, но и по-

зволяет в целом понять сущность самого надзора как прокурорской деятельности. Учитывая указанное в наиболее общем понимании, объект прокурорского надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних можно определить, как уголовно-исполнительную деятельность поднадзорных субъектов в сфере исполнения наказаний в отношении несовершеннолетних. Поднадзорными субъектами прокурорского надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних являются соответствующие субъекты исполнения наказаний и участники уголовно-исполнительной деятельности. При этом, определяя поднадзорные субъекты прокурорского надзора в этой сфере, необходимо учитывать, что им корреспондируют соответствующие субъекты надзора – Генеральный прокурор Украины и подчинённые ему прокуроры.

Разграничение компетенции уполномоченных субъектов надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних зависит от объекта надзора и осуществляется на основе системы органов прокуратуры (подробнее регулируется отраслевым приказом Генерального прокурора Украины: п. 11 приказа № 16гн).

На основании изучения положений указанных приказов Генерального прокурора Украины можно сделать вывод, что основной объем работы в этом направлении возлагается именно на местные прокуратуры, тогда как региональные прокуратуры, Генеральная прокуратура Украины осуществляют надзор за объектами соответствующего им уровня, а также выполняют управленческие функции подчинённых прокуратур с целью надлежащей организации прокурорского надзора за соблюдением законов в соответствующей сфере уголовно-исполнительной деятельности.

На основании комплексного толкования положений ст. 26 Закона Украины «О прокуратуре» специальный предмет надзора за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних можно определить, как состояние соблюдения и правильного применения уголовно-исполнительного законодательства поднадзорными субъектами в процессе исполнения наказаний в отношении таких лиц. Несмотря на то, что ведомственные нормативные



акты, принятые с целью реализации законодательных положений и в соответствии с ними, регулируют немало вопросов исполнения наказаний, в том числе в отношении несовершеннолетних, уголовно-исполнительное законодательство следует толковать в широком смысле. Так, уголовно-исполнительным законодательством понимается система нормативно-правовых актов, содержащих нормы уголовно-исполнительного права. Это нормативно-правовые акты органов власти и управления (источники), которые регулируют весь комплекс общественных отношений, возникающих по поводу и в процессе исполнения и отбывания уголовных наказаний и применения к осужденным средств исправления и ресоциализации, а также соответствующие действующие международные договоры, согласие на обязательность которых предоставлено Верховной Радой Украины [12, с. 84].

К последним относятся:

– документы универсального характера, определяющие права ребенка: Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 года; Конвенция ООН о правах ребенка 1989 г.;

– документы, регламентирующие вопросы соблюдения прав человека в местах лишения свободы: Европейские пенитенциарные (тюремные) правила в редакции от 2006 года, Конвенция ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984, Европейская конвенция по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания 1987 года, правила ООН по защите несовершеннолетних, лишённых свободы, 1990 года.

Учитывая положения п. 2 приказа Генерального прокурора Украины № 161, при осуществлении надзорной деятельности за соблюдением законов при исполнении наказаний, в том числе в отношении несовершеннолетних, основными задачами деятельности в этом направлении определено обеспечение надзора за соблюдением:

– прав и свобод человека, интересов общества и государства при исполнении наказаний и иных мер принудительного характера, связанных с ограничением личной свободы, в соответствии с законами Украины, международными договорами, согласие на обязательность ко-

торых предоставлено Верховной Радой Украины;

– законодательства по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания с задержанными, взятыми под стражу и осужденными;

– определенных законодательством требований режима, порядка и условий содержания задержанных лиц, а также лиц, к которым применены меры: содержание под стражей, помещения в психиатрическое учреждение в условиях, исключаящих их опасное поведение;

– установленных законодательством требований режима, порядка и условий содержания лиц, к которым применены другие меры принудительного характера;

– определенных законодательством требований режима, порядка и условий содержания, а также отбывания наказаний осужденными;

– законодательства при исполнении наказаний, не связанных с лишением свободы.

Выводы. Обобщая проведенное исследование, можно сделать вывод, что надзор за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних как отдельное направление надзорной деятельности прокурора имеет важное значение для соблюдения норм уголовно-исполнительного законодательства, регламентирующих порядок и условия исполнения наказаний, способствуя достижению цели наказания таких осужденных – их исправления, воспитания и социальной реабилитации (цель наказания несовершеннолетних указана согласно постановлению Пленума Верховного Суда Украины «О практике применения судами Украины законодательства по делам о преступлениях несовершеннолетних» от 16 апреля 2004 года № 5).

Прокурорский надзор в очерченной сфере положительно влияет на функционирование уголовно-исполнительной системы, способствуя решению задач по неуклонному соблюдению и правильному применению законов, регулирующих основные вопросы деятельности органов и учреждений этой системы.

Важно отметить, что прокурорский надзор за соблюдением законов при исполнении наказаний в отношении несовершеннолетних также имеет существенное значение в профилактике

повторных преступлений со стороны таких осужденных и является гарантом соблюдения их прав и законных интересов.

Список использованной литературы:

1. Конституція України: Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 № 1401-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>

2. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 року № 2341-III. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>

3. Кримінально-виконавчий кодекс України: Закон України від 11 липня 2003 року № 1129-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>

4. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>

5. Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>

6. Про Державну кримінально-виконавчу службу України: Закон України від 23 червня 2005 року. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>

7. Закон України «Про прокуратуру». Науково-практичний коментар: у 3 кн. / за заг. ред. О.М. Литвака. Кн. 1. К.: Алерта, 2013.

8. Прокурорський нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян: підруч. / Є.М. Блажівський, М.К. Якимчук, І.М. Козьяков, М.С. Туркот та ін. К.: Алерта, 2013. С. 21.

9. Лемак Р.В. Прокурорський нагляд за додержанням законів в установах виконання покарань: моногр. Х.: Право, 2013.

10. Організація прокурорського нагляду за додержанням законів при виконанні покарань, не пов'язаних з позбавленням волі: наук.-практ. посіб. / Ю.М. Вознюк, О.О. Книженко, Г.А. Мамедов, В.А. Мозгова, В.Г. Неділько, О.М. Пономаренко, Ю.П. Чернега; за заг. ред. Г.П. Середи, Є.М. Блажівського. К.: Національна академія прокуратури України, 2014.

11. Томин В.Т. Иерархия целей и задач в уголовном процессе / В.Т. Томин,



Б.Т. Безлепкин. Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности. Ярославль, 1976.

12. Організація прокурорського нагляду за додержанням законів при виконанні покарань, не пов'язаних з позбавленням волі: наук.-практ. посіб. / Ю.М. Вознюк, О.О. Книженко, Г.А. Мамедов, В.А. Мозгова, В.Г. Неділько, О.М. Пономаренко, Ю.П. Чернега; за заг. ред. Г.П. Середи, Є.М. Блажівського. К.: Національна академія прокуратури України, 2014.

13. Прокурорський нагляд в Україні: підруч. / І.Є. Марочкін, П.М. Каркач, Ю.М. Грошевий та ін.; за ред. проф. І.Є. Марочкіна, П.М. Каркача. Х.: ТОВ «Одіссей», 2008.

14. Прокурорський нагляд в Україні: підруч. / М.Й. Курочка, П.М. Каркач; за ред. проф. Е.О. Дідоренка; МВС України. Луган. акад. внутр. справ ім. 10-річчя незалежності України. Луганськ: РВВ ЛАВС, 2004.

15. Прокурорський нагляд в Україні: підруч. / І.І. Когутич, В.Т. Нор, А.А. Павлишин, В.В. Луцки; за ред. В.Т. Нора. К.: Ін Юре, 2011. С. 43.

16. Дьомін Ю.М. Прокурорський нагляд в Україні на сучасному етапі: моногр. К.: УкрІНТЕІ, 2013. С. 21.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ:

Ольшанецкий Игорь Владимирович – аспирант Института законодательства Верховной Рады Украины, первый заместитель прокурора области, старший советник юстиции

INFORMATION ABOUT AUTHOR:

Olshanetskiy Igor Vladimirovich – Postgraduate Student of the Institute of Legislation under the Verkhovna Rada of Ukraine, first deputy district prosecutor, senior adviser to justice

igor_olshanetsky@icloud.com

УДК 343.9(477)

КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ ОРГАНИЗОВАННОЙ ПРЕСТУПНОСТИ В НАЛОГОВОЙ СФЕРЕ

Андрей ПАДАЛКА,

кандидат юридических наук,

заведующий кафедрой финансовых расследований

Национального университета государственной налоговой службы Украины

АННОТАЦИЯ

В статье раскрыто понятие и сущность организованной преступности в налоговой сфере как комплексного явления через анализ автономных криминалистических признаков экономической и организованной преступности. В частности, обобщены и классифицированы меры по предотвращению и противодействию организованной преступности в налоговой сфере.

Ключевые слова: организованная преступность, налоговая преступность, противодействие, организованные группы, аналитическая группа.

CONCEPTUAL PRINCIPLES OF CONTROLLED ORGANIZED CRIME IN THE TAX SECTOR

Andrey PADALKA,

Candidate of Law Sciences,

Head of the Department of Financial Investigation
of the National University of the State Tax Service of Ukraine

SUMMARY

The article deals with the concept and essence of organized crime in the tax area as a complex phenomenon through the analysis of autonomous forensic signs of economic and organized crime. In particular, measures for the prevention and counteraction of organized crime in the tax area generalized and classified.

Key words: organized crime, tax criminality, counteraction, organized groups, analytical group.

Постановка проблемы. Современная организованная преступность как фактор политической и экономической нестабильности в обществе представляет прямую угрозу национальной безопасности государства. Так, организованная преступность распространяет свои интересы, посягая на целый комплекс наиболее значимых социальных ценностей, таких как: жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность человека, экономическая стабильность, публичная безопасность и тому подобное. Понимая важность и опасность этого социального явления, сегодня наиболее актуальное значение приобретают экономические преступления.

Преступления экономической деятельности на всех этапах и стадиях их совершения, как правило, хорошо подготовлены и организованы, охватывают

широкую группу преступных деяний, имеющих сходство в особенностях предмета преступного посягательства, обстановки совершения преступления, способа и механизма преступных действий.

Цель данной статьи – разработать практические рекомендации по предупреждению организованной преступности в налоговой сфере на основе криминалистического познания организованной преступности.

Методы и использованные материалы. Проблему противодействия организованной экономической и налоговой преступности в аспектах уголовного права и процесса, криминалистики и теории оперативно-розыскной деятельности рассматривали в своих трудах: Л. Листа, В. Варцаба, А. Долженков, В. Корж, М. Корниенко, О. Костромина, Я. Мазунин, А. Снигерев,



В. Ущиповский, А. Хирсин, Б. Крыса, А. Яцок и другие. Однако криминалистические аспекты организованной преступности (в частности, налоговых преступлений) в современных условиях требуют более глубокого осмысления и научной проработки, что добавляет актуальности выбранному исследованию.

Одними из самых распространённых среди экономических преступлений являются преступления в налоговой сфере, особенно уклонения от уплаты налогов. Уклонения от уплаты налогов в современной Украине достигает таких масштабов, которые наносят серьёзный ущерб экономической безопасности государства. Так, в условиях экономического кризиса отчётливо проявляется тенденция роста организованной преступности в налоговой сфере и усиление влияния криминального фактора на экономические отношения, что требует внимания и мер противодействия.

Сегодня очевидно, что преступления в налоговой сфере стали проблемой, к которой приковано внимание учёных, политиков, практиков и специалистов различных направлений правоохранительной деятельности (учёных-криминалистов, криминологов, сотрудников правоохранительных и судебных органов). Проблема противодействия преступности в налоговой сфере и сама организованная преступность, на наш взгляд, должна решаться с применением широкого спектра мероприятий организационного, правового и научного характера, а также путём использования опыта учёных и практиков по правотворчеству, правоприменению и научных исследований в сфере противодействия таким видам преступлений.

Основополагающая трактовка организованной преступности раскрыта в Законе Украины «Об организационно-правовых основах борьбы с организованной преступностью», в котором отмечается, что под организованной преступностью понимается совокупность преступлений, совершаемых в связи с созданием и деятельностью организованных преступных группировок [1].

Организованная преступность как объект научного криминалистического исследования давно привлекает вни-

мание учёных-криминалистов. Если криминологов интересуют причины образования преступных групп, совершения ими преступлений и разработка мероприятий, направленных на их профилактику, специалистов в области уголовного права – вопросы уголовной ответственности за преступления, совершенные преступной группой, более чёткой правовой дифференциации вины соучастников групповых преступлений, то криминалистическое изучение преступных групп имеет конечной целью разработать рекомендации по раскрытию и расследованию так называемых групповых преступлений.

Криминалистическое познание сущности организованной преступности и установление закономерностей, связанных со спецификой преступного коллектива, действий, методов, способов совершения преступлений, имеет определённое научное и практическое значение. Несомненно, как отмечает В. Корж [2, с. 223], современная организованная преступность существенно отличается от организованной преступности 90-х годов. В связи с этим определению сущности современной организованной преступности, её отличительных признаков должны предшествовать изучение и научное осмысление объективных закономерных процессов возникновения организованной преступности, причин её развития, экономизации и политизации.

Исследуя различные точки зрения украинских и зарубежных учёных, следует отметить отсутствие у исследователей единства взглядов по вопросу момента возникновения организованной преступности. Одни учёные считают, что организованная преступность (как новое общественное явление) начала возникать в годы перестройки; некоторые считают, что организованная преступность сформировалась в 1966–1982 годы; другие отмечают, что она имела место в период социализма, однако в те годы была упрощённой и подчинённой бюрократии [3, с. 50].

Генезис преступности в нашем государстве последнего десятилетия обнаружил две взаимообусловленные тенденции – «экономизации» организованной преступности и повышение уровня организованности самой экономической преступности. Их действие привело к возникновению

принципиально нового асоциального явления – организованной экономической преступности, которая представляет собой некий симбиоз развитых форм организованной преступности. Именно такая наблюдается в налоговой сфере.

Как известно, финансово-экономическая система Украины построена так, что большая часть её бюджета формируется за счёт налогов. Совершение преступлений в сфере налогообложения организованными преступными группировками становятся одними из самых опасных факторов, затрудняющих современную ситуацию в Украине. Так, количество зарегистрированных преступлений в налоговой сфере, совершенных организованными группами за последние пять лет, увеличилось почти на 32% [4]. Однако официальная статистика не позволяет получить достоверные данные о состоянии и структуре налоговой преступности прежде всего из-за «размытости» объекта наблюдения. В частности, на официальном сайте Государственной судебной администрации Украины, несмотря на достаточный анализ статистических данных по количеству рассмотренных судами дел различных категорий, отсутствует информация об эффективности влияния судебной практики на нейтрализацию негативных социальных процессов и явлений, порождающих организованную преступность в нашей стране [5].

Анализ состояния правопорядка в налоговой сфере свидетельствует, что в современных условиях перехода к экономике рыночных отношений преступность стала более латентной, организованной, профессиональной, приобрела транснациональный характер. Тенезация экономики Украины стала тотальной, эксперты оценивают её объём в пределах от 30 до 40% ВВП [6].

Как известно, изменения в функционировании гражданского общества обуславливают изменения и в организованной преступности. На наш взгляд, сегодня влияние организованной преступности на экономические процессы характеризуют следующие тенденции:

– выделение организованной экономической преступности от неорганизованных процессов в теневой экономике и преступности «общееуголовного»



(корыстно-насильственного) направления; обслуживания теневых экономических процессов;

– возникновение преступных организаций качественно нового типа корпоративных бизнес-структур, имеющих легальный статус, сочетают легальные и нелегальные формы деятельности, используют коррупционные связи в органах власти, правоохранительных органах и органах контроля;

– среди лидеров организованных преступных группировок выделяется небольшой контингент лиц, вокруг которых концентрируется главная часть доходов, полученных преступным путём;

– усиление интернационализации преступной деятельности, укрепление связей отечественных организованных преступных группировок с аналогичными структурами в странах ближнего и дальнего зарубежья;

– быстрая модернизация способов (технологий) совершения преступлений с использованием в преступных целях организационно-правовых форм и институтов рыночной экономики (предпринимательства, банковской деятельности, приватизационных процессов, рынка ценных бумаг и т.п.);

– создание сложной иерархической управленческой сети управления преступной деятельностью позволяет лидерам организованных преступных группировок не принимать непосредственного участия в противоправных операциях и, соответственно, избегать оснований для привлечения к уголовной ответственности (то есть верхушка криминальной «пирамиды», её интеллектуально-организационный потенциал всегда сохраняются, обеспечивая постоянное воспроизводство преступного сообщества);

– легализация (отмывание) преступных доходов с их использованием в политической борьбе за власть, расширением сфер экономического влияния, дальнейшем воспроизведении преступных технологий [7, с. 371].

Раскрыв расширенную экономическую организованную преступность, всё многообразие выявленных способов осуществления налоговых преступлений можно разделить на следующие виды:

1. Полное или частичное сокрытие финансово-хозяйственной деятельно-

сти предприятия в документах бухгалтерского учёта (осуществление сделок без документального оформления, не оприходования товарно-материальных ценностей, не оприходования денежной выручки в кассе);

2. Искажение экономических показателей, позволяющих уменьшить размер налогооблагаемой базы (отнесение на издержки производства расходов, не предусмотренных законодательством; отнесение на издержки производства расходов в размерах, превышающих установленные законодательством; завышение стоимости приобретённого сырья, топлива, услуг, относимых на издержки производства и обращения; незаконное использование налоговых льгот и пониженных налоговых ставок при исчислении налогов);

3. Искажение объекта налогообложения (занижение стоимости реализованной продукции; занижение объёма реализованной продукции; подмена объекта налогообложения;

4. Нарушение порядка учёта экономических показателей (отражение цифровых результатов финансово-хозяйственной деятельности в ненадлежащих счетах бухгалтерского учёта);

5. Вывод финансово-хозяйственной деятельности из-под контроля налоговых органов (не постановка на учёт в налоговых органах; открытие дополнительных счетов в банках без уведомления налоговых органов; уплата налогов в неполном объёме, организация мероприятий по минимизации уплаты налогов незаконным путём) [8, с. 210].

Преступные намерения организованных преступных групп в налоговой сфере являются одними из наиболее значимых факторов влияния на экономику. Эти преимущества занимают особое место в общем количестве конкурентных факторов, поскольку их влияние на отдельных субъектов хозяйствования заставляет последних изменять характер производственной и финансовой деятельности своих предприятий в соответствии с приоритетами развития, что определяют задачи реализации уголовных и коррупционных интересов. Становится очевидным «эффект домино», то есть косвенное влияние криминализованных бизнес-групп через подконтрольные предприятия на других (законно-подслухных) участников рынка.

На наш взгляд, среди причин низкой эффективности противодействия этим негативным явлениям главными являются отсутствие системной и скоординированной работы по ликвидации экономической основы организованной преступности и коррупции, а также недостаточное внимание профилактической работе, прежде всего средствами оперативно-розыскной деятельности.

Потребности практики в эффективной борьбе с этим явлением не обеспечены в условиях бессистемности научных доктрин, расхождений во взглядах учёных и практиков по ряду основных положений. Учитывая указанное, возникла необходимость формирования современной стратегии противодействия организованной экономической преступности. С учётом глубины факторов воспроизводства организованной экономической преступности ситуация нуждается в обновлении основ государственной политики в регуляторной сфере с целью преодоления противоречий между новыми экономическими реалиями, которые формируются на рыночной основе, и остатками командно-административной модели управления экономикой [9, с. 208].

В частности, необходимо завершить начатые ещё в прошлом веке реформы, направленные на развитие внутреннего рынка, становление среднего класса, повышение общего жизненного уровня населения. Не менее важным является совершенствование взаимодействия государственных органов, осуществляющих регуляторные функции в различных отраслях экономики, с правоохранительными органами и органами местной власти.

Дополнительно в налоговой сфере приоритетным направлением этого взаимодействия усматривается проведение совместных скоординированных мероприятий по противодействию коррупции, перекрытию каналов легализации доходов, полученных преступным путём, предотвращению оттока валютных средств за границу, в частности в оффшорные зоны, обеспечению реального возмещения убытков, причинённых гражданам, субъектам хозяйствования и государству противоправными действиями.

Требует законодательного урегулирования деятельность и органов



досудебного следствия и прокуратуры относительно привлечения к уголовной ответственности членов организованных преступных группировок. Составы опасных преступлений в сфере хозяйственной деятельности (ст. 205, 212, 213, 218-222 Уголовного кодекса Украины) должны быть дополнены квалифицирующим признаком совершения преступления организованной группой. Необходимо установить уголовную ответственность государственных служащих за предоставление ими ложных сведений при декларировании расходов (по приобретению недвижимости, транспортных средств, драгоценностей, антиквариата и предметов искусства, ценных бумаг, депозитов в банках и т.д.) [10, с. 114].

В тоже время для надлежащего научного сопровождения борьбы с организованной преступностью целесообразно создать межведомственную аналитическую группу, в которую должны войти и представители налоговой службы, по анализу состояния, структуры и тенденций организованной преступности. По результатам её работы необходимо готовить ежегодные аналитические отчёты по научным прогнозам развития криминогенной ситуации.

Эффективность противодействия организованной преступности в налоговой сфере среди прочего зависит от надлежащего уровня профессиональной компетентности работников правоохранительных органов, овладения современными методами выявления, расследования и предупреждения преступлений. Для разработки соответствующих методик целесообразно ввести постоянный мониторинг и обобщение передового опыта деятельности правоохранительных органов и судов на основе изучения материалов уголовных и оперативно-розыскных дел, проводить широкомасштабные социологические опросы, активно привлекать к научным исследованиям опытных практических работников, а также экспертов из разных областей знаний.

Выводы. Вышеизложенное требует не только теоретического осмысления, но и конкретного существенного анализа и определения направлений развития криминальных тенденций в налоговой сфере, а также формирования на этой основе методологических основ противодействия организованной

преступности в отдельных её сферах (отраслях). Изучение общих тенденций позволит исследовать специфический механизм совершения отдельных видов преступлений, сочетание которых в виде единой преступной технологии позволит более основательно описать их уголовно-правовые и криминологические признаки, а также предложить эффективные рекомендации для правоохранительных органов по предотвращению организованной преступности в налоговой сфере.

Список использованной литературы:

1. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю: Закон України від 30 квітня 1993 року (станом на 5 січня 2017 року). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3341-12>.

2. Корж В.П. Теоретические основы методики расследования преступлений, совершаемых организованными преступными образованиями в сфере экономической деятельности: монография. Х.: Изд-во НУВД, 2002. 412 с.

3. Гриб В.Г. Организованная преступность: различные подходы к её пониманию / В.Г. Гриб, В.Д. Ларичев, А.И. Федотов. Государство и право. 2014. № 1. С. 48–53.

4. Аналітична довідка про стан протидії злочинності, корупції та прокурорсько-слідчу роботу на території України за 2013–2017 роки. URL: <http://baganets.com/blogs-baganets/anal-tichna-dov-dka-prostan-protid-zloc.html>

5. Державна судова адміністрація України. Статистичні дані. URL: <https://dsa.court.gov.ua/dsa/>

6. Рівень тіньової економіки у 2017 році. / Прес-служба Мінекономрозвитку. URL: <http://www.me.gov.ua/News/Detail?lang=uk-UA&id=f1af7de3-9a52-427b-8445-949e29169f1b&title=RivenTinovoiEkonomikiUIKvartali2017-RokuSklav37-Vvp>

7. Протидія економічній злочинності / П.І. Орлов, А.Ф. Волбуєв, І.М. Осика, Р.Л. Степанюк, І.М. Зарецька, Едвард Каргер, Ричард Ворнер. Х.: Нац. ун-т внутр. справ, 2014. 568 с

8. Белкіна Є.О. Проблеми і перспективи розвитку оподаткуван-

ня в Україні / Є.О. Белкіна, Д.В. Веремчук. Молодіжний науковий вісник Української академії банківської справи Національного банку України. Серія: Економічні науки. № 5. С. 205–216.

9. Злочинність у сфері економіки: проблеми прогнозування, планування та координації заходів протидії. / За заг. ред. Кальмана О.Г. Х.: Вид-во ТОВ «Новасофт», 2012. 255 с.

10. Яцюк О.В. Проведення у справах про злочини, вчинені організованими групами, на досудових стадіях кримінального процесу: дис. канд. юрид. наук: 12.00.09. Запоріжжя, 2015. 200 с.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Падалка Андрей Николаевич – кандидат юридических наук, заведующий кафедрой финансовых исследований факультета налоговой милиции Национального университета государственной налоговой службы Украины

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Padalka Andrey Nikolayevich – Candidate of Law Sciences, Head of the Department of Financial Investigation of the National University of the State Tax Service of Ukraine

pad.and.nik@gmail.com



UDK 347.73:341.63

AS TO THE RELATIONS BETWEEN THE PARTIES IN ARBITRATION PROCEEDINGS

Anna PETRENKO,

PhD in Economics, Associate Professor, Associate Professor of the Department of
Theory and History of State and Law and Administrative Law
of Vasyl Stus Donetsk National University

SUMMARY

The article is devoted to research of relations of the parties in the arbitration process. It is noted that despite the fact that there are free contractual relations between the parties, there is no such agreement between the parties and the composition of the arbitral tribunal, as the composition of the arbitral tribunal carries out a quasi-judicial function and is independent in its essence. The article analyzes the various arbitration rules of chiefly the most influential commercial arbitration courts. The impossibility of absolute freedom of parties has been substantiated, since by passing a dispute to an arbitration institution or tribunal established ad hoc, the parties voluntarily place themselves within the limits stipulated by the rules of such an institution or established previously.

Key words: dispute resolution, international commercial arbitration, New York Convention, limits of party autonomy in arbitration proceedings, independence of an arbitrator.

КАСАТЕЛЬНО ОТНОШЕНИЙ СТОРОН В АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ

Анна ПЕТРЕНКО,

кандидат экономических наук, доцент,
доцент кафедры теории и истории государства
и права и административного права
Донецкого национального университета имени Василя Стуса

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена исследованию отношений сторон в арбитражном процессе. Отмечается, что несмотря на тот факт, что между сторонами существуют свободные договорные отношения, между сторонами и составом арбитражного суда нет такого соглашения, так как состав арбитражного суда исполняет квазисудебную функцию и является независимым по своей сути. В статье проанализированы различные арбитражные правила преимущественно наиболее влиятельных коммерческих арбитражных судов. Обоснована невозможность наличия абсолютной свободы сторон, так как передавая спор на рассмотрение арбитража или трибунала, созданного ad hoc, стороны добровольно ставят себя в рамки, обусловленные правилами такой организации, или такие, которые установлены заранее.

Ключевые слова: разрешение споров, международный коммерческий арбитраж, Нью-Йоркская конвенция, свобода сторон в арбитражном процессе, независимость арбитров в арбитражном процессе.

Theme actuality. Arbitration is a universal way of resolving disputes, which avoids formalism and confrontation while considering, providing the necessary confidentiality. Today the number of cases considered by the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of Ukraine is constantly increasing, however, in practice many issues still remain unresolved and require further improvement.

International commercial arbitration is the most preferred alternative dispute settlement in recent years. One of the reasons behind this popularity is flexibility of the arbitral process. Such popularity made possible for International Arbitration to become rather idiosyncratic area of study and practice: in continental

Europe it started as an area of practice populated predominately by academics while in the common law was embraced mainly by practitioners, who manifested academic aspirations and credibility. Moreover, it is an area of legal practice, where the proliferation of academic and legal writing in the last twenty-five years is rather unparalleled both in terms of quantity and quality [1].

State of development of the declared topics. Problems of the relations of the parties in the arbitration process have repeatedly become the object of scientific research of both domestic and foreign lawyers. Among them are Ye. Boiarskyi, G. Born, A. Dövgert, S. Dursun, Ar. Gör, E. Gaillard, J. Savage, M. Pryles, Y. Prytyka, L. Stavros, C. Walsh and many others, however, in practice

many issues still remain unresolved and require further improvement.

The purpose of the article is to analyze the relations of the parties at all stages of the arbitration process, which is based on the will of the parties that have concluded the arbitration agreement, as well as the definition of the limits of freedom in the arbitration process since by referring the dispute to an arbitration institution or tribunal created ad hoc, the parties voluntarily put themselves within the framework of the rules of such an institution or established in advance.

The main chapter. Contractual theory states that the competence and authority of international commercial arbitration is the result of the common consent of the parties expressed in the arbitration agreement. That is,



contractual theory generally considers arbitration at all its stages as a single process, based on the will of the parties that have entered into an arbitration agreement. Arbitration agreement and arbitration award are considered as two parts of the arbitration agreement, combined with the will of the parties. The most arbitral proceedings are defined as an intermediate target for achieving the ultimate goal – the final settlement of the dispute [2].

International arbitration is also an area of law with very few absolutes. Sources of substantive law have a different dynamic than in domestic litigation and arbitration: in addition to traditional positive law, soft (transnational) rules of law have firmly established themselves as applicable norms for arbitral decision-making. Arbitral procedural rules are an anthology of international treaty rules, arbitration rules (soft law) and domestic rules, which are mainly enabling default rules for the organization and conduct of proceedings and in rare occasions mandatory.

Once a dispute has arisen, arbitration has been commenced and the tribunal has been established, the freedom of the parties to determine the arbitral procedure may be circumscribed. Any freedom cannot be forfeited without a reason. So in order to understand the various limits to party autonomy in arbitration procedure we need to establish *status* of the arbitration tribunal as a branch of power, which apply some limits to the most basis of arbitration itself.

In particular, the constitution of an arbitral tribunal brings into existence a new set of contractual relationships concerning the arbitrators themselves.

There has been some debate as to whether the rights and obligations of arbitrators stem from their “status” as arbitrators and arise directly from law or whether they arise from a contract, which is entered into when they accept their appointment, which is crucial. Because finding a source of power of an arbitrator will help us to determinate an ability to adopt decisions, which goes against the exercising of party autonomy.

One view is that a contract does necessarily exist between the parties and the arbitrators; the contract is bi-lateral and creates rights and obligations for both the arbitrators and the parties. However,

where arbitration is administered by an arbitral institution, the contractual relationships become triangular [3].

According to another view in order to proceed by finding a contract and then applying to it the ordinary principles of the law of contract will not produce a reliable answer unless a contract really exists to be found. Even in the case of a massive reference, employing a professional arbitrator for a substantial remuneration, there is a doubt what a business man would, if he stopped to think, concede that he was making a contract when appointing the arbitrator. Such an appointment is not like appointing an accountant, architect or lawyer. Indeed, it is not like anything else at all.

From this point of view, courts will recognise this, and will not try to force the relationship between the arbitrator and party into an uncongenial theoretical framework, but will proceed directly to a consideration of what rights and duties ought, in the public interest regarded as attaching to the status of arbitrator.

English courts, however, appear to disagree with the Mustill and Boyd view. In two cases it has been found that the arbitrators become parties to the arbitration agreement itself. In “Compagnie Européene de Cerelas SA” court made such a ruling, “It is the arbitration contract that the arbitrators become parties by accepting appointments under it. All parties to the arbitration are as a matter of contract (subject always to the various statutory provisions) bound by the terms of the arbitration contract”.

While the arbitrators become parties to the arbitration agreement, the judge stated that the arbitrators were not parties to the commercial contract and were not in the proper sense of that word bound by it.

A similar conclusion reached in “K/S Norjarl A/S v. Hyundai Heavy Industries Co. Ltd” [4]. In that case Mr Justice Phillips, after reproducing the comment of Mustill and Boyd, above, said that, “[i]n the present case I do not find the contractual framework an uncongenial one within which to consider the position of the arbitrators and shall proceed upon the premise, common to both parties, that contractual principles should be applied.

The basic rights and obligations of the arbitrators can be simply stated.

By accepting their appointments [they] undertook, in the words of s. 13(3) of the Arbitration Act 1950, ‘to use all reasonable dispatch in entering on and proceeding with the reference’ – a due diligence obligation. Having accepted appointments as arbitrators [they] have become entitled to reasonable remuneration for their services. These are conventional features of a contract to provide services”.

An appeal to the Court of Appeal was dismissed with each of the three judges giving reasons. The Vice Chancellor said that, “[f]or myself, I find it impossible to divorce the contractual and status considerations: in truth the arbitrator’s rights and duties flow from the conjunction of those two elements. The arbitration agreement is a bilateral contract between the parties to the main contract. On appointment, the arbitrator becomes a third party to that arbitration agreement, which becomes a trilateral contract: the arbitrator undertakes his quasi-judicial functions in consideration of the parties agreeing to pay him remuneration. By accepting appointment, the arbitrator assumes the status of a quasi-judicial adjudicator, together with all the duties and disabilities inherent in that status”.

But in case we will assume (as English courts do) that arbitrators are parties to the arbitration agreement or contract, so it follows that after the tribunal is constituted, the parties themselves cannot unilaterally change the terms of the arbitration agreement without the consent of the arbitral tribunal. Thus, if the arbitration agreement itself specified certain times for the taking of procedural steps the parties could not agree to change those times without the consent of the arbitral tribunal. This result must follow, if the view is accepted that the arbitrators become parties to the arbitration agreement.

While there is no unanimous view in the source of arbitration power, in order to understand problem, which can defiantly rise in practice it would be reasonable to address to the article by Michael Pryles, where he described problem as follows, “Recently I was involved in an ICC case, where an interesting question arose concerning party autonomy and the freedom of the parties to designate time limits. The arbitration in question had been proceeding for some time.



After drawing up the Terms of Reference, the arbitral tribunal, after consultation with the parties, had prepared a Procedural Timetable. This specified the various procedural steps to be followed in the arbitration including the provision of submissions, the lodging of witness statements, requests for documents and a hearing. Dates were scribed for each of these steps. Unfortunately, there was considerable slippage in the adherence to the due dates and it became necessary to set new dates for the remaining steps in the arbitral procedure. The parties had already provided their major submissions (memorials) and the remaining submissions comprised a Reply and a Rejoinder. The arbitral tribunal conscious of its obligation to proceed with reasonable expedition and also bearing in mind that the arbitration was proceeding much slower than anticipated, considered that the remaining two submissions should be provided within a short time. However, the parties had conferred and had agreed that nine months should be allowed for the Reply and a further nine months for the Rejoinder. The question for the arbitral tribunal was whether it was obliged to accept the parties' agreement as to these new dates or whether, assuming it was not so obliged, it should accept them nonetheless" [4].

Problem which is basically arises is Article 19 (1) of the UNCITRAL Model Law [5], which establishes, "Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings".

A broad and general provision is also found in section 1(b) of the Arbitration Act 1996 (UK) [6], which states that the provisions of Part 1 of the Act are founded on stated principles including: "(b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safe guards as are necessary in the public interest".

In relation to procedure section 34(1) achieves a similar result to Article 19(1) of the Model Law [4]. Section 34(1) provides, "It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter".

What then are the limits to party autonomy, if any? Can the parties agree on any matters they please, or are there

restrictions? Is the tribunal always bound to follow the agreement of the parties?

In considering the limits to party autonomy in arbitration procedure, it is necessary to distinguish the situation prior to the commencement of an arbitration and post the commencement of arbitration [7].

Let's assume, that the parties have agreed, on an extension of time for the provision of a submission, or on the time required for a hearing. Let us further assume that the case involves arbitration under the ICC Rules, where the arbitrators are paid on an ad valorem basis.

In this situation lets us assume that the parties have agreed that there will be brief memorials, no witness statements but a long hearing of say 12 months. ICC arbitrations typically involve relatively short hearings and instead there are extensive memorials and the provision of evidence prior to the hearing in the form of production of documents and witness statements.

Mr Pryles came to conclusion that the arbitrators' interests in the allocation of their time and in having reasonable remuneration for their services outweighs the parties' desire to conduct the arbitration in the form of a traditional common law trial. In such a case the arbitrators could well exercise their discretion against granting a hearing of the duration sought and agreed by the parties [4].

In other words, arbitrators must concern reasonableness of any of these actions, and in case finding such parties' will unreasonable, they can overrule parties' agreement.

Author of this work sees such problem from another angle. Problem must be stated whether all arbitrators have a right to doubt/disregard any agreement of the parties'. As it was previously mentioned Article 19(1) of Modern Law give wise discretion of rights to the parties. But the parties' freedom to agree on an arbitration regime of their choice and to prescribe the procedure to be followed is subject to few limitations. The arbitration agreement must be a valid one according to the law, which governs it. This will usually be the law governing the substantive contract, in which the arbitration clause is embedded, but is not necessarily that law.

In addition, the arbitral procedure itself should comply with the mandatory rules

of law of the lexarbitry. The lexarbitry is often the law of the place of the seat of the arbitration, but not invariably so.

Some of Model's Law provisions are mandatory therefore be excluded or modified by the parties. For example, Article 11(2) provides that the parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators, subject to the provision of paragraphs (4) and (5). Thus paragraphs (4) and (5) of Article 11 are mandatory. While it does not expressly say so, it is almost certain that a court would construe Article 18 as mandatory. It provides, "the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case".

This principle gives a full opportunity of presenting case by the nature abstract guidelines of due process. Therefore, whether due process has been violated would depend on the specific factual circumstances of a case. It could be argued though that the principle of 'equality of the parties' would not necessarily be determined on a simple quantitative basis: for example, the fact that a party was not given exactly the same amount of time as the other party, but was nevertheless given enough time to present its case, it would not mean that the principle of equality has been violated. Similarly, 'full opportunity of a party to present his case' cannot be abused to result to dilatory tactics. It has been held the fact that a tribunal dismissed a claim, despite the fact that this claim had been partially acknowledged by the respondent, did not amount to a violation of the principle due process (CLOUT Case No. 146, Russian Federation, Moscow City Court, 10 November 1994). The court noted that a tribunal is not bound by the acknowledgment of the claim by a respondent. In another case, one of the parties challenged the award on the basis, inter alia, that the tribunal violated due process as it failed to compel a witness to testify (CLOUT Case No. 391, Superior Court of Justice, Canada, 22 September 1999). The court rejected the challenge holding that the arbitral tribunal had no power under Art. 27 to compel witnesses to testify. The court noted that the applicant should have had resorted to national courts to compel testimony; failure of the applicant to seek judicial assistance cannot be imputed to the tribunal, as



the purpose of Art. 18 is to protect a party from egregious and injudicious conduct by an arbitral tribunal, rather than to protect a party from its own failures or strategic choices [5].

Accordingly to a well-known position: [t]he freedom of the parties [under the Model Law] is subject only to the provisions of the Model law, that is, to its mandatory provisions. The most fundamental of such provisions, from which the parties may not derogate, is the one contained in paragraph (3) of Art. 18 [8].

Likewise section 33 of the Arbitration Act 1996 (UK) provides:

“1) The Tribunal shall: a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent; b) adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined.

2) The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it”.

Hence, counting that Art.18 of Model Law, supported by is obviously mandatory, in case parties would have agreed that only the claimant would be heard in the arbitration, this agreement would be struck down as invalid. So, as we can see, parties' autonomy on establishing rules of procedure is not absolute. Thus brings a question, where such limits are.

Other restrictions on party autonomy might arise where the parties select institutional arbitration, but attempt to alter the rules of the administering body in a way, which is unworkable or is not accepted by the administering body. Thus, for instance, if the parties provided for arbitration in accordance with the ICC Rules of Arbitration (ICC Rules), but provide that Article 27 of the ICC Rules (which deals with scrutiny of awards by the ICC Court) will not apply, it is probable that the ICC Court would not accept the case as an ICC case. Court scrutiny of awards is an important feature of ICC arbitrations and the administering body is unlikely to agree to waive it [5].

Apart from mandatory provisions of the law governing the arbitration

agreement and the lexarbitry, and subject to “unacceptable” amendments to institutional rules, the parties enjoy very broad freedom in selecting the arbitration regime they desire and in prescribing the procedure to be followed.

Also as it mentioned above under Art. 18, procedural party autonomy is only limited by due process. A question that is pertinent here is whether the parties may go as far as to contractually exclude review of the arbitral award by national courts under Art. 34. Canadian courts answered this question in the affirmative, holding that Art. 34 is not a mandatory provision (*Noble China v Lei Kat Cheong*). While party autonomy is limited only by due process, arbitrators are additionally limited by the agreement of the parties, including any arbitration rules agreed therein. Thus, arbitrators cannot adopt any procedure (even one that is generally applied in arbitration practice) that deviates from the wishes of the parties, or the award will be set aside by virtue of Art. 34(2) (a)(iv) [5].

But can we say that Article 19(1) of Model Law is as mandatory as Art. 18 of the Model Law? As noted above, Article 19(1) states, “subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings”. Is this freedom limited to an agreement reached by the parties before the arbitral tribunal agrees to be appointed, or also afterwards? This issue was discussed during the drafting of the Model Law: “one matter that was considered at some length during the drafting of Article 19 was whether there should be a limitation on when the parties could agree on a procedural point. The Secretariat suggested that the Working Group amend draft Article 19 so as to require that any agreement on the arbitral procedure be reached before the first or sole arbitrator was appointed. The rationale for the proposal was that the rules of procedure should be clear from the outset and that any arbitrator should know from the beginning the rules under which he or she is expected to perform his or her functions.

Group rejected this idea, finding instead that the freedom of the parties to agree on a procedure “should be a continuing one”; the Working Group interpreted paragraph 1 to provide for such

a continuing freedom. The matter was raised again before the Commission, where conflicting proposals were offered, one that the Working Group’s understanding be made explicit and the other that it be reconsidered. After extended discussion, the Commission decided not to change the Working Group’s draft. There was some sentiment in favour of each proposal, but it was noted that in any case the arbitrators could not be forced to accept any procedures with which they disagreed, since they could always resign rather than carry out the unwanted procedural stipulations. Moreover, if the matter was of strong concern, the timing of any agreement on procedure could be regulated by agreement between the parties and the arbitrators [8].

In an arbitration conducted under the Model Law, the parties therefore have freedom to agree on the procedure even after the tribunal has entered into its contract with the parties.

The question that arises next is whether Article 19(1) is mandatory and continuing or can be fettered by the parties themselves. If it is mandatory then, regardless of whether the arbitration agreement specifies the procedure to be followed, or nominates a set of procedural rules, the parties would remain able to agree on, and direct the tribunal to follow, procedural steps including in relation to time limits. The correct answer, it suggested, that Article 19(1) is not mandatory. Holtzmann and Neuhaus take the same view [9], “[a]s was noted by the Working Group, the freedom of the parties under paragraph (1) to agree on the procedure is a continuing one throughout the arbitral proceedings and not limited, for example, to the time before the first arbitrator is appointed.

It is submitted however, that the parties themselves may in their original agreement limit their freedom in this way if they wish their arbitrators to know from the start under what procedural rules they are expected to act” [5].

To hold otherwise, it suggested, would defeat policy goals underpinning the Model Law. It may for example permit the parties to agree after arbitration has been commenced on the removal of elements of an institutional arbitration, which the administering body could not accept. An illustration would be an agreement to remove ICC Court



scrutiny of awards in arbitration under the ICC Rules, as it was discussed previously.

Such an agreement be included in the original arbitration agreement itself the ICC Court would doubtless decline to accept the arbitration. Another consequence would be that parties could vary express terms of any contract they sign with the arbitral tribunal. This could lead to undesirable friction or conflict with the arbitral tribunal and possibly even the resignation of its members. Conferring a power to over-ride contractual relationships is hardly compatible with the sanctity of contracts, which is a fundamental tenet of international trade and dispute resolution. Section 34(1) of the Arbitration Act 1996 (UK) which is similar in effect to Article 19 of the Model Law is not mandatory because it is not listed in Schedule 1 to the Act. Accordingly a similar position would appertain to that which exists under the Model Law [8].

Conclusions. Returning then to the notion, that arbitrators become parties to the arbitration agreement or contract, it is suggested that this idea needs some elaboration. We doubt whether the arbitrators could become parties to the arbitration agreement or contract itself. In the case of an arbitration agreement inserted into a substantive contract, it will usually provide for the submission of future disputes to arbitration. This could include several disputes over a period of time, each of which could be referred to a separate arbitration. It could not be the case that arbitrators appointed in a first dispute become parties to the arbitration agreement, and therefore somehow involved in the reference of future disputes to arbitration.

Rather, the principle espoused in the cases cited above must mean that when a particular dispute arises, and is referred to arbitration, a contract comes into existence between the parties and the arbitrators, which includes the terms of the arbitration agreement or contract.

In conclusion, where the arbitration agreement deals with the procedural point in question the parties cannot unilaterally change their agreement without the consent of the tribunal. Where the arbitration agreement is silent and does not deal with the procedural point Article

19 of the Model Law enables the parties to make an agreement at any time during the arbitral proceedings. However even here that there may be some limits. As it was noticed above Art. 19 of Model Law gives no unlimited rights to the parties', and tribunal have every right to intrude, whether he feels it is necessary, as long as this interventions goes along with national arbitration law, arbitral rules or rules of law.

References:

1. Dursun, S. Ar.Gör. (n.y.). A critical examination of the role of party autonomy in international commercial arbitration and an assessment of its role and extend. URL: http://www.yalova.edu.tr/Files/UserFiles/83/8_Dursun.pdf
2. Boiarskyi Ye. D. The theories of the legal nature of the ICA and their reception in the law of Ukraine (The National library of Ukraine named by V.I. Vernadskyi). URL: <http://www.nbu.gov.ua/>
3. Gaillard E & Savage J. (1999) Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International 1999, 1320 p.
4. Pryles M. (n.y.). Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure. Legal\103364080.1. URL: http://www.arbitrationicca.org/media/4/48108242525153/media012223895489410limits_o_party_autonomy_in_international_commercial_arbitration.pdf
5. Stavros L. (2010). Brekoulakis and Laurence Shore, UNCITRAL Model Law. Chapter V, Article 18 (Equal treatment of parties) in Loukas A. Mistelis (ed), Concise International Arbitration, Kluwer Law International 2010, pp. 623– 624.
6. Arbitration Act 1996. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>
7. Rivkin D.W. (1993). Enforceability of Awards Based on Lex Mercatoria. 9:1 Arb. Int'l 67 at 72.
8. Walsh, C. (2000). Choice of Forum Clauses in International Contacts in Meredith Lectures, 1998–99 Cowansville, Que.: YvonBlais, 2000.
9. Holtzmann HM & Neuhaus JE. (1995). A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative

History and Commentary. Kluwer Law International 1995, p. 583.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Petrenko Anna Aleksandrovna – PhD in Economics, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Theory and History of State and Law and Administrative Law Vasyl Stus Donetsk National University;

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Петренко Анна Александровна – кандидат экономических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права и административного права Донецкого национального университета имени Василия Стуса

aannpetrenko@gmail.com



УДК 347.965

НЕКОТОРЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ УЧАСТИЯ АДВОКАТА НА СТАДИИ ДОСУДЕБНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Артем ПИТОМЕЦ,

ассистент кафедры организации судебных, правоохранительных органов и адвокатуры
Национального университета «Одесская юридическая академия», адвокат Национальной ассоциации адвокатов Украины

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена рассмотрению отдельных теоретических вопросов участия адвоката на стадии досудебного расследования, в частности анализу стадии досудебного расследования в системе стадий уголовного процесса. Автором проанализированы основные подходы в юридической литературе к определению понятия стадий досудебного расследования, а также критериев деления уголовного процесса на стадии. Исходя из структуры УПК Украины, автором обосновано, что фактически в УПК Украины существуют три подсистемы: досудебное производство, судебное разбирательство и исполнение судебных решений. На основе анализа теоретических данных и нормативно-правовых актов предложена авторская классификация стадий и подстадий уголовного процесса, а также авторское определение понятия досудебного расследования.

Ключевые слова: досудебное расследование, досудебное производство, уголовный процесс, стадии уголовного процесса, уголовное производство.

SOME THEORETICAL QUESTIONS ABOUT THE PARTICIPATION OF A LAWYER AT THE PRE-TRIAL INVESTIGATION STAGE

Artem PITOMETS,

Assistant of the Department of Organization of Judicial,
Law Enforcement and Legal Profession
National University "Odessa Law Academy",
Lawyer of the Ukrainian National Bar Association

SUMMARY

The article is devoted to the consideration of certain theoretical issues of a lawyer's participation at the stage of pre-trial investigation, in particular the analysis of the stage of pre-trial investigation in the system of stages of the criminal process. The author analyzes the main approaches applied in the legal literature to the definition of the concept of the pre-trial investigation stage, as well as the criteria for the division of the criminal process into stages. Proceeding from the structure of the CPC of Ukraine, the author substantiates that in fact the CPC of Ukraine contains three subsystems: the pre-trial proceedings, judicial proceedings and the execution of court decisions. On the basis of the analysis of the theoretical data and legal acts, the author proposed a classification of the stages and sub-stages of the criminal process and formulated the definition of the pre-trial investigation concept.

Key words: pre-trial investigation, pre-trial proceedings, criminal process, stages of the criminal process, criminal proceedings.

Постановка проблемы. Современный этап развития украинского государства тесно связан с глубокой трансформацией правовой системы. Кардинально изменяются все отрасли законодательства, особенно процессуальные. Новейшее законодательство Украины, в частности Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» от 5 июля 2012 г. и УПК Украины, подняло значение института адвокатуры в Украине на новый уровень, тем самым укрепляя механизм обеспечения права на защиту [1].

Однако далеко не все новые нормативно-правовые акты полностью отвечают современным общественным запросам. Отдельные законодательные акты требуют корректировки, иногда концептуальной. В частности, Уголовный процессуальный кодекс Украины

от 13 апреля 2012 г. (далее – УПК Украины), несмотря на все усилия его разработчиков, также не может быть признан конечным результатом правовой реформы [2, с. 32]. Ещё до вступления УПК Украины в законную силу стало очевидным, что он нуждается в совершенствовании, причём даже больше, чем его предшественник. А значит, в своей практике адвокат должен быть осведомлённым во всевозможных теоретических вопросах.

Официальный и неофициальный (практический и независимый доктринальный) мониторинг применения УПК Украины показал, что реализация многих правовых институтов уголовного процесса связана со значительными трудностями. Причём наиболее проблемными являются законодательные решения, предложенные для уре-

гулирования деятельности адвоката на предварительном расследовании.

Принятие нового УПК Украины не только не исчерпало, но, наоборот, в значительной степени усилило потребность в тщательной теоретической разработке организационно-правовых проблем участия адвоката в уголовном процессе, в первую очередь проблем на досудебном расследовании. Многочисленные изменения, внесённые в УПК Украины, и постановления высших судебных органов по вопросам применения норм организационно-правовой деятельности адвоката только усугубляют эти потребности. Необходимость концептуального осмысления досудебного расследования сегодня остро осознаётся и уголовно-процессуальной наукой, и адвокатурой. Пересмотру подвергается как вся система



досудебного производства, так и её отдельные элементы. Наибольшие трудности вызывают те из них, которые не вписываются в традиционную уголовно-процессуальную парадигму.

Состояние исследования. Проблематике досудебного расследования посвящено большое количество работ таких авторов, как: В. Андрусак, Ю. Аленин, Р. Баранник, Е. Бородин, В. Вапнярчук, А. Ващук, В. Волошина, И. Галюк, Р. Гасанов, Ю. Денежный, А. Гуляев, В. Даев, И. Каланча, А. Керевич, Е. Коваленко, М. Леоненко, А. Ларин, А. Милевский, Н. Обризан, А. Онишук, Н. Пильгун, М. Погорещкий, А. Столетний, В. Стрёмовский, Ю. Татаров, В. Тертишник, А. Торбаса, И. Трунов, И. Присяжнюк, А. Цимбал-Семенчук, И. Чурикова, Ю. Якимович и др. Однако, во-первых, значительное количество работ было написано в эпоху до принятия УПК Украины 2012 г., в котором имели место другие исходные постулаты, во-вторых, мало рассматривались вопросы участия адвоката на предварительном расследовании. Указанные особенности позволяют определить актуальность и важность рассматриваемой проблематики.

Целью статьи является рассмотрение некоторых теоретических вопросов участия адвоката на стадии досудебного расследования, в частности анализ досудебного расследования в системе стадий уголовного процесса.

Изложение основного материала. Для реализации положений норм действующего УПК Украины относительно первоначального этапа расследования был принят ряд подзаконных актов: Положение о порядке ведения Единого реестра досудебных расследований от 17 августа 2012 г. № 69 [3], Инструкция о порядке ведения единого учёта в органах и подразделениях внутренних дел Украины заявлений и сообщений о совершенных уголовных правонарушениях и других происшествиях от 6 ноября 2015 г. № 1377 [4], Инструкция по организации взаимодействия органов предварительного расследования с другими органами и подразделениями Национальной полиции Украины в предотвращении уголовных правонарушений, их выявлении и расследовании, утверждённая приказом МВД Украины от 7 июля 2017 г. № 575 [5]. Однако в практиче-

ской деятельности как адвоката, так и правоохранительных органов возникает ряд проблем, негативно влияющих на эффективность досудебного расследования уголовных правонарушений и приводящих к нарушению прав, свобод и законных интересов участников уголовного производства. Некоторые из них были предметом исследования отечественных юристов Ю. Аленина, А. Баганца, В. Берназа, В. Вапнярчука, В. Галагана, А. Татарова, В. Фаринник, И. Чуриковой и др., однако данные вопросы продолжают оставаться дискуссионными. Другие проблемы требуют научного исследования и внесения обоснованных предложений по их решению.

Решение современных теоретических и практических проблемных организационно-правовых вопросов участия адвоката на предварительном расследовании требует их тщательного исследования, так как многие из них, хотя и были разработаны на основании норм УПК Украины 1960 г., однако отдельные из них в теоретическом и методологическом плане могут быть использованы при решении проблемных теоретических и практических вопросов, возникающих в связи с применением норм действующего УПК Украины. Кроме того, исследования организационно-правовых основ деятельности адвоката на предварительном расследовании должны основываться на глубоком анализе основных аспектов, понятий и особенностей указанной стадии уголовного процесса.

Важным вопросом является определение понятия «досудебное расследование в системе стадий уголовного судопроизводства». Нормой п. 5 ч. 1 ст. 3 УПК Украины определено, что досудебное расследование – это стадия уголовного судопроизводства, которая начинается с момента внесения сведений об уголовном правонарушении в Единый реестр досудебных расследований (далее – ЕРДР) и заканчивается закрытием уголовного производства или направлением в суд обвинительного акта, ходатайством о применении принудительных мер медицинского или воспитательного характера, ходатайством об освобождении лица от уголовной ответственности [6].

По мнению А. Милевского, такой формат позиционировался как пер-

спективная модель досудебного производства – «введение единого процедурного режима досудебного производства без разделения на стадии возбуждения уголовного дела и предварительного расследования» [7, с. 20].

Однако некоторые авторы настаивают, что время с момента получения сведений об уголовном правонарушении до внесения в ЕРДР является скрытой стадией начала (возбуждения) уголовного производства и считается самостоятельной стадией уголовного процесса [8, с. 229]. Указанная стадия лишь частично охватывается нормами УПК Украины, предусматривая предельный 24-часовой срок соответствующей регистрации (ч. 1 ст. 214). То есть в указанный срок при наличии такой необходимости проводится осмотр места происшествия, проверка заявления на наличие совершенного уголовного преступления, устанавливаются анкетные данные заявителя и т.п. А значит, следует согласиться с мнением В. Тертышника, определившего указанную (начальную) стадию как досудебное производство [9, с. 276].

Следует отметить, что досудебное производство и досудебное расследование не являются тождественными понятиями, поскольку понятие «досудебное производство» по своей сути значительно шире, чем термин «досудебное расследование».

В юридической науке досудебное расследование рассматривается в нескольких значениях: уголовное дело (доследственная проверка по ст. 97 УПК Украины 1960 г.) и досудебное расследование (до введения УПК Украины 2012 г.), сегодня – совокупность доследственного производства и досудебного расследования; уголовное судопроизводство с момента получения сообщения о преступлении до направления прокурором уголовного дела в суд для его рассмотрения по существу; совокупность общего и особенного досудебного судопроизводства вместе с совокупностью общего и особенного судебного производства составляет общее понятие уголовного судопроизводства [10, с. 76–77].

Стоит отметить, что термин «уголовное производство» используется УПК Украины в трёх смыслах: во-первых, это уголовный процесс в целом; во-вторых, это уголовно-процес-



суальная деятельность; в-третьих, это производство по конкретным правонарушениям. По мнению А. Столетнего, такое определение является несколько спорным хотя бы с той точки зрения, что уголовное производство, если обратиться к его стадийной структуре, не заканчивается на стадии судебного производства, а его завершающим этапом является выполнение приговора или постановления суда [11, с. 228].

Как уверяет Р. Баранник, досудебное расследование – это регламентированная уголовно-процессуальным законодательством деятельность специально уполномоченных органов государства по выявлению преступлений и лиц, их совершивших, сбору, проверке, всестороннему, полному, объективному исследованию и оценке доказательств, выявлению причин и условий совершения преступлений с целью установления объективной истины по делу, обеспечения правильного применения закона, а также охраны прав и законных интересов физических и юридических лиц. Автор настаивает, что задачами органов досудебного расследования являются охрана прав и законных интересов физических и юридических лиц, быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение виновных и обеспечение правильного применения закона с тем, чтобы каждый, кто совершил преступление, был привлечён к ответственности и ни один невиновный не был наказан [12, с. 204].

С точки зрения А. Геля, С. Семакова и С. Кондракова, досудебное (предварительное) расследование является одной из стадий уголовного процесса, сущность которой заключается в том, что уполномоченными на то должностными лицами и органами государства в соответствующих формах осуществляется строго регламентированная законом деятельность, направленная на достижение цели уголовного судопроизводства. Иными словами, досудебное расследование – это осуществляемая в соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона деятельность следователя и органа дознания, направленная на сбор, исследование, оценку, проверку и использование доказательств, предупреждение, предотвращение и раскрытие преступлений, установление объективной истины,

обеспечение правильного применения закона, охрану прав и законных интересов физических и юридических лиц [13, с. 201].

По мнению А. Литвинчука, досудебное расследование является отдельной стадией уголовного производства, имеющей специфическую функциональную структуру и представленной следующими основными функциями: расследование, уголовное преследование, защита, судебный контроль [14, с. 80].

После принятия УПК Украины 2012 г. вопрос о стадийности уголовного процесса до сих пор ещё не нашёл своего единогласного решения. Так, исходя из структуры УПК Украины, фактически в нем существуют три подсистемы: досудебное производство, судебное разбирательство и исполнение судебных решений. Законодателем в отдельных разделах выделены: досудебное расследование (Раздел III), судопроизводство в первой инстанции (Раздел IV); судебное производство по пересмотру судебных решений (Раздел VI), исполнение судебных решений (Раздел VIII).

Однако анализ норм УПК Украины позволяет сделать вывод, что уголовным процессуальным законом прямо закреплены лишь две стадии, а именно в нормах ст. 3 УПК Украины – «досудебное расследование» (п. 5 ч. 1 ст. 3 УПК Украины) и «привлечение к уголовной ответственности» (п. 14 ч. 1 ст. 3 УПК Украины), и чётко отмечено, что это стадии уголовного производства [1]. К сожалению, какого-либо упоминания о других стадиях уголовного процесса в УПК Украины нет. То есть, давая в нормах ст. 3 УПК Украины определение основных терминов, законодатель был непоследовательным, чем создал ситуацию неоднозначной трактовки системы стадий уголовного процесса (необоснованного расширения или сужения; отнесения того или иного правового института к категории стадии), что привело к нарушениям субординационных связей и определённой логико-функциональной подчинённости между стадиями как структурными элементами уголовного процесса [15, с. 240].

Конструкцию стадий и подстадий уголовного процесса А. Столетний рассматривает следующим образом:

доследственное производство; досудебное расследование (подстадии – привлечение к уголовной ответственности); подготовительное производство; судебное разбирательство; производство в суде апелляционной инстанции; исполнение судебных решений; производство в суде кассационной инстанции; производство в Верховном Суде Украины; производство по вновь открывшимся обстоятельствам; Европейский суд по правам человека (или Международный суд ООН – *прим. авт.*) [11, с. 154]. Здесь важно отметить, что с 15 декабря 2017 г. с началом судебной реформы Высший специализированный суд было отменен, а функцию кассации пока выполняет Верховный Суд.

С точки зрения авторов первого научно-практического комментария к УПК Украины (под общей редакцией В. Гончаренко, В. Нора, М. Шумило) следует выделять следующие стадии уголовного производства: 1) внесение сведений о совершенном уголовном правонарушении в ЕРДР; 2) досудебное расследование; 3) подготовительное судебное заседание; 4) судебное разбирательство и принятие судебного решения по его результатам; 5) апелляционное производство; 6) кассационное производство; 7) пересмотр судебных решений Верховным Судом Украины (сейчас – Верховный Суд – *прим. авт.*); 8) пересмотр судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам; 9) исполнение судебных решений [16, с. 26].

По мнению А. Молдована и С. Мельника, в уголовном процессе необходимо выделять 8 стадий: 1) досудебное расследование; 2) подготовительное производство; 3) судебное разбирательство; 4) апелляционное производство; 5) выполнение приговора; 6) кассационное производство; 7) производство в Верховном Суде Украины (сейчас – Верховный Суд – *прим. авт.*) 8) производство по вновь открывшимся обстоятельствам [17, с. 3–4].

В юридической науке существуют подходы, определяющие критерии разделения уголовного процесса на стадии. Так, А. Михайленко считает, что разделение стадий уголовного процесса на досудебные и судебные осуществляется относительно субъектов – государственных органов,



осуществляющих уголовно-процессуальную деятельность [18, с. 119]. Как отмечает А. Тарасов, именно поэтому в основе такого разделения лежит общий корень «суд». Только приставка «до», применяемая для обозначения «досудебного производства», указывает на пределы включения в него стадий, предшествующих судебным стадиям процесса [19, с. 71–72].

Представители другого подхода предлагают распределять стадии уголовного судопроизводства «по вертикали» – на виды производств, и «по горизонтали» – на уголовные процессуальные этапы (стадии), которые в определённой совокупности могут представлять собой качественно иной уровень общности [20, с. 17]. Однако автор не находит точного определения для названных им («больших, чем стадии») блоков процессуальной деятельности, предлагая расплывчатое определение «качественно иной уровень общности». Собственно говоря, речь идёт о тех же стадиях («иного уровня»), но стадиями их назвать Ю. Якимович не может, поскольку термин «стадия» уже «занят», а другого понятия, близкого по смыслу, не приводит [19, с. 73–74].

По мнению А. Татарова, для определения логических совокупностей этапов уголовного процесса следует иметь в виду, что традиционные стадии имеют внутреннюю структуру, состоящую из элементов «более низкого уровня», а потому во избежание терминологического дублирования эти стадии следует называть этапами [19, с. 74].

Представляется, что определённые проблемы состоят в том, что авторы избегают обращаться к термину «стадия» для обозначения полистадийных блоков уголовно-процессуальной деятельности, которые связаны с контекстуальным (узким) содержанием, которое вкладывается в понятие «стадия». Как правило, под стадией в юридической науке подразумевают определённый этап (дистанцию) движения дела, говоря иначе – меру длины. Таким образом, получается «плоское» представление об уголовном процессе в целом и о его отдельных стадиях (например, досудебное расследование) в частности. Не случайно Ю. Якимович ассоциировал распределение уголовного процесса на

стадии именно с распределением по горизонтали [20, с. 75].

Однако «стадия» определяет не только меру длины, но и определённый качественный уровень – «ступень в развитии чего-нибудь» [21, с. 761]. Я. Мотовиловкер справедливо указывал на то, что «движение уголовного дела означает его переход из одного состояния в другое» [22, с. 81]. Этот тезис получил поддержку и развитие в концепции Н. Манова [23, с. 182]. По нашему мнению, также следует учитывать качественные преобразования уголовного процесса (уровень решения задач). Движение уголовного процесса нужно рассматривать не только как движение по горизонтали, но и как движение по вертикали.

Обобщая вышесказанное, можно констатировать, что в науке возник и развивается стадийный подход, который представляет собой определённую эволюционную ступень в развитии подхода к пониманию уголовного процесса. Такой подход заключается в выделении в уголовном процессе не только традиционных стадий, но и их совокупностей.

По нашему мнению, следует выделять следующие стадии уголовного процесса: досудебное расследование (доследственное производство, дознание и досудебное следствие, привлечение к уголовной ответственности как подстадии), судопроизводство (судопроизводство в первой инстанции: подготовительное производство, судебное разбирательство; судебное производство по пересмотру судебных решений: производство в суде апелляционной инстанции; производству в Верховном Суде Украины; производству по вновь открывшимся обстоятельствам); Европейский суд по правам человека; исполнение судебных решений.

Для выяснения правовой природы досудебного расследования как стадии уголовного производства необходимо определить круг его признаков (свойств).

К особым признакам уголовного процесса В. Назарок и А. Омеляненко относят: наличие задач, свойственных определённой части процесса; определённый круг субъектов, осуществляющих на определённом этапе процессуальную деятельность; своеобразии процессуальной формы, в кото-

рой осуществляется эта деятельность; специфический характер уголовно-процессуальных отношений; наличие итогового процессуального акта, в котором фиксируется решение о переходе уголовного дела в следующую стадию процесса или завершение его производства в целом [24, с. 11].

С точки зрения М. Леоненко, особыми признаками уголовного процесса являются четыре компонента (задачи, субъекты, правоотношения, решения) и два дополнительных (функциональность и темпоральность). Исходя из этих категорий, юрист отмечает динамику, стадийный порядок уголовного производства и определяет субординационные связи между стадиями как структурными элементами уголовного процесса и их логико-функциональную подчинённость [15, с. 239].

По мнению А. Столетнего, к признакам, свойственным всем стадиям уголовного производства и одновременно являющимися критериями их выделения, необходимо отнести: своеобразие процессуальной формы; специфический круг субъектов и процессуальных средств деятельности; специфический характер уголовных процессуальных отношений; чётко определённые процессуальные основания; итоговые решения и процессуальные акты. В свойственным стадиям уголовного производства определённых выше признаках проявляется их самостоятельность. Наличие данных признаков выступает критерием выделения стадии в структуре системы уголовного процесса [11, с. 153].

В УПК Украины 2012 г. досудебное расследование получило принципиально иное нормативно-правовое регулирование, нежели в нормах УПК Украины 1960 г. Анализ норм действующего уголовного процессуального законодательства позволяет выделить признаки, дающие основания выделять досудебное расследование в качестве самостоятельной стадии уголовного производства.

Досудебное расследование как стадия уголовного производства имеет свои особенности, свидетельствующие о её самостоятельном характере.

Во-первых, досудебное расследование имеет свои задачи, вытекающие из общих задач уголовного судопроизводства (ст. 2 УПК Украины), а именно



рального прокурора України від 17 серпня 2012 р. № 69. URL: gp.gov.ua/ua/pd.html?_m=publications&_t=rec&id=110522

4. Інструкція про порядок ведення єдиного обліку в органах і підрозділах внутрішніх справ України заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події: Наказ МВС України від 6 листопада 2015 р. № 1377. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1498-15>

5. Про затвердження Інструкції з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні: Наказ МВС України від 7 липня 2017 р. № 575. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0937-17>

6. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. / Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2013. № 9–10. 11–12. 13. Ст. 88.

7. Мілевський О.П. Початковий етап досудового провадження у кримінальних справах про ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів): дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність»; Акад. управл. МВС. К., 2010. 208 с.

8. Чурикова І.В. Початок досудового розслідування у кримінальному процесі України. Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. № 2. С. 226–231.

9. Тертишник В.М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. К.: Алерта, 2014. 768 с.

10. Татаров О.Ю. Досудове провадження в кримінальному процесі: теоретико-правові та організаційні засади. URL: irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_low/cgiirbis_64.exe?C21COM

11. Столітній А.В., Каланча І.Г. Генезис та шляхи формування досудового розслідування. Порівняльне аналітичне право. 2015. № 3. С. 227–231.

12. Баранік Р.В. Судові, правоохоронні та правозахисні органи України: навч. посіб. / Баранік Р.В., Гій Т.О. Вид. 3-тє, перероб. і допов. К.: КНТ, 2013. 375 с.

13. Судові та правоохоронні органи України. / А.П. Гель, Г.С. Семаков, С.П. Кондракова. К, 2004. 325 с.

14. Литвинчук О.І. Функціональна структура досудового розслідування. Вісник кримінального судочинства. 2015. № 1. С. 80–85.

15. Леоненко М.І. Особливості стадійної побудови кримінального провадження за новим кримінальним процесуальним кодексом України. Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки». 2013. Т. 26 (65). № 1. С. 238–242.

16. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. К.: Юстініан, 2012. 1223 с.

17. Кримінальний процес України: навчальний посібник / А.В. Молдован, С.М. Мельник. К.: Центр учбової літератури, 2013. 368 с.

18. Михайленко А.Р. О сущности и значении стадии советского уголовного процесса. Вопросы уголовного процесса. 1977. Вып. 1. С. 114–120.

19. Татаров О.Ю. Досудове провадження в кримінальному процесі України: теоретико-правові та організаційні засади (за матеріалами МВС): монографія. Донецьк: ТОВ «ВПІ Промінь», 2012. 640 с.

20. Якимович Ю.К. Структура советского уголовного процесса: система стадий и система производств. Основные и дополнительные производства. Томск: Томск. ун-т, 1991. 308 с.

21. Ожегов С.И. Словарь русского языка: ок. 57 000 слов. / Под ред. докт. филолог. наук, проф. Н.Ю. Шведовой. 16-е изд., исправ. М.: Рус. яз., 1984. 797 с.

22. Мотовиловкер Я.О. О предмете и движущей силе уголовного процесса. Правоведение. 1987. № 6. С. 81–85.

23. Манова Н.С. Досудебное и судебное производство: сущность и проблемы дифференциации процессуальных форм. Саратов, 2003. 362 с.

24. Кримінальний процес України: навчальний посібник / В.В. Назаров, Г.М. Омеляненко. Вид. 2-ге, доп. і переробл. К.: Атіка, 2008. 584 с.

25. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар. К., 2018. 784 с.

26. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України

щодо запровадження кримінальних проступків. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55214

27. Оніщук О. Новий Кримінально-процесуальний кодекс – ключовий елемент системи кримінальної юстиції: тези доповіді на засіданні Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права (10 грудня 2008 р.). Бюлетень Міністерства юстиції України. 2009. № 1 (87). С. 145–151.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Питомец Артем Валерьевич – ассистент кафедры организации судебных, правоохранительных органов и адвокатуры Национального университета «Одесская юридическая академия», адвокат Национальной ассоциации адвокатов Украины;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Pitomet Artem Valeryevich – Assistant of the Department of Organization of Judicial, Law Enforcement and Legal Profession National University “Odessa Law Academy”, Lawyer of the Ukrainian National Bar Association



УДК 342.9

АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ МЕХАНИЗМ ФОРМИРОВАНИЯ И РЕАЛИЗАЦИИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ АНТИКОРРУПЦИОННОЙ ПОЛИТИКИ: СУЩНОСТЬ И СОДЕРЖАНИЕ ПОНЯТИЯ

Карина РОСТОВСКАЯ,

кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
Харьковского национального университета имени В.Н. Каразина

АННОТАЦИЯ

В статье проводится исследование содержания понятия административно-правовой механизм формирования и реализации государственной антикоррупционной политики. Осуществляется анализ юридической литературы по исследованию понятий «механизм административно-правового противодействия коррупции», «механизм антикоррупционной государственной политики». Предлагается авторское понимание содержания понятия административно-правового механизма формирования и реализации государственной антикоррупционной политики как совокупности административно-правовых средств, благодаря влиянию которых определённое общественное явление приобретает необходимые параметры (характеристики), и осуществляется регулирование правоотношений для достижения целей соответствующей государственной политики.

Ключевые слова: механизм государственной политики, административно-правовое регулирование, государственная политика, административно-правовой механизм, коррупция.

ADMINISTRATIVE AND LEGAL MECHANISM FOR THE FORMATION AND IMPLEMENTATION OF STATE ANTI-CORRUPTION POLICY: THE ESSENCE AND CONTENT OF THE CONCEPT

Karina ROSTOVSKAYA,

Candidate of Legal Sciences, Associate Professor,
Associate Professor of the Department of State-Legal Disciplines
of Kharkiv National University named after V.N. Karazin

SUMMARY

The article explores the content of the concept of administrative and legal mechanisms of formation and implementation of state anti-corruption policy. The analysis of the legal literature on research of concepts “the mechanism of administrative and legal counteraction of corruption”, “the mechanism of anticorruption state policy” is carried out. The author’s understanding of the content of the notion of the administrative and legal mechanism for the formation and implementation of the state anti-corruption policy as an aggregate of administrative and legal means is offered, thanks to the influence of which a certain social phenomenon acquires the necessary parameters (characteristics) and regulates legal relations in order to achieve the objectives of the corresponding state policy.

Key words: mechanism of state policy, administrative and legal regulation, state policy, administrative and legal mechanism, corruption.

Постановка проблемы. Административно-правовое регулирование государственной антикоррупционной политики является важной составляющей общего правового регулирования в сфере противодействия и предотвращения коррупции и происходит сегодня в чрезвычайно сложных условиях внешней среды. Проведение реформ в административно-политической сфере, стремление Украины получить членство в Европейском Союзе требует постоянного совершенствования административно-правового регулирования, учёта всех положительных и отрицательных факторов и тенденций относительно уровня коррупционеров в Украине, антикоррупционных рисков с целью обеспечения в процессе такого

регулирования формирования и реализации эффективной государственной антикоррупционной политики для прогрессивного развития общества, нации и государства, защиты национальных интересов Украины. Ведь коррупция является одним из деструктивных явлений, тормозит социально-экономическое и политическое развитие Украины. Сегодня Украине заняла 131-ое место из 176 стран мира по показателям всемирного рейтинга Corruption Perceptions Index, сформированном антикоррупционной организацией Transparency International в 2016 году.

Актуальность темы исследования подтверждается необходимостью совершенствования административно-правового механизма формирова-

ния и реализации государственной антикоррупционной политики. С целью преодоления такого высокого уровня коррупции в Украине Верховной Радой Украины было принято более прогрессивное антикоррупционное законодательство, введены новые и усовершенствованы существующие меры предотвращения коррупции, созданы новые субъекты реализации антикоррупционной политики, которые начали своё функционирование. Однако выбранные и проводимые государством меры противодействия коррупции недостаточно эффективны, в результате чего происходит формальная реализация отдельных направлений государственной антикоррупционной политики, складывается представление об



искусственности деятельности уполномоченных вновь созданных субъектов борьбы с коррупцией. Одной из причин неэффективности реализации мероприятий государственной антикоррупционной политики является несовершенство существующих механизмов её формирования и реализации.

Состояние исследования. Вопросы исследования государственно-правовых механизмов занимало много учёных-юристов, среди которых стоит выделить: С.С. Алексеева, Ю.П. Битяка, Т.А. Коломоец, А.Т. Комзюка, П.М. Рабиновича, А.Ф. Скакун, С.Г. Стеценко и других. Проблематика механизмов противодействия коррупции освещалась в трудах Ю.В. Боковой, В.А. Белика, А.И. Берлача, В.Д. Гвоздецкого, А.П. Западнчука, М.Ю. Молдаван, С.С. Серегина, С.Н. Серегина и других. Однако в современных условиях проблематика административно-правового механизма формирования и реализации государственной антикоррупционной политики изучена юридической наукой недостаточно.

Целью и задачей статьи является исследование научных подходов понимания сущности административно-правовых механизмов, представление на основании этого авторского понимания административно-правового механизма формирования и реализации государственной антикоррупционной политики.

Изложение основного материала. Как отмечает И.А. Городецкая, административно-правовое регулирование является сложным явлением, которое в современных условиях трансформационных преобразований в обществе наполняется новым содержанием, а затем как научная категория активно исследуется учёными юридической науки и требует постоянного осмысления [1, с. 61].

Механизм административно-правового регулирования является явлением производным от механизма правового регулирования в целом. Административно-правовое воздействие осуществляется на государственной основе, на нормах, закреплённых в законе или подзаконных административно-правовых актах. Реализация правовых предписаний может осуществляться по разным направлениям, именуемым

функциями административно-правового воздействия. Функции как элементы влияния не только указывают направления воздействия. Каждая из них несёт смысловую нагрузку, имеет свой механизм, с помощью которого влияет на общественную действительность. Элементы реализации функций административного права обнаруживают механизм его воздействия [2, с. 91].

Как отмечает Т.А. Коломоец, механизм административно-правового регулирования представляет собой совокупность правовых средств, с помощью которых осуществляется правовое регулирование общественных отношений в сфере административного права [3, с. 32]. Такого же мнения придерживается и С.Г. Стеценко [4].

Рассматривая механизм административно-правового регулирования, С.Т. Гончарук понимает под ним систему административно-правовых средств (элементов), с помощью которых осуществляется правовое регулирование (упорядочение) общественных отношений в сфере государственного управления [5, с. 23].

В то же время Ю.В. Кривицкий на основании этимологически-смыслового анализа действий пришёл к выводу, что механизм правового регулирования – это система правовых средств (система правового инструментария), с помощью которой обеспечивается стабильность общественных отношений путём наиболее оптимального сочетания индивидуальных, общественных и государственных интересов членов социума с целью создания условий для прогрессивного развития каждой личности [6, с. 78].

Можно привести и другие определения понятия «механизм административно-правового регулирования», но анализ большинства работ учёных, исследовавших этот вопрос, позволяет сделать вывод, что под механизмом административно-правового регулирования преимущественно понимают совокупность определённых средств, с помощью которых осуществляется воздействие, упорядочение определённых видов общественных отношений (объект регулирования).

Стоит также обратить внимание на то, что в научной литературе существует много исследований, посвящённых проблематике административно-пра-

вового механизма противодействия и предотвращения коррупции. Как отмечают С.М. Серегин и С.С. Серегин, эффективным инструментом на пути предотвращения и противодействия коррупции может стать комплекс механизмов противодействия и предотвращения коррупции в органах публичной власти. При этом механизмы противодействия должны быть направлены на ликвидацию причин, уменьшение проявления коррупционных факторов и имеют исключительно нисходящий характер, от государственных органов к гражданину, механизмы же предотвращения базируются на тесном взаимодействии государства и институтов гражданского общества и направлены на разрушение предпосылок коррупции [7, с. 138].

А.В. Ткаченко считает, что механизм административно-правового регулирования противодействия коррупции – это совокупность правовых и организационных средств (инструментов), направленных на борьбу с коррупционными проявлениями среди сотрудников ОВД. Одной из составляющих механизма административно-правового регулирования противодействия коррупции являются нормы права, в которых закреплён порядок (правила, требования), который регулирует и устанавливает определённые государством критерии поведения лиц, наделённых властно-распорядительными функциями [8, с. 14].

По мнению З.С. Гладуна, автора проблемных лекций для магистрантов и студентов «Современные проблемы административного права Украины и пути их решения», «административно-правовой механизм борьбы с коррупцией включает в себя установление норм права, запрещающих совершение коррупционных деяний, а также принятие мер административно-правовой ответственности в случае совершения, определение перечня правоохранительных органов, ведущих борьбу с коррупцией и их полномочий» [9, с. 5].

В свою очередь С.М. Алферов в монографической работе определяет понятие «административно-правовой механизм противодействия коррупции в ОВД», которое заключается в том, что это система правовых средств, которые интегрированы и организованы так, что дают уполномоченным субъектам



возможность последовательно и эффективно осуществлять деятельность по противодействию коррупции в ОВД с помощью мер организационно-правового характера и мер административного принуждения [10, с. 337].

В тоже время М.Ю. Бездолный рассматривает государственно-правовой механизм противодействия коррупции как совокупность взаимосвязанных элементов, образующих его структуру, направленные на достижение основной цели его функционирования – замедление темпов роста коррупции, уменьшение её объёмов, установки и прекращения её проявлений, восстановления законных прав и интересов физических и юридических лиц, устранение последствий коррупционных деяний. К составляющим этого механизма исследователь относит следующие элементы: 1) цели и задачи противодействия коррупции; 2) принципы противодействия коррупции; 3) объекты и уровень противодействия коррупции; 4) субъекты коррупционных деяний и других правонарушений, связанных с коррупцией; 5) органы противодействия коррупции; 6) меры и средства противодействия коррупции; 7) направления противодействия коррупции; 8) систему обеспечения противодействия коррупции [11, с. 42–43].

И.М. Кошелев отмечает, что механизм административно-правового регулирования противодействия коррупции и обеспечения собственной безопасности в органах внутренних дел представляет собой способ организации соответствующей деятельности, а также наделение уполномоченных субъектов необходимым объёмом прав и обязанностей [9, с. 19–20].

Например, В.Д. Гвоздецкий даёт такое определение административно-правового механизма противодействия коррупции: как совокупность взаимосвязанных элементов – управленческих, правовых, контрольных, воспитательных, культурных и других, которые образуют его структуру и направлены на достижение основной цели его функционирования – замедление темпов роста коррупции, уменьшение её объёмов, выявление и прекращение её проявлений, восстановление законных прав и интересов физических и юридических лиц, устранение негативных

последствий коррупционных правонарушений [9, с. 372].

Итак, из приведённого выше мы видим, что концептуальные основы механизма административно-правового регулирования противодействия и предотвращения коррупции освещены в многочисленных трудах многих учёных, хотя и нет общепринятого понятия этого механизма и его составных элементов. Наряду с этим следует отметить, что на пути противодействия и предотвращения коррупции в Украине существует комплекс государственно-правовых механизмов, функционирование которых позволяет выявить и ликвидировать причины и факторы, способствующие коррупции, предложить адекватные меры со стороны государства. Одной из составляющих государственного механизма противодействия и предотвращения коррупции в Украине является административно-правовой механизм формирования и реализации государственной антикоррупционной политики, ведь благодаря именно этому механизму осуществляются конкретные мероприятия, по которым государство определяет приоритетные мероприятия и влияет на состояние общественных отношений с целью достижения определённых целей.

Несмотря на отсутствие устоявшегося определения понятия «административно-правового механизма формирования и реализации государственной антикоррупционной политики», мы согласны с мнением вышеприведённых учёных о важности правильного выбора и применения тех или иных механизмов. В контексте нашего исследования административно-правовой механизм формирования государственной антикоррупционной политики реализуется через механизмы, которые представляют собой конкретные меры, которые используются органами публичной власти и обществом для успешного влияния и правоотношения.

Выводы. Учитывая вышеизложенное, по нашему мнению, под административно-правовым механизмом формирования и реализации государственной антикоррупционной политики необходимо понимать совокупность административно-правовых средств, благодаря влиянию которых

определённое общественное явление приобретает необходимые параметры (характеристику) и осуществляется регулирование правоотношений с целью достижения задач соответствующей государственной политики.

Исходя из этого, можно отметить, что административно-правовой механизм формирования и реализации государственной антикоррупционной политики должен быть направлен на достижение конкретной цели путём воздействия на конкретные факторы, способствующие росту коррупции, или обуславливающие её существование. Это влияние должно происходить благодаря использованию конкретных методов, средств, ресурсов и т. п.

Последовательная реализация государственной антикоррупционной политики с помощью комплексного административно-правового механизма отвечает задачам государства и общенациональной консолидации общества на пути преодоления коррупции в Украине, уменьшение её уровня и объёмов. Для успешной реализации государственной антикоррупционной политики необходимо сбалансированное сочетание административно-правового механизма формирования государственной антикоррупционной политики и административно-правового механизма реализации государственной антикоррупционной политики.

Список использованной литературы:

1. Городецька І.А. Сутність адміністративно-правового регулювання суспільних відносин у галузі охорони, використання і відтворення тваринного світу. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2016. № 1. С. 60–66. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2016_1_12.pdf
2. Голосніченко І.П. Попередження корисливих проступків засобами адміністративного права. К.: 1991. 207 с.
3. Коломєць Т.О. Адміністративне право України. Академічний курс: підруч. К.: Юрінком Інтер, 2011. 576 с.
4. Стеценко С.Г. Адміністративне право України: навчальний посібник. К.: Атіка, 2008. 624 с.
5. Гончарук С.Т. Адміністративне право України: навчальний посібник. К., 2000. 56 с.



6. Кривицький Ю.В. Механізм правового регулювання в сучасній теорії права. Часопис Київського університету права. 2009. № 4. С. 74–79.

7. Серьогін С.М. Механізми попередження та протидії корупції в органах публічної влади / С.М. Серьогін, С.С. Серьогін. Публічне управління: теорія та практика: збірник наукових праць Асоціації докторів наук з державного управління. Х.: ДокНаукДержУпр, 2010. № 1. С. 134–140

8. Ткаченко О.В. Адміністративно-правові засади протидії корупції в органах внутрішніх справ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». К., 2008. 19 с.

9. Беднарчук О.Г. Теоретичні основи та адміністративно-правові механізми протидії корупції в Державній кримінально-виконавчій службі України: монографія. URL: https://pidruchniki.com/87677/pravo/administrativno-pravoviy_mehanizm_protidiyi_koruptsiyi_teoretiko-pravoviy_aspekt#96

10. Алфьоров С.М. Адміністративно-правова діяльність щодо протидії корупції в органах внутрішніх справ: моногр. Х.: Золота Миля, 2011. 372 с.

11. Бездольний М.Ю. Державно-правовий механізм протидії корупції. Форум права. 2009. № 2. С. 38–43. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-2/09bmympk.pdf>

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Ростовская Карина Валерьевна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин юридического факультета Харьковского национального университета имени В.Н. Каразина;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Rostovskaya Karina Valeryevna – Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Associate Professor of the Department of State and Legal Disciplines of the Faculty of Law of the Kharkov National University named after V.N. Karazin

mp2705@i.ua

УДК 347.921

ПРОБЛЕМАТИКА ОПРЕДЕЛЕНИЯ КАТЕГОРИЙ «СУБЪЕКТ ПРАВА», «УЧАСТНИК СУДЕБНОГО ПРОЦЕССА» В НАЦИОНАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЕ

Юрий РЯБЧЕНКО,

кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры гражданского права и процесса
Университета государственной фискальной службы Украины

АННОТАЦИЯ

Исследование посвящено характеристике определения категорий «субъект права», «участник судебного процесса» в национальной правовой доктрине. С этой целью проанализированы научные подходы представителей как национальной, так и зарубежной правовых доктрин. Указано о восприятии субъекта права, в первую очередь с позиции реального или потенциального участника правоотношения, а также о дискуссионности такой позиции. Указывается на отдельные проблемы защиты субъективных прав в гражданском процессе, обусловленные недостаточной научной проработкой категории «субъект права». Такой, в частности, рассматривается проблема точного определения субъекта защиты субъективного процессуального права как элемента права на справедливое судебное разбирательство.

Ключевые слова: субъект права, субъект гражданского процессуального права, участник судебного процесса, суд, заинтересованное лицо, гражданский процессуальный статус, справедливое судебное разбирательство.

PROBLEM OF DEFINITION OF CATEGORIES “SUBJECT OF LAW”, “PARTICIPANT OF THE COURT PROCESS” IN NATIONAL LEGAL DOCTRINE

Yuriy RYABCHENKO,

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,
Senior Lecturer at the Department of Civil Law and Process
of University of the State Fiscal Service of Ukraine

SUMMARY

The study is devoted to the description of the problematic of the definition of categories “subject of law”, “participant in the judicial process” in the national legal doctrine. The scientific approaches of representatives of both national and foreign legal doctrines on these issues have been analyzed. It indicates the perception of the subject of law, first of all, from the position of the real or potential participant in the legal relationship, as well as the controversial nature of such a position. It points to some problems of protection of subjective rights in the civil process, caused by insufficient scientific study of the category “subject of law”. This, in particular, addresses the problem of the exact definition of the subject of protection of subjective procedural law as an element of the right to a fair trial.

Key words: subject of law, subject of civil procedural law, participant in court process, court interested person, civil procedural status, fair trial.

Постановка проблемы. Защита субъективных частных прав, свобод, законных интересов является одной из важнейших функций современного правового государства. Ориентированная на человека направленность современного государства обуславливает определение человека как основной ценности в правовой системе. Это

в полной мере касается также сферы деятельности судебной власти. Теоретические наработки по категории «субъект права» в национальной доктрине теории права ограничиваются преимущественно восприятием лица как участника правоотношения. Так, Т.А. Мацелик указывает на обработку категории «субъект права» в рамках



определённой отрасли права и указывает, что определение субъекта права приводится в пределах гражданского, административного, финансового, хозяйственного права [1, с. 32–33]. В тоже время в монографиях, учебных изданиях, научных публикациях по гражданскому процессуальному праву в целом понятия «субъект права», «субъект гражданского процессуального права» практически остались без внимания. Приведённое обуславливает неоднозначные законодательные подходы к закреплению правового статуса участников судебного процесса [2]. Всё указанное обуславливает актуальность формирования соответствующих подходов также относительно восприятия категории «участник судебного процесса».

Обзор последних исследований и публикаций. Следует указать на некоторые исследования, посвящённые отдельным категориям, которые связаны с этим понятием: правосубъектность, правовой статус, процессуальный законный интерес и так далее. Впрочем, относительно соотношения указанных и других составляющих правового статуса участника судебного процесса тоже наблюдается неоднозначность позиций [3]. Вопросы участников гражданского процесса рассматриваются преимущественно с позиции их определения в процессуальном законодательстве. При этом уделяется внимание отдельно конкретным участникам: истцу, ответчику, представителю и т.д., в основном – в рамках искового производства, без попыток обобщить научные достижения в аспекте формирования понятия субъекта гражданского процессуального права в целом [4; 5–16]. В этой связи обращает на себя внимание утверждение В.В. Комарова об отсутствии для всех участников гражданского процесса единой процессуальной правосубъектности [17, с. 15; 18, с. 214]. С указанным утверждением следует согласиться, учитывая принципиально разные цели участия в процессе таких участников, как: суд, истец, представитель, прокурор, свидетель и так далее. Однако отсутствие единой для всех участников гражданского процесса процессуальной правосубъектности (по подходу В.В. Комарова) не исключает актуальность исследования проблемы формирования единых прин-

ципов восприятия субъекта гражданского процессуального права.

Целью исследования является характеристика проблематики определения категорий «субъект права», «участник судебного процесса» в национальной правовой доктрине.

Изложение основного материала. Отсутствие устоявшихся подходов к пониманию категории «субъект гражданского процессуального права» вызывает необходимость обращения к научным категориям высшей степени обобщения, в частности понятию «субъект права». В тоже время исследование этой категории предопределяет необходимость разработки категории «субъект правоотношения», которая является широко употребляемой в доктрине теории права.

В теории права категория «субъект правоотношения» определяется как производная от категории «субъект права». В частности, субъектом правоотношения определяется субъект права, который вступил в правоотношение для реализации субъективных прав и выполнения юридических обязанностей [19, с. 234]. Субъект правоотношения определяется также с позиции участия в конкретном общественном отношении при наличии у него в рамках этого отношения юридических прав и обязанностей [20, с. 338]. Несмотря на некоторое различие указанных подходов, оба они совпадают в части признания разного объёма понятий «субъект права» и «субъект правоотношения». По первому – указывается о возможности лица быть субъектом права при отсутствии непосредственного участия его в конкретном правоотношении [19, с. 234; 20, с. 338].

Устоявшейся в современной доктрине теории права является позиция относительно широкого характера категории субъекта права по сравнению с категорией «участник правоотношения». Ю.К. Толстой выделяет три уровня воздействия права: определение возможности находиться в правовом обороте; сфера совершения действий, направленных на возникновение конкретных правоотношений, но ещё при отсутствии самих правоотношений; сфера конкретных правоотношений между субъектами [21, с. 4]. При таком подходе категория «субъект права» является родовой по отношению к ка-

тегории «участник правоотношения», более широкой, охватывающей её.

В юридической литературе распространена категория «участник» относительно судебного процесса. В частности, в ГПК Украины гл. 4 р. 1 получила название «Участники судебного процесса». Сравнивая эти понятия, А.В. Бачун, исследуя проблемы правового статуса субъекта административного судопроизводства, указывает о более широком характере категории «субъект» по сравнению с категорией «участник». Так, к категории «субъект» он относит, кроме собственно участников (сторон, третьих лиц, их представителей и т.п.), также суд. Кроме того, справедливо указывается о возможности отнесения к категории «субъект» в административном судопроизводстве любого лица, исходя из общего права на обжалование в суде решений, действий, бездействия субъектов публичной власти [22, с. 16].

Полностью поддерживая первое утверждение о признании суда субъектом административного судопроизводства, следует указать на определённую спорность признания любого лица субъектом административного судопроизводства, поскольку при реализации конституционного права на защиту в суде прав, свобод, законных интересов лицо фактически выступает истцом в административном судопроизводстве, а значит относится к категории «участник» административного судопроизводства. Впрочем, признание такого лица субъектом административного судопроизводства учитывает также потенциальную возможность лица участвовать в конкретных процессуальных правоотношениях. Вместе с тем положение о целесообразности выделения каких-либо лиц в качестве самостоятельных участников гражданского судопроизводства требует дополнительного обоснования.

В доктрине гражданского процессуального права таким субъектом традиционно является конкретный участник процессуального правоотношения: суд, истец, свидетель и т.д. [19, с. 404; 23, с. 75]. Несмотря на устойчивость этого научного подхода, следует указать на недостаточность рассмотрения субъекта гражданского процесса исключительно как участника конкретного гражданского процессуального



правоотношения, исходя из следующего: рассмотрение конкретного субъекта гражданского процесса исключительно как субъекта процессуального правоотношения предполагает ограниченность его исследования исключительно его правами и обязанностями, «связями в рамках конкретного правоотношения». В тоже время категория «субъект права» вообще и «субъект гражданского процесса» в частности намного шире по своему содержанию [24].

Таким образом, можно указать о более широком характере понятия категории «субъект права», что обуславливает необходимость обращения к соответствующим научным наработкам.

Большая часть отечественных учёных связывает субъекта права с субъектом, по какому праву признается способность быть носителем субъективных прав и обязанностей [25]. Среди научных работ, касающихся определения субъекта права, следует указать результаты работ таких отечественных учёных, как: С.С. Голован [26], В.Д. Яворский [27], А.В. Тарасов [28], И.М. Сопилко [28], Д.А. Гудима [29], С.Д. Губарев [30], М.О. Перепелица [31], Т.И. Тарахонич [32], С.В. Максимов [33] и других. Учёными вопрос субъекта права исследовался или в отраслевом измерении (например, С.С. Голован, В.Д. Яворский, А.В. Тарасов, Т.А. Мацелик), либо в контексте решения отдельных вопросов субъекта права в рамках доктрины конституционного права, или же философии права (С.В. Максимов).

Восприятие субъекта права с позиции реального или потенциального участника правоотношения характерно также для представителей отдельных государств ближнего зарубежья. Так, С.А. Комаров считает, что субъектами права являются: а) физические лица (граждане, должностные лица, иностранцы, лица без гражданства в пределах предоставленных им прав); б) юридические лица (организации, государственные органы, государственные предприятия и учреждения, их объединения, общественные организации и т.д.); в) государство, субъекты федерации, муниципальные образования [35]. С.С. Алексеев определяет ключевые признаки субъекта права: возможность отделить конкретного субъекта от других субъектов (внешняя обосо-

бленность); выступление в отношениях с другими субъектами – в виде отдельного лица (персоны); способность к формированию, выявлению, реализации единой воли [36, с. 271].

Основой научных результатов указанных учёных являются наработки не только отечественной доктрины философии права по соответствующим вопросам, но также, в частности, юристов времён Российской империи, Советского Союза, отдельные современные научные наработки учёных Российской Федерации. В этой связи следует указать на достижения таких учёных, как С.С. Алексеев, С.И. Архипов, В.Я. Бойцов, М.В. Витрук, М.А. Гредескул, С.Ф. Кечекьян, С.А. Комаров, И.А. Покровский, И.М. Сопилко, И.В. Разуваев, Р.А. Халфина, И.М. Якушев, А.Ю. Якимов и других.

Для решения проблемы обособления теоретических положений о сущности субъекта гражданского процессуального права целесообразно обратиться и к наработкам учёных в области отраслевых юридических исследований, что обусловлено прежде всего первоочередным обращением учёных к положениям общей теории права в отношении субъекта права. При этом следует обратить внимание на то обстоятельство, что такие элементы субъекта права как правосубъектность, правовой статус выделяются не только в общей теории права, в отраслевых юридических исследованиях, а и в доктрине гражданского процессуального права [24, с. 74].

Среди исследований, посвящённых отраслевым аспектам субъекта права, следует выделить исследование Т.А. Мацелик, посвящённое решению теоретических вопросов субъектов административного права [1]. Хотя цель исследования Т.А. Мацелик ограничена сферой административного права, однако отдельные наработки имеют общий характер, особенно те, которые выполнены на основе применения метода сравнительного анализа при обращении к наработкам учёных других отраслей отечественной юридической доктрины, зарубежных учёных.

Так, исследуя понятие «субъект права» как научную категорию, Т.А. Мацелик исходит из философского понимания субъекта как человека или социальной группы, которым

свойственно: а) возможность осуществления определённой деятельности; б) индивидуализированная воля. Это понятие рассматривается как по своему содержанию выходящее за пределы права, поскольку его истоки находятся вне правовой науки, и именно оно было постепенно адаптировано к правовой сфере [1, с. 12]. На основе обработанных работ учёная формулирует собственную гипотезу о выдающихся признаках субъекта права: специфический способ отображения (права, обязанности, ответственность); неразрывная связь субъекта права с государством; специфическая форма фиксации в законодательстве. Характеризуя значение рассматриваемой категории для формирования правовой доктрины, учёная указывает на: образующее значение для формирования методологии научных исследований в юридической сфере; центральное значение в системе юридических понятий; индикатор пределов действия права; отображение связи между общественными интересами и интересами конкретного человека; создание единого основания для юридических исследований общественной жизни. Указывается на родовую характер категории «субъект права» относительно субъектов права в других отраслях права. В тоже время указывается на актуальность проблематики разработки понятия субъекта права в современной юридической науке [1, с. 15–17].

Т.А. Мацелик, формируя отправные принципы своего исследования, осуществляет систематизацию существующих научных достижений, посвящённых характеристике составляющих элементов понятия «субъект права». В частности, она указывает на неоднозначность научных позиций относительно сущности и соотношения таких категорий, как «правосубъектность» и её элементы, «правовой статус» и его элементы. Указывается на неоднозначность восприятия соотношения не только между элементами внутри этих понятий, но и между самими этими понятиями. При этом учёная применяет метод моделирования и диалектический подход при построении юридической конструкции субъекта права [1, с. 34–36], отражающей последовательность во времени возникновения, функционирования и прекра-



щения субъекта права. Так, к указанной конструкции отнесены: правосубъектность (характеризует возникновение субъекта права); правовой статус (характеризует его функционирование); прекращение субъекта права [1, с. 45].

Характеризуя авторский подход исследовательницы, целесообразно отметить, что категория «субъект права» является по своей сути статичной. Приведённые учёной категории, отражающие динамику существования субъекта права, на самом деле должны рассматриваться как элементы его юридической конструкции. Кроме того, указанный подход вызывает некоторые оговорки методологического характера. Во-первых, категории «возникновение», «функционирование», «прекращение» выходят за рамки содержания категории «субъект права», а поэтому включение их в структуру юридической конструкции субъекта права неоднозначно. Во-вторых, определение правосубъектности как условия возникновения субъекта права означает, что на стадии, когда правосубъектность ещё не реализована (правовая возможность вступления в правоотношения существует, но лицо ещё не получило статус участника правоотношений), лицо ещё не является субъектом права, поскольку правосубъектность выступает условием возникновения субъекта права как правового явления. Кроме того, такой подход не учитывает случаев, когда другие субъекты права обязаны учитывать возможность вступления лица в правоотношения. Так, собственник вправе требовать содержания от посягательств на его собственность, а другие лица обязаны воздерживаться от таких посягательств, не дожидаясь соответствующего требования от владельца. Вместе с тем указанные возражения можно выдвинуть относительно формирования прежде всего узкого значения субъекта права.

Одним из основных понятий современной философии является понятие «категория», понимание которой основывается на сочетании одновременно восприятия её как общего (родового) понятия и как формы бытия объекта познания [37, с. 204]. Благодаря категориям обеспечивается связь отраслевого знания с философией и наоборот [38]. При таком подходе можно указать о фактическом выделении исследова-

тельницей широкого понимания понятия «субъект права».

Следует согласиться с отмечаемым Т.А. Мацелик значением категории «субъект права»: адресат правового регулирования; является сочетающим началом для всех правовых связей и процессов; в его интересах осуществляется правовая защита. Учёная продолжает научную позицию С.И. Архипова о признании субъекта в праве системообразующей и отправной категорией во всей правовой системе [1, с. 34, 58]. Исходя из изложенного, можно указать о целесообразности поддержания статического понимания субъекта права. С другой стороны, динамическое понимание субъекта права отражает другие, связанные с ним процессы, в том числе касающиеся возникновения и прекращения субъекта права.

Привлекает внимание также позиция Т.А. Мацелик о выделении двух групп понятий, образующих категорию «субъект права». К первой группе относятся понятия, образующие юридическую конструкцию субъекта права: правосубъектность, правовой статус, субъективные права, юридические обязанности, ответственность. Ко второй группе отнесены понятия, отражающие динамику субъекта права: объект права, интерес, правовой режим, нормы права, правоотношения [1, с. 34, 58; 24, с. 74].

Следует указать, что несмотря на существенное значение указанных понятий для характеристики категории «субъект права», эта конструкция характеризуется некоторой противоречивостью. Так, правосубъектность фактически отнесена к статическим понятиям категории «субъект права», хотя она, по утверждению самой Т.А. Мацелик, отражает динамику развития субъекта права.

На сегодняшний день рассматриваемая категория не нашла своего дальнейшего должного отражения в учебной литературе. Так, авторами учебников по теории права освещается преимущественно понятие субъекта правоотношения. Причём понятие субъекта права рассматривается ими как родовое [19, с. 234; 20, с. 338; 39, с. 394].

Выводы. Таким образом, можно утверждать о восприятии субъекта права, в первую очередь, с позиции ре-

ального или потенциального участника правоотношения. Хотя отдельными исследователями указанные позиции существенно развиваются, но такая позиция не является бесспорной. Кроме того, она ограничена предметной областью – отраслью административного права. Это актуализирует формирование теоретических основ категории субъекта гражданского процессуального права.

В гражданском процессе предмет защиты касается не только материальных, но и процессуальных прав участников процесса. Так, предусмотрен перечень постановлений суда первой инстанции, которые могут быть обжалованы отдельно от решения суда. Не вызывает сомнений, что неправомерное вынесение, например, определения об отказе в открытии производства по делу нарушает право человека на справедливое судебное разбирательство, которое по своему содержанию и природе является в значительной мере процессуальным правом. Вместе с тем этого нельзя сказать о таких участниках гражданского процесса, как суд и другие участники гражданского процесса, поскольку защита их прав не является целью рассмотрения конкретного дела. Указанное можно отнести к особенностям именно гражданского процессуального права. Впрочем, учитывая специфические задачи, предмет регулирования данной отрасли права, приведённые общетеоретические аспекты понимания сущности категории «субъект права» подлежат соответствующему уточнению, что должно составлять предмет дальнейших научных исследований.

Список использованной литературы:

1. Мацелик Т.О. Суб'єкти адміністративного права: поняття та система. Ірпінь, Видавництво Національного університету державної податкової служби України, 2013. 342 с.
2. Рябенко Ю.Ю. Особи, які беруть участь у справі: окремі проблеми визначення та законодавчого закріплення. Збірник наукових праць «Право та державне управління». 2017. № 4 (29) том 1. С. 87–91.
3. Рябенко Ю.Ю. Законний інтерес і процесуальний статус: проблеми співвідношення. Збірник науко-



вих праць «Науковий вісник публічного та приватного права». 2017. № 4. С. 57–60.

4. Бичкова С.С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: моногр. К.: Атіка, 2011. 420 с.

5. Гарієвська М.Б. Дискреційні повноваження суду при розгляді цивільних справ у суді першої інстанції: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Нац. акад. правових наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака. К., 2017. 20 с.

6. Даниляк Ю.В. Судовий захист прав осіб, які не брали участі у цивільній справі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2017. 20 с.

7. Дунас Т.О. Участь прокурора у цивільному судочинстві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. К., 2009. 21 с.

8. Іванчулинець Д.В. Законне представництво у цивільному процесі: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Закарпат. держ. ун-т. Ужгород, 2012. 238 с.

9. Мельник Я.Я. Обов'язки учасників цивільного процесу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Нац. акад. прав. наук України, Н.-д. ін-т приват. права і підприємництва. К., 2013. 20 с.

10. Перекрестна О.О. Зловживання процесуальними правами в господарському судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Ін-т екон.-прав. дослідж. НАН України. К., 2014. 20 с.

11. Петровський А.В. Участь «фахівця у певній галузі знань» у цивільному процесі України: дискусійні питання законодавчого закріплення. Цивільний процес на зламі століть: мат.-ли наук.-практ. конф. (м. Харків, 20–21 жовт. 2016 р.) / под ред. К.В. Гусарова. Х.: Право, 2016. 164 с.

12. Прут Ю.А. Цивільно-процесуальний статус осіб, які є іншими учасниками цивільного процесу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Івано-Франків. ун-т права ім. Данила Галицького. Івано-Франківськ, 2016. 20 с.

13. Світлична Г.О. Адвокат у цивільному судочинстві: процесу-

альне становище, підстави та форми надання правової допомоги. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2016. Серія: Юридичні науки. Випуск 2. Том 1. С. 99–103.

14. Сеньків О.І. Судовий розсуд в адміністративному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Нац. ун-т держ. податкової служби України. 2012. Ірпінь: Б. в., 2012. 20 с.

15. Ткачук О. Роль судді у цивільному судочинстві як складова права на справедливий суд. Слово Національної школи суддів України. 2015. № 4 (13). С. 6–17.

16. Яценко Н.Г. Правовий статус суду в цивільному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ін-т законодавства Верховної Ради України. К., 2014. 20 с.

17. Комаров В.В., Радченко П.І. Цивільні процесуальні правовідносини та їх суб'єкти: навч. посіб. К.: УМК ВО, 1991. 104 с.

18. Курс цивільного процесу: підруч. / Комаров В.В. та ін.; за ред. В.В. Комарова. Х.: Право, 2011. 1352 с.

19. Теорія держави і права: підруч. / О.В. Петришин та ін.; за ред. О.В. Петришина. Х.: Право, 2015. 368 с.

20. Загальна теорія держави і права: підруч. / М.В. Цвік та ін.; за ред. М.В. Цвіка. Харків: Право, 2011. 584 с.

21. Толстой Ю.К. К теорії правових відносин. Л.: Издательство Ленинградського університету, 1959. 88 с.

22. Бачун О.В. Правовий статус суб'єктів адміністративного судочинства / за ред. Селіванова А.О. К.: Логос, 2015. 135 с.

23. Цивільний процес України: підруч. / за ред. В.О. Кучера. ЛьвДУВС, 2016. 768 с.

24. Рябенко Ю.Ю. Юридична відповідальність та процесуальний статус особи: окремі проблеми співвідношення. Право і суспільство. 2017. № 6. С. 74–78.

25. Суб'єкт права // Вікіпедія: Вільна енциклопедія. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Суб%27ект_права (дата звернення 02.08.2018)

26. Голован З.С. Суб'єкти трудового права та суб'єкти трудових правовідносин: співвідношення понять та змісту. Форум права. 2007. № 1. С. 23–25.

27. Яворський В.Д. Суб'єкти виборчого права України: поняття, озна-

ки та їх види. Державне будівництво та місцеве самоврядування. Х.: Право, 2002. Вип. 4. С. 45–50.

28. Тарасов О.В. Проблема суб'єкта в міжнародному публічному праві: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.11. Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2015. 40 с.

29. Сопілко І.М. Теоретико-правові підходи до розуміння суб'єктів права окремими галузевими науками. Юридичний вісник. Повітряне і космічне право. 2008. № 4. С. 66–70.

30. Гудима Д.А. Права людини: антрополого-методологічні засади дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12. Львівський державний університет внутрішніх справ. Львів, 2008. 289 с.

31. Губарев С.Д. Теоретичні аспекти забезпечення правового статусу особистості в Україні. Науковий вісник Дніпропетровського юридичного інституту МВС України. 2000. № 1. С. 41.

32. Перепелиця М. Види суб'єктів фінансового права. Вісник Академії правових наук України. Х.: Право, 2008. № 4(55). С. 174–182/

33. Тарахонич Т. Правовий статус. Міжнародна поліцейська енциклопедія: у 10 т. / відп. ред. Ю.І. Римаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко. К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. Т. 1: Теоретико-методологічні та концептуальні засади поліцейської деонтології. 1232 с.

34. Максимов С. Суб'єкт права в філософсько-антропологічному вимірі. Вісник Академії правових наук України. Х.: Право, 2000. № 4(23). С. 70–178.

35. Комаров В.В. Окреме провадження: моногр. / Комаров В.В., Світлична Г.О., Удальцова І.В.; за ред. В.В. Комарова. Х.: Право, 2011. 310 с.

36. Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 т. (+ Справоч. том). М.: Статут, 2010. Т. 3: Проблемы теории права: Курс лекций. 781.

37. Философский энциклопедический словарь. М.: ИНФРА-М, 2003. 576 с.

38. Категорія (філософія) // «Вікіпедія: Вільна енциклопедія». URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Суб%27ект_права (дата звернення 02.08.2018).



39. Скакун О.Ф. Теорія права і держави: підруч. Київ: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. 520 с.

ИНФОРМАЦИЯ ПРО АВТОРА

Рябченко Юрий Юрьевич – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса Университета государственной фискальной службы Украины

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Ryabchenko Yuriy Yuryevich – Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Senior Lecturer at the Department of Civil Law and Process, University of the State Fiscal Service of Ukraine

0971713748@ukr.net

УДК 343.13

ПОНЯТИЕ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ОРГАНОВ, ОБЕСПЕЧИВАЮЩИХ БЕЗОПАСНОСТЬ УЧАСТНИКОВ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Павел СЕРЕБРЯНСКИЙ,
аспирант кафедры отраслевого права
Херсонского государственного университета

АННОТАЦИЯ

В статье исследуются сущность и содержание взаимодействия органов, обеспечивающих безопасность лиц, участвующих в уголовном процессе. Проводится анализ определения понятия взаимодействия субъектов властных полномочий в уголовно-процессуальных отношениях с точек зрения как отечественных, так и зарубежных учёных. На основании проведённых исследований формулируется собственное определение понятия взаимодействия органов, обеспечивающих безопасность участников процесса.

Ключевые слова: взаимодействие, безопасность, уголовный процесс, органы, обеспечивающие безопасность, участники уголовного процесса.

CONCEPT OF MEASURES TO PROVIDE SAFETY OF PARTICIPANTS OF THE CRIMINAL PROCESS

Pavel SEREBRYANSKIY,
Postgraduate student at the Department of Industrial Law
of Kherson State University

SUMMARY

The article explores the essence and content of the interaction of bodies that ensure the safety of persons involved in the criminal process. An analysis is carried out on the definition of the concept of interaction of subjects of power authorities in criminal-procedural relations from the point of view of both domestic and foreign scientists. On the basis of the conducted research formulated the actual understanding of the concept of interaction of organs that ensure the safety of participants in the process.

Key words: interaction, security, criminal process, bodies providing security, participants in the criminal process.

Постановка проблемы. Одним из признаков правового государства является обязанность защищать права и свободы своих граждан. Так, в ст. 3 Конституции Украины определено, что «человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью. Права и свободы человека и их гарантии определяют содержание и направленность деятельности государства. Государство отвечает перед человеком за свою деятельность. Утверждение и обеспечение прав и свобод человека является главной обязанностью государства» [1]. В соответствии с положениями Основного Закона Украины уголовно-процессуальное законодательство также имеет целью защиту лица, что вытекает из ст. 2 Уголовно-

го процессуального кодекса Украины (далее – УПК Украины), а именно «задачами уголовного судопроизводства является защита личности, общества и государства от уголовных правонарушений, охрана прав, свобод и законных интересов участников уголовного судопроизводства, а также обеспечение быстрого, полного и беспристрастного расследования и судебного разбирательства с тем, чтобы каждый, кто совершил уголовное преступление, был привлечён к ответственности в меру своей вины, ни один невиновный не был обвинён или осуждён, ни одно лицо не было подвергнуто необоснованному процессуальному принуждению и чтобы к каждому участнику уголовного судопроизводства была применена надлежащая правовая процедура» [2].



Неотъемлемым элементом системы защиты прав человека в Украине является надлежащее взаимодействие субъектов властных полномочий при обеспечении безопасности лиц, участвующих в уголовном процессе. Анализируя судебно-следственную практику за период со дня вступления в силу УПК Украины в 2012 году и по настоящее время, можно констатировать, что на стадии досудебного следствия уголовных производств использование органами досудебного расследования, органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, прокуратуры, судов, следственных судей и другими государственными органами предоставленных служебных полномочий не носит системный характер. Довольно часто их действия не основаны на законе и, как результат, являются неэффективными с точки зрения обеспечения одной из основных задач уголовного процесса, а именно защиты лиц, общества и государства от уголовных правонарушений [6, с. 84].

По нашему мнению, такая негативная практика сформировалась вследствие отсутствия единства упорядочения указанных полномочий в самом УПК Украины и отсутствием определённых в законах механизмов их реализации, а предложенные методики в виде взаимодействия не нашли своего воплощения на практике из-за отсутствия необходимых теоретических разработок.

Во время процесса тотальных изменений в судебной и правоохранительной системах Украины возникла необходимость вновь обратить внимание на вопросы, связанные со взаимодействием государственных органов для определения конкретных путей выхода из ситуации, когда лица, участвующие в уголовном производстве и наделённые властными полномочиями, а именно органы досудебного расследования, прокуратуры и суда реализуют их без определения основных принципов.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью нераскрытости вопроса о взаимодействии органов, которые обеспечивают безопасность участников уголовного процесса.

Состояние исследования. Вопросы, связанные со взаимодействием органов, обеспечивающих безопасность

участников уголовного процесса, постоянно находятся в центре внимания юристов, правоведов, учёных, поскольку являются элементом системы судопроизводства. В частности, активно участвуют в выяснении пробелов и определении путей их решения в указанной сфере такие учёные, как: Ю.О. Безусая, Н.И. Бортун, А.О. Гринькова, Р.В. Дуброва, И.Н. Ефименко, А.Е. Жалинский, О.Е. Лунев, В.В. Пивоваров и др.

Целью и задачей статьи является обоснование определения понятия взаимодействия органов, обеспечивающих безопасность участников уголовного процесса, как способа реализации полномочий государственными органами в уголовном производстве.

Изложение основного материала. Считаём, что прежде чем исследовать понятие взаимодействия органов, обеспечивающих безопасность участников уголовного процесса, следует остановиться на анализе понятия «взаимодействие».

Исследуя понятие «взаимодействие» как философскую категорию, последняя используется для фиксации воздействия объектов друг на друга, их общей обусловленности и порождении одним объектом другого. К основным формам такого взаимодействия относят общую связь явлений, движение, изменение и функциональную зависимость процессов, происходящих в окружающей среде [15, с. 59].

Учёный О.Е. Лунев рассматривает взаимодействие как управленческое понятие, под которым видит формы связи элементов системы, с помощью которой они, взаимно дополняя друг друга, создают условия для успешного функционирования всей системы в целом [11, с. 69].

Правоведы А.Е. Жалинский, Н.В. Костицкий определяют взаимодействие как определённый вид управленческих связей, при которых уполномоченные на это органы объединяют действия ряда других ведомств для решения общих задач и устанавливают их целесообразность [10, с. 102].

Словарь украинского языка толкует понятие «взаимодействие» как взаимосвязь между предметами в действии, а также согласованное действие между кем-, чем-либо [13, с. 346].

Учёная Ю.О. Безусая под взаимодействием понимает применённое

на нормативно-правовых актах, взаимосвязанное, согласованное по месту и времени действие нескольких его субъектов, направленное на выполнение общих задач укрепления законности и правопорядка и борьбы с преступностью [5, с. 57].

Проанализировав определение понятия «взаимодействие» с точек зрения учёных и правоведов, можем выделить ряд его признаков, в частности: совместное действие двух и более элементов; согласованность таких действий во времени, цели, месте, методах и средствах; единство функциональных сфер взаимодействующих субъектов; необходимость нормативно-правового регулирования взаимодействия; круг задач, подлежащих выполнению субъектами взаимодействия; определение чёткой иерархии субъектов взаимодействия.

Таким образом, считаем, что «взаимодействие» заключается в совместной, взаимосогласованной деятельности нескольких субъектов властных полномочий, которая осуществляется на основании законных и подзаконных нормативно-правовых актов, согласованная по времени, месту, способу, средствам и целью проведения, а также направлена на выполнение общих задач в определённой сфере.

Определив понятие и признаки взаимодействия в общем смысле, можем исследовать указанное понятие в рамках уголовного процесса, которое и является предметом нашего исследования, а именно при обеспечении безопасности участников уголовного процесса.

На сегодняшний день в уголовном процессуальном законодательстве Украины отсутствует определение понятия «взаимодействие органов, обеспечивающих безопасность участников уголовного процесса». Осуществляя анализ в буквальном смысле понятия взаимодействия органов, обеспечивающих безопасность участников уголовного процесса, приходим к выводу, что под ним следует понимать определённые законом согласованные действия между органами и должностными лицами, которые обеспечивают такую безопасность. Согласно ч. 2, 3 ст. 3 Закона Украины «Об обеспечении безопасности лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве», решение



о применении мер безопасности принимается следователем, прокурором, судом, следственным судьёй, а также органом (подразделением), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность [3].

Осуществление мер безопасности возлагается по подследственности на органы службы безопасности, Государственного бюро расследований, органы внутренних дел, органы Национальной полиции или Национальное антикоррупционное бюро Украины, в составе структур которых с этой целью создаются специальные подразделения. Безопасность лиц, которых принимают под защиту, если уголовные производства находятся в производстве налоговой милиции или суда, обеспечивает по их решению, соответственно, орган службы безопасности, Государственного бюро расследований, орган внутренних дел, орган Национальной полиции, Национальное антикоррупционное бюро Украины, орган или учреждение исполнения наказаний, следственный изолятор. Безопасность лица, взятого под защиту, если его содержат в учреждении исполнения наказаний или следственном изоляторе, обеспечивает соответствующее подразделение такого учреждения или следственного изолятора независимо от того, в производстве какого органа находится уголовное производство [3].

Согласно ч. 1 ст. 2 Закона Украины «О государственной защите работников суда и правоохранительных органов» к правоохранительным органам относятся органы прокуратуры, Национальной полиции, службы безопасности, Военной службы правопорядка в Вооружённых силах Украины, Национального антикоррупционного бюро Украины, органы охраны государственной границы, органы доходов и сборов, органы и учреждения исполнения наказаний, следственные изоляторы, органы государственного финансового контроля, рыбоохраны, государственной лесной охраны, другие органы, которые осуществляют правоприменительные или правоохранительные функции. К работникам суда принадлежат судьи Конституционного Суда Украины, судьи и работники аппаратов судов, а также сотрудники кадрового состава разведывательных органов Украины, работники Антимонопольного коми-

тета Украины и уполномоченные лица Национальной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку [4].

То есть взаимодействие между органами, обеспечивающими безопасность участников уголовного процесса, заключается во взаимодействии именно вышеуказанных органов. Исходя из этого, предлагаем исследовать понимание взаимодействия между указанными органами при обеспечении безопасности участников уголовного процесса.

Так, учёные А.О. Гринькова и А.О. Ляш под взаимодействием органов, обеспечивающих безопасность участников уголовного процесса, понимают совокупность форм и направлений совместной деятельности органов досудебного расследования и дознания при расследовании преступлений. То есть во взаимодействии органов они видят такие способы и порядок связи между ними, обеспечивающие согласованную их деятельность и правильное соотношение реализации присущих каждому из этих органов полномочий, методов и способов работы [7, с. 168].

Правовед Н.И. Бортун считает, что взаимодействие органов, обеспечивающих безопасность, необходимо исследовать с учётом особенностей правового положения субъектов взаимодействия уголовных правоотношений, направленности мероприятий для достижения целей при выполнении основных задач уголовного процесса, определении методов направленности взаимодействия. По его мнению, в основе реализации взаимодействия между государственными органами при уголовных процессуальных правоотношениях лежит способ реализации полномочий участников уголовного судопроизводства, которые наделены собственными полномочиями, поскольку их предписания являются обязательными для выполнения всеми участниками, предусмотренными в УПК Украины [6, с. 85].

По мнению В.В. Пивоварова, под процессуальным взаимодействием органов, обеспечивающих безопасность участников уголовного процесса, следует понимать отношения, возникающие в процессе применения уголовно-процессуальных норм, определяющих принципы и порядок сотрудничества органов досудебного

следствия и дознания. Но оперативно-розыскная деятельность, направленная на выполнение соответствующих поручений и указаний следователя, регламентируется не столько УПК Украины, как соответствующими законами и подзаконными (ведомственными) нормативными актами. В связи с этим деятельность органа дознания по исполнению решения следователя по взаимодействию должна соответствовать не только требованиям уголовно-процессуального законодательства, но и требованиям ведомственных нормативных актов [12, с. 176].

Согласно мнению Н.П. Черняк, деятельность подразделений органов внутренних дел при осуществлении расследования уголовных правонарушений, направленная на выполнение задач уголовного процесса, невозможна без слаженной совместной работы следователей и оперативных подразделений. Только посредством взаимодействия между различными подразделениями органов внутренних дел при расследовании и раскрытии уголовных преступлений такая деятельность будет своевременной и эффективной. Плодотворное сотрудничество между следователями и оперативными подразделениями помогает улучшить результаты работы каждого, а также позволяет экономить время и ресурсы, отведённые этим подразделениям на достижение поставленной перед ними общей цели [16, с. 156]. То есть во многом эффективность применения мер безопасности зависит от того, как обеспечивается между подразделениями органов внутренних дел взаимодействие непосредственно между собой, так и с другими субъектами уголовных процессуальных отношений.

Привлекает внимание мнение В.Г. Уварова, что сочетание оперативно-розыскной и следственной функций обуславливает необходимость введения дополнительных механизмов сдержек и противовесов против возможных злоупотреблений или ошибок. Несмотря на необходимость совместного взаимодействия между органами предварительного расследования и органами, которые обеспечивают оперативно-розыскную деятельность, в нормативно-правовых актах, регулирующих их деятельность, нужно чётко разграничить



функции и ответственность каждого из них [14, с. 99].

Учёный И.Н. Ефименко отмечает, что взаимодействие органов внутренних дел направлено на получение и обмен информацией, которая в большей степени является информацией с ограниченным доступом. Поэтому незаконное получение, разглашение или передача такой информации влечёт за собой уголовную ответственность. Соответственно, наличие такой ответственности у органов, осуществляющих досудебное расследование и оперативно-розыскную деятельность, будет дополнительным стимулом для реализации собственных полномочий в чётком соблюдении действующего законодательства [9, с. 289].

По мнению Р.В. Дубровой, организация взаимодействия между оперативно-розыскными органами и следователем невозможна без информационного обеспечения. Взаимодействуя, стороны проводят сбор, накопление, хранение, анализ информации, которая впоследствии реализуется через принятие важных управленческих решений по конкретным уголовным производствам. Органы предварительного расследования и оперативные подразделения при взаимодействии должны отслеживать обстановку, пытаться предсказать её изменение, определять и прогнозировать динамику роста и спада преступных проявлений [8, с. 106].

Таким образом, анализируя изложенные соображения, считаем, что взаимодействие органов, обеспечивающих безопасность участников уголовного процесса, можно определить, как функцию, которая основывается на законных и подзаконных нормативных актах, согласуется по времени, месту, цели, способам и методам проведения, при которой указанные субъекты осуществляют взаимное влияние друг на друга и на соответствующую отрасль в сфере государства. Взаимодействие в таком случае выступает не только как средство, обеспечивающее выполнение задач по защите участников процесса, но и одновременно как необходимое условие повышения эффективности управления системой. При этом участники проведения совместных мероприятий действуют в пределах своей компетенции, используя необходимые средства и методы, а

согласование самой деятельности осуществляется путём соблюдения правовых норм.

Выводы. Как видим, в настоящее время действующее уголовное процессуальное законодательство Украины расширило правовое регулирование взаимоотношений органов досудебного следствия, органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, прокуратуры, суда и других субъектов в уголовном процессе, разграничило их компетенцию и определило правовые формы их сотрудничества во время предупреждения и расследования преступлений в государстве, создал правовые предпосылки для усиления взаимодействия этих органов. Правовую основу взаимодействия подразделений Министерства внутренних дел Украины с другими правоохранительными и государственными органами в борьбе с преступностью закреплено в различных законах и подзаконных актах Украины.

Необходимо отметить, что действующий УПК Украины, Закон Украины «Об обеспечении безопасности лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве», Закон Украины «О государственной защите работников суда и правоохранительных органов», в определённой степени регламентирующих вопросы взаимодействия, но в современных условиях судебной реформы этого недостаточно. Сегодня уголовно-процессуальное законодательство Украины не содержит понятия «взаимодействие государственных органов», не определены при этом права и обязанности различных субъектов процесса взаимодействия.

Следовательно, важным шагом для обеспечения взаимодействия органов, обеспечивающих безопасность лиц, участвующих в уголовном процессе, будет предвидение отдельных норм относительно того, в каких формах должно проходить взаимодействие. Также, возможно, целесообразным будет создать специальную инструкцию о взаимодействии органов, обеспечивающих безопасность, то есть тех органов, которые указаны в законах Украины «Об обеспечении безопасности лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве», «О государственной защите работников суда и правоохранительных органов».

Список использованной литературы:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. / Відомості Верховної Ради України. 1996. №30. 2–4 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2014. / Відомості Верховної Ради України. 2012. № 9–10. 3, 8 с.
3. Закон України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23 грудня 1993 року. / Відомості Верховної Ради України. 1993. № 3782-ХІІ. 2, 13 с.
4. Закон України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23 грудня 1993 року. / Відомості Верховної Ради України. 1993. № 3781-ХІІ. 3, 9 с.
5. Безуса Ю.О. Поняття та сутність взаємодії в діяльності поліції (міліції) країн СНД. Наука і правоохоронна діял. 2016. № 1. 57 с.
6. Бортун М.І. Поняття взаємодії в кримінальному провадженні. Юридичний вісник України. 2018. № 1. 84–85 с.
7. Гриньків О.О., Ляш А.О. Заходи забезпечення безпеки у кримінальному судочинстві: монографія, Київ-Тернопіль, Астон, 2012. 168–169 с.
8. Дуброва Р.В. Проблемні питання взаємодії слідчих та працівників оперативних підрозділів ОВС України під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. 2015. Вип. 13(2). 106–108 с.
9. Єфіменко І.М. Нормативно-правові підстави взаємодії слідчих з оперативними підрозділами при отриманні інформації, що становить захищену законом таємницю. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2012. № 1. 289–290 с.
10. Жалінський А.Є., Костицький М.В. Ефективність профілактики злочинів і кримінологічна інформація. Львів, 1980, 102 с.
11. Луньов О.Є. Теоретичні проблеми державного управління. М., 1974, 69 с.
12. Пивоваров В.В. Взаємодія органів досудового слідства та дізнання при розслідуванні кримінальних справ:



монографія / В.В. Пивоваров, Л.І. Щербина. Харків: Право, 2006. 176 с.

13. Словник української мови. В 11 т. Київ: Наукова думка, 1980., 346 с.

14. Уваров В.Г. Проблеми реалізації оперативно-розшукової інформації органом дізнання: монографія. Х., 2009, 99–100 с.

15. Філософський словник. М., 1975. 59 с.

16. Черняк Н.П. Держава та регіони. Серія: Право. К. 2014. № 4. 156 с.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Серебрянский Павел Викторович – аспирант кафедры отраслевого права Херсонского государственного университета

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Serebryanskiy Pavel Viktorovich – Postgraduate student at the Department of Industrial Law of Kherson State University

pavel.serebriansky@gmail.com

УДК 347.1

ОТЧУЖДЕНИЕ И ПЕРЕХОД ОБЪЕКТОВ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА В УКРАИНЕ: СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ

Анатолий СЛИПЧЕНКО,

аспирант кафедры гражданско-правовых дисциплин
Харьковского национального университета имени В.Н. Каразина

АННОТАЦИЯ

В статье проводится теоретическое исследование соотношения понятий отчуждения и перехода объектов в гражданском обороте. Осуществляется анализ юридической литературы, посвященной исследованию данной тематики, а также законодательства Украины. Раскрывается содержание отчуждения и перехода объектов гражданского права как способов гражданского оборота. Обосновывается, что отчуждение – это превращение имущества, которое было для лица своим в чужое для него. В результате перехода благо не становится чужим для субъекта, который его удерживал. В отличие от отчуждения переход всегда носит адресный характер, то есть благо перемещается к определенному субъекту. Таким образом, сделан вывод, что это два взаимоисключающих друг друга способа гражданского оборота, которые используются в различных случаях.

Ключевые слова: отчуждение, переход, гражданский оборот, объекты гражданского права, благо, передача.

ALIENATION AND TRANSFER OF OBJECTS OF CIVIL CIRCULATION IN UKRAINE: CORRELATION OF CONCEPTS

Anatoliy SLIPCHENKO,

Postgraduate Student at the Department of the Civil Legal Disciplines
of V.N. Karazin Kharkiv National University

SUMMARY

The article deals with the theoretical study of the correlation between the concepts of alienation and the transition of objects in civil circulation. The analysis of the legal literature devoted to the research of the given subjects and the legislation of Ukraine is carried out. The content of alienation and the transition of civil law objects as ways of civil circulation is disclosed. It is justified that alienation is the transformation of property that was for a person's own in someone else's for her. As a result of the transition, the good does not become a stranger to the subject who held it. Unlike alienation, the transition is always targeted, that is, the good moves to a specific subject. Thus, it is concluded that these are two mutually exclusive ways of civil circulation, which are used in various cases.

Key words: alienation, transition, civil turnover, objects of civil law, good, transfer.

Постановка проблемы. Гражданский оборот является одним из основных рычагов развития любой страны. Именно он обеспечивает динамику материальных и нематериальных благ в обществе. Поэтому выяснение его сущности и структуры становится главной задачей не только для гражданского права, но и любой другой отрасли права в Украине.

Исследование содержания ст. 178 ГК Украины дает основания утверждать, что правомерная динамика объектов в гражданском обороте может осуществляться двумя спосо-

бами. Это отчуждение и переход благ от одного лица к другому. Вместе с тем проблема заключается в том, что среди ученых-юристов нет единого подхода к соотношению этих понятий. Часть исследователей их отождествляют, другие указывают на то, что они совершенно разные, третьи рассматривают одно разновидностью другого. Например, можно встретить такие высказывания: «отчуждение имущества – это переход ...» [14]; «отчуждении исключительного права – это переход всего права...» [12]; «факт перехода владения собственностью на квартиру



<...> считается фактом отчуждения, а сам процесс перехода квартиры в собственность другого лица называется отчуждением» [4]; «отчуждение – это процесс перехода определенного предмета...» [7]; «отчуждение, прежде всего, связано с переходом, это переход...» [1]. Причём отождествление отчуждения и перехода объектов гражданского права встречается не только в словарях, консультациях юристов-практиков, но и в научной юридической литературе. Так, например, З.В. Ромовская утверждает, что в гражданском праве отчуждение – это передача (переход) права собственности [8]. Вместе с тем также высказывается точка зрения, что отчуждение и переход объектов гражданского права – это разные понятия, по крайней мере, в гражданском обороте они имеют различное значение [10].

Известно, что одним из принципов развитой правовой системы является принцип правовой определенности. Поэтому термины как основные языковые единицы, с помощью которых выражается содержание нормативных предписаний, должны быть понятными для всех, кому они адресованы, и сформулированы чётко, однозначно [13]. В противном случае будут возникать условия для злоупотреблений и произвола в процессе правоприменения. Ведь неоправданно широкое или узкое понимание таких категорий, как отчуждение и переход, могут одинаково негативно отражаться на гражданском обороте и повлечь нарушение прав участников гражданских отношений.

Отсутствие фундаментальных исследований, направленных на установление соотношения между такими категориями гражданского оборота, как отчуждение и переход объектов гражданского права, указывает на актуальность выбранной темы.

Состояние исследования. К исследованию гражданского оборота и его элементам обращались многие ученые. Среди них можно назвать таких, как: М.А. Астахова, В.А. Белов, И.А. Бирюков, С.Н. Братусь, Ю.В. Виниченко, Д.В. Дудник, М.П. Имекова, О.А. Красавчиков, Е.А. Крашенинников, Л.В. Криволапова, А.П. Мисяць, К.П. Пейчев, А.О. Рыбалов, М.А. Рожкова, Р.В. Топоров, Ю.Е. Туктаров, Б.Б. Черепяхин, Б.Б. Эбзеев и др.

Целью статьи является исследование соотношения таких категорий, как отчуждение и переход объектов гражданского права в гражданском обороте. Для этого в большей степени будут проанализированы те работы, в которых непосредственно затрагивались вопросы, связанные с отчуждением или переходом объектов гражданского права.

Изложение основного материала. Критический взгляд на существующие в теории права подходы о соотношении понятий, которые рассматриваются в данной работе, позволяет согласиться с тем, что, действительно, они иногда используются как близкие по содержанию. Ведь и отчуждение, и переход указывают на определенные динамические процессы. Поэтому иногда одно понятие раскрывается через другое или они используются как тождественные. Такое отождествление связано с тем, что иногда отчуждение объекта гражданского права порождает и его переход от одного лица к другому. В тоже время отчуждение объекта влечёт и перенесение права на него. Причём подобная динамика прав также иногда называется отчуждением [12; 4; 8]. Нередко высказывается мысль, причем в категоричной форме, что понятие перехода касается не перемещения объектов гражданских прав, а только движения субъективных прав [6]. Ведь, по мнению представителей этой точки зрения, результатом гражданского оборота является не переход от одного лица к другому самих по себе материальных благ, а переход тех имущественных прав, объектом которых эти блага выступают [5, с. 26].

Вместе с тем, если обратиться к содержанию ч. 1 ст. 178 ГК Украины, то в ней слова «отчуждение» и «переход» приведены как однородные члены предложения и разделены союзом «или». А известно, что с точки зрения логики «или» используется для выражения альтернативных категорий (понятий, явлений). Таким образом, законодатель в приведённой норме указывает, что объекты гражданского права могут или отчуждаться, или переходить от одного лица к другому, т. е. эти понятия не совпадают по содержанию [10]. По сути они являются дихотомической парой. По крайней мере таким специальным значением наделяет их

ГК Украины. Как известно, слова и выражения необходимо понимать только в том значении, которым наделяет их закон, содержащий интерпретируемую норму. Никакие другие правила грамматического толкования в данном случае неприменимы.

Более того буквальное толкование приведённой нормы позволяет утверждать, что отчуждаются или переходят от одного лица к другому в гражданском обороте именно объекты гражданского права. При этом, если речь и может идти о переходе (отчуждении) прав (обязанностей), то только как объектов гражданского права. Подобная точка зрения уже высказывалась в юридической литературе и заслуживает поддержки [2, с. 2; 3, с. 106]. Динамика прав (обязанностей) как содержания правоотношений, которая имеет место в гражданском обороте, именована с помощью другой терминологии – правопреемство, наследование, и указывает на юридическую форму динамики объектов гражданского права.

Учитывая, что отчуждение и переход представляют собой дихотомическую пару в рамках ст. 178 ГК Украины, то понятие отчуждения не может раскрываться как переход объектов гражданского права от одного лица к другому. В тоже время и переход объектов от одного лица к другому не может рассматриваться как отчуждение. Иными словами, отчуждение – это не переход, а переход – это не отчуждение. Одно исключает другое.

В подтверждение сказанному можно привести очевидные примеры. Так, не вызывает сомнений, что по договорам купли-продажи, мены, пожизненного содержания, дарения и т. п. вещи отчуждаются. Вместе с тем по договорам аренды, ссуды (безвозмездного пользования), эмфитевзиса, суперфиция и т. п. происходит переход блага. Однако последнее не отчуждается. Менее очевидным примером, хотя и не единственным, является наследование. При наследовании происходит переход имущества наследодателя к наследникам, которые приняли наследство. Но отчуждение в данном случае отсутствует, поскольку отсутствует сам субъект отчуждения.

Противники подобного разграничения отчуждения и перехода могут возразить, что при отчуждении также



происходит переход объекта от одного лица к другому. А переход может быть связан с отчуждением. И с таким утверждением трудно не согласиться, если придавать этим словам то значение, которое они имеют в нашем литературном или даже бытовом языке. Но наделяя указанные дефиниции специальным значением, законодатель исключил их подмену в гражданском обороте. Отличительной особенностью отчуждения является то, что для него юридически безразличен переход объекта от одного лица к другому. Последнее не является обязательным условием, признаком, элементом первого. Например, продажа имущества, переданного в аренду, эмфитевзис, суперфиций допускают его отчуждение в пользу покупателя, но оно не переходит к последнему. Ведь такое имущество, в пределах действия соответствующих договоров, будет продолжать находиться во владении пользователей. В тоже время благо, которое находится у арендатора, эмфитевты, суперфициария, перешло к ним без отчуждения. Будет отсутствовать переход и в случае отчуждения имущества в пользу арендатора, эмфитевты, суперфициария. Объект уже находится у них, т. е. он перешел раньше отчуждения. Полностью противоположная ситуация возникнет в случае, когда, например, право собственности по договору купли-продажи передано раньше самой вещи. Здесь отчуждение состоялось раньше перехода объекта гражданского права.

Определяя границы применения каждого из рассматриваемых терминов, очевидно, что слово «отчуждение» производно от слова «чужой» [9]. Последнее указывает на объект, который принадлежит кому-то другому, не свой, не собственный [11]; не мой, посторонний, собственность другого. При этом выражения «не свой», «не мой» акцентируют внимание на том, что определенные ценности (объекты) не принадлежат мне, не имеют ко мне отношения. Это дало возможность выделить два значения слова «чужой». В одном случае оно указывает на то, что определенное благо не мое, но принадлежит кому-нибудь другому, является собственностью другого. И в таком случае отчуждение представляет собой антоним присвоения.

В другом случае оно используется для того, чтобы обозначить только те объекты, которые не собственные, не свои, не мои, не принадлежат мне, не имеют отношения ко мне. В последнюю группу попадают те блага, которые никому не принадлежат, никем не присвоены, например, бесхозные вещи, не имеющие собственника. Таким образом, чужим для лица является то имущество, на которое у него нет ни права собственности, ни права владения. Сам же факт отчуждения – это превращение объекта, который был для лица своим, в чужой для него. При этом для характеристики отчуждения не имеет значения, стал такой объект для кого-то своим или нет, передан фактически кому-то или нет.

Переход благ от одного лица к другому охватывает все случаи их динамики, не охваченные отчуждением. В результате перехода не возникает чужого блага для субъекта, который его удерживал. Этот способ гражданского оборота применим в случаях, когда отсутствует необходимость или даже возможность отчуждения. Удовлетворение интереса при переходе объекта может быть достигнуто путем конститутивного или правопреемства. Например, при передаче имущества в аренду, в управление, в безвозмездное пользование и т. д. Этот способ гражданского оборота также может иметь место в связи с исчезновением лица, у которого имущество находилось. Например, при наследовании, реорганизации юридического лица имущество переходит к приобретателю путем правопреемства (универсального или сингулярного). Переход, а не отчуждение будет иметь место при обнаружении находки, задержании безнадзорного животного, до момента их возврата или возникновения права собственности на них у владельца. Представляется, что именно переход объекта гражданского права будет иметь место при обнаружении клада, собственник которого неизвестен, присвоении общедоступных даров природы, добросовестного завладения чужим имуществом, в период приобретательной давности и пр. В отличие от отчуждения переход всегда носит адресный характер, т. е. благо движется к определенному субъекту.

Вышеизложенное позволяет выделить еще одну отличительную особенность. Отчуждение определяет состояние присвоенности объекта по отношению к лицу, подвергшемуся отчуждению, указывает на то, что благо для него становится чужим. При этом присваивается одновременно это имущество кем-то или нет, значения не имеет. В отличие от этого, переход блага от одного лица к другому указывает на его состояние присвоенности относительно приобретателя. Последний может приобретать права на объект как путем транслятивного правопреемства, так и конститутивного, как универсального, так и сингулярного, а также иным образом, отличным от правопреемства.

Таким образом, понятия отчуждения и перехода использованы для обозначения элементов гражданского оборота, антагонистически соподчинённых между собой. Их количество равно двум, а вместе они полностью исчерпывают объём соответствующего родового понятия – способы гражданского оборота. Поэтому нельзя согласиться с высказываемой иногда мыслью, что результат процесса перехода совпадает с результатом отчуждения [6].

Вместе с тем анализ динамики объектов гражданского оборота был бы неполным без сравнения их с таким понятием, как «передача» блага. Это связано с тем, что в юридической литературе, а иногда и в законодательстве наряду с отчуждением и переходом нередко используется и такой термин, как передача объектов и прав. Причём их значения также иногда отождествляются, разделяются или раскрываются одно через другое.

Представляется, что отчуждение, переход являются отличными понятиями по отношению к передаче объектов. Они могут совпадать во времени, по субъектному составу, одно может быть связано с другим, а может от него и не зависеть. Например, в реальном договоре купли-продажи отчуждение вещи связано с её передачей, совпадает во времени и по субъектному составу, при условии, что такая передача совершается путём непосредственного вручения вещи продавцом покупателю. Вместе с тем, если передача имущества осуществляется вручением его



перевозчику, организации связи или иным подобным образом для отправки, пересылки приобретателю имущества (ч. 2 ст. 334, ч. 2 ст. 664 ГК Украины), то очевидно, что адресаты отчуждения и передачи объекта уже не совпадают по субъектному составу. Во времени они не совпадают в том случае, когда покупатель становится собственником вещи раньше, чем её ему передадут. Например, как это предусмотрено ч. 1 ст. 334, абз. 2 п. 2 ч. 1 ст. 664, 667 ГК Украины. Если же права на недвижимое имущество подлежат государственной регистрации, то отчуждённым такое имущество будет со дня его регистрации в соответствии с законом (ч. 4 ст. 334 ГК Украины), причём и без передачи. Как можно заметить, в последнем случае отчуждение также не зависит от передачи. Что касается перехода имущества, то оно совпадает с передачей, например, в договоре аренды. Но если имущество перешло к лицу в результате, например, находки или обнаружения клада, то не нуждается в объяснении тот факт, что передачи имущества в данных случаях не происходит вообще.

Очевидно, что передача объекта акцентирует внимание только на действиях, совершаемых лицом, которое его передаёт. В тоже время отчуждение и переход благ указывают на динамические процессы, происходящие с самими объектами. Представляется, что одна из самых ярких иллюстраций таких различий отражена в п. 2 ч. 1 ст. 664 ГК Украины. Так, согласно указанной норме товар считается переданным, если он предоставлен в распоряжение покупателя при условии передачи его по местонахождению. При этом товар считается предоставленным в распоряжение, если в срок, установленный договором, он готов к передаче покупателю в надлежащем месте и покупатель проинформирован об этом. Таким образом, подготовка продавцом объекта к передаче (идентификация его для целей договора) и сообщение об этом покупателю – это, собственно, уже и есть сама передача. В тоже время товар продолжает находиться во владении продавца. Иначе говоря, возникает случай, когда объект передан, но не принят. И здесь возможно несколько вариантов развития подоб-

ной ситуации. Первый – если иное не предусмотрено договором или законом, то согласно ч. 1 ст. 334 ГК Украины отчуждение будет связано с передачей и совпадать с ней во времени. Второй – если момент возникновения права собственности у покупателя перенесен на момент заключения договора, то при его заключении товар будет отчуждён, но еще не передан. Третий – если момент возникновения у покупателя права собственности перенесён на более позднее время, чем произойдет передача, например, через десять дней, то после предоставления в распоряжение покупателя товара он будет уже переданным, но еще не отчуждённым. Понятно, что во втором и третьем вариантах отчуждение не связано с передачей и не совпадает с ним во времени. Четвертый – если момент возникновения у покупателя права собственности перенесен на более позднее время, чем произойдет передача, например, через десять дней, и товар будет не только передан, но и принят, то передача будет связана с переходом такого товара. Ведь отчуждение в этом варианте будет иметь место только через десять дней после перехода (передачи).

Выводы. Таким образом, отчуждение и переход объектов от одного лица к другому являются разными способами гражданского оборота объектов гражданского права. Отчуждение – это превращение имущества, которое было для лица своим в чужое для него. При этом для характеристики отчуждения не имеет значения: стал такой объект для кого-то своим или нет, передан фактически кому-то или нет. В результате перехода благо не становится чужим для субъекта, который его удерживал. В отличие от отчуждения переход всегда носит адресный характер, то есть благо движется к определённому субъекту. Применяется в случаях, когда отсутствует необходимость или возможность отчуждения.

Отчуждение, переход являются разнозначными понятиями по отношению к передаче объектов. Они могут быть как связаны, так и не связаны с передачей имущества, как совпадать во времени и по субъектному составу, так и не совпадать.

Указанное свидетельствует о необходимости проведения более глубоких

дальнейших исследований элементов гражданского оборота, их сравнительной характеристики и юридических форм.

Список использованной литературы:

1. Відчуження (економіка). // Вікіпедія – вільна енциклопедія. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Відчуження_\(економіка\)](https://uk.wikipedia.org/wiki/Відчуження_(економіка)).
2. Жилінкова І.В. Актуальні питання спадкового права України: матеріали до семінару. Харків: Ксилон, 2009. 148 с.
3. Исаев А.Н. К вопросу о наследовании наличных денег. Актуальні проблеми приватного права: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. 94-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова. Харків : Право, 2016. С. 105–107.
4. Исоян А. Что такое отчуждение квартиры, в каких случаях оно происходит? РИА Недвижимость. 2017. URL: <https://realty.ria.ru/other/20130718/400917437.html>.
5. Красавчиков О.А. Советский гражданский оборот. Вопросы гражданского, трудового права и гражданского процесса. Ученые записки Свердловского юридического института. М.: Госюриздат, 1957. Т. 5. С. 3–27.
6. Криволапова Л.В. Понятие объекта гражданского оборота. Право и государство: теория и практика. М.: Право и государство, 2009. № 5 (53). С. 29–32.
7. Попов А.И. Экономическая теория. Textbook. News. 2006. URL: https://textbook.news/ekonomicheskaya-teoriya_781/otchujdenie.html.
8. Ромовська З.В. Українське цивільне право: загальна частина. Академічний курс: підруч. Київ: Атіка, 2005. 560 с. URL: <http://weststudents.com.ua/glavy/71390-pravo-vdchujennya.html>.
9. Сліпченко С.О. Відчуження як елемент цивільного обороту та як правовий стан належності об'єктів. Університетські наукові записки. № 4 (52). 2014. С. 36–42.
10. Сліпченко С.О. Поняття «перехід» та «відчуження» у цивільному обороті. Сьомі юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвячені пам'яті Є.В. Васильовського:



матер. Міжн. наук.-практич. конф. / упоряд., відпов. ред. І.С. Канзафарова; Одес. нац. ун-т ім. І.І. Мечникова; економ.-прав. ф-т. Одеса: Астропринт, 2017. С. 14–19.

11.Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980). URL: <http://sum.in.ua/s/chuzhyj>.

12. Судариков С.А. Право интеллектуальной собственности. 2008. URL: https://texts.news/avtorskoe-pravo_1487/otchuzhdenie-isklyuchitel'nogo-prava-70536.html.

13.Хворостянкіна А.В. Визначеність законодавчих дефініцій як умова ефективного дотримання духа та букви закону. Наук. зап. / Нац. ун-т «Кієво-Могилян. акад.». Київ, 2008. Т. 77: Юридичні науки. С. 8–12. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/6286/Khvorostyankina_Vyznachenist%27_zakonodavchikh_definitiy.PDF.

14. Что это такое – отчуждение имущества? Сайт «RUSЮРИСТ.RU». URL: http://rusjurist.ru/pravo_sobstvennosti/perehod_prav/chto_eto_takoe_otchuzhdenie_imuwestva/.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Слипченко Анатолий Святославович – аспирант кафедры гражданско-правовых дисциплин Харьковского национального университета имени В.Н. Каразина

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Slipchenko Anatoliy Svyatoslavovich – Postgraduate Student at the Department of the Civil Legal Disciplines of V.N. Karazin Kharkiv National University

Fysl31@rambler.ru

UDK 347.12

SYSTEM OF CLAIMS ARISING FROM THE INSURED EVENT OCCURS DUE TO THE UNLAWFUL BEHAVIOUR OF THIRD PARTIES

Marina US,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor of Civil Law Department No. 1 of Yaroslav Mudryi National Law University

SUMMARY

The article is concerned with problem of “coexistence” of contractual and tort claims under circumstances where a person is damaged as a result of the unlawful behaviour of third parties, which is also the insured event. The author analyzes the system of claims arising from this purpose, in a projection on various types of insurance contracts: property insurance, life and health insurance, insurance of civil liability. The article is defined: in which cases the competition of tort and contractual claims are permitted at the discretion of the authorized person, and in which – on the grounds of legal regulations.

Key words: policy holder, insurer, competition of claims, subrogation, legal recourse, compensation of damage, insurance compensation.

СИСТЕМА ТРЕБОВАНИЙ, ВОЗНИКАЮЩИХ ПРИ НАСТУПЛЕНИИ СТРАХОВОГО СЛУЧАЯ ВСЛЕДСТВИЕ ПРОТИВОПРАВНОГО ПОВЕДЕНИЯ ТРЕТЬИХ ЛИЦ

Марина УС,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского права № 1

Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена проблеме «существования» договорных и деликтных требований в условиях, когда лицу причиняется ущерб вследствие противоправного поведения третьих лиц, что одновременно является страховым случаем. Автор анализирует систему требований, возникающих при этом, в проекции на разные виды договоров страхования: страхование имущества, страхование жизни и здоровья, страхование гражданско-правовой ответственности. В статье определяется: в каких случаях конкуренция деликтных и договорных требований разрешается по усмотрению управомоченного лица, а в каких – на основании законодательных предписаний.

Ключевые слова: страхователь, страховщик, конкуренция требований, суброгация, регресс, возмещение ущерба, страховое возмещение.

Statement of the problem. At first glance, the situation is not difficult when the person is damaged as a result of the unlawful behaviour of third parties, which is also the insured event. However, because at that “mechanisms are included” of both insurance (contractual), and tort law, emerge some problems, both theoretical and practical nature.

The relevance of the research topic. In the current national legislation there are no general provisions on the “coexistence” of contractual and tort claims under circumstances, where a person is damaged as a result of the unlawful behaviour of third parties, which is also

the insured event. Judicial practice also does not give an unambiguous answer to the question, in which cases the competition of tort and contractual claims are permitted at the discretion of the authorized person.

Status of research. This problem was not the subject of research by Ukrainian scientists. The few articles devoted to it concern, as a rule, only the amount of insurance payments and the subject composition of the legal relations of insurance.

The object of the article is the system of claims arising from this purpose, in a projection on various types of insurance contracts: property insurance, life



and health insurance, insurance of civil liability.

The purpose of the article is the answer to the question in which cases the competition of tort and contractual claims are permitted at the discretion of the authorized person, and in which – on the grounds of legal regulations.

Presentation of the main material. If the person **insured its property** from damage by a third party, then when the insured event occurs, in the victim arise two claims at the same time: on compensation of damage under the tort liability and on effecting of insurance payment within the insured amount under the insurance contract. In fact, we are dealing with competition of claims (better known in the scientific literature as “competition of complaints”). Often under the competition of claims is understood a situation when as a result of the same unlawful behaviour, occur and exist in parallel several legal rights which have the same purpose and are directed to the same subject (it is a competition in a narrow sense).

In certain situation the victim has two rights of claims, aimed at the satisfaction of the same interest (compensation of damage), but are directed to different debtors (the delinquent and the insurer). Realizing one of these rights leads to the termination of the other, if the interest, which is mediated them, and fully satisfies in the exercise of the first competing rights. So, here we are talking about the competition in the broadest sense. For example, soviet scientists, such as A.Yu. Kabalkin and V.P. Mozolin adhered such view on the phenomenon of competition of claims, defining it both through the selection of the most appropriate respondent (the consumer’s right to choose between the producer and the seller in the trade of the goods of substandard quality), and through the choice of the most suitable for the presentation of the claim (contractual or tort claim against the manufacturer/seller in the case of damage to purchased goods of substandard quality) [1].

First of all, it is necessary to determine whether has the victim right (the policy holder) to choose to whom go with the claim in case of damage to his property: to the delinquent or to the insurer. Because we are talking about the implementation of the subjective civil rights (the right of claim to the insurer

and the right of claim to the delinquent), then is triggered the principle of autonomy of will of the authorized person. In accordance with this principle, subjects of civil-law relationships exercise vested civil rights at their discretion. In other words, nobody except the holder of the right can resolve the problem about implementation or non-implementation of subjective civil rights, and about the time when this right should be exercised. Thus, in the abovementioned case, the following behaviours of the authorized person are possible: 1) the policy holder refers only to delinquent and he does not implement the right which arising under an insurance contract; 2) the policy holder puts a contractual claim for payment of insurance compensation. After such payment in the insurer arises right of subrogation with respect to causer (the subrogation, as we know, is called the transfer from the policy holder to the insurer, who has paid insurance compensation with-in amount paid of the right to claim that the policy holder has to the person, who caused the damage); 3) in the case of failure of the insurance compensation (it is limited by the size of the insured amount) the policy holder in the future refers also to the delinquent and receives the difference between the amount of damage and the amount of insurance compensation. In the insurer arises the right to refer to the causer by way of subrogation.

Of course, specified list of behaviours is not exhaustive, but whichever option will be choose by authorized person, always comply with such rules of “concentration” in his respective contractual and tort claims: 1) the policy holder himself determines which right to implement; 2) if the policy holder realizes both the rights to the extent that the sequence of such realization is defined by him; 3) in the insurer in the case of payment of insurance compensation occurs the right to subrogation against the causer in the amount of insurance payment; 4) the exercise of rights by the policy holder cannot bring to his unjust enrichment, and thus – to increase the volume of delinquent’s liability.

However, the abovementioned rules of “coexistence” of contractual and tort claims concern only to property insurance contracts. **Life and health insurance (private insurance)** is based on different principles. In the case of dam-

age to life and health also parallel exist two obligations: contractual and tort, but in this case the competition of claims does not arise. Insurance payment under a contract of personal insurance is made regardless of compensation of damage. In other words, if the individual insured life and health from damage, then when the insured event occurs, the victim is not free of the possibility to obtaining of insurance payments and compensation from the guilty person. Accordingly, the subrogation in personal insurance is excluded.

In favour of the last statement in the literature two arguments are given, which you should accept. First of all, attention is directed to the fact that the change of the creditor is not allowed in the obligations, which are closely associated with identity of the creditor, but such obligations arise in causing of damage to life and health. Secondly, under the contract of personal insurance the insurer’s obligation to pay the insured amount is not aimed to compensation of damage, if is the case in property insurance. The size of the payment is irrespective to the real expenses of the victim to the recovery, such as his health, and depends on the size of the insured amount specified in the contract [2].

As for the system of claims that arise in cases where there are **liability insurance contracts**, it differs both from life and health insurance and property insurance. Here between the policy holder and the third party (the victim) arise tort relationship (at that the creditor is not the policy holder, and a third person – the victim), as well as there are contractual relations between the policy holder and the insurer (the creditor – the insurer).

The first question that should be determined: what place is given to the victim in a contractual relationship (the person who was damaged by the policy holder). The answer depends on can we qualify the liability insurance contract as a contract for benefit of third person. In the literature has not developed a unified point of view on the matter. For example, some scientists stand their ground that a liability insurance contract under any circumstances cannot be considered as the contract for benefit of third person, because beneficiary in such contract is assigned not by the will of the parties, as in the classic structure, but mandatory by law [3]. Other researchers, on the contrary, believe that



the liability insurance contract should be recognized as a contract for benefit of third person, pointing to inexpediency restriction of victim in their ability to appeal to the insurer of delinquent [4].

There is a third point of view, which is supported by the majority of scientists and that is the most reasonable. It lies in the fact that it is necessary to separate two models of the liability insurance contract: simple and complex [5]. In a simple model involves only two persons – the insurer and the policy holder. The victim remains outside the framework of insurance relations and have no right to demand from the insurer's payment of compensation. In a complex model there are: the insurer, the policy holder and the beneficiary, which is always a victim. In this case the insurance contract is a contract for benefit of third person: the victim is entitled to demand on the insurer of the delinquent.

The first model is proposed to apply in cases of voluntary liability insurance when the insurance contract is a private matter of its parties, and the victim has any rights under this contract. Such contract does not pursue socially significant goals. Its conclusion is due to the personal need of the policy holder to protect their interests in case of causing of damage to another person. The second model of contract is intended to guarantee the compensation of damage to the victim. Under such conditions the state represented by the legislator considers that it necessary to assert more guarantees to the victim than he has in comparison to the normal mode. Here, of course, the question is about the compulsory liability insurance. Enforcement of the beneficiary in all insurance contracts of tort liability, without exception (in other words recognition of all such contracts as contracts for benefit of third person) leads to a narrowing of the principle of contractual freedom without reasonable foundation, and is represented an unwarranted intrusion of government into the private affairs of parties to business transactions [6].

Thus, it turns out that in the case of damage by the person whose liability is insured under a contract of compulsory insurance, the victim at the same time has two claims: for compensation of damage under the tort liability and for payment of compensation within the insured amount on the content of the contractual obligation. However, the parallel

existence of these rights is not excluded in cases of voluntary insurance responsibility, when the parties, which are guided by the principles of contractual freedom, expressly provide in it the victim's right to demand compensation directly from the insurer and thus use the model of contract for benefit of third person.

On the basis of the foregoing, naturally another question arises: can the victim, when he is endowed with both rights of claims, independently determine which of them he carried out, and thus satisfy the interest in compensation of damage? In other words, how should be solved competition of victim's rights in this case?

Unfortunately, the current legislation of Ukraine does not give a clear answer to this question. The Article 1194 of the Civil Code of Ukraine [7] (hereinafter – CC) contains only a general statement that the person, who has insured its civil liability in the event of deficiency of insurance payment (insurance compensation) for full compensation for the damage to them is obliged to pay to the victim the difference between the actual size of damage and the insurance payment (insurance compensation).

As one can see, at the legislative level the standard situation is regulated, when after causing of damage (for example, occurrence of the insured event by M.V.A.) the victim makes a claim for payment of insurance compensation to the insurer, and then in the event of insufficient amount of the insurance compensation pushes claim against the direct delinquent, based on the provisions of Article 1166 of the Civil Code. There are many similar examples in the jurisprudence.

At the same time, it cannot be exclude the situation, where the victim immediately addresses their claims for delinquent. Motives can be different, for which the victim waives the right to receive of insurance compensation: the desire to "punish the delinquent", an enviable property position of the delinquent and so on.

Consider that the victim has a choice under a contract of voluntary liability insurance, which was built on a construction "for benefit of third person". In other words, the competition of rules is allowed at the discretion of its own. Any legal restrictions or theoretical remarks on this subject are not available.

As for the cases of compulsory insurance of civil liability in accordance

with the decision of plenary assembly of the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases "On some issues of application of the law by the courts in resolving disputes about compensation of damage caused by a source of increased danger" [8, p. 16] on presentation of claims about compensation of damage resulting from M.V.A., directly to the face, who carrying out activities, which is a source of increased danger, the court is entitled to involve in insurance company (insurer), which insured the civil liability of the vehicle owner only in the manner prescribed by Article 33 of the Civil Procedure Code of Ukraine. Here the basis for refusal in the claim to the delinquent in the appropriate amount is non-claims against the insurer under the conditions for the recovery of damage from him.

The highest court also noted, that the issue of compensation of damage by the insurer decided depending on the consent expressed by him on such compensation, and performance or failure to perform under Article 33 of the Law of Ukraine "On compulsory insurance of civil liability of owners of vehicles" [9] the obligations to provide in written to insurer with whom the relevant contract is concluded, news about M.V.A. of a standard form. In the absence of such consent, caused damage to the victim shall be compensated by the insurer within the stipulated insured amount in the insurance contract. The court of first instance found out the presence of such consent of the policy holder and the fulfilment of the obligation upon notification by the insurer, in this connection to the case can be attracted the insurer.

In turn, the Supreme Court of Ukraine expressed a position in the process of review of judicial decisions based on the unequal substantive enforcement, according to which by virtue of the principle of the free exercise of the rights and in cases of compulsory liability insurance the victim decides how his interest should be satisfied: by addressing claims exclusively to the person, who caused the damage, about his compensation; or by recourse to the insurer, in which the person, who caused the damage, insured its civil liability with a demand for payment of insurance compensation; or by addressing to the insurer and in the future to the person, who caused the damage, if eligible by Article 1194 of the Civil Code of Ukraine [10].



In our opinion, the approach of Superior Specialized Court of Ukraine is deemed warranted as it provides required balance between the legitimate interests of participants in civil law relations. In the case of satisfaction of claims against delinquent in the presence of foundations of compensation of damage through the insurer, the property interests of the policy holder are significantly violated, to whom the law imperatively obliges to insure their responsibility.

And the last question, which requires determine under the outlined topic: Does insurer have the right of subrogation in the case of the performance of insurance payments to the victim by him? The answer of it also does not found clear legislative consolidation. On this subject there are opposite opinions in the literature. However, it should support the position of those scientists, who believe that under condition of arising subrogation claims in the insurer subject to the policy holder, the insurable interest is absent in the policy holder – he still must pay. In other words, if such transition was – it would be contrary to the essence of insurance liability, the policy holder would have to pay insurance payments, to reimburse the victim's damage, which are not covered by insurance compensation, make subrogation payments to the insurer [11].

Separately, it should be noted that the prevention of subrogation in liability insurance does not mean inability to use a different construction – right of legal recourse. The main difference between legal recourse and subrogation is that the right of claim to the delinquent occurs in the new relationship and a replacement of the authorized party in the already existing liability occurs at the subrogation.

The right of legal recourse should arise with the compulsory liability insurance in cases prescribed in terms of legislation and related to violation of the policy holder or insured generally accepted behavioural values (for example, a particularly dangerous violations in road traffic: causing of damage under the influence of alcohol). In other words, the legal recourse should be an exception from the general principle of compulsory liability insurance, according to which the purpose of the insurance relationship – protection of interests of both the victim and the policy holder or insured, who were the delinquent. At the legal recourse the legislator

refuses to protect the latter providing it only to the victim [12]. The legal recourse performs here kind of penalty function in relation to the delinquent [13].

The legal recourse in the field of compulsory insurance of civil liability differs from similar institutions operating in other civil law relations and, as a rule, not having any restrictions. Here the right of legal recourse is clearly outlined very specific legal facts, the legislative list of which is confidential [12] (for example, the Article 38 of the Law of Ukraine “On compulsory insurance of civil liability of owners of vehicles” [9]).

Conclusions. Based on the foregoing, it can be concluded that the system of claims that arise when the insured event occur due to the unlawful behaviour of third parties, depending on what interests are insured. Contractual and tort claims are in all types of insurance under outlined conditions. In property insurance such claims are competing with each other and the creditor (same as the policy holder) chooses – the order in which they will be carry out (at his sole discretion permits competition of such claims). In the case of payment of insurance compensation to the policy holder by way of subrogation the right of claim transfers to the delinquent. The competition of contractual and tort claims do not arise under life and health insurance, each of them can be satisfied regardless of the second; the subrogation here is excluded. In case of voluntary liability insurance with the application of construction of contract for benefit of third person, the competition of claims is permitted at the discretion of the victim. In the case of compulsory liability insurance in the first place should be a claim to the insurance company. The subrogation under liability insurance is not valid, that does not mean the impossibility of using a different construction – the right of legal recourse to the compulsory liability insurance in statutorily prescribed cases. Many of discussion matters are not clearly resolved at the regulatory and legal level; therefore, the relevant rules must find their direct consolidation in the current legislation of Ukraine.

References:

1. Кабалкин А.Ю., Мозолин В.П. Охрана прав граждан-потребителей. Сов. государство и право. 1983. № 4. С. 42.

2. Самбір О.Є. Проблеми застосування суброгації в страхових правовідносинах. Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції: зб. наук. пр. / Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, Лабораторія з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС, Хмельницький ун-т упр. та права. Хмельницький: ФОП Мельник А. А., 2015. С. 293–294.

3. Бартош В. К вопросу о квалификации принадлежности договора страхования риска гражданской ответственности. Юридический мир. 2003. № 9. С. 11.

4. Захаров Ю., Фогельсон О. Право требования кредитора в договорах в пользу третьего лица. Хозяйство и право. 2001. № 10. С. 110.

5. Худяков А.И. Теория страхования. М.: Статут, 2010. С. 368–370.

6. Шишкина А. Некоторые вопросы возмещения вреда лицом, застраховавшим свою ответственность. Хозяйство и право. 2011. № 12. С. 39.

7. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. №435-IV (з наступними змінами та доповненнями) URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

8. Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки: Постанова Пленума Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.03.2013 р., № 4. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0004740-13>.

9. Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів: Закон України від 01.07.2004 р., № 1961-IV. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1961-15>.

10. Рішення Верховного суду України від 20.01.20016 р. у справі № 6-2808цс15. / Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55159571>

11. Самбір О.Є. Проблеми застосування суброгації в страхових правовідносинах. Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції: зб. наук. пр. / Нац.



акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Лабораторія з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів ЄС, Хмельниц. ун-т упр. та права. Хмельницький: ФОП Мельник А. А., 2015. С. 295.

12. Дедиков С. Регресс и суброгация по договорам ОСАГО. Хозяйство и право. 2004. № 9. С. 41.

13. Сахаров А.В. Регресс в страховых обязательствах, возникающих в сфере предпринимательской деятельности. Инновационная Россия: задачи и правовые основы развития: Статьи и доклады X Междунар. научно-практической конференции. Москва, 26–27 мая 2010 г. М.: МЭСИ, 2010. С. 156.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Us Marina Vladimirovna – Candidate of Law Sciences, Associate Professor of Civil Law Department No. 1 of Yaroslavl Mudryi National Law University

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Ус Марина Владимировна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права № 1 Национального юридического университета Украины имени Ярослава Мудрого

us.marina.vl@gmail.com

УДК 343.3/7

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПРАВОВЫХ ОСНОВ БОРЬБЫ С ТЕРРОРИЗМОМ В УКРАИНЕ

Ми́ла ХМАРА,

кандидат философских наук, доцент,
заведующий кафедрой уголовного права и правосудия
ЧВУЗ «Международный экономико-гуманитарный университет
имени академика Степана Демьянчука»

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена изучению правовых основ борьбы с терроризмом в Украине. Обосновано, что эффективность деятельности относительно предотвращения, выявления, прекращения и минимизации последствий террористической деятельности в Украине находится в прямой зависимости от нормативно-правового обеспечения такой деятельности, которое, в свою очередь, необходимо усовершенствовать. Предложены направления совершенствования правовых основ борьбы с терроризмом в Украине, среди которых: приведение положений Закона Украины «О борьбе с терроризмом» в соответствие с требованиями ратифицированных Украиной международных нормативно-правовых актов; необходимость четкого определения содержания таких понятий, как терроризм, террористическая деятельность, террористический акт; проведение унификации положений Закона Украины «О борьбе с терроризмом» с Законом Украины об уголовной ответственности и другими законами Украины; включение уголовной ответственности за терроризм во всех его формах и проявлениях, определенных международным сообществом, в Уголовный кодекс Украины и т. п.

Ключевые слова: терроризм, террористический акт, террористическая деятельность, нормативно-правовое обеспечение, усовершенствование правовых основ, борьба с терроризмом.

IMPROVING THE LEGAL FRAMEWORK FOR FIGHT AGAINST TERRORISM IN UKRAINE

Mila KHMARA,

PhD in Philosophy, Associate Professor, Head of the Criminal Law and Justice Chair at "Private Higher Educational Establishment "International University of Economics and Humanities named after Academician Stepan Demianchuk"

SUMMARY

The article is dedicated to the study of the legal foundations of the fight against terrorism in Ukraine. It has been substantiated that the efficiency of the activities aimed at preventing, detecting, terminating and minimizing the consequences of terrorist activity in Ukraine directly depends on the normative and legal provision of such activity, which in its turn needs to be improved. Directions of improvement of the legal basis of the fight against terrorism in Ukraine have been proposed, among them there are the following: bringing the provisions of the Law of Ukraine "On Fight against Terrorism" in line with the requirements of international normative legal acts ratified by Ukraine; the need for clear definition of the concepts terrorism, terrorist activity, terrorist act; unification of the provisions of the Law of Ukraine "On Fight against Terrorism" with the Law of Ukraine on Criminal Liability and other laws of Ukraine; the inclusion of criminal responsibility for terrorism in all its forms and manifestations defined by the international community to the Criminal Code, etc.

Key words: terrorism, terrorist act, terrorist activity, regulatory support, improving the legal framework, fight against terrorism.

Постановка проблемы. Проблема борьбы с терроризмом все чаще становится предметом обсуждения среди политиков, практиков, теоретиков как на международном, так и на националь-

ном уровнях. В частности, ещё в марте 2016 года глава Европола Роб Уэйнрайт на встрече министров юстиции стран-членов Европейского Союза в Брюсселе заявил, что Европа оказалась перед



самой высокой за последние более чем 10 лет угрозой терактов. Соответственно, результатом этой встречи стала договорённость о разработке жёстких законодательных инструментов для борьбы с терроризмом [1]. Сенатом Франции в конце 2017 года был принят новый антитеррористический закон, которым было отменено чрезвычайное положение, введённое после терактов в Париже осенью 2015 года [2]. Таким образом, можем констатировать, что совершенствование правовых основ борьбы с терроризмом является первоочередной задачей каждой страны, которая сталкивается с этим явлением.

Актуальность темы исследования подтверждается и результатами исследования рейтинга стран мира по уровню терроризма – Global Terrorism Index, который разработан международной группой экспертов под эгидой Института экономики и мира (The Institute for Economics and Peace) Сиднейского университета (Австралия). Так, согласно данным упомянутого исследования Украина занимает 17-е место среди 160 государств по уровню терроризма в 2017 году [3].

Состояние исследования. В целом проблемам борьбы с терроризмом уделяли внимание в своих исследованиях как зарубежные, так и украинские учёные. Среди них: Anthony C. E. Quainton, В.П. Емельянов, А.А. Кириченко, В. Н. Кубальский, С.В. Кульчицкий, Н.В. Семикин и другие. В тоже время, несмотря на относительную разработанность антитеррористического законодательства Украины, в научной литературе акцентируется внимание на том, что оно «далеко от совершенства» [4, с. 50].

В связи с изложенным выше целью и задачей статьи являются изучение правовых основ борьбы с терроризмом в Украине и разработка направлений их совершенствования.

Изложение основного материала. Правовые основы борьбы с терроризмом в Украине изложены в статье 2 Закона Украины «О борьбе с терроризмом» от 20 марта 2003 года [5], их также составляют: Конституция Украины от 28 июня 1996 года [6]; Уголовный кодекс Украины (далее – УК) от 05 апреля 2001 года [7]; обозначенный выше Закон Украины «О борьбе с терроризмом» и другие законы Украины.

Среди международных документов: Европейская конвенция о борьбе с терроризмом от 27 января 1977 года ETS № 90 [8], ратифицированная Законом Украины «О ратификации Европейской конвенции о борьбе с терроризмом» от 17 января 2002 года; Протокол, которым внесены изменения в эту Конвенцию от 15 мая 2003 года № ETS № 190 [9], ратифицирован Законом Украины «О ратификации Протокола, вносящего изменения в Европейскую конвенцию о борьбе с терроризмом» от 20 сентября 2006 года; Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом от 15 декабря 1997 года [10], к которой наше государство присоединилось согласно Закону Украины «О присоединении Украины к Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом» от 29 ноября 2001 года; Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма от 09 декабря 1999 года [11] ратифицирована Законом Украины «О ратификации Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма» от 12 сентября 2002 года. А также другие международные договоры Украины, согласие на обязательность которых предоставлено Верховной Радой Украины, указами и распоряжениями Президента Украины, постановлениями и распоряжениями Кабинета Министров Украины, другими нормативно-правовыми актами, принимаемыми на исполнение законов Украины.

Указанный выше перечень не является исчерпывающим. В частности, рассмотрим (насколько это возможно в рамках статьи) подробнее некоторые положения уголовно-правового характера из перечисленных нормативно-правовых актов.

Так, в Основном Законе Украины, который является базовым для всего уголовного закона нашего государства, заложен ряд статей о запрете нарушений в тех или иных проявлениях прав и свобод человека, чем, безусловно, является и терроризм. В частности, статьёй 3 Конституции Украины задекларировано, что человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью, а утверждение и обеспечение прав и свобод человека является главной обязанностью госу-

дарства [6]. Таким образом, учитывая общественную опасность терроризма, Конституцией Украины закреплена и обязанность нашего государства, как правовой страны, обеспечить правовые основы борьбы с этой угрозой, которые, в свою очередь, должны быть действенными.

Законом Украины об уголовной ответственности [7], статьёй 258 раздела IX «Преступления против общественной безопасности» установлена уголовная ответственность за террористический акт. Последний, в свою очередь, определён как «применение оружия, совершение взрыва, поджога либо иных действий, создававших опасность для жизни либо здоровья человека или причинения значительного имущественного ущерба либо наступление иных тяжких последствий, если такие действия были совершены в целях нарушения общественной безопасности, запугивания населения, провокации военного конфликта, международного осложнения, или с целью влияния на принятие решений или совершение либо не совершение действий органами государственной власти либо органами местного самоуправления, должностными лицами этих органов, объединениями граждан, юридическими лицами, либо привлечение внимания общественности к определённым политическим, религиозным или другим взглядам виновного (террориста), а также угроза совершения указанных действий в тех же целях».

Мы согласны с В.П. Емельяновым, который отмечает, что: «Уже при сугубо внешнем восприятии этого состава преступления обращает на себя внимание его очевидная громоздкость и перегруженность полностью лишними фразами, которые лишь детализируют некоторые положения этой статьи закона» [4, с. 51]. При этом его основной недостаток автор видит в том, что такие признаки, как «нарушение общественной безопасности», «запугивание населения» и «осуществление влияния», предусмотрены не во взаимосвязи и взаимообусловленности, а в альтернативном порядке, который, в свою очередь, приводит к тому, что под состав преступления «террористический акт» подпадают многочисленные деяния, которые должны квалифицироваться по другим статьям УК [4, с. 51].



Анализируя статью 258 УК, складывается впечатление, что законодатель одной статьёй хотел охватить ряд преступлений, что, по нашему мнению, является недопустимым. Такой подход лишь вносит путаницу в осуществление правильной квалификации тех или иных преступлений, и соответственно, усложняет борьбу с терроризмом.

Также в УК есть ещё ряд статей относительно терроризма. В частности, это статья 258-1 УК – вовлечение в совершение террористического акта, статья 258-2 УК – публичные призывы к совершению террористического акта, статья 258-3 УК – создание террористической группы или террористической организации, статья 258-4 УК – содействие совершению террористического акта и статья 258-5 УК – финансирование терроризма и т.п. [7].

Таким образом, согласно Закону Украины о уголовной ответственности уголовно наказуемыми являются лишь деяния относительно совершения террористического акта либо вовлечение в его совершение, либо публичные призывы к его совершению и т.д. В тоже время представляется несколько непонятным само содержание таких положений относительно борьбы с терроризмом.

Уголовный кодекс Украины является единственным законодательным актом, которым урегулированы правоотношения, которые возникают в результате совершения лицом общественно опасного деяния, и среди прочего этим актом определено, какие именно общественно опасные деяния являются преступлениями и какие наказания применяются к лицам, которые их совершили. Поэтому возникает вопрос, может ли содержание понятия терроризм быть равнозначным с содержаниями таких понятий, как террористический акт или террористическая деятельность? Безусловно, нет. По нашему мнению, терроризм – это совокупность террористических актов, а террористическая деятельность лишь определяет направленность преступлений, которые охватываются терроризмом.

Перейдём к Закону Украины «О борьбе с терроризмом» [5], который, собственно, является основным межотраслевым законом о борьбе с терроризмом, поскольку принят с целью

защиты граждан, государства и общества от терроризма, выявления и устранения причин и условий, которые его порождают и т.п.

В соответствии со статьёй 1 данного Закона терроризм определён как общественно опасная деятельность, которая заключается в сознательном, целеустремлённом применении насилия путём захвата заложников, поджогов, убийств, пыток, запугивания населения и органов власти или совершения других посягательств на жизнь или здоровье ни в чем не повинных людей или угрозы совершения преступных действий с целью достижения преступных целей [5].

В целом такую общественно опасную деятельность можем назвать террористической. В подтверждение нашего тезиса приведём определение понятия борьба с терроризмом, изложенном в этой же статье. Так, это деятельность относительно предотвращения, выявления, прекращения, минимизации последствий террористической деятельности.

Определение «террористическая деятельность» охватывает: планирование, организацию, подготовку и реализацию террористических актов; подстрекательство к совершению террористических актов, насилие над физическими лицами или организациями, уничтожение материальных объектов в террористических целях; организацию незаконных вооружённых формирований, преступных группировок (преступных организаций), организованных преступных групп для совершения террористических актов, также как и участие в таких актах; вербовку, вооружение, подготовку и использование террористов; пропаганду и распространение идеологии терроризма; финансирование и другое содействие терроризму [5].

Исходя из изложенного, очевидно, что приведённый перечень общественно опасных деяний, которые определяют террористическую деятельность, должен быть идентичным с определёнными статьями УК, которыми установлена ответственность за такие деяния. Впрочем, статьи УК изложены несколько иначе.

Необходимо обратить внимание и на несоответствие Закона Украины «О борьбе с терроризмом» УК в части

установления ответственности за террористическую деятельность.

Так, раздел VI Закона Украины «О борьбе с терроризмом» [5] «Ответственность за участие в террористической деятельности» включает три статьи – 23, 24 и 25. Статьёй 23 предусмотрена ответственность лиц, виновных в террористической деятельности; статьёй 24 – ответственность организации за террористическую деятельность; статьёй 25 – ответственность за содействие террористической деятельности.

В тоже время в УК статьёй 258-3 установлена уголовная ответственность за создание террористической группы или террористической организации. Целесообразно эти нормы привести в соответствие, поскольку группа и организация являются разными субъектами.

Необходимо отметить и статью 258-4 УК, которой установлена уголовная ответственность за содействие совершению террористического акта.

Впрочем, поскольку исключительно УК определены общественно опасные деяния, которые являются уголовно наказуемыми преступлениями, считаем уместным раздел VI Закона Украины «О борьбе с терроризмом» назвать «Ответственность за терроризм», в который включить только отсылочную норму к УК.

Рассмотрим международные нормативно-правовые акты о борьбе с терроризмом.

Так, среди оснований подписания Европейской конвенции о борьбе с терроризмом: увеличение количества террористических актов; желание принять эффективные меры для обеспечения того, чтобы преступники, которые совершили такие акты, не избежали ни преследования, ни наказания; а также уверенность в том, что выдача правонарушителей является особенно эффективным мероприятием для достижения указанной цели [8].

В целом эта Конвенция состоит из 16 статей и в ней определён перечень преступлений, которые не принадлежат к политическим. Собственно, каждое преступление можно определить, как террористический акт. В тоже время, возвращаясь к УК, считаем объединение нескольких преступлений в одной статье недопустимым.



15 мая 2003 года был подписан Протокол, который вносит изменения в эту Конвенцию № ETS № 190 [9]. Соответственно, Законом Украины «О ратификации Протокола, который вносит изменения в Европейскую конвенцию о борьбе с терроризмом» от 20 сентября 2006 года наше государство обязалось включить его нормы в национальное законодательство. Основной целью подписания этого документа среди прочего является усиление борьбы с международным терроризмом и обновление перечня террористических преступлений.

Содержательным международным документом является Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом от 15 декабря 1997 года [10]. Наша страна присоединилась к этому документу в соответствии с Законом Украины «О присоединении Украины к Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом» от 29 ноября 2001 года.

Среди оснований принятия этого документа отмечают: обеспокоенность эскалацией во всем мире актов терроризма во всех его формах и проявлениях; все более широкие масштабы террористических нападений с применением взрывных и других смертоносных устройств, которые не рассматривались должным образом в существующих многосторонних положениях международного права; острая необходимость укрепления международного сотрудничества между государствами в разработке и принятии эффективных практических мероприятий для предупреждения таких актов терроризма, уголовного преследования и наказания виновных и т.п. Отдельно отмечается, что действия военных формирований государств регулируются нормами международного права за рамками этой Конвенции и что исключение некоторых деяний из области применения этой Конвенции не освобождает от ответственности за незаконные с другой стороны акты, не делает их законными и не препятствует привлечению к ответственности на основании других законов.

В целом настоящий документ охватывает 24 статьи. В частности, в статье 2 этой Конвенции перечислены преступления, которые составляют, исходя из названия Конвенции, бомбовый терроризм.

Исходя из изложенного, мы считаем, что упомянутого в определении террористического акта в части 1 статьи 258 УК «совершения взрыва» не достаточно для соответствия преступлениям, которые определены Международной конвенцией о борьбе с бомбовым терроризмом. Уголовной ответственности вследствие бомбового терроризма необходимо посвятить отдельную статью УК.

Международную конвенцию о борьбе с финансированием терроризма от 09 декабря 1999 года [11] Украина ратифицировала Законом Украины «О ратификации Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма» от 12 сентября 2002 года.

В частности, среди оснований её подписания количество и тяжёлый характер актов международного терроризма, которые зависят от финансирования, к которому террористы могут получить доступ, а также тот факт, что в существующих международных правовых документах такое финансирование конкретно не рассматривалось. Соответственно, в связи с этим акцентируется на неотложной необходимости укрепления международного сотрудничества в деле разработки и применения эффективных мероприятий по недопущению финансирования терроризма, а также борьбе с ним путём преследования и наказания лиц, которые его совершают [11].

В целом документ состоит из 28 статей, в статье 2 помещён перечень преступлений, которые относятся к финансированию терроризма.

Статьёй 258-5 УК предусмотрена уголовная ответственность за финансирование терроризма. В тоже время, как отмечает В.П. Емельянов, «из текста статьи невозможно понять, подпадает ли под признаки этого состава преступления финансирование любых террористических деяний, <...> или только финансирование террористических преступлений, а это нуждается в определённом совершенствовании конструкции этой статьи» [4, с. 56].

Выводы. Подводя итоги, отметим, что, проанализировав положения уголовно-правового характера нормативно-правовых актов, составляющих правовую основу борьбы с терроризмом, можем констатировать необходимость их совершенствования. В част-

ности, по следующим направлениям: прежде всего необходимо привести ряд положений Закона Украины «О борьбе с терроризмом» от 20 марта 2003 года в соответствие с требованиями ратифицированных Украиной международных нормативно-правовых актов; научно обосновать содержание таких понятий, как терроризм, террористическая деятельность, террористический акт, ведь имеющиеся создают путаницу, не охватывают всех угроз терроризма и даже технически являются несовершенными; унифицировать Закон Украины «О борьбе с терроризмом» от 20 марта 2003 года с Законом Украины об уголовной ответственности от 05 апреля 2001 года и другими законами Украины.

В свою очередь совершенствование указанных направлений позволит установить уголовную ответственность за терроризм во всех его формах и проявлениях, определённых международным сотрудничеством, а также усовершенствовать конструкции существующих положений, которые соответствуют международным документам, однако, являются противоречивыми.

Список использованной литературы:

1. Сааков В. Країни ЄС домовилися про жорсткіше антитерористичне законодавство. URL: <http://p.dw.com/p/1PBwX>
2. Парламент Франції схвалив новий антитерористичний закон. URL: <https://www.eurointegration.com.ua/news/2017/10/18/7072485/>
3. Глобальный индекс терроризма. URL: <https://gtmarket.ru/ratings/global-terrorism-index/info>
4. Емельянов В.П. Антитерористичне законодавство: поняття, система, шляхи вдосконалення: монографія. Х.: Право, 2016. 88 с.
5. Про боротьбу з тероризмом: Закон України від 20 березня 2003 року № 638-IV. / Відомості Верховної Ради України. 2003. № 25. Ст. 180.
6. Конституція України від 28 червня 1996 № 254к/96-ВР. / Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
7. Кримінальний кодекс України від 05 квітня 2001 року № 2341-III. / Відомості Верховної Ради України. 2001. – № 25–26. Ст. 131.



8. Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом від 27 січня 1977 року ETS № 90. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_331

9. Протокол, що вносить зміни до Європейської конвенції про боротьбу з тероризмом від 15 травня 2003 року ETS № 190. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_173

10. Міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим тероризмом від 15 грудня 1997 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_374

11. Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму від 09 грудня 1999 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_518

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Хмара Мила Васильевна – кандидат философских наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права и правосудия Частного высшего учебного заведения «Международный экономико-гуманитарный университет имени академика Степана Демьянчука»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Khmara Mila Vasilyevna – PhD in Philosophy, Associate Professor, Head of the Criminal Law and Justice Chair at “Private Higher Educational Establishment “International University of Economics and Humanities named after Academician Stepan Demianchuk”

zinger.khmara@gmail.com

УДК 35.078.1

МИГРАЦИОННЫЕ И КОРРУПЦИОННЫЕ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВЫЕ ОГРАНИЧЕНИЯ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ И РЕСПУБЛИКИ АЗЕРБАЙДЖАН

Виктория ЧЕРНАЯ,

кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры административного права и процесса
Национальной академии внутренних дел

АННОТАЦИЯ

В статье осуществлён анализ законов Белоруссии «О государственной службе» и «О принципах предотвращения коррупции». Определено, что в антикоррупционном законодательстве Белоруссии нет так называемого письменного обязательства по соблюдению ограничений, предусмотренных Законом Республики Беларусь «О принципах предотвращения коррупции». Отдельным ограничительным институтом в Республике Беларусь является административно-правовые ограничения, связанные с режимом въезда/выезда за/на территорию Белоруссии. Основания и виды миграционных ограничений Республики Азербайджан определены в миграционном кодексе Республики Азербайджан. Наряду с миграционными ограничениями к иностранцам и лицам без гражданства применяются также административно-правовые ограничения, связанные с их административно-правовым статусом, и валютные ограничения.

Ключевые слова: ограничения, правовые ограничения, административно-правовые ограничения, периодизация, запрет.

MIGRATION AND CORRUPTION ADMINISTRATIVE AND LEGAL RESTRICTIONS UNDER THE LAW OF THE REPUBLIC OF BELARUS AND THE REPUBLIC OF AZERBAIJAN

Viktoriya CHERNAYA,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Administrative Law and the Process
of the National Academy of Internal Affairs

SUMMARY

The laws of Belarus “On Civil Service” and “On the Principles of Preventing Corruption” are analyzed. It is determined that in the anti-corruption legislation of Belarus there is no the so-called written commitment to comply with the restrictions provided by the Law of the Republic of Belarus “On the Principles of Preventing Corruption”. A separate restrictive institute in the Republic of Belarus is the administrative and legal restrictions that are connected with the regime of entry/departure for/in the territory of Belarus. The grounds and types of migration restrictions of the Republic of Azerbaijan are defined in the Migration Code of the Republic of Azerbaijan. Along with migration restrictions for foreigners and stateless persons administrative and legal restrictions related to their administrative and legal status and currency restrictions are also applied.

Key words: restrictions, legal constraints, administrative and legal constraints, periodization, prohibition.

Постановка проблемы. Республика Беларусь и Республика Азербайджан являются странами-соседями Украины. Как и Украина, они практически в одно и тоже время стали независимыми государствами. В тоже время будет ценным и интересным

рассмотреть, каким образом в данных государствах обстоят дела с определением и применением административно-правовых ограничений.

Актуальность темы исследования продиктована необходимостью усовершенствования теоретических



подходов к изучению международного опыта по применению ограничений.

Состояние исследования. Вопрос правовых ограничений человека и гражданина в свое время были предметом исследований: П.П. Андрушко, Ю.В. Градовой, Я.А. Колинко, С.А. Кузниченко, М.И. Матузова, А.В. Малько, П.М. Рабиновича, А.А. Савченко, М.В. Савчина, М.Ф. Селивона, М.И. Хавронюка.

Цель и задача статьи – исследование направлений и анализ отдельных ограничений в Республике Азербайджан и Республике Беларусь.

Изложение основного материала. Ст. 22 Закона Республики Беларусь «О государственной службе в Республике Беларусь» определен ряд административно-правовых ограничений, связанных с пребыванием на государственной службе. Так, на государственного служащего распространяются ограничения: заниматься предпринимательской деятельностью лично или через других лиц, способствовать мужу (жене), близким родственникам или своякам в осуществлении предпринимательской деятельности, используя служебное положение, а также быть представителем третьих лиц по вопросам, связанным с деятельностью государственного органа, служащим которого он является или подчиненного и (или) подконтрольного ему, участвовать лично или через доверенных лиц в управлении коммерческой организацией, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами; занимать другие государственные должности, за исключением случаев, предусмотренных Конституцией Республики Беларусь, иными законодательными актами; участвовать в забастовках; выполнять другую оплачиваемую работу, не связанную с выполнением должностных обязанностей по месту основной службы, кроме педагогической (в части реализации содержания образовательных программ), научной, культурной, творческой деятельности и медицинской практики. Педагогическая (в части реализации содержания образовательных программ), научная, культурная, творческая деятельность, медицинская практика в рабочее время могут осуществляться по согласованию с руководителем государственно-

го органа, в котором государственный служащий занимает государственную должность, или уполномоченным им лицом. Зато Законом Украины «О предотвращении коррупции» предусмотрено, что государственные служащие не могут заниматься другой оплачиваемой (кроме преподавательской, научной и творческой деятельности, медицинской практики, инструкторской и судейской практики по спорту) или предпринимательской деятельностью, если иное не предусмотрено Конституцией или законами Украины; использовать служебное положение в интересах политических партий, религиозных организаций, других юридических лиц, а также граждан, если это расходится с интересами государственной службы; принимать имущество (подарки) или получать другую выгоду в виде услуги в связи с выполнением служебных обязанностей, за исключением сувениров, вручаемых при проведении протокольных и иных официальных мероприятий.

Полученные государственным служащим Беларуси при проведении протокольных и иных официальных мероприятий сувениры, стоимость которых превышает пять базовых величин, передаются в доход государства по решению комиссии, создаваемой руководителем государственного органа, в котором государственный служащий занимает государственную должность. Им запрещено использовать во внеслужебных целях средства материально-технического, финансового и информационного обеспечения, другое имущество государственного органа и служебной тайны; иметь счета в иностранных банках, за исключением случаев выполнения государственных функций в других странах и других предусмотренных законодательством случаев; принимать без согласия Президента Республики Беларусь государственные награды иностранных государств; получать от иностранных государств документы, предоставляющие права на льготы и преимущества в связи с политическими, религиозными взглядами или национальной принадлежностью, а также же пользоваться такими льготами и преимуществами, если иное не вытекает из международных договоров Республики Беларусь [1].

Применение данных ограничений по отношению к государственному служащему, по нашему мнению, является позитивным шагом в борьбе с коррупцией. Так, например, в Законе Украины «О государственной службе» не предусмотрено применение ограничения о наличии возможности у государственного служащего иметь счета в банках-нерезидентах. Тогда как в ст. 52 Закона Украины «О предотвращении коррупции» и того больше разрешается иметь счета в банках-нерезидентах, но предусмотрены определенные особенности реализации такого права: при открытии субъектом декларирования или членом его семьи валютного счета в учреждении банка-нерезидента соответствующий субъект декларирования обязан в десятидневный срок письменно сообщить об этом Национальное агентство в установленном им порядке, с указанием номера счета и местонахождение банка-нерезидента; порядок информирования Национального агентства об открытии валютного счета в учреждении банка-нерезидента, а также о существенных изменениях в имущественном состоянии определяются Национальным агентством. Впрочем, по нашему мнению, целесообразно было бы ограничить государственного служащего в праве открывать счета в банках-нерезидентах.

Аналогичным усматривается пробел в нормах законов Украины «О государственной службе» и «О принципах предотвращения коррупции» положений о праве принимать без согласия Президента государственные награды иностранных государств и, соответственно, получать от иностранных государств документы, предоставляющие права на льготы и преимущества в связи с политическими, религиозными взглядами или национальной принадлежностью, а также пользоваться такими льготами и преимуществами, если иное не вытекает из международных договоров.

Таким образом, учитывая указанное, считаем необходимым дополнить ч. 3 ст. 10 Закона Украины «О государственной службе» пунктом 6, 7 следующего содержания: 6) принимать без согласия Президента Украины государственные награды иностранных государств; 7) получать от иностранных



государств документы, предоставляющие права на льготы и преимущества в связи с политическими, религиозными взглядами или национальной принадлежностью, а также пользоваться такими льготами и преимуществами, если иное не вытекает из международных договоров Украины).

Законом Республики Беларусь «О борьбе с коррупцией» расширен круг лиц, которые относятся к государственным должностным лицам; введён новый правовой институт «конфликт интересов» в связи с исполнением обязанностей государственного служащего, установлен порядок предотвращения и урегулирования таких конфликтов интересов; дополнен перечень антикоррупционных ограничений для государственных должностных лиц, а именно: определён порядок заключения государственными должностными лицами от имени государственных и негосударственных организаций соглашений с юридическими лицами, собственниками имущества или аффилированными лицами которых являются супруги, близкие родственники или свояки государственных должностных лиц, а также с индивидуальными предпринимателями, которые являются их женами, близкими родственниками или свояками; предоставлено право отдельным категориям государственных служащих лично или через доверенных лиц принимать участие в управлении коммерческими организациями, доли участия (акции, права) в уставных фондах которых находятся в собственности этих государственных должностных лиц [2].

В тоже время интересным представляется наличие в антикоррупционном законодательстве Белоруссии так называемого письменного обязательства по соблюдению ограничений, предусмотренных Законом Республики Беларусь «О коррупции», который должны подписывать все лица, находящиеся на государственной службе, – антикоррупционное обязательство.

Неподписание государственным служащими антикоррупционного обязательства влечёт освобождение их от занимаемой должности (путем увольнения, перевода на другую должность, не относится к должностям государственных должностных лиц и др.).

Лица, отказавшиеся подписать антикоррупционное обязательство, лишаются статуса государственного должностного лица [3].

Отдельным ограничительным институтом в Республике Беларусь является административно-правовые ограничения, связанные с режимом въезда/выезда за/на территорию Белоруссии. В соответствии с Законом Белоруссии «О порядке выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь», других нормативно-правовых актов гражданин прежде чем выехать за границу должен не только получить визу, оформить другие документы, но и поставить в паспорте отметку (штамп), который свидетельствует о том, что у него нет ограничений на выезд за границу. Ограничения должны определяться только законом и в полном соответствии со статьей 23 и другими статьями Конституции Республики Беларусь с тем, чтобы не нарушалась природа закреплённых в них прав и свобод граждан. Ограничения для временного выезда должны быть разумными и справедливыми.

Недавно в Украине был принят Закон Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно создания экономических предпосылок для усиления защиты права ребёнка на надлежащее содержание», которым, в том числе, предусмотрено ограничение по выезду за границу родителя, который уклоняется от уплаты алиментов.

Согласно ст. 5 Закона Белоруссии «О порядке выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь» выезд за границу гражданина Республики Беларусь может быть временно ограничен: 1) если он обладает сведениями, составляющими государственную тайну, – до прекращения действия обстоятельств, препятствующих выезду; 2) если против него возбуждено уголовное дело – до окончания производства по делу; 3) если он осужден за совершение преступления – до отбытия наказания или освобождения от наказания; 4) если он уклоняется от исполнения обязательств, наложенных на него судом, – до исполнения обязательств; 5) если к нему подан гражданский

иск в суде – до окончания производства по делу; 6) если он сообщил о себе заведомо ложные сведения при оформлении документов; 7) если он приписан к призывному участку и подлежит призыву в назначенное время на действительную срочную военную службу – до прохождения срочной военной службы или до освобождения от нее в соответствии с законом.

По нашему мнению, все указанные ограничения таковы, что требуют применения, и соответственно, законно ограничивают права субъекта. Так, довольно спорным, по нашему мнению, представляется вопрос применения таких ограничений, как: выезд за границу лица, если к нему подан гражданский иск в суде – до окончания производства по делу, и если лицо приписано к призывному участку и подлежит призыву в назначенное время на действительную срочную военную службу – до прохождения срочной военной службы или до освобождения от нее в соответствии с законом.

Пунктом 3 статьи 101 Договора о Евразийском экономическом союзе определены таможенные ограничения. Определено, что запреты и ограничения применяются в отношении товаров, перемещаемых через таможенную границу Союза, и внетарифного регулирования (в том числе, вводятся исходя из общих исключений, защиты внешнего финансового положения и обеспечения равновесия платежного баланса в одностороннем порядке), меры технического регулирования, меры экспортного контроля и меры по продукции военного назначения, а также санитарные, ветеринарно-санитарные и карантинные фитосанитарные меры и радиационные требования [4].

Основания и виды миграционных ограничений Республики Азербайджан определены в Миграционном кодексе Республики Азербайджан.

Пунктом 9.3 ст. 9 Миграционного кодекса Азербайджанской Республики определено право гражданина на выезд из страны, однако может быть временно ограничено только в следующих случаях: 1) при задержании или избрании в отношении него любой меры пресечения в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом



сом Азербайджанской Республики – до освобождения, до истечения срока меры пресечения или к отмене меры пресечения; 2) при осуждении – до отбытия основного наказания, установленного Уголовным кодексом Азербайджанской Республики или до освобождения от наказания; 3) при применении принудительных мер медицинского характера в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом Азербайджанской Республики – до отмены применения принудительных мер медицинского характера; 4) при осуждении условно с наложением обязательств, предусмотренных Уголовным кодексом Азербайджанской Республики, или при условно-досрочном освобождении от наказания – соответственно, до завершения испытательного срока или неотбытой части срока наказания или до полной досрочной отмены условного осуждения или наложенных обязательств; 5) при призыве на действительную срочную военную службу – до прохождения действительной срочной военной службы или освобождения от нее в соответствии с законом; 6) при наличии решения суда, вступившего в законную силу о временном ограничении права гражданина на выезд из страны за невыполнение без уважительных причин в установленный для добровольного исполнения срок, исполнительного документа, выданного решением суда – до принятия решения о снятии ограничения; 7) к проведению профилактических прививок при въезде и выезде из страны, где в соответствии с международными медицинскими санитарными правилами или международными договорами, участником которых является Азербайджанская Республика, нужны профилактические прививки.

Впрочем, на основании анализа ограничений, которые не позволяют выехать за территорию Республики Азербайджан, по нашему мнению, часть из них является нарушением личных прав граждан. Это касается применения ограничения медицинского характера о необходимости проведения профилактических прививок во время въезда и выезда из страны, где в соответствии с международными медицинскими санитарными правилами

ми или международными договорами, участником которых является Азербайджанская Республика, нужны профилактические прививки.

Лицам, допущенным к работе с государственной тайной, выезд в зарубежную страну для постоянного места жительства может быть временно ограничен до истечения срока секретности сведений, к которым они были допущены, однако на срок не более 5 лет. Сведения о гражданах, право выезда из страны и въезда в страну которых было ограничено, должны быть внесены в списки ограничений межуправленческой автоматизированной информационно-поисковой системы «Въезд-выезд и регистрация» и при устранении соответствующих оснований активный статус сведений должен быть изменен. Ст. 16 Миграционного кодекса предусмотрены случаи ограничения въезда иностранцев и лиц без гражданства на территорию Республики Азербайджан:

если этого требуют интересы охраны национальной безопасности, общественного порядка или защита прав и законных интересов граждан Азербайджанской Республики и других лиц; при наличии информации о том, что лицо совершило преступление против мира и человечества, террор, военное преступление, финансировало терроризм или является членом транснациональной организованной преступной группы; если лицо осуждено за совершение преступления против интересов Азербайджанской Республики или граждан Азербайджанской Республики – до погашения или снятия судимости в установленном законом порядке; если раньше человек был выдворен за пределы Азербайджанской Республики – до завершения введенного срока ограничения въезда в страну; если пребывание лица в Азербайджанской Республике считается нежелательным; если лицо в период своего предыдущего пребывания в Азербайджанской Республике возбудило заявленные цели приезда в Азербайджанскую Республику; если лицо при подавляющем о въезде в Азербайджанскую Республику дало о себе или о цели своего визита ложные сведения; если лицо за последние три года было дважды или более привлечено к административной ответствен-

ности за нарушение миграционного законодательства.

В таких случаях на въезд иностранных граждан и лиц без гражданства в Азербайджанскую Республику вводится запрет сроком на 5 лет.

Ст. 17 определены случаи ограничения выезда иностранцев и лиц без гражданства за территорию Азербайджана: если их выезд противоречит интересам обеспечения национальной безопасности до устранения этого основания; если они задержаны или к ним избрана мера пресечения в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом Азербайджанской Республики – к освобождению, до окончания срока меры пресечения или отмене меры пресечения; если они приговорены к отбытию основного наказания, установленного Уголовным кодексом Азербайджанской Республики, или освобождения от наказания; если в отношении них приняты принудительные меры медицинского характера в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом Азербайджанской Республики – до отмены применения принудительных мер медицинского характера; при их условном осуждении с возложением на них обязательств, предусмотренных Уголовным кодексом Азербайджанской Республики, или досрочно-условном освобождении от наказания – до завершения испытательного срока или до истечения срока неотбытой части наказания, или до досрочной полной отмены условной судимости или наложенных обязательств; при наличии законно вступившего в силу решения суда о временном ограничении их права выезда из страны за невыполнение без уважительных причин в установленный для добровольного исполнения срок исполнительного документа, выданного на основании решения суда, – до принятия решения о снятии ограничения; при совершении ими административного правонарушения – до выполнения законно вступившей в отношении их меры административного взыскания [5].

Наряду с миграционными ограничениями к иностранцам и лицам без гражданства применяются также административно-правовые ограничения, связанные с их административно-правовым статусом:



1) когда занятия определенных должностей и видов деятельности обуславливается гражданством Азербайджанской Республики, иностранцы и лица без гражданства не могут занимать эти должности и заниматься подобной деятельностью; 2) не могут быть членами политических партий Азербайджанской Республики; 3) не могут принимать участие в выборах в органы государственной власти и местного самоуправления и быть избранными в них, а также не могут участвовать во всенародных голосованиях (референдумах); 4) иностранцы и лица без гражданства не несут воинской обязанности; 5) при необходимости обеспечения национальной безопасности, охраны общественного порядка, защиты здоровья, прав и интересов населения, а также грубом нарушении требований законодательства Азербайджанской Республики о правовом положении иностранцев и лиц без гражданства, иностранцы и лица без гражданства могут быть выдворены за пределы Азербайджанской Республики в течение от одного до семи дней на основании решения соответствующего государственного органа [6].

Также в стране существует ряд валютных ограничений, в частности: 1) не допускается покупка и продажа иностранной валюты без участия уполномоченных банков; 2) правила перечисления и ввоза наличными валютных ресурсов резидентами, являющимися юридическими лицами, в Азербайджанскую Республику, а также перечисление и вывоз их наличными из Азербайджанской Республики устанавливаются Центральным банком Азербайджанской Республики; 3) нерезиденты могут вывозить из Азербайджанской Республики свои валютные средства, ранее перечисленные в Азербайджанскую Республику наличными с соблюдением таможенных процедур на основании справок, выданных уполномоченными банками в соответствии с правилами, установленными Центральным банком Азербайджанской Республики; 4) если сумма валютных ресурсов, ввозимых нерезидентами на территорию Азербайджанской Республики, превышает эквивалент, равный 50 (пятидесяти) тысячам долларов США, та-

моженные органы в семидневный срок представляют Центальному банку Азербайджанской Республики, органу финансового мониторинга и соответствующему органу исполнительной власти сведения о сумме средств, дату ввоза, ввозивших лицах и стране, откуда они ввозятся; 5) нерезиденты могут перечислять за пределы Азербайджанской Республики валютные ресурсы, которые превышают эквивалент равный 50 (пятидесяти) тысячам долларов США, ранее ввезенные наличными в Азербайджанскую Республику, на основании таможенных документов, подтверждающих их ввоз. При перечислении за пределы Азербайджанской Республики валютных ресурсов в сумме, превышающей эквивалент равный 50 (пятидесяти) тысячам долларов США, из валютных ресурсов, ранее ввезенных наличными в Азербайджанскую Республику, нерезиденты должны представить справку, подтверждающую выдачу им наличными данных средств соответствующим банком или иной кредитной организацией страны, из которой ввозится валюта.

Список использованной литературы:

1. О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О государственной службе в Республике Беларусь»: Закон Республики Беларусь от 30 декабря 2011 г.
2. О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О борьбе с коррупцией»: Закон Республики Беларусь от 22 декабря 2011 г.
3. Киеня Р.В. Антикоррупционные ограничения: изменения в законодательстве. URL: <https://otdelkadrov.by/number/2012/3/320126/>
4. Запреты и ограничения. URL: http://www.customs.gov.by/ru/zaprety_i_ogranichenija-ru/
5. Миграционный кодекс Азербайджанской Республики. URL: http://cs.mfa.gov.cn/zggmccg/ljmdd/yz_645708/asbj_645896/rj1_645906/jlrj_645912/W020140827524286216481.pdf
6. О правовом положении иностранцев и лиц без гражданства: Закон Азербайджанской Республики от 13 марта 1996 года № 41-ІГ. URL: http://reflaw.narod.ru/HTMLs/lows/azerb/ino_az.htm

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Черная Виктория Григорьевна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного права и процесса Национальной академии внутренних дел;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Chernaya Viktoriya Grigoryevna – Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Administrative Law and Process of the National Academy of Internal Affairs

demidenkov@ukr.net



УДК 346.546

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРЕДОТВРАЩЕНИЯ МОНОПОЛИЗАЦИИ РЫНКОВ В РАМКАХ НАЦИОНАЛЬНОЙ И МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНКУРЕНЦИИ

Татьяна ШВЫДКАЯ,
кандидат юридических наук,
ассистент кафедры хозяйственного права
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена рассмотрению проблемы монополизации рынков как в рамках национального, так и глобального масштабов. Монополизм как явление вредит нормальному функционированию экономики и несёт в себе гораздо больше отрицательных черт, чем положительных, в конечном итоге может нанести ущерб экономике в глобальном масштабе. Монополизация рынков путём слияния и поглощения является настоящей угрозой для функционирования свободной конкуренции, посредством чего мощные ТНК получают ещё большие конкурентные преимущества. На данный момент сложилась ситуация, когда действующее конкурентное законодательство Украины не имеет достаточно эффективных механизмов преодоления монопольного характера экономики и требует модернизации законодательной и регулирующей базы, учитывая особенности экономической ситуации в стране и процессы глобализации.

Ключевые слова: экономическая конкуренция, монополизм, олигополия, доминирование, злоупотребление монопольным положением.

LEGAL REGULATION OF PREVENTION OF MONOPOLIZATION OF MARKETS IN THE CONTEXT OF NATIONAL AND INTERNATIONAL COMPETITION

Tatiana SHVYDKAYA,
PhD in Legal Sciences, Assistant Lecturer at the Department of the Economic Law of Yaroslav Mudryi National Law University

SUMMARY

The article is devoted to the problem of monopolization of markets both within the national and global scale. Monopoly as a phenomenon harms the normal functioning of the economy and carries much more negative features than positive ones, and can ultimately harm the economy on a global scale. Monopolization of markets through mergers and acquisitions is a real threat to the functioning of free competition, whereby powerful MNCs receive even greater competitive advantages. Today we have a situation where the current competitive legislation of Ukraine does not have sufficiently effective mechanisms to overcome the monopoly nature of the economy and requires the modernization of the legislative and regulatory framework, taking into account the peculiarities of the economic situation in the country and the processes of globalization.

Key words: economic competition, monopolism, oligopoly, domination, abuse of monopoly position.

Постановка проблемы. Монополизм и доминирование являются достаточно популярными явлениями как с точки зрения внутреннего, так и глобального рынка. Антимонопольное регулирование началось почти сто лет назад, но на сегодняшний день говорить о функционировании конкурентной среды без признаков доминирования во многих отраслях нет смысла. Доминирование субъектов хозяйствования, особенно крупных транснациональных корпораций, во многих отраслях производства очевидно, как на внутреннем, так и на всемирном рынке. Существует много пробелов в законодательном регулировании касательно процедурных и теоретических аспектов, что требует совершенствования и внедрения действенных механизмов как на уровне на-

ционального законодательства, так и на уровне международного права.

Цель статьи. 1. Рассмотреть и проанализировать исторические предпосылки и процесс формирования антимонопольного регулирования в США, странах Европы и Украины.

2. Определить особенности антимонопольного регулирования в европейской и американской модели конкурентного права, в частности определить особенности регулирования конкурентных отношений в Украине.

3. Проанализировать состояние современного антимонопольно-конкурентного регулирования в Украине.

4. Сделать теоретический анализ рынков как в рамках национальной экономики, так и в рамках мирового рынка.

Анализ последних публикаций.

Автором были проанализированы труды учёных экономистов и юристов, в том числе юристов-хозяйственников и международников по вопросам обеспечения конкурентной политики государства. Теоретическую основу исследования составили положения, сформулированные в работах Д. Задыхайло [6], К. Стадник [7], К. Смирновой [8], В. Муравьева [9], Н. Кониной [10], Г. Филюка [11], О. Бакалинской [12] и других.

Изложение основного материала.

Потребность антимонопольного регулирования появилась в США в конце XIX века, когда монополизм как явление стал очень популярным, что могло привести к угрозе нормального функционирования рыночной экономики.



Много отраслей промышленности на тот момент оказались монополизированными, в том числе речь идёт о нефтяной, сахарной промышленности, производстве виски, свинца, сигарет, хлопкового и льняного масла. Примером может служить рынок автомобильной промышленности, который разделяли между собой три основные компании “Ford”, “Chrysler” та “General Motors”, что позволяло им контролировать 80% производства. Рынок добычи нефтепродуктов в США почти на 90% принадлежал компании Standart Oil Company, которая владела полным циклом от добычи нефти до поставок конечного продукта и оказывала большое влияние на рынок железнодорожных перевозок, который, в свою очередь, тоже был монополизирован. Рынок табачного производства принадлежал компании American Tobacco Company почти на 90%.

Первым антимонопольным законом стал Закон Шермана, запрещающий объединения, заговоры, картели, тресты и другие формы монополий. Этот закон был крайне жёстким и предусматривал наказание в виде штрафа или тюремного заключения на срок не более одного года, или оба наказания по решению суда. Запрещались договорённости с целью ограничения торговли или коммерции между несколькими странами или штатами.

С 1987 года начинается правоприменительная практика Закона Шермана: были вынесены первые решения Верховным Судом США по 18 железнодорожных компаниях относительно их незаконного заключения договора о фиксации цен. В 1911 году Верховный Суд США принимает решение о разделении огромной компании на рынке нефтепродуктов – Standart Oil, которая принадлежала Джону Д. Рокфеллеру, на тридцать четыре дочерние компании, при этом Рокфеллер остался полностью контролировать их деятельность.

Процедуре разделения подверглись и американская телекоммуникационная компания “American telecom & telegraph”, работавшая под брендом Bell telephone, которая в 1985 году была разделена антимонопольными органами США на семь региональных операторов. Это была необходимая мера, потому что в то время телекоммуникационная компания монополизировала

рынок провода телефонной связи, ремонта телефонных аппаратов и сетей.

Закон Шермана имел определённые недостатки, которые позволили судам трактовать его по своему усмотрению, не было действенного регулирования масштабных монополий, в то время забастовки профсоюзов были приравнены к картелям. В дальнейшем определённые недостатки были устранены принятием в 1914 году Закона Клейтона, в котором предоставлялось более детальное определение конкурентных правонарушений. В этом же году создаётся Федеральная Торговая Комиссия (ФТК) как орган, уполномоченный на проведение конкурентной политики, полномочия которого определялись в специальном Законе «О ФТК». Основной целью Закона Клейтона было его направление на предотвращение монополизации и запрет слияний, которые могли привести к ограничению конкуренции. Закон Клейтона несколько смягчил регулирование конкуренции и определял более подробно процесс контроля и предоставления разрешения на слияние и поглощение со стороны компаний. Дальнейшее регулирование, в частности вопросов концентрации и контроля за слияниями, было детализировано в законах Робинсона-Патмана, Селлера-Кефовеера и других законодательных актах. Но необходимо отметить, что, несмотря на определённые недостатки Закона Шермана, он однозначно стал основой для дальнейшего развития антимонопольного законодательства не только США, но и большинства стран мира.

В Европе борьба с монополиями на законодательном уровне начинается с тридцатых годов XX века: Бельгия и Нидерланды – 1935 год, Дания – 1937 г., Великобритания – 1948, ФРГ – 1957 и Франция – 1963 год. Немецкое картельное право более тяготеет в регулировании к американской модели и основным его направлением стала борьба с картелями. Антимонопольное регулирование в Великобритании вначале также имело черты американской модели, хотя впоследствии реформировалось и приобрело более европейскую направленность. Наряду с регулированием конкуренции и принятием антимонопольных законов на национальном уровне происходит интеграция Европейского Союза

и регулирования конкуренции на наднациональном уровне. Регулирование конкуренции становится одним из направлений регулирования Европейского Союза и предусматривает наличие единых правил конкуренции. Как отмечает К. Смирнова, цели правового антимонопольного регулирования во многих аспектах совпадают с целями правового регулирования экономики в целом [8, с. 158]. В. Муравьев, подерживая эту точку зрения, определяет необходимость продолжения и содействие интегрированного рынка через гармоничное применение конкурентных норм с другими направлениями совместной политики Европейского Союза [9, с. 401]. В противовес американской модели европейская модель в основном направлена на контроль за злоупотреблением монопольным положением и не запрещает занимать на рынке доминирующее положение.

Начало развития наднационального антимонопольного регулирования было положено подписанием в 1951 году Договора об объединении угля и стали (называющийся Парижский договор, вступивший в силу в 1952 году). Дальнейшее развитие конкурентное законодательство ЕС получило с подписанием Римского договора 25 марта 1957, внесением в него изменений путём подписания Маастрихтского (1992), Ниццкого (2001) и Лиссабонского (2007) договоров. Но направление антимонопольного регулирования и основные принципы и цели остались неизменными.

Основные принципы и правила конкуренции в ЕС определены, в частности, в Договоре о функционировании ЕС (ДФЕС), регламентах и директивах ЕС. Статьи 101-109 ДФЕС содержат основные правила конкуренции ЕС и предусматривают запрет картельных сговоров и осуществления любых несовместимых с внутренним рынком согласований, злоупотребление одним или несколькими субъектами своим монопольным (доминирующим) положением, контроль за предоставлением государственной помощи, несовместимой с внутренним рынком и контроль за слияниями. Наряду с этим предусматривается защита от недобросовестной конкуренции [13].

Основным исполнительным органом является Европейская комиссия,



на которую возложены функции защиты от злоупотреблений монопольным положением, борьбы с картельными сговорами, контроля за слияниями и государственной помощью, а также защите от недобросовестной конкуренции [14].

Монополизм как явление вредит нормальному функционированию экономики и несёт в себе гораздо больше отрицательных черт, чем положительных, в конечном итоге может нанести ущерб экономике в глобальном масштабе. Монополии могут быть разного масштаба – региональные, национальные, а также мировые. Особенно опасным явлением являются мировые монополии, которые создаются путём слияний и поглощений огромных транснациональных корпораций. Монополизация рынков посредством слияния и поглощения является настоящей угрозой для функционирования свободной конкуренции, посредством чего мощные ТНК получают ещё большие конкурентные преимущества. В США и в Европе наряду с регулированием и контролем за злоупотреблениями существует система контроля за концентрацией со стороны антимонопольных органов.

Говоря о монополии, мы не всегда имеем в виду присутствие на рынке одного субъекта хозяйствования. Более конкретным термином является монопольное или доминирующее положение, что может подразумевать наличие на рынке нескольких субъектов. При этом понятие «доминирующее положение» предусматривает как наличие большой доли на рынке, так и возможность некой экономической власти, позволяющей предотвращать эффективную конкуренцию. Европейская комиссия не считает опасным занятие 25–40% доли субъекта хозяйствования на рынке. Доминирующим будет считаться доля 60–70%. Также в Европейском законодательстве предусматривается понятие «коллективное доминирующее положение», что предполагает существование нескольких субъектов, имеющих возможность независимой деятельности, контроля производства или распределения значительной части соответствующей продукции, что позволяет им действовать без учёта поведения их конкурентов, покупателей и продавцов [11, с. 114].

Как уже отмечалось, европейская модель антимонопольного регулирования не запрещает наличие монополий, запрещается только злоупотребление монопольным положением, при этом злоупотребления согласно ст. 102 ДФЭС должно признаваться как «несовместимое с внутренним рынком» [13]. Для привлечения к ответственности важным является доказание двух аспектов: «доминирующего положения» и «злоупотребление».

Формы злоупотреблений перечислены в статье 102 ДФЭС [13], но статья предусматривает лишь некоторые виды проявлений злоупотребления, т.к. предусмотреть весь перечень действий, которые можно считать злоупотреблением, невозможно. Злоупотребление доминирующим положением может проявляться в установлении завышенной или заниженной цены на товар, ограничении производства или технического развития, установления системы скидок, особенно предусматривающей эксклюзивную покупку товара у определённого продавца; проявлении дискриминации, что может выражаться в установлении разных условий к эквивалентным сделкам; навязывании дополнительных обязательств, которые не связаны с предметом договора.

На сегодняшний день мы имеем ситуацию как на мировом, так и национальном рынке, которая явно выражает олигополистический характер конкуренции в большинстве отраслей экономики. Практически в любой отрасли мы можем назвать от одного-двух до десятков мировых лидеров, которые разделяют между собой рынок того или иного производства. Основными субъектами глобальной экономики, безусловно, являются транснациональные корпорации, которые разделяют между собой основную долю рынка и имеют значительные конкурентные преимущества по сравнению с компаниями мелкого и среднего бизнеса. ТНК эффективно используют оптимальное сочетание ресурсных, технологических, инновационных и глобальных конкурентных преимуществ [10, с. 20].

Почти в каждой отрасли производства можно выделить нескольких лидеров, которые распределяют между собой рынок, будь то рынок мобильных телефонов, производства самолётов, бытовой техники, автомобильной про-

мышленности или информационного сектора. Среди крупнейших мировых монополистов можно выделить компании Google и Microsoft, Coca-Cola company, Pepsico, Procter&Gamble, Nestle, Kraft, Danone и т.д. Причём слияние и поглощение происходит этими компаниями в разных сегментах рынка, дабы избежать «реального» признания занятия монопольного положения на том или ином рынке. Компании объединяются в разных сегментах рынка для получения ещё более могущественного положения на рынке.

К сожалению, необходимо отметить факт индифферентного отношения со стороны крупных компаний к запрещающим антимонопольным нормам и уровень конкурентных правонарушений, что даёт возможность утверждать об избежании в большинстве случаев ответственности со стороны субъектов-нарушителей и отсутствии превентивной функции антимонопольного регулирования. На практике почти любой монополист готов регулярно подвергаться санкциям, продолжая при этом нарушать нормы антимонопольного законодательства. Корень этой проблемы лежит в недостаточной эффективности системы мер, которые сводятся зачастую к простому денежному штрафу. Причём даже миллиардные штрафы не останавливают компании-гиганты в своих проявлениях злоупотреблений и других видов конкурентных правонарушений.

Наряду с доминированием международных ТНК для Украины остаётся крайне высокий уровень монополизации рынков внутри страны. Анализ конкурентной ситуации позволяет утверждать, что монопольно-олигопольные структуры многих секторов экономики не предоставляют возможности конкурировать малому и среднему бизнесу ни внутри страны, ни выходить на международные рынки.

Формирование антимонопольной политики и её законодательного обеспечения в Украине началось после распада СССР и с началом зарождения рыночной экономики. К сожалению, первые законы, направленные на де-монополизацию экономики, не дали желаемых результатов, в большинстве своём были непосредственно связаны с приватизационными процессами целостных имущественных комплексов,



рейдерским захватом земель, что привело к тому, что те же самые крупные государственные предприятия и даже целые отрасли производства превратились в монопольные структуры, но уже в руках частного сектора экономики. Это привело к созданию олигопольно-монопольного типа экономики с элементами частной собственности, что происходило посредством концентрации предприятий и создания в большинстве отраслей доминирующих групп холдингового типа, которые распределяют между собой большинство рынков.

Второй этап конкурентного регулирования начинается с принятием в 2001 году Закона Украины «О защите экономической конкуренции» [1] и предусматривает гармонизацию законодательства Украины с нормативно-правовой базой Европейского Союза. Наряду с данным Законом регулирование конкуренции предусматривается в Законе Украины «О естественных монополиях» [2], «Об Антимонопольном комитете Украины» [3], «О защите от недобросовестной конкуренции» [4], в нормах Хозяйственного кодекса [5] и множестве подзаконных нормативно-правовых актов Антимонопольного комитета и Кабинета Министров Украины, детализирующих процессуальные моменты деятельности АМКУ и КМУ. На сегодняшний день регулирование конкуренции в рамках национального законодательства требует пересмотра и модернизации, учитывая процессы глобализации. Разветвлённый характер национального законодательства позволяет утверждать о необходимости его систематизации и кодификации.

На сегодняшний день мы имеем ситуацию, когда закреплённые в действующих законах нормы не имеют действенного применения, порождая при этом определённые негативные последствия деятельности рынка, снижение конкурентоспособности товаров собственного производства, рост олигопольных и монопольных рынков, рост барьеров входа и выхода из рынка и тому подобное. Сегодня мы можем наблюдать монополизированные рынки металлургии, химической промышленности, электроэнергетики, авиаперевозок и тому подобное. Наблюдается доминирование на рынках мобильной связи, телекоммуникаций, подсолнеч-

ного масла, сахара, курятины, кондитерских изделий, нефтепродуктов и тому подобное. Это создаёт барьеры для выхода на рынок новых субъектов и вредит дальнейшему развитию конкуренции.

Модернизация законодательной и регулирующей базы должна быть разработана, учитывая особенности экономической ситуации в стране и уровень и без того не идеальной конкурентной среды. Как подчёркивает Д. Задыхайло, объектом государственной экономической политики должны стать процессы концентрации капитала, законодательного урегулирования деятельности холдинговых компаний и необходимость правового регулирования монополизированных структур с конкретной направленностью [6, с. 12]. К. Стадник предлагает установить ограничения касательно разрешений на концентрацию в тех секторах экономики, в которых есть тенденция к монополизации [7, с. 8]. Как справедливо отмечает О. Бакалинская, без надлежащего регуляторного влияния антимонопольного законодательства обеспечить существование и развитие добросовестной конкуренции невозможно [12, с. 20].

Выводы. 1. Монополизм как явление вредит нормальному функционированию экономики и несёт в себе гораздо больше отрицательных черт, чем положительных.

2. Стремление к монополизму является желанием почти каждого предпринимателя, поскольку доминирование в той или иной отрасли промышленности позволяет занимать привилегированное положение на рынке и диктовать правила игры.

3. В Украине введение рыночной экономики и регулирование конкуренции происходит после распада СССР. Основным направлением было преодоление государственной монополии и начала предпринимательства, но, к сожалению, первые антимонопольные законодательные акты не оказали желаемого результата, в Украине сформировался олигопольно-монопольный тип экономики с элементами частной собственности с помощью процессов концентрации.

4. Следующим этапом стало принятие уже более адаптированных к Европейскому Союзу нормативно-правовых

актов, направленных на защиту экономической конкуренции.

5. Закреплённые в действующих законах нормы не имеют действенного применения, порождая при этом определённые негативные последствия деятельности рынка, в том числе отсутствует действенный механизм преодоления олигархической системы и налаженной системы мониторинга и всестороннего постоянного анализа рынков, особенно тех, которые имеют тенденцию к монополизации.

6. Отсутствие алгоритма расчёта штрафов, соразмерных с ущербом, и количество случаев избежания наказаний за нарушение антимонопольных норм даёт возможность утверждать об отсутствии превентивной функции со стороны конкурентного законодательства.

7. Существует необходимость усовершенствования механизма привлечения к ответственности за злоупотребление монопольным положением как с точки зрения теоретических аспектов, так и процессуальных моментов.

Список использованной литературы:

1. О защите экономической конкуренции: Закон Украины от 11 янв. 2001 № 2210-III. / Ведомости Верховной Рады Украины. 2001. № 12. Ст. 64.
2. О естественных монополиях: Закон Украины от 20 апр. 2000 № 1682-III. / Ведомости Верховной Рады Украины. 2000. № 30. Ст. 238.
3. Об Антимонопольном комитете Украины: Закон Украины от 26 нояб. 1993 № 3659-XII. / Ведомости Верховной Рады Украины. 1993. № 50. Ст. 472.
4. О защите от недобросовестной конкуренции: Закон Украины от 7 июня 1996 № 236/96-ВР. / Ведомости Верховной Рады Украины. 1996. № 36. Ст. 164.
5. Хозяйственный кодекс Украины: от 16 янв. 2003 № 436-IV. / Ведомости Верховной Рады Украины. 2003. № 18-22. Ст. 144.
6. Задыхайло Д.В. Хозяйственно-правовое обеспечение экономической политики государства: монография. Харьков: Юрайт, 2012. 456 с.
7. Стадник К.О. Хозяйственно-правовая политика в сфере законодательства об экономической концентрации: автореферат диссертации на соискание



учёной степени кандидата юридических наук. Харьков. 2016. 22 с

8. Смирнова К.В. Современные тенденции правового регулирования конкуренции. Актуальные проблемы международных отношений. Выпуск 121 (часть I). 2014. С. 157–166.

9. Муравьев В.И. Право Европейского Союза: учебник. М.: Одиссей, 2011. 704 с.

10. Кони́на Н.Ю. Конкурентоспособность ТНК в условиях глобализации: работа на соискание учёной степени доктора экономических наук. Москва. 2009. 57 с.

11. Филюк М. Теория и практика коллективного доминирования: европейский подход. Глобальные измерения защиты экономической конкуренции: материалы Международной научно-практической конференции (г. Киев, 28 февраля 2018) Киев. ООО «Тенар». 2018. 133 с.

12. Бакалинская О. Проблемы и перспективы развития конкурентного законодательства Украины. Журнал Киевского университета права. 2013. № 3. С. 17–21.

13. Договор о функционировании Европейского Союза. Консолидированная версия. Consolidated version of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. Official Journal of the European Union, С 326 (26.10.2012), 1-390. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

14. Официальный сайт Европейской комиссии URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Швыдкая Татьяна Игоревна – кандидат юридических наук, ассистент кафедры хозяйственного права Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Shvydkaya Tatiana Igorevna – PhD in Legal Sciences, Assistant Lecturer at the Department of the Economic Law of Yaroslav Mudryi National Law University

raketa7770@gmail.com

УДК 341.174

ПРАВОВЫЕ МЕХАНИЗМЫ ЗАЩИТЫ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ В ЕС

Александр ШЕВЧУК,

аспирант кафедры сравнительного и европейского права
Института международных отношений

Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена структурному анализу правовых механизмов защиты персональных данных в Европейском Союзе. Рассматриваются основные положения касательно договорных (Договор о функционировании ЕС, Хартия ЕС, Шенгенская конвенция) и институциональных механизмов (Регламент (ЕС) 2016/679, Регламент (ЕС) 45/2001) защиты персональных данных в ЕС. Приводятся ключевые отличия механизмов защиты персональных данных согласно Директиве 95/46/ЕС и Регламенту (ЕС) 2016/679. Предлагается рассмотреть основные обязанности и пределы ответственности оператора и процессора по защите персональных данных при их обработке. Рассматриваются особенности оповещения о случаях нарушения защиты персональных данных согласно Регламенту.

Ключевые слова: оператор, процессор, анализ влияния, защита данных по назначению, защита данных по умолчанию, псевдонимизация, шифрование, Европейский Союз.

LEGAL MECHANISMS

OF THE PERSONAL DATA PROTECTION IN THE EU

Aleksandr SHEVCHUK,

Postgraduate Student at the Department of Comparative and European Law of the
Institute of International Relations of Kyiv National Taras Shevchenko University

SUMMARY

The paper is devoted to the structural analysis of legal mechanisms of the protection of personal data in the European Union. Provides the key differences regarding the mechanisms of protection of personal data under Directive 95/46/EU and Regulation 2016/679. Special attention has been paid to analysis treaty mechanisms (Treaty on the functioning of the EU, EU Charter, Schengen Convention) and institutional data protection mechanisms (Regulation 2016/679, Regulation 45/2001) in the EU. It is proposed to consider the main provisions of the responsibility of the operator and processor of the protection of personal data within processing.

Key words: operator, processor, impact analysis, data protection by design, data protection by default, pseudonymisation, encryption, European Union.

Постановка проблемы. Стремительное развитие технологий и глобализация приводят к появлению новых препятствий для свободной передачи персональных данных в Европейском Союзе. Регламент 2016/679 должен обеспечить последовательный и высокий уровень защиты субъектов во время обработки и передачи их данных. Последовательное применение правил по защите основных прав и свобод физических лиц в отношении обработки персональных данных должно быть обеспечено на всей территории Союза.

С этой целью необходимо четкое понимание функционирования систе-

мы защиты персональных данных в Европейском Союзе, которое невозможно без анализа договорного и институционального механизмов защиты персональных данных в ЕС.

Актуальность темы. Цифровые платформы меняют политику ведения бизнеса, снижая стоимость международных финансовых операций. Они создают рынки, обеспечивая предприятиям огромную базу потенциальных клиентов. Технология позволяет частным компаниям и государственным органам использовать персональные данные в беспрецедентном масштабе, чтобы продолжать свою деятельность.



Люди все чаще прибегают к передаче личной информации общедоступными методами и в глобальном масштабе, используя цифровые платформы для обучения и поиска работы. Технология способствует свободному перемещению данных в Европейском Союзе и передачи третьим странам и международным организациям, обеспечивая при этом высокий уровень защиты персональных данных.

Состояние исследования. Вопросы функционирования договорных и институциональных механизмов защиты персональных данных в Европейском Союзе посвящены многочисленные труды отечественных и европейских учёных. Исследованию отдельных вопросов этой проблематики уделяли внимание такие специалисты и учёные, как: Марк Лаббок, Андреас Марошч, Пабло Гарсия Мехиа, Михал Бунда, Детлев Габель, Тим Хикман.

Цель статьи. В данной статье автор ставит цель – выработать чёткое понимание эффективности имеющихся правовых механизмов защиты персональных данных в Европейском Союзе и предложить пути их усовершенствования.

Изложение основного материала. Договорный механизм защиты персональных данных в Европейском Союзе включает в себя положения Лиссабонского договора (Договор о Европейском Союзе и Договор о функционировании Европейского Союза), Хартию основных прав Европейского Союза и Шенгенскую конвенцию 1990 года.

Вступление в силу Лиссабонского договора вызвало значительные инновации и создание новой нормативно-правовой базы относительно защиты персональных данных в ЕС. В Договоре о функционировании Европейского Союза специально содержится статья 16, в которой говорится, что каждый имеет право на защиту своих персональных данных. Европейский парламент и Совет, действуя в соответствии с обычной законодательной процедурой, устанавливают правила защиты физических лиц при обработке их персональных данных учреждениями, органами, службами и агентствами Союза и государствами-членами в ходе осуществления деятельности в пределах, охваченных законодательством Союза [1].

Хартия ЕС включает весь спектр гражданских, политических, экономических и социальных прав граждан ЕС в сочетании с конституционными традициями и международными обязательствами, которые являются общими для государств-членов. Описанные в Хартии права классифицированы в шести разделах: достоинство, свобода, равенство, солидарность, права граждан и правосудия [2].

Хартия не только гарантирует уважение частной и семейной жизни (статья 7), но и предусматривает право на защиту персональных данных (статья 8) [2].

Важно отметить также тот момент, что более подробно правила и способы защиты персональных данных урегулированы Шенгенской конвенцией 1990 года [3], заключённой между Францией, Германией, Бельгией, Нидерландами и Люксембургом.

Статья 126 Шенгенской конвенции регулирует вопрос защиты персональных данных относительно их автоматизированной обработки [4].

Личные данные, которые передаются между сторонами Конвенции, могут использоваться только соответствующими компетентными органами и судами, полномочия которых охватывают обработку персональных данных.

В тоже время, если окажется, что передаваемые данные неправильные, недостоверные или такие, которые не подлежат передаче, об этом немедленно сообщается тем сторонам, которые её получили. При этом государство или государства, которые получили информацию, обязаны её исправить или уничтожить, или сделать соответствующую отметку, что информация неправильная или передана неправомерно [4].

Подытоживая проанализированный материал, приходим к выводу, что договорный механизм ЕС в сфере защиты персональных данных устанавливает лишь общие правила по защите персональных данных, гарантирует права субъектов данных и устанавливает принципы и стандарты защиты персональных данных при их передаче и обработке.

Более детализировано сфера защиты персональных данных регулируется вторичным законодательством Европейского Союза, где важную роль

играют институты ЕС. Именно благодаря институциональному механизму ЕС постепенно удаётся обеспечить высокий уровень защиты персональных данных во всём Союзе.

По определению В.И. Муравьева [5], «институциональный механизм ЕС представляет собой систему органов Союза, а также актов, которые эти органы принимают». Он призван реализовывать ценности Евросоюза, осуществлять его цели, служить его интересам, а также интересам его граждан и государств-членов, обеспечивать последовательность, эффективность и преемственность его политики и действий (ст. 13 ДЕС).

С.Ю. Кашкин [6] определяет институциональный механизм Европейского Союза: как комплексную, иерархическую систему инстанций, осуществляющих управление интеграционными процессами в рамках ЕС. На вершине институционального механизма находятся «институты» – руководящие инстанции ЕС, которым оказывают помощь и поддержку «органы» и «учреждения» – вспомогательные инстанции ЕС.

Согласно ст. 288 ДФЕС именно институты «для осуществления компетенции Союза» выдают регламенты, директивы и другие «правовые акты Союза», в которых сосредоточена большая часть норм исследуемой правовой системы. Институты заключают от его имени «международные соглашения» с третьими странами и международными организациями, имеющими обязательную силу для всех государств-членов (ст. 216 ДФЕС).

Теперь непосредственно перейдём к анализу Регламента Европейского парламента и Совета (ЕС) 2016/679 [7], который является основным правовым актом, который призван урегулировать правоотношения в сфере защиты персональных данных в Европейском Союзе.

Заявленной целью Регламента является достижение высокого уровня защиты прав граждан государств-членов ЕС по поводу использования информации о них и их персональных данных.

Защита, предусмотренная настоящим Регламентом в связи с обработкой персональных данных, распространяется на физических лиц независимо от



их гражданства или места жительства. Этот Регламент не распространяется на обработку персональных данных, касающихся юридических лиц и, в частности, предприятий, основанных как юридические лица, которые содержат информацию о наименовании, организационно-правовой форме юридического лица и контактную информацию юридического лица.

Дефиниция «персональные данные» как в Директиве, так и в Регламенте определяется как «любая информация, с помощью которой можно идентифицировать субъекта данных. Субъект данных может быть идентифицирован, в частности, по таким идентификаторам как имя, идентификационный номер, данные о местонахождении, онлайн-идентификатор.

По мнению Люка Ирвина, при определённых обстоятельствах цвет волос, место работы или политические взгляды человека можно рассматривать как персональные данные. Информация, которая считается личными данными, часто сводится к контексту, в котором собираются данные. Организации обычно собирают много различных типов информации о лицах, даже, если один фрагмент данных не идентифицирует субъекта, это может стать актуальным вместе с другими данными [8].

Согласно Регламенту «нарушение персональных данных означает нарушение безопасности, что приводит к уничтожению, изменениям, несанкционированному раскрытию или доступу к персональным данным, которые переданы, сохранены или иным образом обработаны».

В случае нарушения персональных данных оператор данных обязан информировать орган надзора. Сообщение предоставляется «без необоснованных задержек и по возможности не позднее чем в течение 72 часов после получения информации о нарушениях. Если в течение 72 часов сообщение не предоставлено, оператор должен предоставить «объяснение» задержки [9].

Регламент разграничивает ответственность и обязанности оператора и процессора данных, обязывая оператора привлекать только тех процессоров, которые обеспечивают «достаточные гарантии внедрения надлежащих технических и организационных ме-

ханизмов» с целью выполнения требований Регламента и для защиты прав субъектов данных.

Согласно положениям статьи 32 оператор и процессор обязаны «внедрять соответствующие технические и организационные меры», учитывая «последние достижения технического прогресса и затраты на такое внедрение», а также «характер, обстоятельства и цели обработки, риски и угрозы для прав и свобод субъектов данных».

Регламент предлагает компаниям внедрять технические и организационные меры на ранних этапах проектирования процессов обработки таким образом, чтобы они гарантировали принципы конфиденциальности и защиты данных изначально («защита данных по назначению»). По умолчанию предприятия/организации должны обеспечить обработку личных данных с высоким уровнем защиты конфиденциальности (например, только необходимые данные должны обрабатываться, ограниченный срок хранения, ограниченный доступ к данным), чтобы персональные данные по умолчанию не были доступны для неопределённого количества человек («защита данных по умолчанию»).

По мнению Риты Хеймес [10], применение положений Регламента в государствах-членах ЕС должно обеспечить предсказуемость и повышение эффективности операторов и процессоров, которые стремятся установить единый режим защиты данных и процедуру сообщения о нарушениях во всех 28 государствах-членах.

Далее в контексте рассмотрения институционального механизма защиты персональных данных в ЕС обратимся к анализу деятельности органов и учреждений ЕС в данной сфере.

Регламент (ЕС) 45/2001 Европейского парламента и Совета ЕС от 18 декабря 2000 года о защите физических лиц при обработке персональных данных учреждениями и органами Сообщества и о свободном перемещении таких данных является основным документом, который применяется к обработке персональных данных учреждениями, органами, службами и агентствами Союза.

Статья 16 (2) ДФЕС отмечает, что Европейский парламент и Совет устанавливают правила защиты физиче-

ских лиц при обработке их персональных данных учреждениями, органами, службами и агентствами Союза и государств-членов, а соблюдение этих правил должно контролироваться независимыми органами власти.

Следовательно, в соответствии со ст. 41 Регламента (ЕС) № 45/2001 была учреждена должность Европейского уполномоченного по защите данных (далее – Уполномоченный) как независимого контролирующего института власти [11].

Европейский парламент и Совет ЕС на основе взаимного согласия должны назначать Уполномоченного каждые пять лет на основании списка, подготовленного Европейской комиссией после проведения открытого конкурса.

Уполномоченный выполняет функции мониторинга за соблюдением со стороны учреждений и органов ЕС фундаментальных прав и свобод физических лиц, в том числе их права на частную жизнь. Вместе с тем согласно ст. 46 Регламента (ЕС) 45/2001 Уполномоченный заслушивает и расследует жалобы, а также информирует обратившихся с жалобой, о своём решении в течение разумного срока.

Важно также и то, что, кроме должности Уполномоченного, каждый орган ЕС в соответствии со статьёй 24 Регламента (ЕС) 45/2001 назначает как минимум одного человека офицером (далее – Офицер) по защите персональных данных. Офицер должен быть назначен на срок от двух до пяти лет [12].

Важно отметить также тот момент, что в связи со вступлением в силу Регламента Европейского парламента и Совета (ЕС) 2016/679 был создан Европейский совет по защите данных [12].

Европейский совет по вопросам защиты данных является новым органом ЕС со статусом юридического лица, который заменил Рабочую группу по защите данных, созданную в соответствии со статьёй 29 Директивы 95/46/ЕС. В состав совета входят по одному представителю органов надзора каждого государства-члена и представитель Еврокомиссии.

Можно подытожить, что вышеупомянутые учреждения, органы и должностные лица являются основными



в Европейском Союзе, деятельность и специализация которых направлена на защиту персональных данных на уровне Союза. Они гарантируют, что основные права и свободы граждан, в частности право на приватность при обработке персональных данных, будут соблюдены учреждениями и органами ЕС.

Выводы. Для того чтобы обеспечить последовательный уровень защиты физических лиц во всем Союзе и предотвратить возникновение разногласий, затрудняющих свободное перемещение персональных данных в пределах внутреннего рынка, необходимо, чтобы Регламент 2016/679 обеспечивал правовую определённость и прозрачность, гарантировал физическим лицам во всех государствах-членах одинаковый уровень защиты и соответствующие санкции во всех государствах-членах за нарушения правил защиты персональных данных.

Список использованной литературы:

1. Treaty on the Functioning of the European Union. URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:41f89a28-1fc6-4c92-b1c8-03327d1b1ecc.0007.02/DOC_1&format=PDF

2. Charter of the fundamental rights of the European Union. URL: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf

3. The Schengen area and cooperation URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:133020>

4. Договор о реализации Шенгенского соглашения между правительствами стран Экономического Союза Бенилюкс, Федеративной Республикой Германия и Французской Республикой от 14 июня 1985 года о постепенном упразднении пограничного контроля на общих границах с 19 июня 1990 года, включая заявления о преследовании преступников в соответствии со статьёй 41 п. 9 Соглашения. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/987_005

5. Муравьев В.И. «Право Европейского Союза». URL: http://pidruchniki.com/1494051148519/pravo/institutsiyniy_mehanizm_yevrosoyuzu#16

6. Кашкин С.Ю. «Право Европейского Союза»: учебник для бакалавриата и магистратуры. Четвёртое изд., пер. и доп. Научная школа: Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) (г. Москва), 172 с.

7. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>

8. The GDPR: What exactly is personal data? URL: <https://www.itgovernance.eu/blog/en/the-gdpr-what-exactly-is-personal-data>

9. Dr. Detlev Gabel, Tim Hickman. Chapter 11 Obligations of processors – Unlocking the EU General Data Protection Regulation. URL: <https://www.whitecase.com/publications/article/chapter-11-obligations-processors-unlocking-eu-general-data-protection>

10. Rita Heimes. Top 10 operational impact of the GDPR: Part 1 – data security and breach notification. URL: <https://iapp.org/news/a/top-10-operational-impacts-of-the-gdpr-part-1-data-security-and-breach-notification/>

11. Ensuring citizens' privacy: the European Data Protection Supervisor. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/LSU/?uri=CELEX:32001R0045>

12. Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001R0045>

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Шевчук Александр Александрович – аспирант кафедры сравнительного и европейского права Института международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
Shevchuk Aleksandr Aleksandrovich – Postgraduate Student at the Department of Comparative and European Law of the Institute of International Relations of Kyiv National Taras Shevchenko University

alexandr505@ukr.net



УДК 347.941

ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Анна ШТЕФАН,

кандидат юридических наук,
заведующий отделом авторского права и смежных прав
Научно-исследовательского института интеллектуальной собственности
Национальной академии правовых наук Украины

АННОТАЦИЯ

В статье рассматриваются новеллы Гражданского процессуального кодекса Украины, касающиеся порядка представления доказательств в гражданских делах. Анализируются особенности применения данного порядка в случае предъявления иска третьего лица и встречного иска, исследуются исключения из обязанности предоставления копий доказательств другим участникам дела. Обращается внимание на пробелы в правовом регулировании, даются предложения по усовершенствованию законодательных положений.

Ключевые слова: представление доказательств, доказывание, гражданский процесс.

PRESENTATION OF EVIDENCE IN THE CIVIL PROCESS

Anna SHTEFAN,

PhD in Law, Head of Copyright and Related Rights Department of Intellectual Property Research Institute
of National Academy of Law Sciences of Ukraine

SUMMARY

The article reviews the novelties of the Civil Procedure Code of Ukraine concerning the procedure of presenting evidence in civil cases. The specifics of the application of this procedure in the case of a third party claim and counterclaim are analyzed; exceptions from the obligation to provide copies of evidence to other participants in the case are examined. Attention is drawn to the gaps in the legal regulation; suggestions are made to improve the legislative provisions.

Key words: presentation of evidence, proving, civil process.

Постановка проблемы. Со вступлением в силу новой редакции Гражданского процессуального кодекса Украины (далее – ГПК) произошли системные изменения в правовом регулировании порядка рассмотрения и разрешения гражданских дел, включая осуществление судебного доказывания. Предыдущая редакция ГПК в ст. 131 содержала правило, в соответствии с которым стороны были обязаны представить свои доказательства суду до либо во время предварительного судебного заседания в деле, а если оно не проводилось, – до начала рассмотрения дела по существу. Доказательства, представленные с нарушением этих требований, не принимались, если сторона не доказывала, что несвоевременность представления доказательств обусловлена уважительными причинами. В новой редакции ГПК правила представления доказательств существенно дополнены и конкретизированы. Однако, несмотря на многие позитивные нововведения, эти правила не лишены недостатков и нуждаются в некоторых уточнениях.

Состояние исследования. В силу новизны положений ГПК, регулирующих доказывание в гражданских делах, исследования в этом направлении только начались. И хотя отдельные аспекты, касающиеся свидетельских показаний, электронных доказательств, заключения эксперта, уже отражены в научных трудах, особенности представления доказательств по гражданским делам пока не были предметом рассмотрения в украинской процессуальной доктрине.

Цель исследования в настоящей статье состоит в анализе порядка представления доказательств в гражданском процессе, выявлении пробелов в его правовом регулировании и предложении путей устранения имеющихся недостатков.

Изложение основного материала. Стороны и другие участники дела представляют доказательства непосредственно суду, при этом для разных групп участников дела предусмотрены отдельные правила.

Истец и лицо, которому законом предоставлено право обращаться

в суд в интересах других лиц, должны представить доказательства вместе с подачей иска (ч. 2 ст. 83 ГПК). Третье лицо, заявляющее самостоятельные требования относительно предмета спора, в этой норме не указано. Хотя согласно ч. 3 ст. 52 ГПК такое лицо пользуется всеми правами и исполняет все обязанности истца, оно занимает в процессе самостоятельное положение, независимое от истца, и не приравнивается к истцу.

Характерным признаком данного вида третьих лиц является не наличие самостоятельных прав, которые могут быть определены только судебным решением по существу рассмотренного дела, а заявление самостоятельного требования на предмет спора между сторонами, предъявляемого в их деле [1, с. 114]. Заявляя самостоятельные требования относительно предмета спора, они тем самым заявляют о наличии у них самостоятельных прав, отличных и независимых от прав сторон. Третье лицо занимает автономное процессуальное положение рядом с истцом, а потому интересы третьего лица и первичных сторон



противоположны и исключают друг друга [2, с. 310–311]. Юридическую сущность такой процессуальной фигуры составляет то, что требование третьего лица направлено в первую очередь против первичного истца, то есть лица, по инициативе которого было возбуждено дело. Субъективное право третьего лица на предмет спора полностью исключает субъективное право истца на тот же предмет [3, с. 202, 203].

Данные положения не вызывают дискуссий в науке гражданского процессуального права, истец и третье лицо, заявляющее самостоятельные требования относительно предмета спора, – разные участники дела, а их иски – разные процессуальные средства. Поэтому отсутствие указания на третье лицо, заявляющее самостоятельные требования относительно предмета спора, в ч. 2 ст. 83 ГПК представляется пробелом, который необходимо устранить.

Ответчик должен представить доказательства вместе с отзывом – процессуальным документом, в котором излагаются возражения ответчика против иска. При несогласии с приведенными в иске обстоятельствами и правовыми основаниями иска ответчик может подать отзыв, в котором должны содержаться ссылки на соответствующие доказательства, а собственно доказательства прилагаются к отзыву. При этом ответчик освобождается от необходимости представления тех же доказательств, которые уже представлены истцом.

Согласно положениям ст. 193 ГПК ответчик в срок для подачи отзыва вправе предъявить встречный иск, который принимается для совместного рассмотрения с первичным иском, если оба иска взаимосвязаны и их совместное рассмотрение является целесообразным. Это может иметь место, когда оба иска возникают из одних правоотношений либо, когда удовлетворение встречного иска может полностью либо частично исключать удовлетворение первичного иска. Однако при предъявлении встречного иска ответчик не утрачивает своё процессуальное положение по первичному иску. С приобретением процессуального статуса истца в контексте встречного иска

ответчик остаётся отдельным, самостоятельным участником дела, процессуальная характеристика которого охватывает две формы: ответчик по первичному иску и истец по встречному иску. При предъявлении встречного иска возражения ответчика фактически помещаются во встречном иске, что освобождает ответчика от необходимости представлять отзыв на первичный иск, а доказательства ответчика представляются со встречным иском. В ч. 3 ст. 83 ГПК такая возможность не учтена.

Что касается третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, доказательства таких лиц представляются с их письменными пояснениями.

В соответствии с ч. 4 ст. 83 ГПК, если доказательство не может быть представлено в установленный законом срок по объективным причинам, участник дела должен письменно уведомить суд об этом и указать:

- доказательство, которое не может быть представлено;
- причины, по которым доказательство не может быть представлено в указанный срок;
- доказательства, подтверждающие, что участник осуществил все зависящие от него действия, направленные на получение данного доказательства.

В рассматриваемой норме содержится важная новелла гражданского процессуального законодательства, обязывающая участника дела подтверждать факт осуществления им попытки получения отсутствующего доказательства. Средствами для подтверждения осуществления действий, направленных на получение доказательств, могут служить запросы к соответствующим лицам о предоставлении определённой информации либо документов, иные материалы, свидетельствующие о том, что участник дела приложил усилия к получению отсутствующих у него доказательств. Если причины несвоевременного представления доказательств будут признаны уважительными, суд может установить дополнительный срок для представления таких доказательств.

В случае принятия отказа стороны от признания обстоятельств судом может быть установлен срок

для представления доказательств по таким обстоятельствам. Признание обстоятельств дела, сторона не осуществляет доказательственную деятельность относительно такого обстоятельства, поскольку соглашается с тем, что данное обстоятельство имело место, как утверждает другая сторона. В силу отказа от признания обстоятельства может возникнуть необходимость в представлении доказательств, которые опровергают это обстоятельство либо раскрывают его иначе, указывают на определённые детали, элементы, полностью или частично отсутствующие в доказательствах, предъявленных другой стороной касательно данного обстоятельства.

Смена предмета либо основания иска, а также предъявление встречного иска тоже могут служить причиной установления срока для представления дополнительных доказательств (ч. 7 ст. 83 ГПК). По этому поводу можно отметить следующее.

Предметом иска являются требования истца к ответчику, вытекающие из спорных материальных правоотношений сторон и выражающиеся в способах защиты, которые истец просит определить в судебном решении. Основание иска составляют обстоятельства, которыми истец обосновывает свои требования. Смена способов защиты, о применении которых просит истец, либо оснований для применения заявленных ранее способов защиты может повлечь изменения в предмете доказывания по делу, что, соответственно, обуславливает потребность в представлении новых доказательств, для чего требуется время. В случае предъявления встречного иска также могут возникнуть новые обстоятельства, подлежащие доказыванию. Однако в таком случае речь должна идти не об установлении срока для представления дополнительных доказательств, а о реализации процедуры отзыва, в котором истец по первичному иску излагает возражения против встречного иска и к которому (при необходимости) прилагаются доказательства, связанные с таким возражением. В нормах ГПК указание на такой порядок отсутствует, что является серьёзным упущением.



Истец, оказавшись в процессуальном положении ответчика по встречному иску, обладает равными правами на представление доказательств по сравнению с первичным ответчиком, что непосредственно вытекает из состязательных начал гражданского судопроизводства. Первичный истец должен исполнить бремя доказывания не только применительно к обстоятельствам, положенным в основу его требований, но и касательно обстоятельств, которыми обосновываются его возражения против встречного иска. Поэтому на случай предъявления встречного иска должны распространяться правила, установленные ст. 178-180 ГПК, а указание на встречный иск как основание для установления срока представления дополнительных доказательств из ч. 7 ст. 83 ГПК следует исключить.

Согласно ч. 9 ст. 83 ГПК копии доказательств (кроме вещественных доказательств), представляемых в суд, заранее направляются либо предоставляются подающим лицом другим участникам дела. Суд не принимает во внимание соответствующие доказательства при отсутствии подтверждения направления (предоставления) их копий другим участникам дела, кроме случаев, если такие доказательства есть у соответствующего участника либо объем доказательств является чрезмерным, либо они представлены в суд в электронной форме, либо являются публично доступными.

Рассматриваемая норма – абсолютная новелла гражданского процессуального законодательства, обязывающая участников дела перед представлением доказательств в суд предоставлять их другим участникам дела. Исключение из этого правила может иметь место в четырех случаях:

1) когда такие доказательства есть у соответствующего участника дела. Данное положение фактически охватывает две возможные ситуации: когда определенное доказательство уже подано другим участником дела, из чего следует вывод о наличии у него данного доказательства, и когда лицо, представляющее доказательство, имеет основания полагать, что у того или иного участника дела есть это до-

казательство. Во втором случае доказательство может как действительно находиться в распоряжении соответствующего лица, так и отсутствовать у него, что не препятствует заинтересованному участнику создавать видимость наличия такого доказательства у другого лица. Представим дело, в котором ответчик в рамках материальных правоотношений должен был передать истцу определенный документ (акт выполнения работ, приложение к договору и т.д.) и не передал его, однако утверждает в своих возражениях, что документ был передан. Среди копий доказательств, отправленных истцу вместе с отзывом, данного документа нет, при этом все доказательства ответчика поданы в виде бумажных копий. Для получения копии такого документа истец вынужден осуществить ознакомление с материалами дела в суде. То есть для лица, желающего затруднить процессуальную деятельность другого участника дела, открывается возможность для злоупотреблений и манипуляций, ведь процессуальный закон фактически позволяет этому лицу использовать предположение, что определенное доказательство есть у другого участника дела. Поэтому видится более правильным освободить участника дела от обязанности представления копии доказательства другому участнику в том случае, когда это доказательство уже представлено данным участником дела, а не тогда, когда наличие доказательства у другого участника только предполагается;

2) когда объем доказательств является чрезмерным. В рассматриваемом положении введено оценочное понятие, не имеющее никаких критериев для его определения. Какой именно объем доказательств может считаться чрезмерным, ГПК не уточняет, оставляя решение данного вопроса на усмотрение заинтересованного лица. В силу этого в судебной практике могут возникнуть множественные случаи уклонения от исполнения обязанности по представлению другим участникам дела копий доказательств под прикрытием данного исключения. При использовании бумажной формы представления доказательств участники дела будут вы-

нуждены посетить суд исключительно для того, чтобы получить копии доказательств, не предоставленные им по причине якобы чрезмерного объема. Оценочные понятия могут иметь место в гражданском процессе, однако если законодатель пошел по пути максимальной детализации процедуры представления доказательств, в рамках этой процедуры не должны одновременно применяться абстрактные категории, не имеющие четкого и однозначного содержания. Посему представляется необходимым уточнить в нормах ГПК, какой объем доказательств может считаться чрезмерным, либо отказаться от такого основания освобождения участника дела от предоставления копий доказательств другим участникам дела;

3) когда доказательство поданы в суд в электронной форме. Как указано в ч. 7 ст. 43 ГПК, участник дела освобождается от обязанности направлять другим участникам дела либо представлять в суд копии документов в соответствии с количеством участников дела, если он представляет документы в суд в электронной форме. В таком случае копии соответствующих документов другим участникам дела направляет суд. Если объем документов является чрезмерным, суд направляет участникам дела только копии процессуальных документов и уведомление о возможности ознакомиться с другими материалами в помещении суда либо посредством Единой судебной информационно-телекоммуникационной системы. Как и в предыдущем случае, возникают замечания к понятию чрезмерного объема документов – какое количество страниц или общий размер файлов могут считаться чрезмерным объемом? В случае представления доказательств в электронной форме оценка их объема остается на усмотрение суда. Имеющаяся в рассматриваемом положении правовая неопределенность может привести к тому, что в однотипных случаях суды будут применять разные подходы в части направления участникам дела копий доказательств, представленных в электронной форме. Это свидетельствует о необходимости четкого определения границ объема



документов либо отказа от использования данного оценочного понятия;

4) когда доказательства являются публично доступными. Понятие публично доступности законодательство не разъясняет, хотя содержит определение термина публично недоступного места: согласно ч. 2 ст. 267 Уголовного процессуального кодекса Украины это место, в которое невозможно войти либо, в котором невозможно пребывать на правовых основаниях без получения на это согласия собственника, пользователя или уполномоченных ими лиц. Если исходить от обратного, то под публично доступным местом можно понимать любое место, для законного пребывания в котором не требуется согласие собственника, пользователя или уполномоченных ими лиц. В ст. 1 Закона Украины «О мерах предупреждения и уменьшения употребления табачных изделий и их вредного воздействия на здоровье населения» предложена дефиниция понятия общественного места. Им является часть (части) любого здания, строения, доступная либо открытая для населения свободно, или по приглашению, или за плату, постоянно, периодически или время от времени, в том числе подъезды, подземные переходы, стадионы. В этом определении (что обусловлено довольно ограниченной сферой действия закона) не учтено, что публично доступными либо общественными местами являются также улицы, площади, скверы, парки, общественные дороги. Поскольку действующее законодательство не содержит исчерпывающего ответа на вопрос о принадлежности того или иного места к публично доступным местам, это порождает сложности и с определением случаев, когда общественно доступным может считаться доказательство. Практика использования данного положения ещё не сложилась, однако теоретически можно смоделировать проблемы, связанные с его применением: например, публично доступными местами (в глобальном понимании) являются улицы и скверы не только в Украине, но и в других странах мира, поэтому такая «доступность» весьма относительна и подразуме-

вает как минимум наличие заграничного транспорта и оплату дорожных расходов. Поэтому без чёткого определения понятия общественно доступного доказательства рассматриваемое исключение из обязанности по представлению другим участникам дела копий доказательств не будет служить интересам правосудия, а станет инструментом для процессуальных злоупотреблений.

Выводы. Как следует из проведённого анализа, хотя процедура представления доказательств тщательно определена в процессуальном законодательстве, она требует уточнения. Усовершенствование норм ГПК – и относительно того, как представляются доказательства разными участниками дела, и в контексте случаев, когда допускается не предоставлять копии доказательств другим участникам дела, и в направлении конкретизации оценочных понятий, применяемых в сфере доказывания, – относится к тем важным задачам, решение которых необходимо для обеспечения чёткости и полноты процессуально-правового регулирования, что окажет непосредственное влияние на эффективность доказывания в гражданских делах, своевременность их рассмотрения и разрешения.

Список использованной литературы:

1. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: академічний курс: підруч. для студентів юрид. спец. вищ. навч. закл. Київ: Ін Юре, 2005. 624 с.
2. Курс цивільного процесу: підручник / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. Харків: Право, 2011. 1352 с.
3. Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть: учебник. 3-е изд., перераб. Москва: Норма, ИНФРА-М, 2013. 704 с.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Штефан Анна Сергеевна – кандидат юридических наук, заведующая отделом авторского права и смежных прав Научно-исследовательского института интеллектуальной собственности Национальной академии правовых наук Украины

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR
Shtefan Anna Sergeevna – PhD in Law, Head of Copyright and Related Rights Department of Intellectual Property Research Institute of National Academy of Law Sciences of Ukraine

anna_shtefan@ukr.net



УДК 347.77

ПРАВО НА ОБЪЕКТ, СОЗДАННЫЙ В ПРОЦЕССЕ ВЫПОЛНЕНИЯ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИХ И ОПЫТНО-КОНСТРУКТОРСКИХ РАБОТ

Тамара ЯРОШЕВСКАЯ,
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры философии и истории Украины
Днепропетровского государственного технического университета

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена урегулированию правоотношений между сторонами при распределении имущественных прав на объекты промышленной собственности, созданные в процессе выполнения научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, финансируемых за счет бюджетных средств. В статье выявлены основные проблемы при распределении имущественных прав на данные объекты, разработаны практические рекомендации по их разрешению через усовершенствование национального законодательства, проанализированы договорные отношения с учетом существующего в этой сфере зарубежного опыта.

Ключевые слова: результат научно-технической деятельности, промышленная собственность, имущественное право на объект, механизм распределения прав.

THE RIGHT TO AN OBJECT CREATED IN A PROCESS OF PERFORMANCE OF RESEARCH AND DEVELOPMENT WORKS

Tamara YAROSHEVSKAYA,
Candidate of Law Sciences, Associate Professor,
Associate Professor of the Department of Philosophy and History of Ukraine
of Dnieper State Technical University

SUMMARY

The article is devoted to a settlement of legal relations between the parties in allocation of property rights to industrial property objects created in a process of performance of research and development works that are financed from budgetary funds. Main problems in allocation of property rights to these objects are revealed, practical recommendations for their solution through an improvement of national legislation are developed, contractual relations taking into account an existing foreign experience in this field are analyzed in the article.

Key words: result of scientific and technical activity, industrial property, property right to an object, mechanism of allocation of rights.

Постановка проблемы. Избранный независимой Украиной путь обновления общества и его интеграции в мировое пространство впервые позволил реализовать собственное законодательство в сфере интеллектуальной собственности. Одним из заданий развития права интеллектуальной собственности является разработка теоретических принципов, которые бы обеспечили права творческих личностей на созданные ими объекты интеллектуальной собственности. Конституция Украины четко определила направление регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности в интересах создателя объекта права. На сегодняшний день в Украине проблемными являются вопросы в сфере распределения прав на те объекты патентного права, которые были созданы в ходе фундаментальных или прикладных научных исследований в процессе выполнения работ по дого-

ворам, финансируемым за счёт бюджетных средств.

Актуальность темы исследования. В условиях глобализации мировой экономики, быстрого развития отраслей промышленности и международной торговли все большую актуальность в Украине приобретают вопросы создания эффективных механизмов охраны объектов права промышленной собственности. Промышленная собственность, являясь важным инструментом технологического и экономического развития страны, тесно связана с повышением уровня производства, способствует развитию цивилизованной рыночной экономики. На современном этапе важной задачей для Украины является создание эффективной инновационной системы, которая способна обеспечить технологическую модернизацию национальной экономики, повысить ее конкурентоспособность на осно-

ве передовых технологий. Необходимо усовершенствовать рынок результатов интеллектуальной деятельности, систему национальной правовой охраны промышленной собственности, превратить научный потенциал страны в действенный ресурс экономического роста.

Дальнейшее развитие инновационной деятельности невозможно без поддержки сферы изобретательства государственной политикой, благодаря которой в действующих гражданско-правовых нормах будут учтены и защищены права и интересы создателей объекта права, государства как источника финансирования и исследовательской организации как исполнителя заказа. Поэтому задача разработать теоретические аспекты по урегулированию гражданско-правовых отношений по охране прав субъектов на объекты промышленной собственности в Украине является актуальной.



Состояние исследования. В теоретическом аспекте правоотношения, касающиеся прав субъектов на объекты промышленной собственности, исследовались недостаточно. Так, на современном этапе на уровне монографических и периодических статей цивилистов и других ученых исследовались лишь отдельные аспекты правового регулирования данной сферы. Особенно хотелось бы отметить работы современных российских и украинских исследователей: Г.О. Андрощука, Ю.Л. Бошицкого, В.И. Еременко, Г.В. Коренюк, Е.Н. Мельник, Е.П. Орлюк, А.А. Пидопрыгоры, Л.И. Рябогатовой, А.П. Сергеева, А.Д. Святоцкого, Р.Б. Шишки. Однако ряд интересных работ практического и теоретического направлений не сняли актуальности и не решили основные проблемы на пути урегулирования правоотношений относительно распределения прав на объекты промышленной собственности, в частности, созданных в процессе выполнения научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ (далее – НИОКР), финансируемых за счет бюджетных средств.

Целью и задачей статьи является урегулирование правоотношений между сторонами при распределении имущественных прав на объекты промышленной собственности, созданные в процессе выполнения НИОКР, финансируемых за счет бюджетных средств. Разработка и реализация правового механизма распределения прав на созданные объекты промышленной собственности и правового режима их использования в гражданском обороте, который должен учитывать интересы и создателей объекта права, и исследовательской организации как исполнителя заказа, и государственные интересы.

Изложение основного материала. На современном этапе важной задачей для Украины является создание эффективной инновационной системы, которая способна обеспечить технологическую модернизацию национальной экономики, повысить ее конкурентоспособность на основе передовых технологий. Необходимо усовершенствовать рынок результатов интеллектуальной деятельности, систему национальной правовой охраны промышленной собственности и превратить научный потенциал страны в эффективный ресурс экономического роста. Поэтому

в Украине существует необходимость в разработке нормативно-правовой базы, которая обеспечит всестороннее урегулирование распределения прав на объекты, созданные в результате выполнения НИОКР, где будут учтены и защищены права и интересы и создателей объекта права, и государства как источника финансирования, и исследовательской организации как исполнителя заказа.

Если обратиться к опыту ведущих стран мира, то в большинстве случаев права на объект, созданный за бюджетные средства в исследовательской организации, принадлежат этой организации, а создатель объекта имеет право на получение лицензионных платежей (роялти). В частности, такой подход закреплен в патентных законодательствах таких стран, как: Франция, Германия, Австрия, Бельгия, Дания, Испания, Греция, Ирландия, Португалия, Великобритания.

Некоторые страны иначе рассматривают вопрос о распределении прав на объекты научно-технической деятельности, созданные за бюджетные средства. Например, Российская Федерация при развитии собственной политики в отношении распределения прав на данные объекты промышленной собственности учла негативный опыт США, который имел место до 80-х годов XX в., когда исключительно государство имело право на патентование всех объектов, которые были созданы в результате выполнения НИОКР на средства федерального бюджета. Но в то время в США такая политика не способствовала развитию инновационной деятельности. В результате в стране возникли проблемы, связанные с замедлением технического прогресса и снижением конкурентоспособности американских товаров на мировом рынке. Только после принятия нового патентного законодательства США такое положение изменилось, вследствие чего нынешнее правительство поощряет разработки в частном секторе при помощи механизма взаимодействия правительства и частного сектора [1, с. 11–12].

На сегодняшний день в параграфе 204 Патентного закона США содержатся нормы, предусматривающие предпочтительные гражданам США и национальным компаниям в использовании объектов патентного права, созданных по государственному заказу. Согласно этому

пункту с владельцами прав должна быть достигнута договоренность, что созданный объект патентного права в основном будет производиться в США. Таким образом, данная норма практически запрещает передачу технологий, которые были созданы по государственному заказу США, в иностранные государства [2, с. 167].

Права на использования объектов, созданных при содействии государства, определены в главе 18 Патентного закона США. В данной главе идет речь о том, что любая компания или некоммерческая организация после раскрытия компетентному государственному органу сути объекта патентного права может принять решение об исключительных правах на этот объект при условии, что государственный орган не будет иметь по этому поводу возражений. Между государством и владельцем прав на объект патентного права, созданный в результате выполнения НИОКР на средства федерального бюджета, заключается соответствующий договор. В случае если патентовладелец решил сохранить свои права на данный объект патентного права государственный орган получает неисключительную безвозмездную лицензию на использование указанного объекта в любой стране [3, с. 32]. Также сегодня правительство США разрешило университетам и другим заведениям высшей школы оставлять доходы от использования объектов патентного права, созданных на средства федерального бюджета. К решению распределения прибыли университеты США имеют право подойти индивидуально в соответствии с внутренними локальными положениями, но в большинстве случаев в университетах США распределение прибыли происходит в равных долях между создателем объекта права и университетом [4, с. 9–14]. Таким образом, запрещая использование запатентованных технологий, принадлежащих США, государство имеет возможность ограничивать деятельность иностранных компаний как на внутреннем американском рынке, так и за пределами США.

В Российской Федерации на Федеральное агентство по правовой защите результатов интеллектуальной деятельности военного, специального и двойного назначения возложены функции по правовой защите интересов государства в процессе экономического и гражданско-правового оборота результатов



интеллектуальной деятельности. Федеральным Законом РФ «О внесении изменений и дополнений в Патентный закон Российской Федерации» [5] в Патентный закон РФ [6] была введена дополнительная статья 9.1, в которой рассмотрены случаи возникновения прав Российской Федерации на изобретения, полезные модели, промышленные образцы. Так, исключительное имущественное право на изобретения, полезные модели и промышленные образцы принадлежит Российской Федерации, если об этом прямо указано в государственном контракте. В других случаях исключительные имущественные права на данные объекты патентного права принадлежат Российской Федерации и исполнителю совместно.

В соответствии с п. 2 ст. 9.1 Патентного закона РФ Российская Федерация имеет право на использование изобретения, полезной модели, промышленного образца для федеральных государственных нужд, если они созданы по государственному контракту, а исключительные права на них принадлежат исполнителю (подрядчику) или иному владельцу патента. В этом случае владелец патента по требованию государственного или муниципального заказчика обязан предоставлять указанным им лицам неисключительную безвозмездную лицензию на использование данных изобретения, полезной модели или промышленного образца в целях выполнения работ либо осуществления поставок продукции для государственных или муниципальных нужд. Также ст. 13 (п. 4) Патентного закона РФ предусмотрено, что в интересах национальной безопасности Правительство РФ вправе разрешить использование изобретения, полезной модели, промышленного образца без согласия владельца патента, сообщив ему об этом в кратчайший срок и с выплатой ему соответствующей компенсации. Таким образом, исключительное имущественное право Российской Федерации на изобретение, полезную модель, промышленный образец может возникнуть в силу договора – государственного контракта, а право на использование данных объектов – в силу закона (п. 2 ст. 9.1 и п. 4 ст. 13 Патентного закона РФ).

По мнению автора статьи, первичным субъектом права на объекты промышленной собственности должен быть только создатель этого объекта. В слу-

чае если изобретение, полезная модель, промышленный образец создан по государственному заказу и за бюджетные средства, то на основании договора, заключенного между сторонами, создатель должен передать имущественные права на этот объект исследовательской организации, которая является исполнителем заказа, и получить вознаграждение за создание данного объекта права. Государство будет иметь право на неисключительную безвозмездную лицензию на использование данных изобретения, полезной модели или промышленного образца в целях выполнения работ либо осуществления поставок продукции для государственных нужд.

В Украине попытка законодательно закрепить распределение имущественных прав интеллектуальной собственности на объекты, созданные за счет бюджетных средств, впервые была сделана в Законе Украины «О научной и научно-технической деятельности» [7]. Однако нормы, которыми урегулирован этот вопрос, носят лишь общий характер. Так, в ч. 1 ст. 22 данного Закона Украины говорится, что правовой режим научного и научно-технического результата как объекта права интеллектуальной собственности определяется законами Украины. Но решение этого вопроса в правовом поле затруднено отсутствием в патентном законодательстве Украины специальных правовых норм, которыми бы законодательно закреплялись субъективные права интеллектуальной собственности на объекты, созданные за счет бюджетных средств. Согласно ч. 3 ст. 42 указанного Закона Украины обязательными условиями договора, на основании которого выполняются НИОКР, финансируемых за счет бюджетных средств, является определение субъектов права интеллектуальной собственности, обязательства сторон по обеспечению охраны прав на созданные объекты интеллектуальной собственности, но не определено, кто именно может быть таким субъектом.

В соответствии со ст. 3 Закона Украины «О приоритетных направлениях развития науки и техники» [8] реализация приоритетных направлений развития науки и техники осуществляется через систему государственных целевых научных программ, а также через государственный заказ на научно-техническую продукцию. Однако механизм распределения имущественных прав на

данные объекты промышленной собственности в действующем законодательстве Украины отсутствует.

Таким образом, одной из главных задач государства в сфере правового урегулирования отношений, складывающихся между государственным заказчиком, создателем объекта права и исполнителем заказа, который получает государственный заказ и бюджетные средства, является разработка и реализация правового механизма распределения прав на созданные результаты научно-технической деятельности и правового режима их использования в гражданском обороте. Такой режим должен учитывать интересы и создателя объекта права, и исполнителя заказа, и государственные интересы.

На основании ч. 2 ст. 430 ГК Украины имущественные права интеллектуальной собственности на объект, созданный по заказу, принадлежит создателю этого объекта и заказчику совместно, если иное не установлено договором. ГК Украины принципиально изменил порядок урегулирования отношений относительно имущественных прав интеллектуальной собственности на объект, созданный по заказу. Такими действиями законодатель пытался предоставить больше прав создателям объектов права интеллектуальной собственности.

По мнению автора, данная норма не считается удачным решением сложных отношений между сторонами, касающихся имущественных прав на объект, созданный в процессе выполнения НИОКР. Признание общим право на объект промышленной собственности еще больше усложняет отношения между государственным заказчиком и создателем этого объекта. Как будут определяться эти части общего права? При определении долей в общем праве следует учитывать определенные факторы, например, творческий вклад изобретателя (автора промышленного образца), объём государственных материальных затрат, предусмотренную прибыль от использования данного объекта права и прочие факторы. На практике это рассчитать, а также спрогнозировать прибыль от использования изобретения, полезной модели или промышленного образца достаточно проблематично. Ведь в создание данного объекта патентного права сторонами может быть внесен неравномерный вклад и становится трудно



распределить имущественные права на использование этого объекта между сторонами. И если согласно данной норме ГК Украины государственный заказчик и создатель объекта права является совладельцами имущественных прав, то в таком случае заказчик не обязан заключать с создателем объекта права договор о вознаграждении. Право на получение патента будет принадлежать совместно и создателю, и государственному заказчику, если иное не предусмотрено договором между ними. И если общее право признано за создателем объекта и государственным заказчиком, как здесь учитываются интересы предприятия, научного учреждения, организации или высшего учебного заведения как исполнителя заказа? И кто в таком случае будет заниматься коммерциализацией данного объекта права? Именно законодательство должно четко регулировать любой аспект отношений между заинтересованными сторонами при создании изобретения, полезной модели, промышленного образца. Ведь нельзя полагаться только на договорные отношения. Зачем нам тогда закон? И даже при закреплении за государственным заказчиком прав на объекты патентного права проблемным остаётся вопрос о реализации этих прав, то есть определение лица, которое будет управлять от имени государства имущественными правами на данные объекты промышленной собственности. Поэтому, исходя из реального состояния, с целью активизации творческой деятельности мы согласны с высказанным в правовой литературе предложением [9, с. 96–105; 10, с. 119–120; 11, с. 4–9], что первичное право на объект интеллектуальной собственности должно быть за создателем объекта права.

Выводы. Таким образом, для регулирования отношений, складывающихся между сторонами на объект, созданный в процессе выполнения научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, финансируемых за счет бюджетных средств, является разработка и реализация правового механизма распределения прав на созданные объекты промышленной собственности и правового режима их использования в гражданском обороте, который должен учитывать интересы и создателей

объекта права, и исполнителя заказа, и государственные интересы.

На основании сказанного автор статьи предлагает следующий механизм распределения имущественных прав между сторонами:

1) признать первичное имущественное право на объект права интеллектуальной собственности, созданный в процессе выполнения НИОКР, финансируемых за счет бюджетных средств, за создателем объекта права;

2) на основании гражданско-правового договора создатель объекта права должен передать имущественное право на объект предприятиям, научным учреждениям, организациям, высшим учебным заведениям – исполнителям заказа для последующей коммерциализации объекта;

3) после заключения между сторонами договора создатель объекта права должен получить вознаграждение, соответствующее экономической ценности объекта права, или иной выгоды, которая может быть получена от использования указанного объекта;

4) центральные органы исполнительной власти, Национальная академия наук Украины и отраслевые академии наук (заказчики) будут иметь право на неисключительную безвозмездную лицензию на использование данного объекта права в целях выполнения работ либо осуществления поставок продукции для государственных нужд;

5) в случае если объект права, созданный в процессе выполнения НИОКР, отнесён к государственной тайне (в других случаях, определённых законом) имущественные права на этот объект передаются уполномоченным государственным органам (заказчику).

Список использованной литературы:

1. Шляхи удосконалення правової охорони та захисту об'єктів промислової власності в Україні: аналіз, пропозиції / О.П. Орлюк, В.П. Кращенко, Л.І. Ряботягова та ін.; за заг. ред. О.П. Орлюк. Київ, 2009. 132 с.
2. Мясоєдов С.П. США: попытки сохранить экономическое лидерство. Москва, 1985. 168 с.

3. Борщевский М., Макдональд Б. Как защищают интеллектуальную собственность в США. Высшая торговля. 1997. № 2. С. 32.

4. Patents at colleges and universities. CORG Washington. 1985. № 4. P. 9–14.

5. О внесении изменений и дополнений в Патентный закон Российской Федерации: Федеральный закон РФ от 7 февраля 2003 г. № 22-ФЗ. / СЗ РФ. 2003. № 6. Ст. 505.

6. Патентный закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3517-1, в редакции от 07.02. 2003 г. № 22-ФЗ. / Ведомости РФ. 1992. № 42. Ст. 2319; СЗ РФ. 2003. № 6. Ст. 505.

7. Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України від 1 грудня 1998 р. № 284-XIV. / Верховна Рада України. // Відомості Верховної Ради України. 1999. № 2–3. Ст. 20.

8. Про пріоритетні напрями розвитку науки і техніки: Закон України від 11 липня 2001 № 2623-III. / Верховна Рада України. // Відомості Верховної Ради України. 2001. № 48. Ст. 253.

9. Підпригора О.А. Правові форми державного стимулювання науково-технічної творчості (у світі Конституції України). Право України. 1996. № 12. С. 96–105.

10. Мельник О.М. Суб'єкт права інтелектуальної власності та його цивільно-правовий статус: монографія. Харків: НУВС, 2003. 156 с.

11. Підпригора О.А. Проблеми цивільно-правового захисту права інтелектуальної власності. Інтелектуальний капітал. 2002. № 2. С. 4–9; № 3. С. 3–10.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Ярошевская Тамара Васильевна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры философии и истории Украины Днепропетровского государственного технического университета;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Yaroshevskaya Tamara Vasilyevna – Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Philosophy and History of Ukraine Dnieper State Technical University

yaroshevskaya-t@mail.ru