

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. 6
1 din 30.04.2009

Categoria C

Asociați: Curtea Constituțională, Curtea Supremă de Justiție, Ministerul Afacerilor Interne, Ministerul Sănătății, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Institutul de Istorie, Stat și Drept 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. 9/1 (261) 2013

Redactor-șef L. Arsene

Colegiul de redacție:

Gh. Alecu, doctor în drept, prof. univ. (Constanța, România); A. Armeanic, doctor în drept, conf. univ.; V. Balmuș, doctor în drept; C. Bocancea, doctor în drept, prof. univ. (Iași, România); V. Bujor, doctor în drept, prof. univ.; A. Burian, doctor habilitat în drept; T. Capșa, doctor în drept; Gh. Costachi, doctor habilitat în drept, prof. univ.; I. Floander, doctor în drept (Constanța, România); M. Gheorghiuță, doctor habilitat în drept, prof. univ.; Gh. Gladchi, doctor habilitat în drept; V. Guțuleac, doctor în drept, prof. univ.; V. Florea, doctor în drept, prof. univ.; V. Moraru, doctor în drept, prof. univ.; V. Naumov, redactor-șef adjunct; V. Popa, doctor habilitat în drept, prof. univ.; V. Stratonov, doctor în drept, prof. univ. (Herson, Ucraina).

Adresa redacției:

Casa presei, et. 5 – 531; 515
str. Pușkin 22, mun. Chișinău, MD - 2012,
Republica Moldova
Tel.: 233 790; mob. 067431762;
234 132 (contabilitatea)

E-mail: legea_zakon@mail.ru
Index: RM 77030

© Legea și viața

Pagina web: www.legeazakon.md
www.legeasiviata.in.ua

SUMAR

O. BEJAN. Prognoză criminologică privind noi forme de escrocherie în Republica Moldova și unele recomandări practice.....	4
E. BUGUȚA. Noțiunea și semnificația documentelor – mijloace materiale de probă în procesul penal.....	8
V. GUMANIUC. Prezentarea asistenței medicale în penitenciare.....	11
A. БЕЗУХ. Правила экономической конкуренции как правовая категория.....	16
A. КОЛОГОЙДА. Правовой статус Центрального депозитария Украины.....	20
C. КОРОЕД. Задача правосудия по гражданским делам: разрешение дела или защита права, как критерий оценки эффективности гражданского судопроизводства.....	24
B. СИДОР. Модернізація земельного законодавства України в ринкових умовах.....	27
C. МІНЕНКО. Правове регулювання використання земель водного фонду України на праві постійного землекористування.....	31
Ю. ЖОРНОКУЙ. Неэффективность корпоративного управления в акционерных обществах как причина возникновения корпоративного конфликта.....	35
Ю. АЗАРОВ. Сравнительная характеристика правового регулирования финансового обеспечения общественной безопасности в условиях чрезвычайных ситуаций в Украине и других постсоветских государствах.....	41
A. КАСУМОВА. Право на жалобу как гарантия защиты нарушенных прав и законных интересов: сравнительная характеристика уголовного процессуального законодательства Украины и Республики Молдова....	44
O. БОРДЕНЮК. Історіографія дослідження правового режиму земель трубопровідного транспорту.....	48
H. ПАЦУРИЯ. Субъекты страховых правоотношений в сфере хозяйствования: особенности правового положения.....	52
M. БАБЕНКО. Момент возникновения права собственности на вновь созданные объекты недвижимого имущества.....	56
H. ДОБРЕНЬКА. Історичне становлення та розвиток справедливості.....	60
G. РЫБАЛКО. Организация работы прокуратуры Украины по осуществлению правозащитной деятельности.....	65
I. DAVYDOVA. Relation of misconception and fraud as conditions for invalidity for legal transactons...	69
I. GUCEAC, V. POPA. Recenzie la lucrarea științifico-didactică: Victor Guțuleac, Drept administrativ, Chișinău, ULIM, 2013, 605 p.	72



PROGNOZĂ CRIMINOLOGICĂ PRIVIND NOI FORME DE ESCROCHERIE ÎN REPUBLICA MOLDOVA ȘI UNELE RECOMANDĂRI PRACTICE

Octavian BEJAN,
doctor în drept, criminolog, Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată

RÉSUMÉ

On présente, dans cet article, les résultats d'une prévision criminologique visant nouvelles formes d'escroqueries en République de Moldova. La prévision criminologique est née de la nécessité d'anticiper l'évolution de la criminalité dans le pays, en vue de la prévenir et, ainsi, d'améliorer l'activité anti-crime. Cette prévision a été réalisée par la méthode comparative, selon une méthodologie élaborée par l'auteur. Elle indique une probabilité de manifestation de nouvelles modalités d'escroquerie et de vol, tel que le vol de renseignements d'identité et la fraude d'identité dans la République de Moldova. On formule une série de recommandations afin de prévenir ces comportements criminels.

Mots-clés: prévision criminologique, escroquerie, méthode comparative, recommandations.

REZUMAT

În acest articol sînt prezentate rezultatele unei prognoze criminologice privind apariția unor noi forme de escrocherie în Republica Moldova. Această prognoză criminologică s-a născut din necesitatea de a anticipa evoluția criminalității în țară, în vederea prevenirii ei și, în așa mod, a îmbunătățirii activității anticrimă. Prognoza a fost realizată prin metoda comparativă, potrivit unei metodologii elaborate de către autor. Ea indică o probabilitate de manifestare a unor noi modalități de escrocherie și de furt, precum furtul datelor de identitate și fraudă de identitate, în Republica Moldova. Sînt formulate o serie de recomandări pentru prevenirea acestor comportamente criminale.

Cuvinte-cheie: prognoză criminologică, escrocherie, metoda comparativă, recomandări.

Introducere. În ultimele decenii, a avut loc o dezvoltare vertiginoasă a mijloacelor de comunicare (telefon, fax, Internet etc.), datorită progresului tehnic și formării marilor aglomerații urbane [1, p. 66-72]. Mijloacele de comunicare moderne au oferit unele avantaje sociale, printre care posibilitatea de: a dirija rapid și comod o întreprindere, instituție, organizație, o rețea comercială etc.; a comunica rapid și comod cu partenerii economici, științifici etc.; a alerta imediat organele anticrimă despre săvîrșirea unor crime; a apela rapid la ajutor (medici, pompieri etc.); a comunica repede și comod cu cei apropiați, cu prietenii etc.; a economisi unele resurse (se cheltuie mai puțin combustibil și mijloace de transport pentru transportarea documentației, corespondenței, persoanelor etc.; se cheltuie mai puțin timp pentru comunicare; se cheltuie mai puțină hîrtie și cerneală etc.). În consecință, a sporit sub unele aspecte eficiența activității sociale și a organizării vieții personale. Dincolo de astfel de efecte socialmente pozitive, au survenit și o seamnă de efecte socialmente negative (diminuarea comunicării directe dintre oameni, viață mai sedentară, deteriorarea sănătății etc.), inclusiv de natură criminală (organizare mai simplă a

activităților criminale, utilizarea mijloacelor de comunicare în scopul facilitării săvîrșirii crimelor etc.).

Materiale utilizate și metodele aplicate. Privitor la metodologia de prognozare criminologică utilizată de către noi, este necesar să facem cîteva precizări importante. Metoda comparativă de prognozare criminologică a fost, probabil, aplicată în mod intuitiv timp de milenii. O metodologie definită nu există însă în criminologie, în orice caz astfel rezultă din studiul literaturii de specialitate și din discuțiile cu alți criminologi, care sînt, în mod firesc, întotdeauna limitate. Unii cercetători numai menționează posibilitatea aplicării acestei metode în prognozarea criminologică, atribuind-o metodelor generale [2] sau celor particulare [3] de prognozare criminologică. Sub imperiul necesităților practice, noi ne-am văzut nevoiți să elaborăm o metodologie de aplicare a metodei comparative în prognozarea criminologică, pe care am utilizat-o la elaborarea acestei prognoze. În acest fel, și alți criminologi vor putea efectua prognozări criminologice, conducîndu-se nu de intuiție, ci de o metodologie clar definită și suficient elaborată. Ținem să precizăm, totodată, că metoda comparativă de prognozare criminologică este, actualmente, deose-

bit de utilă în cazul prognozării fenomenelor criminale din Republica Moldova, deoarece țara noastră preia relativ dogmatic un model preexistent de organizare socială (cel din statele occidentale), ceea ce înseamnă că va suporta consecințele generate de acest model sau, altfel zis, va cunoaște procese sociale, inclusiv criminale, similare.

Datele pe care le-am utilizat în cadrul prognozării criminologice provin din surse oficiale (instituții guvernamentale și asociații profesionale), din observarea criminologică a manifestărilor criminale și o altor realități sociale pe care noi am realizat-o atît în mod sistematic, cît și nesistematic, din discuții cu practicienii din organele anticrimă canadiene și cu persoane care locuiesc în Canada, precum și din diverse documente publice.

Rezultate obținute și discuții. Printre efectele criminale provocate de dezvoltarea mijloacelor de comunicare se numără și o serie de noi modalități de escrocherie, care au căpătat o largă răspîndire în țările occidentale. Cele mai frecvente dintre acestea sînt următoarele:

- furt de identitate;
- mesaj electronic de cîștig la loterie;
- apeluri de urgență la bunici;
- apeluri telefonice automate;
- vînzători telefonici deghizați;



- mesaje electronice gemene;
- falsă angajare;
- mesaj electronic de amenințare cu bombă;
- mesaj electronic de la un presupus asasin plătit.

Furtul de identitate reprezintă una dintre cele mai răspândite forme de escrocherie, prin care escrocii intră fraudulos în posesia unor bunuri, utilizând datele de identitate ale altei persoane. Astfel, o victimă constată că există un cont bancar, deschis pe numele ei și fără știrea acesteia, care este folosit de o altă persoană; o altă victimă se pomenește în mâini cu factura unei cărți de credit pe care el nu a comandat-o și cu care au fost efectuate numeroase plăți; încă o victimă descoperă în factura cărții sale de credit sau de debit plata unui produs pe care ea nu l-a achiziționat niciodată etc. Escrocii caută, de regulă, să intre în posesia următoarelor date identificatoare: numele și prenumele, data nașterii, numărul de asigurare socială, adresa, numerele de telefon (fix și portabil), numele de fată al mamei, numele de utilizator și parola, numărul permisului de conducere, numărul de identificare personală, datele cărții de credit (numărul, data expirării și cele trei cifre înscrise după semnătura titularului), numărul contului bancar și banca la care are cont o persoană, semnătura și numărul buletinului de identitate sau al pașaportului.

Furtul de identitate a devenit o problemă atât de serioasă, încât în unele țări această formă de escrocherie a fost incriminată în mod separat. De exemplu, în Canada sînt incriminate, două forme distincte: furtul de identitate și fraudă de identitate. Furtul de identitate este o crimă care constă în obținerea, deținerea sau traficearea de date personale identificatoare, în vederea săvîrșirii unor crime (este vorba despre 3 infracțiuni distincte incluse în Codul criminal al Canadei, la 8 ianuarie 2010). Fraudă de identitate reprezintă o crimă care rezidă în folosirea înșelătoare a datelor de identitate ale unei persoane (vii sau decedate) în procesul de săvîrșire a unei fraude, adică escrocherii (de exemplu, utilizarea abuzivă a unei cărți de credit sau prezentarea sub o identitate falsă).

Incriminînd astfel aceste comportamente criminale, legislatorul canadian a delimitat, de fapt, două tipuri distincte

de infracțiuni: una de escrocherie (frauda de identitate) și alta de furt (furtul datelor de identitate). Răspîndirea acestor manifestări criminale a fost puternic favorizată de practica crescîndă a întreprinderilor, instituțiilor și organizațiilor sau chiar a persoanelor fizice de a stabili și menține relații prin intermediul mijloacelor de comunicare (telefon, Internet etc.), fără o întîlnire personală a subiecților. De exemplu, un individ poate efectua o serie de tranzacții bancare sau financiare prin intermediul telefonului, fiind suficient ca el să indice numele, adresa și numărul cărții de credit sau de debit. De asemenea, un individ poate procura un produs direct de pe pagina din Internet a unei companii (de exemplu, www.clearpointdeals.com), indicînd numai datele cărții de credit, numele său și adresa la care vrea să ajungă prin poștă obiectul cumpărat (haine, o trusă de călătorie, un set de veselă etc.).

Mesajul electronic de cîștig la loterie anunță un posesor de adresă electronică că el a cîștigat un premiu la latorie și că este rugat să comunice cu persoana responsabilă, de regulă la un număr de telefon portabil. Atunci cînd victima escrocheriei se adresează la „persoana responsabilă” sau aceasta o telefonează, escrocii îi cere victimei să comunice o serie de date personale și să plătească o taxă, să efectueze un depozit bănesc de garanție etc., pentru a intra în posesia premiului său. În unele cazuri, criminalul pretinde chiar cumpărarea în avans a unui obiect de către victimă (de exemplu, un set de stilouri personalizate, o colecție de monede etc.), susținînd că loteria a fost organizată de o companie comercială în scop de publicitate.

Apelurile de urgență la bunici constituie o înșelătorie care poate să fie rezumată astfel: escrocii telefonează la o persoană în vîrstă și îi spune că este nepotul său și că are urgent nevoie de bani, deoarece a nimerit în accident, a fost furat, fiind în exteriorul țării, sau chiar a ajuns la închisoare. El îi cere victimei să îi trimită banii necesari printr-o instituție financiară de transfer rapid a banilor, gen *Western Union* sau *Money Gram*. Pretinsul nepot sau nepoată roagă, de asemenea, bunicul sau bunica să nu vorbească altor rude despre problema sa, de teama pedepsei. Escrocii își

construiește, de regulă, dialogul astfel: „Bună ziua, bunică! M-ai cunoscut? – Ionel? – Da! ...”.

Apelurile telefonice automate sînt niște apeluri care ajung la telefonul cuiva, dar cînd acesta răspunde, nu se află nimeni la celălalt capăt al firului. Ele au menirea de a înregistra orele la care cineva răspunde la telefon. Această informație este apoi utilizată sau vîndută unor comercianți care folosesc telefonul pentru desfacerea produselor, deoarece ei pot economisi resursele, știind exact cînd să îl găsească pe potențialul client acasă.

Vînzătorii telefonici deghițați se prezintă, de regulă, ca niște companii de studiere a pieței, care adresează cîteva întrebări privitoare la produsele utilizate actualmente de victimă. După ce se informează, aceștia încep o tiradă publicitară înșelătoare sub diverse aspecte – preț final, calitate, condiții de deservire etc. Abia atunci cînd primește marfa procurată, victima înșelăciunii (persoană fizică sau juridică) constată că aceasta nu răspunde, de fapt, așteptărilor ei sau prețului imaginat.

Mesajele electronice gemene sînt niște copii fidele, ticluite de escroci în scopul de a intra în posesia unor date personale ale victimei. Ele sînt identice cu mesajele oficiale ale unor întreprinderi legale (de exemplu, oficii poștale, companii de telecomunicații sau agenții de turism) cu care victima a avut anterior relații și pe care le cunoaște foarte bine. Întrucît vede o asemănare aproape totală, victima poate lesne cădea în plasa escrocilor. În aceste mesaje, destinatarilor li se cer anumite informații personale, de regulă numărul cartelei de credit sau debit, numărul de asigurare socială sau date bancare. De exemplu, victimei i se spune că trebuie să primească o scrisoare, dar mai întîi ea trebuie să „confirme” unele date.

Falsă angajare reprezintă o modalitate de escrocherie prin care criminalul sau criminalii expediază prin poșta obișnuită o scrisoare victimei, în care îi propune un contract pe termen limitat. Munca constă în transferarea unei sume considerabile pe numele unei persoane indicate în scrisoare, în temeiul unui cec bancar anexat la această scrisoare, în vederea testării capacității companiei în materie de proceduri și de deservire



a clienților. O parte din suma indicată în cec este lăsată victimei, pentru cheltuieli de muncă. După efectuarea viramentului, victima constată că cecul este fals și că ea este obligată să restituie suma transferată. Oamenii cad în capcana întinsă de criminali, deoarece sînt obișnuiți cu faptul că multe companii interacționează prin intermediul mijloacelor de comunicare în multe privințe, adică o așa interacțiune a devenit o practică curentă în statele occidentale. De exemplu, o persoană poate să expedieze o cerere de concediere prin poșta electronică, ca simplu mesaj electronic, fără semnătură manuală sau digitală.

Mesajul electronic de amenințare cu bombă este o stratagemă criminală care constă în expedierea de către escroc, prin intermediul poștei electronice, a unui mesaj potrivit căruia un explozibil a fost instalat în edificiu și că persoanele vizate pot scăpa de explozie doar dacă vor plăti suma de bani pretinsă de criminal.

Mesajul electronic de la un presupus asasin plătit este un mesaj trimis prin intermediul poștei electronice, în care escrocul informează potențiala victimă că a fost angajat să o ucidă de o persoană care îi dorește moartea, dar este dispus să renunțe la omor, în cazul în care victima îl plătește mai bine sau îi oferă o plată comparabilă, prezumtivul ucigaș fiind atras de ideea neasumării unei crime atît de grave.

Acțiunile întreprinse contra unor astfel de escrocherii se lovesc de un șir de *dificultăți*, și anume: criminalii au posibilitatea de a crea și a utiliza, în condiții de anonim, adrese electronice în poșta electronică oferită de Yahoo, Google, Rambler, Yandex etc.; deoarece rețeaua electronică Internet unește toate țările, criminalii pot să se afle și la alt capăt al lumii, ceea ce înseamnă și dificultăți juridice, financiare etc.; mijloacele tehnice moderne permit criminalilor realizarea în masă și transfrontalieră a unor astfel de escrocherii (de exemplu, expedierea concomitentă a aceluiași mesaj la un număr mare de persoane).

Datele statistice privitoare la amploarea manifestărilor criminale de acest gen

subliniază importanța pe care trebuie să le-o acorde societatea, inclusiv organele anticrimă. Astfel, aproximativ 10 000 de victime ale furturilor de identitate au declarat pierderi de 6 milioane de dolari canadieni în anul 2007 în Canada [4]. În anul 2009, Centrul Antifraudă al Canadei a primit semnale de fraudă de identitate din partea a 11 095 de victime din țară privind pierderi de peste 10 milioane de dolari, ceea ce reprezintă o creștere cu un milion în comparație cu anul 2008. Pierderile provocate de fraudele prin cărțile de credit (conform datelor American Express Canada, MasterCard Canada, Visa Canada și Interac Association) au constituit 436 588 757 de dolari canadieni în anul 2011 și 439 363 617 dolari canadieni în anul 2012 [5]. Potrivit estimărilor efectuate de Consiliul Canadian al Birourilor de Etică Comercială, „furtul de identitate ar putea costa consumatorilor, băncilor, societăților de cărți de credit, magazinelor și altor întreprinderi din Canada peste 2 miliarde de dolari în fiecare an” [6].

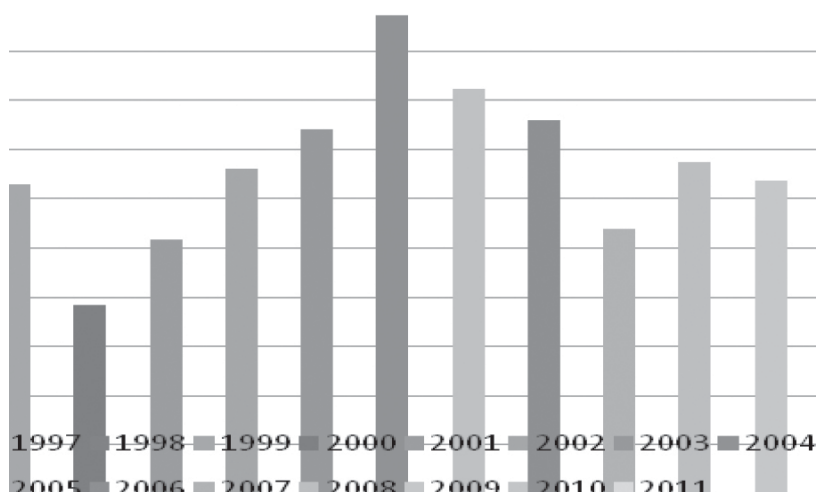
Situația generală se prezintă astfel în Canada: pe parcursul a 15 ani (1997-2011), au fost anual deschise în medie 91 707 dosare criminale în privința unor infracțiuni de fraudă (inclusiv furt de identitate și fraudă de identitate), potrivit dispozițiilor Codului criminal al Canadei, a căror pondere a constituit în medie 3,67% în ansamblul dosarelor criminale (vezi tabelul) [7].

Numărul dosarelor de fraudă criminală deschise în Canada, în perioada 1997-2011

Anul	Numărul	%
1997	96694	3,60%
1998	94575	3,64%
1999	90568	3,63%
2000	85669	3,47%
2001	88332	3,49%
2002	91235	3,65%
2003	92838	3,45%
2004	97443	3,57%
2005	94468	3,60%
2006	93175	3,78%
2007	88779	3,69%
2008	91469	3,89%
2009	90731	3,91%
2010	89830	3,77%
2011	89801	3,94%
Media	91707	3,67%

De observat că escrocheriile prezentate se caracterizează prin recrudescență, adică ele pot să dispară după anihilarea unor criminali sau a unor grupuri criminale și după informarea populației despre acest pericol criminal, apoi pot să reapară și să facă noi victime, chiar în masă (este vorba, de exemplu, despre escrocheriile numite „apeluri de urgență la bunici”, potrivit practicii Centrului Antifraudă al Canadei). De altfel, o evoluție recurentă este caracteristică întregului ansamblu de fraude săvîrșite în Canada (vezi graficul).

Numărul de dosare privind infracțiuni de fraudă criminală, deschise în Canada





Întrucît Republica Moldova preia modelul occidental de organizare socială, este de așteptat că astfel de manifestări criminale vor apărea în număr crescînd, în viitorul previzibil, și în țara noastră. Prin urmare: (1) **este probabilă apariția unor noi forme de escrocherie în Republica Moldova, în special a fraudei (furtului) de identitate, în cazul în care condițiile actuale nu vor suporta modificări de altă natură;** (2) **numărul escrocheriilor va atinge, probabil, o cifră de 10 000 de infracțiuni săvîrșite anual în Republica Moldova, în momentul în care sistemul de plată cu cartela de credit sau debit și comerțul prin intermediul rețelei electronice Internet vor fi suficient de dezvoltate, al căror cost social va fi de ordinul zecilor sau chiar sutelor de milioane de lei, în funcție de nivelul de dezvoltare economică al țării și puterea de cumpărare a monedei.**

Unele dintre aceste escrocherii deja atacă din exterior cetățenii țării noastre. De exemplu, aceștia primesc mesaje de înștiințare despre cîștigarea falsă la o loterie. Deocamdată, ei sînt totuși protejați de necunoașterea limbii engleze, cel mai des utilizată de escroci, în special potențialele victime, adică bătrînii sau persoanele care cunosc mai puțin tehnologiile de ultimă oră ale mijloacelor de comunicare și produsele recente din diverse sfere de activitate socială (proceduri, mijloace tehnice etc.).

În vederea evitării sau diminuării efectelor negative ale unor astfel de comportamente criminale, înaintăm următoarele **recomandări**:

(1) a modifica planurile de instruire și perfecționare profesională a specialiștilor din domeniul anticrimă, astfel încît ei să obțină cunoștințele și să își formeze deprinderile și priceperile necesare de analiză, prevenire, investigare și încadrare juridică a noilor tipuri de escrocherie;

(2) a efectua expertiza juridico-penală, cu scopul de a stabili dacă încriminările actuale permit reprimarea tuturor modalităților noi de escrocherie;

(3) a efectua expertiza criminologică a pedepselor prevăzute în articolele și alineatele Codului penal, potrivit căroră pot să fie încadrate noile forme de escrocherie, cu scopul de a stabili dacă ele au un impact descurajator asupra

criminalilor care săvîrșesc astfel de escrocherii;

(4) a crea servicii de analiză, prevenire și investigare a fraudelor financiare în cadrul instituțiilor bancare și financiare;

(5) a elabora și a implementa o seamă de măsuri de prevenire nerepresivă a noilor forme de escrocherie.

Concluzii. Republica Moldova va fi afectată, în viitorul previzibil, de noi forme de escrocherie și de furt, în special de „furturi de identitate” și de „fraude de identitate”, al căror număr și costuri sociale vor fi considerabile. Este recomandabil ca organele anticrimă, autoritățile publice și agenții economici vizați să ia măsuri de prevenire a acestor manifestări criminale, începînd cu măsurile propuse de noi în prezentul articol. Organele anticrimă își pot îmbunătăți activitatea, efectuînd în mod sistematic prognoze criminologice, din care considerente se impune introducerea specialității și pregătirea specialiștilor în criminologie la nivel de studii superioare de licență, precum și organizarea corespunzătoare a subdiviziunilor analitice. Actualmente, este deosebit de utilă aplicarea metodei comparative de prognozare criminologică a fenomenelor criminale din Republica Moldova, dat fiind faptul că ea preia un model preexistent de organizare socială (cel al țărilor occidentale).

Referințe bibliografice

1. Vezi mai multe despre impactul criminogen al urbanizării și factorii determinanți ai acesteia în lucrarea: Octavian Bejan, Valeriu Bujor și Gheorghe Botnaru. *Analiză criminologică a influenței proceselor demografice actuale asupra criminalității din Republica Moldova*. Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată, Chișinău, 2012.

2. Г. А. Аванесов. *Криминология, прогнозика, управление*. Горьковская высшая школа МВД СССР. Горький, 1975, глава пятая «Основы методологии криминологического прогнозирования», §3 «Общенаучные и частнонаучные методы познания в криминологическом прогнозировании».

3. М. А. Кириллов. *Прогнозирование преступности*. ЮИ МВД России. Москва, 2000, глава 3. «Методы криминологического прогнозирования».

4. Potrivit datelor statistice oficiale ale Ministerului de Justiție al Canadei, vezi: http://www.justice.gc.ca/fra/nouv-news/cp-nr/2010/doc_32471.html (pagină vizitată la 02 iulie 2013).

5. Potrivit datelor statistice oficiale ale Asociației Băncilor Canadiene, http://www.cba.ca/contents/files/statistics/stat_creditcardfraud_fr.pdf (pagină vizitată la 03 iulie 2013).

6. Ministerul de Justiție al Canadei, vezi: http://www.justice.gc.ca/fra/nouv-news/cp-nr/2010/doc_32471.html (pagină vizitată la 02 iulie 2013).

7. Datele statistice privind starea criminalității înregistrate în anii 1997-2003 provin din *Statistique de la criminalité au Canada*, Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada, nr.85-205-XIF au catalogue; pentru anii 2004-2005 – Maire Gannon, *Statistique de la criminalité au Canada, 2005*, Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada, juillet 2006, 24 p.; pentru anul 2006 – Mia Dauvergne, *Statistiques de la criminalité au Canada, 2007*, Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada, juillet 2008, 19 p.; pentru anul 2007 – Marnie Wallace, *Statistiques sur les crimes déclarés par la police au Canada, 2008*, Statistique Canada, juillet 2009, 37 p.; pentru anul 2008 – Mia Dauvergne și John Turner, *Statistiques sur les crimes déclarés par la police au Canada, 2009*, Statistique Canada, Été 2010, 38 p.; pentru anul 2009 – Shannon Brennan și Mia Dauvergne, *Statistiques sur les crimes déclarés par la police au Canada, 2010*, Statistique Canada, 21 juillet 2011, 41 p.; pentru anii 2010-2011 – Shannon Brennan, *Statistiques sur les crimes déclarés par la police au Canada, 2011*, Statistique Canada, 24 juillet 2012, 41 p.



NOȚIUNEA ȘI SEMNIFICAȚIA DOCUMENTELOR – MIJLOACE MATERIALE DE PROBĂ ÎN PROCESUL PENAL

Elena BUGUȚA,
doctorandă

SUMMARY

In order to establish the truth in the criminal trial is necessary a cognitive activity where the subjects involved in a criminal case carry out actions to ensure the investigation under all complete and objective aspects of the case circumstances. In the activity of establishing the truth the elements that lead to the knowledge realization are the proofs.

The probation is an element with information relevance on all sides of the criminal case within of which an important place is due to documents – means of probative materials.

Keywords: document, mean probative material, criminal trial, guilty, criminal case.

REZUMAT

În scopul stabilirii adevărului în procesul penal, este necesară o activitate cognitivă, în cadrul căreia subiecții implicați într-o cauză penală efectuează acțiuni în vederea asigurării cercetării sub toate aspectele, complete și obiective a circumstanțelor cauzei. În activitatea de stabilire a adevărului, elementele care duc la realizarea cunoașterii sînt dovezile.

Probațiunea este un element cu relevanță informativă asupra tuturor laturilor cauzei penale, în cadrul căreia un loc important revine documentelor – mijloace materiale de probă.

Cuvinte-cheie: document, mijloc material de probă, proces penal, vinovăție, cauză penală.

Introducere. „Dovezile sînt antidotul mărturiilor mincinoase”, susținea Francis Bacon, încă la începutul sec. al XVII-lea. Acest adevăr ce răzbate peste timp ar putea deveni deviza oricărui organ de urmărire penală, ca reprezentant al societății care l-a investit și care i-a transferat autoritatea sa morală.

Este în afara oricăror discuții faptul că nobila misiune de apărare a ordinii și liniștii publice, vieții, integrității corporale și sănătății persoanelor, avutului public și celui privat solicită, din partea organelor de urmărire penală, o preocupare continuă pentru perfecționarea pregătirii de specialitate. Ca o condiție *sine qua non* a înaltului profesionalism, cultul pentru adevăr trebuie să se manifeste în strictă concordanță cu litera și spiritul legii, într-un climat care să asigure și să garanteze libertățile și drepturile omului.

Orice fapt sau împrejurare importantă pentru cauză trebuie să fie probată astfel încît existența lui sau a ei să fie stabilită cu certitudine.

Stabilirea împrejurărilor de fapt ale cauzei, adică a evenimentului infracțiunii, a săvîrșirii lui de către o anumită persoană și a vinovăției acesteia este posibilă doar cu ajutorul mijloacelor de probă. Prin urmare, probele sînt mijlocul unic de cunoaștere a faptelor și împrejurărilor cauzei penale, despre care

organul de urmărire penală sau instanța de judecată poate face careva afirmații doar în funcție de faptul dacă ele au fost probante, adică confirmate prin probele adunate și verificate pe cauza dată.

Legea procesual-penală enumeră documentele în calitate de mijloace materiale de probă.

Importanța documentelor ca mijloace materiale de probă rezidă în faptul că datorită acestora există temei de a stabili evenimentul cercetat și/sau faptele secundare, precum și autenticitatea informației conținute.

Conținutul de bază. Conform prevederilor art. 157 CPP al Republicii Moldova, „constituie mijloc material de probă documentele în orice formă (*scrisă, audio, video, electronică etc.*) care provin de la persoane oficiale fizice sau juridice, dacă în ele sînt expuse ori adevărate circumstanțe care au importanță pentru cauză”.

Înțelesul documentelor ca mijloace de probă poate fi elucidat aplicînd teoria informației.

Filosofii consideră că informația nu poate exista fără un înveliș material, fără un anumit purtător material. Este evident că orice înștiințare, orice date factice trebuie să dispună de o anumită formă.

Potrivit părerii autorului rus N. Prokofiev, purtătorii materiali ai informației pot fi clasificați în trei mari categorii:

1. Realitatea care ne înconjoară, și anume: diferite obiecte ce servesc drept obiect al recunoașterii. În cadrul procesului penal, are importanță așa-numita *stare de fapt* (împrejurările existente la fața locului) și *faptele-acțiuni* (faptul infracțiunii). Obținerea anumitor informații nemijlocit în cadrul faptelor-acțiuni nu este posibilă, deoarece acestea sînt niște acțiuni ce au avut loc în trecut.

2. Sistemele autoreglatoare capabile de a primi, a păstra și a transmite informația (oameni, diferite instalații automate etc.). Poate fi urmărit și, în același timp, controlat procesul primirii, păstrării și transmiterii informației de la/la oameni, la fel și de la/la diferite instalații automate, iar această informație poate servi drept probă.

3. Purtători ai informației intenționat perfectăți (întocmiți), în care se fixează o anumită informație, cu scopul păstrării și transmiterii ei (de exemplu, documentele) [1, p. 77-78].

În cadrul acestui articol, este supus analizei doar ultimul grup de purtători ai informației – documentele.

În literatura de specialitate există două puncte de vedere cu privire la înțelesul termenului de *document*) [2, p. 324]. Autorul rus N. Kuznețov consideră că în calitate de document poate apărea doar un act întocmit în formă scrisă. De altă părere este cercetătorul Ț. Kaz,



care susține că în calitate de document poate apărea nu numai un act redactat în formă scrisă, dar și peliculele fotografice, diverse filme-cronici, scheme, planuri, fonograme, etc.) [3, p. 99].

Cu toate acestea, toți autorii sînt de acord că documentul este un obiect al lumii materiale, care conține informații despre evenimente și fapte expuse cu ajutorul semnelor scrise și care transmit gîndul omenesc sau sînt fixate și reproduse cu ajutorul tehnicii sub formă de reprezentări sau vorbire orală.

Scrisoarea este doar una dintre modalitățile de fixare a vorbirii orale, deoarece vorbirea orală poate fi fixată nu numai cu ajutorul scrisorii, dar și al unei fonograme. Se poate fixa nu numai vorbirea orală, dar și aflarea diferitor obiecte la fața locului, acțiunile oamenilor, a diferitor macanisme etc., și nu doar prin folosirea obligatorie a fixării în formă scrisă a unor asemenea acțiuni și obiecte. Toate acestea pot fi înregistrate și cu ajutorul fotografiei, schemelor, modelelor etc. [3, p. 100-101].

Orice mod de fixare este important în procesul penal, deoarece esența documentelor se reduce la faptul că acestea apar drept un mijloc de înregistrare a unei informații concrete pentru o păstrare îndelungată și transmiterea acestei informații în timp și în spațiu.

Un alt autor rus, M. Strogovici, consideră că documentul este un obiect al lumii materiale pe care artificial este fixat un anumit fapt. Acesta poate fi o foaie de hîrtie, pe care este făcută o inscripție despre un anumit eveniment, poate fi negativul, pelicula cinematografică sau fotografică [4, p. 201].

Autorul român St. Bănulescu înțelege prin „document” orice obiect al lumii materiale în care, fie cu ajutorul obiectelor, fie cu ajutorul altor mijloace accesibile de înregistrare, sînt fixate informații cu privire la un anumit fapt și care prezintă importanță pentru examinarea justă a cauzei penale [5, p. 322].

Prin documente ca mijloace de probă în procesul penal înțelegem obiectele lumii materiale special pregătite de către persoane oficiale sau particulare, care nu sînt subiecte ale activității procesual-penale, și sînt destinate pentru a fixa și a transmite informația utilă procesului penal, precum și în alte scopuri [6, p. 76].

Luînd în considerație definițiile

enunțate, pot fi evidențiate următoarele caracteristici ale documentelor ca mijloace materiale de probă:

1. Faptul, împrejurarea, stabilirea căreia prezintă importanță în cadrul procesului penal, inițial este percepută de către persoană (nemijlocit sau cu ajutorul diferitelor mijloace de fixare), ulterior urmînd a fi întocmit documental. Cu alte cuvinte, procesul formării documentului ca mijloc de probă este analogic procesului de fixare a declarațiilor date de către martori.

2. În toate cazurile, documentul cuprinde o informație despre un anumit fapt, anumite evenimente care prezintă importanță pentru cauza examinată. Informația dată este scrisă cu ajutorul literelor, semnelor grafice etc. Astfel, documentul fixează ideea alcătuirii acestuia.

3. Documentul se întocmește prin intermediul fixării nemijlocite a vorbirii orale, ce urmează a fi reprodusă fie pe calea fixării reprezentării ce poate fi urmărită de oricine, fie pe calea echivalenței, adică prin intermediul unor semne convenționale.

4. Multe documente au un conținut accesibil doar unor anumite persoane, adică doar acelor persoane care posedă cunoștințe speciale într-un anumit domeniu, de exemplu, în domeniul computerelor, documentației tehnologice etc.

5. Documentul poate fi întocmit pe orice material și prin orice metodă care să-i asigure păstrarea și esența conținutului.

Documentul ca mijloc de probă este caracterizat prin unitatea dintre conținut și formă. Conținutul reprezintă datele faptice despre împrejurările esențiale ale cauzei, reflectate în documentele respective. Forma este materialul documentului, rechizitele care certifică personalitatea autorului și autenticitatea documentului [7, p. 233].

Documentele care parvin din partea întreprinderilor, instituțiilor, organizațiilor, de la persoane oficiale trebuie să fie însoțite de *rechizite oficiale*, cum ar fi: datele de identificare ale persoanei care întocmește documentul, data întocmirii etc. [7, p. 234].

Importanța probatorie a documentului ca mijloc de probă este strîns legată de conținutul și forma acestuia. Pentru stabilirea autenticității documentului, întotdeauna este necesară studierea con-

ținutului lui, iar pentru stabilirea admisibilității documentului ca mijloc de probă în procesul penal, este necesar de a fi studiată și forma acestuia [6, p. 99].

Admisibilitatea probelor se stabilește în temeiul prevederilor legii privitor la sursa de probă, regulile strîngerii și fixării probelor.

Analizînd prevederile art. 157 CPP RM, observăm faptul că în calitate de surse ale documentelor apar atît persoanele fizice, cît și persoanele juridice. În pofida faptului că legea procesual-penală enumeră în calitate de surse ale documentelor persoanele juridice (întreprinderi, instituții, organizații), în realitate, însă, din numele persoanelor juridice acționează anumite persoane fizice concrete, împuternicite de a emite astfel de documente.

Așadar, în calitate de sursă a documentelor – mijloace materiale de probă în procesul penal – poate apărea orice cetățean care a perceput împrejurări ce au importanță pentru cauza penală și care sînt formulate într-un anumit document. Nu are importanță dacă documentul este alcătuit în scris, cu mîna proprie, sau dacă autorul documentului a dictat altei persoane conținutul lui.

Persoana oficială ca sursă a documentelor trebuie să se conformeze normelor privind competența de a emite documente. Competența ei decurge din competența organului pe care ea îl reprezintă. Această competență are două elemente:

1. Sfera de extindere a împuternicirilor de conducere a acestui organ;
2. Împuternicirile persoanelor oficiale în cadrul acestui organ.

Sursa documentului oficial sînt deci persoanele oficiale, care acționează în limitele împuternicirilor atribuite lor prin lege.

Studiind problema documentelor oficiale, este necesar să clarificăm dacă împrejurările și faptele expuse în documente intră în sfera activității organului ce a eliberat documentul. Pentru a da un răspuns afirmativ la această întrebare, trebuie să constatăm dacă respectiva persoană oficială dispune de împuterniciri pentru a întocmi acest document.

Sînt situații în care documentul-mijloc de probă poate fi recunoscut ca admisibil doar dacă sursa documentului sînt cîteva persoane, de exemplu: documen-



tele bancare, de decontare, obligațiile financiare și de creditare se semnează de două persoane cu drept de semnare: prima semnătură este a conducătorului instituției bugetare sau a adjunctului lui, iar a doua – a șefului serviciului contabil sau a adjunctilor lui, sau a reprezentantului autorizat al unei firme de audit căreia, în conformitate cu prevederile contractului, i s-au încredințat funcțiile serviciului contabil al instituției bugetare sau al agentului economic.

Esența termenului de *copie a documentului* este foarte larg redată atât sub aspect practic, cât și sub aspect teoretic. Se presupune că documentul întocmit în mai multe exemplare autentice (chiar și prin foaia de indigo) are mai multe originale, fiind interzis de a privi primul exemplar ca original, iar toate celelalte ca niște copii ale originalului [7, p. 235]. Copia trebuie să conțină mențiunea „Copia este corectă” și ștampila organului respectiv.

În situația anexării la dosar a documentului îndeplinit în altă limbă decât cea în care se desfășoară urmărirea penală, traducerea lui scrisă urmează să fie examinată drept o parte a documentului respectiv. Este evident că traducerea trebuie să fie efectuată exact și deplin.

Maculatoarele și notițele stenografice nedescifrate, după regula generală, nu se utilizează în probațiune în situația în care se dispune de documentul însuși. În situația pierderii documentului, materialele date capătă caracter de probe. Acestea urmează a fi utilizate și în situația în care exactitatea și plenitudinea documentului trezesc îndoieli.

În activitatea practică, foarte des apare întrebarea cu privire la valoarea probatorie a anexelor la documente, care pot apărea sub diferite forme: scheme, grafice, tablouri, fotografii etc.

Autorul rus Ț. Kaz consideră anexele la documente drept un material ce ilustrează conținutul documentului de bază [2, p. 326]. Profesorul P. Iakupov nu împărtășește această idee, susținând că chiar și în cazurile în care legea cere obligatoriu forma scrisă a documentului de bază, rolul anexelor grafice, fotografiilor nu este redus la însemnătatea ilustrativă sau la cea de control. În documentul de bază pot lipsi unele detalii ce sînt cuprinse în cadrul anexelor [8, p. 231]. Astfel, docu-

mentul de bază și anexa la el formează un întreg.

Concluzii. Prin documente ca mijloace de probă trebuie de avut în vedere doar documentele în sensul art. 157 CPP al RM.

Conform prevederilor legii, teoriei și practicii procesual-penale, au importanță probatorie în cadrul procesului penal documentele ce au următoarele caracteristici:

1) conțin informații despre împrejurări izvorul cărora poate fi controlat;

2) aceste informații se atestă sau se expun de organele și persoanele oficiale în limitele competenței lor, iar dacă documentul parvine de la un cetățean – în limitele informării acestuia;

3) aceste date trebuie să aibă importanță pentru cauză;

4) documentul obține valoarea de probă dacă este respectată ordinea stabilită de lege de obținere și anexare a lui la dosar;

5) prin „document-mijloc material de probă” înțelegem orice obiect al lumii materiale (purtător material al informației) în care, fie cu ajutorul obiectelor, fie cu ajutorul altor mijloace accesibile de înregistrare, sînt fixate informații cu privire la un anumit fapt și care prezintă importanță pentru examinarea justă a cauzei penale.

Recenzent:

Viorel BERLIBA,

doctor în drept,
conferențiar universitar

Referințe bibliografice

1. Прокофьев Ю. Н. *Понятие и сущность документов как доказательств в советском уголовном процессе*. Москва, 1978.

2. Каз Ц. М. *Доказательства в советском уголовном процессе*. Саратов, 1980.

3. Кузнецов Н. Т. *Доказывание и стадии возбуждения уголовного дела*. Воронеж, 1983.

4. Строгович М. С. *Теория судебных доказательств*. Москва, 1991.

5. Bănulescu St. *În legătură cu actul prin care se dispune efectuarea expertizei în faza urmăririi penale*. București, 1997.

6. Соловьев. *Использование доказательств при допросе*. Москва, 1981.

7. Копьева А. Н. *Документы как доказательства в советском уголовном процессе*. Иркутск, 1973.

8. Якупов П. Х. *Уголовный процесс*. Москва, 2009.



PREZENTAREA ASISTENȚEI MEDICALE ÎN PENITENCIARE

Veaceslav GUMANIUC,
doctorand

SUMMARY

The health-right of people deprived of liberty is legalized, with other fundamental human rights, by conventions, rules and international recommendations. This is a right of the prisoner, that can't be taken by decision of the jurisdiction. In this article is treated the problem of the ensuring and respecting the health-right of the captives and difficulties features that appear referring on respecting this law, during the execution of punishment privative of liberty in prison.

Keywords: mental disorder of prisoners, medical services in the penitentiary, confidentiality.

REZUMAT

Dreptul la sănătate al persoanelor lipsite de libertate este consfințit, alături de celelalte drepturi fundamentale ale omului, de convenții, reguli și recomandări internaționale. Acesta este un drept al deținutului care nu se pierde prin hotărârea instanței de judecată. În acest articol se abordează problema asigurării respectării dreptului la sănătate a deținuților și particularitățile dificultăților apărute în respectarea acestui drept în timpul executării pedepsei privative de libertate în penitenciare.

Cuvinte-cheie: tulburare psihică a deținuților, servicii medicale în penitenciare, confidențialitate.

Introducere. Majoritatea statelor au ratificat un șir de documente internaționale care consfințesc dreptul la sănătate al persoanelor lipsite de libertate: Declarația Universală a Drepturilor Omului; Convenția Internațională a Drepturilor Civile și Politice; Convenția Națiunilor Unite împotriva Torturii și a altor Tratamente sau Pedepse Crude, Inumane sau Degradante. Alte state, chiar dacă nu au fost parte la semnarea convențiilor și nici nu le-au ratificat, ulterior au prevăzut în propriile constituții drepturile fundamentale ale omului, printre care și dreptul la sănătate.

Prin reținere, arestare și pedeapsă cu închisoarea se pierde, pentru o perioadă limitată de timp, dreptul de libertate și se limitează alte drepturi, ca cel de mișcare, de întrunire, de exprimare, dar nimic nu justifică limitarea sau pierderea dreptului la sănătate. Dimpotrivă, prin privarea de libertate Statul își asumă obligația de a se îngriji de sănătatea celor supuși acestei pedepse sau măsuri.

Întrucât practica a demonstrat pierderi sau limitări nejustificate ale unor drepturi fundamentale, pe timpul executării unor pedepse sau măsuri privative de libertate, organismele internaționale au elaborat și au aprobat, în virtutea obligațiilor lor statutare, reguli și recomandări aplicabile persoanelor private de libertate: Ansamblul de Reguli Minime pentru Tratamentul Deținuților; Principii Directoare pentru Tratamentul Delincvenților; Ansamblul de Principii pentru protejarea tuturor persoanelor

supuse unei forme oarecare de detenție sau încarcerare; Regulile Europene pentru Penitenciare.

Rezultate obținute și discuții. Regulile și recomandările internaționale sînt standarde minime și statele sînt invitate să le introducă în propria legislație privind tratamentul deținuților. Au fost create organisme internaționale, cum sînt Comitetul pentru Prevenirea Torturii, Comitetul pentru Prevenirea Crimei și pentru Lupta împotriva Delincvenței, din cadrul Consiliului Europei sau din cadrul Organizației Națiunilor Unite, care acordă o mare atenție felului în care statele respectă dreptul deținuților la sănătate. Nerespectarea sau îngrădirea acestui drept este asimilat tratamentului inuman sau răului tratament.

Scopul Ansamblului de Reguli Minime pentru Tratamentul Deținuților [1] și Regulilor Europene pentru Penitenciare [2] nu poate fi atins, dacă perioada de privare de libertate nu este în așa fel folosită încît, după punerea în libertate, deținutul să nu mai dorească să comită o crimă, dar și să fie capabil să trăiască și să-și satisfacă propriile nevoi, respectînd legea și pe ceilalți membri ai societății. Pentru atingerea acestui scop, regimul penitenciar trebuie să facă uz de toate mijloacele curative, educative, morale și spirituale și de toate formele de asistență de care dispune.

Pentru ca deținuții să-și poată exercita dreptul la sănătate, așezămîntul penitenciar trebuie să corespundă unor nevoi de infra- și suprastructură, repre-

zentate de logistică, personal și reglementări normative, precum și să permită dezvoltarea unei relații medic – pacient propice desfășurării actului medical.

Deși prin acte normative specifice, aplicabile măsurilor și pedepselor privative de libertate, statele garantează normele generale de tratament, constrîngerile, mai ales de ordin financiar, au condus la organizarea deficitară a serviciilor medicale penitenciare în ceea ce privește asigurarea cu personal și cu echipamente medicale, precum și la scăderea eficienței asistenței preventive în condiții de supraaglomerare.

Mediul penitenciar nu este atractiv pentru profesioniștii din sănătate. Personalul medical din penitenciare este supus unei duble presiuni: din partea administrației și din partea deținuților. Pe de o parte, deținuții – persoane închise, limitate în dreptul de autodeterminare, dependente de administrație, cu o perspectivă negativă asupra viitorului sau lipsiți de orice perspectivă – sînt în marea lor majoritate nervoși, agresivi sau depresivi. Rezultatul este cantitatea mare de servicii medicale pe care o reclamă. În plus, ei nu au încredere în personalul medical care, ca salariat al administrației penitenciare, poate fi perceput, ca și personalul de supraveghere, ca fiind de cealaltă parte a baricadei.

Pe de altă parte – administrația penitenciară, conștientă de propria responsabilitate pentru menținerea stării de sănătate a deținuților, reclamă fie acordarea serviciilor medicale, chiar și



atunci cînd deținuții le refuză, fie implicarea personalului în declanșarea sau chiar în aplicarea procedurilor disciplinare. Toate acestea alterează relația medic – pacient și contravin normelor de etică și deontologie medicală.

Organizațiile internaționale sînt preocupate și de amploarea unor afecțiuni care capătă un caracter epidemic în închisori: tuberculoza, bolile cu transmitere sexuală, hepatitele, infecția cu virusul imunodeficienței umane (HIV). Creșterea alarmantă a incidenței prin aceste îmbolnăviri pune sistemele penitenciare în fața unor probleme ce țin de sănătatea publică, în general, precum și de dreptul deținuților la sănătate. Gratiile și zidurile unei închisori nu sînt o barieră în calea transmiterii acestor boli, astfel că o problemă de sănătate publică dintr-o închisoare devine o problemă a comunității din jur și a societății, în general. Mai important chiar decît acest aspect privind sănătatea publică este faptul că deținuții sînt condamnați pentru faptele lor antisociale la privare de libertate, și nu la tuberculoză, hepatită sau alte boli infecțioase.

Principiile generale ale asistenței medicale în așezămintele penitenciare sînt principii de etică, general valabile ale practicii medicale și au fost formulate de Comitetul pentru Prevenirea Torturii încă în anul 1992, cu ocazia celui de-al 3-lea Raport General, publicat la Strasbourg în 1993. Comitetul pentru Prevenirea Torturii urmărește respectarea acestor principii în vizitele pe care le efectuează și atenționează că un nivel inadecvat de servicii medicale poate avea ca urmări imediate situații asimilabile „tratamentului inuman și degradant” [3].

Persoana aflată într-un penitenciar trebuie examinată cît mai curînd posibil de către un medic sau de către un asistent. Cel care examinează trebuie să aibă pregătirea necesară, pentru a recunoaște simptomele unor boli contagioase, tulburările mintale, ale altor boli cronice sau semnele uzului și abuzului de substanțe psihoactive, inclusiv droguri. În cazul în care examinarea este asigurată de un asistent medical, ea trebuie definitivată, cît mai curînd posibil, de un medic.

Deținuții trebuie informați asupra examinărilor medicale la care urmează să fie supuși, asupra rezultatelor acestora și posibilei evoluții a afecțiunilor pe care le prezintă, asupra tipurilor de tratament necesar, inclusiv asupra efectelor benefice, adverse sau negative ale acestuia. La nevoie, această informare poate fi făcută și în scris. În aceeași ordine de idei, deținuții trebuie să aibă acces la datele înregistrate în fișa lor medicală, afară doar de situația în care accesul la aceste date este contraindicat din punct de vedere terapeutic.

Toți deținuții sînt liberi să refuze examinările, investigațiile sau tratamentele propuse. Acest principiu nu poate fi încălcat decît în situațiile în care deținuții suferă de boli transmisibile sau au capacitate redusă de discernămint, din cauza bolilor mintale pe care le prezintă sau a uzului ori abuzului de substanțe psihoactive. Și în aceste situații intervenția împotriva voinței deținutului este posibilă numai dacă ea este prevăzută legal. În greva foamei, de pildă, medicul poate interveni, împotriva voinței deținutului, numai dacă starea acestuia de sănătate este alterată în așa măsură, încît și conștiința este profund alterată și nu mai are capacitate de decizie [4, p. 162].

Dificultățile apar atunci cînd decizia deținutului intră în conflict cu datoria medicului de a-i apăra sănătatea. Așa se întîmplă în cazul diverselor acte de autoagresiune ale deținutului, folosite de acesta ca să obțină anumite avantaje sau să protesteze împotriva unor decizii ale administrației sau ale autorităților judiciare.

Toate examinările medicale trebuie să se desfășoare fără supravegherea auditivă sau vizuală a unui alt membru al personalului. În situațiile date, numai medicul sau asistentul este cel care poate decide dacă examinarea trebuie să aibă loc sub supraveghere vizuală, dar în nici un caz auditivă. De asemenea, deținuții nu pot fi examinați în grup. Respectarea dreptului la consimțămînt și confidențialitate va întări încrederea deținutului și va influența pozitiv relația medic – pacient, mai ales că deținutul nu-și poate exercita dreptul privind alegerea liberă a doctorului.

Principiul confidențialității inducând dificultăți și în relația medicului cu directorul unității. Medicul trebuie să informeze în scris directorul ori de cîte ori o anumită formă de detenție sau prelungirea acesteia poate dăuna sănătății mintale sau fizice a deținutului, dar să nu facă referire la acele date a căror divulgare încalcă principiul confidențialității. Acest principiu este greu de pus în aplicare în cazul bolilor contagioase; atunci cînd medicul este obligat să propună directorului măsuri care pot afecta viața așezămîntului în cazul contraindicării prezentării deținutului la instanță, din motive de sănătate, în cazul internării deținutului, cînd biletul de trimitere ar trebui pus în plic închis.

Derogarea de la acest principiu este însă posibilă dacă, explicîndu-se deținutului situația, acesta acceptă ca datele lui medicale să fie cunoscute. Principiul confidențialității trebuie respectat și după punerea în libertate a deținutului, cînd documentele medicale trebuie păstrate și arhivate în condiții care să asigure secretul profesional.

Competența serviciilor medicale din penitenciare trebuie să acopere cel puțin nevoile de asistență primară (de medicină generală) și de urgență, precum și pe cele de asistență stomatologică. În situații de urgență sau atunci cînd este depășită competența personalului medical din penitenciar, deținutul trebuie să fie prezentat, imediat, la un serviciu specializat din afară sau trebuie chemat de urgență un specialist din afară. Insuficiența personalului de supraveghere sau a mijloacelor de transport nu justifică temporizarea acordării serviciilor medicale necesare. Este foarte importantă colaborarea cu personalul de supraveghere și implicarea administrației penitenciare în acest domeniu, pentru că orice întîrziere poate agrava starea de sănătate a deținutului și este socotită ca fiind culpă medicală. Atunci cînd este necesar, transportul deținutului către unitatea sanitară trebuie să fie medicalizat. Existența spitalelor proprii sistemului penitenciar sau absența mijloacelor de securitate într-un spital civil nu disculpă medicul care nu prezintă deținutul aflat într-o stare critică la cel



mai apropiat serviciu, capabil să acorde asistența de urgență.

Serviciile medicale trebuie să fie acordate tuturor deținuților, fără nicio discriminare și gratuit. Pentru medic, deținutul este pacient; medicul nu trebuie să se lase influențat în deciziile privind starea de sănătate și tratamentul deținutului bolnav, nici de trecutul penal, nici de natura sau gravitatea faptei săvârșite și nici de comportamentul actual al deținutului, decât în măsura în care îngrijirile acordate pot îndrepta ceva din toate acestea. Deținuții trebuie să beneficieze de servicii medicale în condiții echivalente cu cele oferite pacienților din afara penitenciarelor. Nevoia de îngrijiri pentru deținuți poate fi chiar mai mare decât cea din comunitate, în general, întrucât detenția în sine aduce prejudicii sănătății fizice sau mintale.

O mențiune specială trebuie făcută în legătură cu prepararea sau distribuția medicamentelor, operațiuni ce nu pot fi încredințate decât personalului calificat în acest sens și în nici un caz personalului de supraveghere. Medicamentele și echipamentele trebuie păstrate în condiții de securitate, pentru a împiedica accesul deținuților la ele. Din același motiv, nu se recomandă încredințarea unor activități medicale deținuților, indiferent de calificările pe care aceștia le posedă sau de nevoia de ajutor, în condițiile de personal medical insuficient.

Serviciile medicale penitenciare trebuie organizate astfel încât deținuții să beneficieze de asistență preventivă. Chiar și cei care nu solicită să se prezinte la medic trebuie examinați periodic, cu o anumită regularitate, pentru depistarea activă a afecțiunilor pe care le prezintă. Deținuții cu boli cronice trebuie dispensați, astfel încât să se asigure urmărirea stării lor de sănătate, în funcție de natura și gravitatea afecțiunii, precum și de tratamentul necesar.

Toate examinările medicale, precum și tratamentul acordat trebuie consemnate în fișa medicală personală, cu numele și semnătura medicului. Fișa medicală permite urmărirea evoluției stării de sănătate a deținutului, pe tot parcursul deținerii, și-l urmează pe acesta în

cazul transferului în alt așezământ. În cazul transferului, fișa medicală trebuie transmisă noii unități într-o manieră care să asigure secretul profesional.

La punerea în libertate, deținutului i se înmânează o scrisoare medicală, cuprinzând evoluția stării de sănătate, precum și îngrijirile de care a beneficiat pe perioada de executare a pedepsei, scrisoare pe care deținutul o poate da medicului de familie și care să-i fie utilă acestuia în asistența ulterioară. În cazul în care, la punerea sa în libertate, deținutul se află în programe speciale de îngrijire care necesită a fi continuate, se fac demersurile necesare în vederea continuării acestora în centre comunitare specializate, sub rezerva informării și consimțământului celui în cauză. Aceste demersuri sînt obligatorii, fără obținerea consimțământului deținutului, dacă programul terapeutic a fost decis de instanța de judecată ca măsură de tratament obligatoriu.

Responsabilitatea conștientă a deținutului pentru propria stare de sănătate poate fi influențată pozitiv prin obținerea consimțământului său pentru orice serviciu medical care i se adresează. Relația consimțământ – responsabilitate este foarte importantă, mai ales în problemele de sănătate specifice și foarte frecvente în așezămintele penitenciare, ca autoagresiunile și greva foamei. Cîtă vreme percepția este că de sănătatea deținutului răspunde numai „Statul”, acesta va încerca să manipuleze autoritățile, pe directorul închisorii și pe medic, personalul în general cu refuzul de hrană și acte de autoagresiune.

Obligațiile deținuților privind respectarea normelor de sănătate publică într-o colectivitate, respectarea normelor antiepidemice, care protejează atât sănătatea fiecărui individ în parte, cît și pe cea a colectivității, se referă la igiena personală și colectivă a deținuților și ele incumbă obligații atât din partea deținuților, cît și din partea administrației. Administrația este obligată să asigure mijloacele necesare, iar deținutul este obligat să mențină starea de curățenie a propriului corp, a lenjeriei și hainelor, a spațiilor pe care le folosește singur sau în comun. Mai mult, chiar dacă un de-

ținut are libertatea să accepte sau nu un examen medical, o investigație sau un tratament, această libertate se transformă în obligație atunci cînd boala sa devine sursă de îmbolnăvire pentru ceilalți.

Normele de sănătate publică dintr-o închisoare se referă la măsuri antiepidemice generale și specifice, cum sînt: igiena individuală și colectivă, investigații de triaj (screening) epidemiologic, care se practică la depunere și, ulterior, în cazul unei suspiciuni sau în focar de boală contagioasă, tratamentul corect al acestor boli, investigațiile care monitorizează rezultatele tratamentului și, deci, prezența în continuare sau absența sursei de infecție în colectivitate, vaccinările etc. [4, p. 164].

În cazul în care deținutul refuză să se supună măsurilor de sănătate publică, acestuia trebuie să i se explice în ce constau ele și care sînt consecințele neaplicării lor pentru propria sănătate și pentru sănătatea celor din jur. Numai refuzul conștient trebuie sancționat, iar procedurile privind sancțiunile și apelul împotriva acestora trebuie să respecte regulamentul disciplinar, în general. În ultimă instanță, se recurge la sancțiunile contravenționale prevăzute în legislația aplicabilă și cetățenilor liberi.

Orice deținut are dreptul să facă plîngeri privind serviciile medicale, dar într-o manieră legală. Pentru ca sistemul de plîngeri să contribuie la apărarea dreptului deținuților la sănătate, el trebuie să respecte condițiile general valabile pentru toate celelalte tipuri de plîngeri din așezământ. Procedurile privind plîngerile de natură medicală trebuie precizate în regulamentul de ordine interioară și aduse la cunoștința deținutului, imediat după depunere. În verificarea aspectelor reclamate de deținut este important ca locurile de dețineră să fie vizitate de persoane calificate și cu experiență, iar din comisiile respective să facă parte reprezentanți ai autorității administrative superioare, ai altor autorități, precum și ai organizațiilor neguvernamentale.

Plîngerile reprezintă un instrument de control pentru serviciile medicale, iar rezolvarea eficientă a acestora sporește încrederea deținuților, a persona-



lului și a publicului privind legalitatea executării pedepsei. În caz contrar, crește numărul deținuților nemulțumiți și implicit numărul de autoagresiuni, de refuzuri de hrană, de acte de violență și chiar de sinucideri. Personalul, la rândul lui, poate fi frustrat de ineficacitatea mecanismelor de pflngeri.

Avînd în vedere frecvența ridicată a tulburărilor mintale în așezămintele penitenciare, precum și influența negativă a stresului penitenciar asupra sănătății mintale a deținuților, este necesară organizarea unor servicii psihiatrice în aceste așezăminte. Cel puțin în penitenciarele mari ar trebui să existe un psihiatru calificat, iar în celelalte medicul de medicină generală ar trebui să aibă o formare psihiatrică minimală. De asemenea, ar trebui să se facă demersuri pentru venirea regulată în penitenciar a unui medic-psihiatru din afară. Tulburările psihice cele mai frecvente în mediul penitenciar sînt tulburările de personalitate.

În ambele situații, este necesar ca penitenciarul să asigure posibilitatea unui tratament psihiatric adecvat, prin personalul medical special format și prin existența medicamentelor necesare, precum și a unor programe terapeutice speciale. Serviciile medicale penitenciare trebuie să fie în strînsă legătură cu cele comunitare și integrate acestora. Programele de sănătate publică se aplică deținuților printr-o colaborare adecvată cu serviciile de sănătate comunitară care, de altfel, le și continuă, după punerea în libertate.

O bună parte a deținuților, chiar dacă nu au o tulburare psihică la intrarea în penitenciar, o capătă ulterior, pentru că sînt mai vulnerabili. Deseori ei provin din medii dezavantajate. Experiența copilăriei lor este încărcată, în prima fază – de abuzuri fizice, sexuale, emoționale, de neglijență parentală și urmată apoi de absentism, întreruperi ale școlii, nivel insuficient de instruire și de imposibilitatea de a-și găsi un loc de muncă. Agresivitatea în aceste medii, marcată de consumul de droguri, alcool și violență, are, la rîndul ei, efecte incitante. În aceste condiții, macrosocietatea dezonorează individul și-l respinge. Așa apare inadaptarea socială a copilu-

lui și adolescentului, caracterizată prin instabilitate psihomotorie, agresivitate, furt, minciună, fugă, vagabondaj. Toate acestea se constituie în tulburarea de comportament, ce se va transforma în tulburare de personalitate la adultul tînr. Deci, chiar dacă tulburarea psihică nu s-a structurat în perioada prepenală, vulnerabilitatea psihică a celor care intră în penitenciar este mai mare.

Penitenciarul, la rîndul lui, este factor de declanșare sau agravare a unei tulburări psihice preexistente, prin factori externi și factori interni, ce țin de individ. Penitenciarul nu răspunde nevoilor fizice și sociale esențiale ale omului, pentru că în majoritatea situațiilor se caracterizează prin: supraaglomerare, mediu murdar, absența intimității, lipsa materialelor igienice individuale elementare, hrană proastă, servicii medicale și psihologice neadecvate, lipsa mișcării, activități reduse, petrecerea majorității timpului în cameră. Toate acestea conduc la insecuritate fizică, în plus, întreruperea legăturilor sociale anterioare cu familia, prietenii și alți membri ai societății, limitarea autodeterminării, majoritatea deciziilor privind viața personală fiind luată de alții, puterea unor deținuți asupra celorlalți, agresivitatea fizică, verbală și sexuală, presiunea comportamentelor nelegale și neregulamentare exercitată de „lumea rea a penitenciarului” (droguri, obiecte interzise) sînt condiții de insecuritate socială.

În sîrșit, insuficiența personalului nu permite dezvoltarea unor contacte interumane (personal – deținuți; deținuți – deținuți; deținuți – lume de afară) și augmentează insecuritatea socială. Penitenciarul care are ușile zăvorâte și, eventual, cu un control electronic al securității este, de fapt, un penitenciar „nesigur” pentru deținut, pentru că îl rupe de tot ce îi este socialmente necesar. Iar un penitenciar nesigur nu favorizează recuperarea comportamentală a deținutului și reabilitarea după liberare.

Toti acești factori acționează, cumulativ, asupra echilibrului psihic al deținutului. Dacă echilibrul psihic este precar și datorită unor factori interni, proprii deținutului, care îl fac să perce-

pă delictul, închisoarea și efectele acestora asupra familiei, datorită perspectivelor proaste sau a lipsei acestora după liberare, sînt întrunite toate condițiile declanșatoare sau agravante ale tulburărilor psihice.

Prin urmare, eliminarea condițiilor destabilizatoare ale echilibrului psihic din mediul penitenciar contribuie, în egală măsură, la prevenirea îmbolnăvirilor, dar și la menținerea sănătății psihice a deținuților. Măsurile de prevenire a tulburărilor psihice și de promovare a sănătății mintale vizează atît colectivitatea penitenciară în ansamblu (deținuți și personal), cît și fiecare individ în parte, adaptîndu-se nevoilor fiecăruia.

Importanța sănătății mintale în mediul penitenciar este demonstrată și de situarea acesteia printre obiectivele prioritare ale Proiectului *Sănătatea în Penitenciare* (Health in Prison Project), dezvoltat de Biroul Regional pentru Europa al Organizației Mondiale a Sănătății. Statele-membre ale Proiectului au semnat și o Declarație de Consens privind Promovarea Sănătății Mintale în închisori, la înlînirea de la Haga, din 1998 [5].

Declarația trece în revistă atît factorii care influențează negativ sănătatea mintală în penitenciare, cît și pe cei pozitivi și recomandă managerilor de penitenciare promovarea unor condiții de mediu, a unor proceduri și activități care contribuie la menținerea și îmbunătățirea stării psihice în închisori, cum ar fi: reducerea stresului la încarcerare, întrucît depunerea și transferul sînt urmate de o perioadă traumatizantă psihic, rata cea mai mare a sinuciderilor situîndu-se în primele zile și în prima lună după încarcerare; locul, organizarea și procedurile de primire trebuie să respecte intimitatea deținutului, să-i permită dobîndirea de informații accesibile și suficiente privind drepturile și obligațiile, să asigure legătura imediată cu familia; asigurarea unui mediu penitenciar curat, sigur și controlat, întrucît dezordinea și igiena deficitară conduc la depresie, iar lipsa de siguranță a locului de deținere creează sentimentul de insecuritate; structura, calificarea și numărul personalului trebuie să asigure



securitatea dinamică, să permită omni-prezența personalului și cunoașterea deținuților și a problemelor lor, să permită analiza promptă a tuturor cererilor acestora, să promoveze relații interumane firești, evaluarea riscului comportamental violent și dezvoltarea unor strategii împotriva acestuia; personal calificat și motivat trebuie să ofere sprijin deținuților, să promoveze participarea activă a acestora la descoperirea și intervenția în propriile probleme și valorizarea deținuților prin recunoașterea meritelor și recompensarea acestora pentru activitățile și atitudinile pozitive, să-și asume rolul de sprijin individual al deținutului pentru liberare.

De-a lungul istoriei, pacientul bolnav psihic a suportat discriminări, precum și tratament neadecvat, de multe ori mai restrictiv decât suferința însăși ar fi cerut-o. De aceea, organismele internaționale au elaborat documente referitoare la drepturile bolnavului psihic și la standardele de îngrijire a acestuia. Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite adoptă, în decembrie 1991, Rezoluția privind „Principiile pentru protecția persoanelor cu tulburări psihice” și „Îmbunătățirea îngrijirii sănătății mintale” [6, p. 269]. La rândul ei, Organizația Mondială a Sănătății a elaborat documentul „10 Principii de bază ale Legii de sănătate mintală”, pe baza studiului legilor de sănătate mintală din 45 de țări și a rezoluției ONU, amintite mai sus. În penitenciare, necesitatea acordării îngrijirilor psihiatrice adecvate deținutului cu tulburări psihice, în condiții de securitate pentru sine și pentru persoanele din jur, justifică un regim special pentru acești pacienți. Capitole aparte din Ansamblul de Reguli Minime ale Organizației Națiunilor Unite [7], precum și din Regulile Europene pentru Penitenciare sînt rezervate regimului deținuților cu tulburări psihice [8].

Evaluarea sănătății mintale se face de către medicul-psihiatru, cu stabilirea unui diagnostic psihiatric. Acesta trebuie să se bazeze pe criterii clinice, și nu pe considerente politice, economice, sociale, religioase și rasiale, pe certificate medicale, familiale sau profesionale, pe nonconformismul comportamental, ves-

timentar sau verbal al pacientului și nici pe internare sau tratament psihiatric în antecedente [9]. Formularea diagnosticului se face în conformitate cu Clasificarea Internațională a Bolilor, elaborată și actualizată de Organizația Mondială a Sănătății [10].

Diagnosticul este urmat de decizia terapeutică, care se referă la locul, tipul și competența de aplicare a tratamentului. În funcție de natura și caracterul de urgență al tulburării diagnosticate, tratamentul se aplică în penitenciar sau într-un spital. Este important ca la luarea deciziei să se țină seama de apropierea de familie și prieteni. Integrarea serviciilor psihiatrice penitenciare în rețeaua sanitară publică asigură posibilitatea continuității optime a tratamentului în perioada post-penală.

Concluzii. Întrucît practica a demonstrat pierderi sau limitări nejustificate ale unor drepturi fundamentale, pe timpul executării unor pedepse sau măsuri privative de libertate, organismele internaționale au elaborat și au aprobat, în virtutea obligațiilor lor statutare, reguli și recomandări aplicabile persoanelor private de libertate. Dacă în perioada hotărîită de instanțele judecătorești pentru privarea de libertate se va realiza doar funcția de izolare a făptașului, pedeapsa nu-și va atinge scopul. Societatea poate spera că individul eliberat din închisoare se va integra și-i va respecta normele, doar dacă îi acordă îngrijirile adecvate nevoilor sale, care să-i permită recuperarea tulburărilor pe care le prezintă și reducerea „handicapului”, în sensul larg al cuvîntului, de dezavantaj social.

Referințe bibliografice

1. *Ansamblului de Reguli Minime pentru Tratatamentul Deținuților*. Rezoluție adoptată la 30 august 1955, partea a II-a A, punctul 60 (1, 2).
2. *Regulile europene pentru penitenciare*. Recomandarea nr. R (87) 3, adoptată la 12 februarie 1987, partea a IV-a, punctul 65 (d).
3. Comitetul European pentru Prevenirea Torturii, cel de-al 3-lea Raport General [CPT/Inf (93) 12].

4. Bălan A., Stănișor E., Mincă M. *Penologie*. București, 2003.

5. *Declarația de Consens privind Promovarea Sănătății Mintale în închisori*, de la Haga, din 1998.

6. Rezoluția nr. 46/119, cap. IV, principiul 20.

7. Proiectul *Legii de sănătate mintală*, legea nr. 1402 din 16.12.1997.

8. *Ansamblul de Reguli Minime ale Organizației Națiunilor Unite*. Rezoluție adoptată la 30 august 1955.

9. *Regulile europene pentru penitenciare*. Recomandarea nr. R (87) 3, adoptată la 12 februarie 1987.

10. *Anexa Clasificarea Internațională a Maladiilor*, revizia a 10-a a OMS.



ПРАВИЛА ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНКУРЕНЦИИ КАК ПРАВОВАЯ КАТЕГОРИЯ

Александр БЕЗУХ,

канд. юрид. наук, старший научный сотрудник отдела правовых проблем предпринимательства НИИ частного права и предпринимательства НАПрН Украины

SUMMARY

In article the concept of “the rule of the economic competition” and its content is investigated at implementation of economic activity.

Keywords: economic competition, rules of the economic competition, regulation of the economic relations.

АННОТАЦИЯ

В статье исследуется понятие «правила экономической конкуренции» и его сущность при осуществлении хозяйственной деятельности.

Ключевые слова: экономическая конкуренция, правила экономической конкуренции, регулирование хозяйственных отношений.

В соответствии с п. 8 ст. 92 Конституции Украины правила экономической конкуренции определяются исключительно законами Украины. Вместе с тем, в действующем украинском законодательстве нет каких-либо законодательных актов, которые бы устанавливали правила именно осуществления экономической конкуренции. В научной литературе также отсутствует такое понятие. В правовых нормах содержание правил конкуренции тоже не раскрывается.

Конкуренция представляет собой экономическое явление, функционирование которого происходит в первую очередь в соответствии с экономическими закономерностями: законом спроса и предложения, экономическим равновесием, дополнительной стоимостью и другими явлениями, устанавливающими определенные правила. Вместе с тем, ни одно экономическое решение не может быть воплощено в жизнь без его юридического оформления.

Для урегулирования отношений на рынках применяются определенные правовые категории. Многие из таких категорий, например, свобода воли в договоре, неукоснительность выполнения обязательств и обещаний, нерушимость права собственности и права свободно им распоряжаться, сформировались и действуют еще с римских времен, практически не изменившись. Многие применяемые ныне юридические термины являют-

ся прямым переводом с латинского. И сегодня наука гражданского права настойчиво осуществляет рецепцию римского права в современное национальное. В то же время экономические отношения и категории постоянно меняются с развитием производительных сил, устанавливающим новые правила поведения на рынках, которые требуют закрепления в соответствующих правовых нормах.

С экономической точки зрения функционирование рыночной системы предполагает наличие определенных элементов, которые и составляют рыночную систему. В первую очередь, это производители и потребители, сформировавшиеся в процессе разделения труда, спрос и предложение, обеспечивающие взаимосвязь между производителями и потребителями, цены, сложившиеся вследствие спроса и предложения, экономической конкуренции как элемента рыночного механизма. При этом, по определению М. И. Кныша, конкуренция выступает как форма взаимодействия субъектов рынка и механизма регулирования пропорций. Основная функция конкуренции состоит в том, чтобы определять величину экономических регуляторов, в роли которых выступают цены, норма прибыли, норма процентов на капитал и др. [1]. При этом развитие категорий и понятий реальных рыночных отношений не сопровождалось адекватными изменениями базовых юридических понятий и категорий.

Вместе с тем, функционирующую рыночную экономику невозможно представить без действующих правил, устанавливаемых правовыми актами. Экономические и социальные закономерности не могут быть отражены как правовые принципы, хотя в определенной мере они учитываются в правовых нормах. Важно не только знать соответствующую экономическую или социальную закономерность, но и то, каким образом она будет влиять на юридические свойства права в соответствующей сфере и насколько созданная правовая форма будет соответствовать социально-экономическому содержанию общественных отношений.

Обмен товарами в экономике фактически является обменом разнообразных прав – прав распоряжаться товаром, другими имущественными благами, удовлетворяющими потребности тех или иных субъектов рынка. Чтобы обмен осуществлялся без конфликтов, права должны быть четко определены и закреплены. Для достижения этой цели формируется договорное право, которое предусматривает обмен товарами, предполагает возможность передачи права третьим лицам. Особенность договорного права в сфере хозяйствования заключается в том, что оно должно обеспечить не только удовлетворение частных интересов участников рыночных отношений, но и стабильность и развитие этих отношений с получением определенного результата каждым субъектом рынка.



По определению О. А. Беляневич, главными целями такого права являются обеспечение защиты прав и законных интересов добросовестной стороны в договорных отношениях, реализации разнообразных публичных интересов в хозяйственных договорных отношениях, защиты более слабого контрагента от злоупотребления правом со стороны более сильных субъектов хозяйствования, органов власти и создание благоприятного правового режима хозяйственных договорных отношений [2].

В процессе этого взаимодействия определенные конкуренты, не желающие получать победу честным путем, пытаются исключить или ослабить конкуренцию благодаря соглашениям со своими конкурентами либо влиять на условия оборота товара на рынке в силу своей экономической мощи. Иные пытаются получить преимущества над конкурентами, используя недобросовестные методы борьбы, то есть нарушая правила конкуренции, например, вводя потребителей в заблуждение относительно качества и цены товара, что обеспечивает преимущества в спросе на товар недобросовестного субъекта хозяйствования перед другими продавцами. При этом добросовестные субъекты хозяйствования, вследствие безупречного выполнения требований действующего законодательства, могут нести более значительные затраты по сравнению с недобросовестными, которые за счет этого получают преимущества.

Таким образом, речь идет о разграничении добросовестной конкуренции от недобросовестной и устранении ограничений ее осуществления. Разграничение добросовестной и недобросовестной конкуренции предполагает определение правил добросовестной конкуренции, нарушение которых и создает недобросовестную конкуренцию, подлежащую запрету.

На первый план выходит свойственная конкуренции свобода – не как свобода осуществления любых действий, формально не запрещенных законом, а как свободное применение экономических и правовых инструментов в пределах закона, благодаря чему создается определен-

ный общественный хозяйственный порядок для всех субъектов рынка, гарантирующий свободу движения товаров на нем независимо от воли каких бы то ни было участников рыночных отношений. Для обеспечения свободного движения товаров государство должно создать правила движения (обмена) товаров, которые удовлетворяли бы интересы всех участников рынка, и обеспечить развитие производства разных производителей, а следовательно, и экономической конкуренции, а также принять меры для устранения возможных препятствий свободному движению товаров вследствие неправомерных действий.

Это достигается путем установления правил осуществления хозяйственной деятельности в определенной сфере (хозяйственного правового порядка), а также путем регулирования отношений, возникающих в результате заключения соответствующих договоров. При этом, когда мы говорим о регулировании отношений в процессе обмена товаров, то имеем в виду не сам факт обмена определенными товарами, достигаемый при помощи конструкции договора, а возникающую взаимосвязь между участниками сделки, которая заключается не только в обязательстве осуществить определенное действие или передать товар, а и в последствиях такой сделки – экономических, создающих юридические факты более высокого порядка относительно ограничения, недопущения либо искажения экономической конкуренции, и социальных, обеспечивающих соблюдение прав потребителей.

Таким образом, задачей права в сфере экономической конкуренции и хозяйственных отношений становится не просто определение правовых оснований для хозяйственных отношений, а и обеспечение определенных последствий таких отношений касательно экономической конкуренции, то есть определенного экономического результата в пределах существующего хозяйственного правопорядка.

Например, в европейском праве, в соответствии с преамбулой Договора об основании Европейского сообщества 1957 года, поставлена задача га-

рантирования постоянного развития честной конкуренции. В ст. 3 указанного Договора создание системы, которая обеспечивала бы неискаженную конкуренцию, определено как цель Европейского сообщества.

Честная конкуренция достигается в первую очередь тем, что все участники рынка знают и понимают правила игры и добросовестно их выполняют. В современных условиях утверждение о возможности наличия на рынке совершенной конкуренции является проблемным. Поэтому действия государства как регулятора общественных отношений должны быть направлены на обеспечение эффективных условий развития экономики в условиях несовершенной, монополистической и олигополистической конкуренции. Таким образом, общим направлением политики в сфере экономической конкуренции является движение от негативной ситуации монополизации рынка либо других искажений экономической конкуренции к состоянию, которое наибольшим образом соответствовало бы совершенной конкуренции.

Национальная политика в сфере обеспечения конкуренции может быть определена как комплекс устанавливаемых властью правил относительно соглашений и сделок между фирмами, которые ограничивают конкуренцию либо злоупотребляют доминирующим положением на рынке (включая создание доминирующего положения путем объединения). Базовой целью конкурентной политики в большинстве государств является эффективное распределение ресурсов, следствием которого есть увеличение национального богатства [3]. Правила конкуренции должны реализовывать цель, установленную государством.

Увеличение национального богатства обеспечивается не защитой конкуренции, а развитием экономики, которое, в свою очередь, достигается путем развития предпринимательства и производства за счет инвестиций и повышения конкурентоспособности экономики страны в целом и отдельных ее отраслей, которые базируются на механизме экономической конкуренции.



Законодательство о конкуренции в широком понимании этого понятия должно обеспечивать равные условия для всех субъектов рыночных отношений с учетом ограничений, устанавливаемых из соображений социальной политики, безопасности здоровья населения или окружающей среды, национальной безопасности и пр. Это обеспечивает выявление и победу наиболее эффективных субъектов хозяйствования, которые являются наиболее полезными для потребителей и общества в целом.

Такое равенство в конкуренции достигается не декларированием возможности вступления в те или иные отношения на принципах диспозитивности, а установлением четкой процедуры осуществления действий в хозяйственной сфере, которая исключает возможность достижения неправомерных преимуществ в конкуренции и упреждает возможность недобросовестного поведения.

Заслуживает внимания сформулированное Н. А. Казачуком определение понятия «ограничения свободы предпринимательской деятельности» (в понимании субъективного права) как сужения содержания (условий и способов, составляющих правомочности) и/или объема (количественных показателей правомочностей) права на предпринимательскую деятельность, а также как правило, которое определяет содержание свободы предпринимательской деятельности и/или ее объем [4]. То есть, свобода предпринимательской деятельности имеет свое содержание, объем и порядок реализации, которые определены правилами.

Рассматривая правила экономической конкуренции сквозь призму свободы ее осуществления, необходимо отметить, что, по определению Д. Ролза, любую свободу можно объяснить с помощью указаний на три момента: свободо действующие субъекты; ограничения, от которых они свободны, и то, что они вольны делать либо не делать [5].

Ограничения в сфере хозяйственной деятельности, в том числе относительно экономической конкуренции, прямо установлены нормативными документами и составляют правила

защиты экономической конкуренции. Возможность осуществлять либо не осуществлять те или иные действия в сфере хозяйствования существует не абстрактно, а в контексте взаимодействия всех участников рынка, которые создают рыночные отношения или рынок соответствующих товаров. Рыночные отношения предполагают наличие определенных принципов, стандартов, правил, регулирующих такие отношения.

Каждый участник рынка вправе вступать либо не вступать в такие отношения, что составляет его личную свободу. Но когда субъект отношений вступает в хозяйственные рыночные отношения, он вправе ожидать от других участников отсутствия препятствий для свободного доступа на рынок, свободы экономической деятельности при соблюдении установленных либо признанных правил осуществления хозяйственной деятельности, требовать прекращения неправомерных действий в конкуренции и возмещения причиненных убытков. Только в случае соблюдения всеми участниками рынка определенных правил и единого понимания сущности таких отношений они в действительности являются свободными. Учитывая разнообразие интересов участников рыночных отношений, такого не происходит, поэтому для обеспечения нормального функционирования рынка государство устанавливает правила, которые являются обязательными для всех, кто вступает в такие отношения.

Например, Закон Украины «Об осуществлении государственных закупок» устанавливает правовые и экономические основы осуществления закупок товаров, работ и услуг за государственные средства, целью которых является создание конкурентной среды в сфере государственных закупок, предупреждение проявлений коррупции в этой сфере, развитие добросовестной конкуренции. В ст. 3 указанного Закона определены принципы осуществления закупок, в частности, добросовестная конкуренция среди участников, максимальная экономия и эффективность, открытость и прозрачность на всех стадиях закупок, недискриминация участников.

Законом определены процедуры и механизмы заключения договоров закупок за государственные средства, являющиеся обязательными. Соблюдение требований Закона обеспечивает получение реального экономического результата – победы в конкуренции с другими субъектами хозяйствования наиболее эффективного субъекта.

Анализируя необходимость и сущность таких мер, можно утверждать, что фактически государство прямо или опосредствованно выступает как конкурент по отношению к частным лицам, которые ориентируются только на собственные, достаточно ограниченные экономические ресурсы. Когда частные лица теряют рыночные позиции, они становятся банкротами и устраниваются с рынка. Государственные структуры опираются на государственные ресурсы, которые, во-первых, намного больше частных, во-вторых, они часто не являются результатом хозяйствования и эффективных экономических решений, а получены вследствие перераспределения результатов труда других. Поэтому, по справедливому определению К. Экштайна, государственные структуры всегда выступают на рынке как «недобросовестные конкуренты». Этим структурам всегда свойственен элемент «направленности на монополизацию» [6].

Поэтому государство установило правила использования государственных ресурсов, которые обеспечивают существование конкуренции независимо от воли, добросовестности или недобросовестности государственных структур как участников рынка и рыночных отношений. Эти правила создают экономическую конкуренцию между субъектами хозяйствования, реализующими соответственный товар, и упреждают возможность проявлений недобросовестности со стороны субъектов рынка, приобретающих товар за государственные деньги.

Несоблюдение установленных правил приводит либо к получению неправомерных преимуществ одних субъектов хозяйствования над другими, либо к нарушению прав потребителей, что, с одной стороны, является



проявлением недобросовестности, с другой – искажает функцию потребителя как элемента механизма экономической конкуренции, который дает оценку деятельности субъектов хозяйствования на рынке и устраняет с него неэффективных предпринимателей.

Задачей правового регулирования является создание «технических стандартов», требований к субъектам хозяйствования, выполнение которых обеспечит высокий уровень и результат хозяйственной деятельности с точки зрения обеспечения хозяйственного правового порядка, при котором создаются и перераспределяются определенные экономические ресурсы, осуществляется защита прав потребителей, экологии и т.п. Субъекты хозяйствования должны конкурировать между собой с обязательным соблюдением таких правовых норм.

Объяснить это можно на примере международной торговли. В соответствии с Соглашением о технических барьерах в зоне свободной торговли от 20.06.2000, утвержденного с оговорками постановлением КМ Украины от 31.05.2006 № 783, установлено понятие «технические барьеры в торговле», каковыми являются отличия требований национальных и межгосударственных технических регламентов, стандартов или процедур подтверждения соответствия и принятых в международной практике технических регламентов и стандартов или процедур подтверждения соответствия, которые имеют большее ограничительное действие, чем это необходимо для достижения установленных национальными законодательствами государств – участников этого Соглашения целей разработки технических регламентов и стандартов, и которые приводят в связи с этим к лишним препятствиям в международной торговле и в реализации товаров на отечественном рынке.

Отличия в технических регламентах и стандартах создают препятствия в торговле, а относительно экономической конкуренции – препятствия в конкуренции между субъектами рынка из-за установления различных требований и возможностей субъектов хозяйствования отно-

сительно реализации товара и, таким образом, – рыночных преимуществ.

В процессе хозяйственной деятельности все субъекты хозяйствования должны воздерживаться от действий, являющихся запрещенными, и придерживаться правил (предписаний нормативных документов), установленных для определенного вида хозяйственной деятельности, что обеспечивает их «техническое равенство» (равенство условий) между собой в осуществлении хозяйственной предпринимательской деятельности. Достигать преимуществ в конкурентной борьбе субъекты хозяйствования должны благодаря собственным решениям, приводящим к большей их эффективности по сравнению с конкурентами и большей привлекательности для потребителей. Любое отступление от предписаний нормативных документов относительно требований к осуществлению хозяйственной деятельности в определенной сфере может привести к получению неправомерных преимуществ такого субъекта хозяйствования относительно других, которые придерживаются установленных предписаний и не нарушают запретов, и к искажению экономической конкуренции.

Рассматривая правила конкуренции как правовую категорию, их необходимо рассматривать не как простую совокупность правовых норм, а как сложную систему, которая состоит из комплекса компонентов, находящихся во взаимосвязи между собой и осуществляющих влияние на весь хозяйственный правовой порядок, который в условиях рыночной экономики предусматривает существование, развитие и защиту экономической конкуренции, как системообразующий принцип формирования хозяйственной системы.

Правила экономической конкуренции как правовая категория – это комплекс компонентов, включающий, во-первых, правовые принципы, которые обеспечивают экономическую конкуренцию, во-вторых, правовые предписания и запреты, которые имеют как нормативный, так и ненормативный характер (соблюдение торговых и честных обычаев в предпринимательской деятельности),

в-третьих – действия органов власти и управления, субъектов хозяйствования, которые непосредственно реализуют правовые принципы и предписания в сфере хозяйствования, находящиеся во взаимосвязи между собой и осуществляющие влияние на весь хозяйственный правовой порядок, который в условиях рыночной экономики предусматривает существование, развитие и защиту экономической конкуренции, как системообразующий принцип формирования хозяйственной системы.

Использованная литература

1. Кныш М. И. *Конкурентные стратегии*: Учебное пособие, СПб, 2000, с. 10.
2. Беляневич О. А. *Господарське договірне право України (теоретичні аспекти)*: Монографія, Юрінком Інтер, 2006, с. 110.
3. Hoekman B., Mavroidis P. *Dumping, Antidumping and Antitrust*. In: *Journal of World Trade*, 1996, vol. 30(1), p. 28.
4. Козачук М. О. *Свобода підприємницької діяльності та її обмеження в законодавстві України*. [Текст]: автореф. дис... канд. юр. наук: 12.00.04. Київ, 2011, с. 3.
5. Ролз Дж. *Теория справедливости*. Новосибирск: Изд-во Новосиб. Ун-та, 1995, с.182.
6. Экштайн К. *Основные права и свободы по российской Конституции и Европейской Конвенции*. М.: NOTA BENE, 2004, с. 340.



ПРАВОВОЙ СТАТУС ЦЕНТРАЛЬНОГО ДЕПОЗИТАРИЯ УКРАИНЫ

Александра КОЛОГОЙДА,

доцент кафедры хозяйственного права Киевского национального университета имени Тараса Шевченко,
кандидат юридических наук, доцент, г. Киев

SUMMARY

This article deals with the history of the depository system of Ukraine formation. The concept of a central depository as a non profit organization in the form of joint-stock company with a special legal status are determined. The organizational foundation, proprietary, internally-organizational, programmatic, technical and reporting information are identified among the conditions for acquiring the status of the Central Depository. The competence of the Central Depository is investigated, exceptional powers are determined. The rules of the Ukrainian legislation, governing the depository of the Central Depository are analyzed.

Keywords: stock market, depository, custody, depository system, securities.

АННОТАЦИЯ

В данной статье рассматривается история формирования депозитарной системы Украины. Определены понятие центрального депозитария как некоммерческой организации в форме акционерного общества со специальным правовым статусом. Среди условий приобретения статуса Центрального депозитария выделены организационно-учредительные, имущественные, внутренне-организационные, программно-технические и отчетно-информационные. Исследована компетенция Центрального депозитария, выделены его исключительные полномочия. Проанализированы нормы законодательства Украины, регулирующие осуществление депозитарной деятельности Центрального депозитария.

Ключевые слова: фондовый рынок, депозитарий, депозитарная деятельность, депозитарная система, ценные бумаги.

Введение. Приоритетной задачей развития фондового рынка является совершенствование депозитарной системы, которая должна обеспечивать защиту прав собственности на ценные бумаги, учет и надежное хранение ценных бумаг, оперативный доступ и перерегистрацию прав собственности на них с минимальным риском для их владельцев.

Материалы и методы. Вопросы правового регулирования депозитарной деятельности рассматривались в работах украинских и зарубежных ученых К. Р. Адамовой, Г. Аксеновой, Д. Д. Кравченка, З. Я. Лапишко, Р. А. Майданыка, А. Ю. Молодкина, И. Р. Назарчука, И. В. Павлова, В. И. Полюховича, А. В. Поповой, А.А. Ремнева, Б. В. Черкасского, В. Чинчикеева, Н. Швецова и др. В указанных исследованиях рассматривались понятие, виды, лицензионные условия и порядок осуществления депозитарной деятельности, понятие, виды и правовой статус ее участников. Реформирование депозитарной системы Украины в последние годы, ознаменовалось принятием 6.07.2012 г. Верховной Радой Украины Закона «О депозитарной системе Украины» [1], согласно которому в Украине создан единый Центральный депозитарий, упразднен институт регистраторов,

унифицирован депозитарный учет дематериализованных ценных бумаг, выделена и обособлена от депозитарной клиринговая деятельность. Методологической основой исследования является комплекс общенаучных и специальных методов научного познания: формально-логический, системно-структурный, исторический, сравнительно-правовой, анализа и синтеза.

Целью статьи является исследование правового статуса центрального института (участника) депозитарной системы – Центрального депозитария Украины (далее - ЦД). Систематизировав полученную информацию, дать собственное определение понятия ЦД и высказать точку зрения об элементах его правового статуса.

Изложение основного материала исследования. В литературе по способу организации выделяют три вида депозитарных систем: 1. Централизованная депозитарная система; 2. Децентрализованная депозитарная система; 3. Централизованно-распределительная депозитарная система [2, с. 28].

В странах ЕС и большинстве стран с рыночной экономикой преобладает двухуровневая централизованная модель с единственным

ЦД (верхний уровень), клиентами которого являются практически все участники биржевых операций и в которых постоянно хранится основная часть ценных бумаг, допущенных к биржевому обороту, и кастодиальными депозитариями (нижний уровень) [3, с.13].

В постсоветских государствах на первом этапе получила распространение централизованно-распределительная депозитарная система, однако последние годы характеризуются тенденцией перехода к централизованной депозитарной системы с одним ЦД.

Исходя из рекомендаций Группы 30 каждой стране было рекомендовано до 1992 года иметь полностью сформированный и эффективно работающий ЦД (Рекомендация 3) [4]. International Securities Services Association (ISSA) в рекомендациях 1995 определил, что если на одном и том же рынке существует несколько ЦД, то для снижения расчетного риска и использования денежных средств необходимо, чтобы правила и процедуры их работы были совместимыми [5]. То есть наличие нескольких депозитариев на одном рынке допускается при условии технологической совместимости [6, с.74].

Необходимость создания центра-



лизованной депозитарной системы участники украинского фондового рынка осознали в 1995 г. Тогда заканчивался этап массовой приватизации. Сформированная система учета ценных бумаг, основанная на ведении реестров независимыми регистраторами, не отвечала потребностям профессиональных участников фондового рынка [7, с.19].

Указом Президента Украины от 25.05.1994 г. № 247/94 «Про учет прав собственности на именные ценные бумаги и депозитарную деятельность» [8] в Украине впервые было определено, что ценные бумаги могут выпускаться в форме записей на счетах в системе электронного обращения ценных бумаг и предусмотрено создание Национального депозитария (далее – НДУ) для обслуживания их обращения. Создание НДУ было предусмотрено также Концепцией функционирования и развития фондового рынка Украины, одобренной постановлением Верховной Рады Украины от 22.09.1995 г. [9] и ст. 2 Закона Украины от 10.12.1997 г. «О Национальной депозитарной системе и особенностях электронного обращения ценных бумаг» [10]. Уставный капитал НДУ был сформирован в размере 5 млн. грн., Доля государства составила 90,4%.

Особенностью статуса НДУ при его создании был некоммерческий характер. Деятельность НДУ была ограничена функциями формирования, развития, функционирования единой системы депозитарного учета и обслуживания обращения ценных бумаг, интеграции в международную систему депозитарных учреждений, которые были исключительными видами его деятельности. Однако, 19.06.2006 г. после отмены Меморандума о создании в Украине центральной расчетно-клиринговой организации Государственная комиссия по ценным бумагам и фондовому рынку (далее – ГКЦБФР) выдала НДУ лицензию на осуществление депозитарной деятельности депозитария и НДУ начал коммерческую деятельность, а именно хранение и обслуживание обращения ценных бумаг на счетах в ценных бумагах и операций эмитента относительно выпущенных им ценных бумаг.

В марте 1997 г. группой банков, торговцев ценными бумагами и НБУ был создан депозитарий «Межрегиональный фондовый союз» (МФС), который в перспективе должен был получить статус центрального депозитария. В 1999 г. МФС стал членом SWIFT. Однако процесс внедрения системы SWIFT был приостановлен после того, как ГКЦБФР запретила МФС устанавливать корреспондентские отношения с иностранными депозитариями, поскольку такая функция была закреплена исключительно за НДУ.

Деятельность депозитарной системы Украины долгое время была направлена преимущественно на обслуживание послеприватизационных процессов и нужд стратегических инвесторов. Для регистрации прав собственности на выпускаемые в документарной форме акции приватизированных субъектов была введена система независимых регистраторов, которая для государств ЕС не характерна. В итоге в Украине параллельно существовали две автономные учетные системы – система регистраторов, которая обслуживала документарные именные ценные бумаги, и система хранителей и депозитариев, обслуживавшая бездокументарные и бездвижные ценные бумаги.

Особенностью действующей в течение 1999–2012 годов структуры депозитарной системы Украины заключалась также в том, что на высшем уровне действовало сразу несколько депозитариев: НДУ, Всеукраинский депозитарий (правопреемник МФС) и депозитарий НБУ с разными исключительными функциями. Это увеличивало организационные, технологические и денежные затраты участников рынка, усиливало риски в функционировании системы.

6.07.2012 г. был принят Закон «О депозитарной системе Украины» (далее – Закон), который положил начало реформирования депозитарной системы путем создания в Украине на основе НДУ ЦД и системы депозитарных учреждений, которые должны заменить регистраторов, депозитарии и хранителей.

Участниками депозитарной системы определены: профессиональ-

ные участники - ЦД, депозитарные учреждения; НБУ; Расчетный центр по обслуживанию договоров на финансовых рынках.

Решение о передаче ценных бумаг, отнесенных компетенции НБУ, на депозитарное обслуживание в ЦД может быть принято не ранее чем через два года со дня вступления в силу Закона. Таким образом, в ближайшие годы в Украине сохраняется модель депозитарной системы, которая предусматривает наличие двух центральных учреждений и соответственно двух различных систем учета ценных бумаг: 1) ЦД и депозитарными учреждениями по корпоративным ценным бумагам, 2) НБУ относительно государственных ценных бумаг.

ЦД в Украине решено создать на базе НДУ, которому другие депозитарии в течение года должны передать все ценные бумаги, которые находятся у них на обслуживании. Решением НКЦБФР от 16.04.2013р. № 597 утвержден «Порядок и условия предоставления статуса Центрального депозитария ценных бумаг» [11], которым определено, что НДУ приобретает статус ЦД со дня регистрации НКЦБФР Правил ЦД, определен перечень документов, которые должны быть предоставлены для регистрации Правил ЦД и получения статуса ЦД.

Закон предьявляет ряд **требований для получения статуса ЦД:**

а) **Организационно-учредительные:** акционерами ЦД может быть государство, НБУ, участники фондового рынка, центральные депозитарии других стран, международные депозитарно-клиринговые учреждения, а также международные финансовые организации, членами которых является Украина.

Традиционно учредителями и клиентами депозитария могут быть только профессиональные участники рынка ценных бумаг, которые хранят в депозитарии собственные ценные бумаги и ценные бумаги своих клиентов, зарегистрированные на имя номинального держателя (street name: имя депозитария или кастодиана) [12, с. 20].

В уставном капитале ЦД доля: одного акционера вместе со связанными лицами должна составлять не



более 5%; центрального депозитария других стран, международного депозитарно-клирингового учреждения или международной финансовой организации, членом которой является Украина, – не более чем 25%; государства вместе с НБУ – не менее 25% плюс одна акция (ч. 4 ст. 9 Закона). Согласно п. 11 Переходных и заключительных положений Закона на день регистрации Правил ЦД в уставном капитале ЦД доля государства вместе с НБУ должна составлять не менее 50%. Таким образом, ЦД будет подконтрольным правительству и НБУ. В мире есть аналоги такой модели. В частности, в Словакии ЦД полностью принадлежит Министерству финансов, в Болгарии и Хорватии государство выступает мажоритарным акционером, в Польше Центральный банк владеет почти половиной акций депозитария. Однако, есть государства, в которых ЦД созданы самими участниками рынка (Италия, Португалия, Чехия, Германия) и принадлежат биржам.

Согласно рекомендациям Базельского комитета по платежам и расчетным системам Банка международных расчетов (Committee on Payment and Settlement Systems of the Bank of International Settlements, CPSS) и Технического комитета Международной организации комиссий по ценным бумагам (Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions, IOSCO), ЦД обязан установить такие критерии доступа к участию в нем, «которые обеспечат справедливый баланс преимуществ открытости и необходимости ограничивать участие экспертизой, юридическими возможностями и финансовыми ресурсами». Одним из основных средств предупреждения злоупотребления ЦД своим монопольным положением рассматривают участие клиентов в корпоративном управлении их деятельностью через владение долями или акциями ЦД. При этом ни один из участников рынка не должен иметь блокирующего пакета акций или долей в ЦД [13, с. 13].

В Евросоюзе, США, Канаде, на Дальнем Востоке, СНГ и странах Балтии регулирующие органы, в том числе мегарегуляторы финансо-

вого рынка, не имеют специальных инструментов регулирования профессиональной деятельности ЦД. Особенностью финансовых рынков, созданных на постсоветском пространстве, является присутствие представителей последних среди учредителей ЦД и/или в их органах управления [14, с. 298];

б) **Имущественные:** минимальный размер уставного капитала ЦД установлен в размере 100 миллионов гривен.

в) **Внутри-организационные:** ЦД до начала осуществления депозитарной деятельности должен зарегистрировать в НКЦБФР Правила ЦД, которые определяют общий порядок предоставления услуг, связанных с осуществлением депозитарной деятельности, проведения им операций в системе депозитарного учета, осуществления контроля за депозитарными учреждениями, другие сведения, определенные НКЦБФР, а также порядок заключения депозитарного договора между депозитарием и депозитарными учреждениями (ч. 7 ст. 9 Закона);

г) **Программно-технические (оборудование):** компьютерная техника с соответствующим программным обеспечением, отдельные каналы связи, помещения, отвечающие требованиям, установленным НКЦБФР, в частности, характера и объема осуществляемых операций, а также обеспечивающие бесперебойную деятельность;

д) **Отчетно-информационные** относительно обнародования результатов деятельности и структуры собственности; ежегодной подачи отчетности о результатах своей деятельности на заседании НКЦБФР; предоставления информации о заключенных корреспондентских договорах с депозитариями-корреспондентами, проведения ежегодного аудита своей деятельности в соответствии с международными стандартами аудита.

Депозитарии являются неприбыльными организациями: взимаемые платежи идут на покрытие расходов, связанных с предоставлением депозитарных услуг [12, с. 20, 21]. Однако, в отличие от фондовых бирж, где Закон «О ценных бумагах и фондовом рынке» [15] (ст. 21) прямо

определяет их некоммерческий статус, по депозитариям такая норма в законодательстве не содержится.

В литературе все депозитарные услуги условно разделяют на основные и сопутствующие [16, с. 11; 3, с. 21]. Основными выступают услуги, непосредственно связанные с выполнением депозитарием своих прямых функций: 1) хранение сертификатов документарных ценных бумаг и учет прав по ним; 2) централизованный депозитарный учет ценных бумаг на корреспондентских счетах депо; 3) осуществление расчетов по ценным бумагам в форме «поставка против платежа» [17, с. 10]; 4) выплата доходов, погашение ценных бумаг, 5) корпоративные действия [3, с. 21; 18, с. 19] и др. Наличие центрального депозитария с такими функциями позволяет решить две главные задачи – обеспечить гарантию надежного учета прав инвесторов как владельцев ценных бумаг, придать высокую мобильность рынку [17, с. 10].

Компетенция ЦД Украины:

а) депозитарный учет и обслуживание обращения ценных бумаг, размещенных в Украине и за ее пределами, и корпоративных операций эмитента на счетах в ценных бумагах клиентов (ч. 1 ст. 16 Закона);

б) учредительные полномочия, ограниченные целью обеспечения выполнения возложенных на ЦД функций, необходимостью согласования решения об участии в создании с НКЦБФР и запретом выступать учредителем / участником профессиональных участников фондового рынка и юридических лиц, организационно-правовая форма которых предполагает полную имущественную ответственность учредителя (участника) (ч. 6 ст. 9 Закона);

в) организация и проведение общих собраний акционеров (ч. 9 ст. 9 Закона);

г) банковские операции на основании лицензии НБУ;

д) обеспечение осуществления эмитентом погашения долговых ценных бумаг, выплата доходов по ценным бумагам (ч. 5 ст. 20 Закона);

е) право контроля (ст. 30 Закона).

К исключительной компетенции ЦД относятся (ч. 8 ст. 9 Закона):



1) зачисление ценных бумаг в систему депозитарного учета, их учет и хранение, списание ценных бумаг в связи с их погашением и / или аннулированием;

2) ведение учета обязательств эмитента по ценным бумагам собственных выпусков;

3) хранение глобальных / временных глобальных сертификатов;

4) осуществление нумерации (кодификации) ценных бумаг;

5) составление реестров владельцев именных ценных бумаг;

6) хранение информации о лицах, уполномоченных на предоставление эмитенту реестра владельцев именных ценных бумаг;

7) получение доходов и других выплат по операциям эмитентов на счет ЦД, открытый в Расчетном центре;

8) открытие и ведение счетов в ценных бумагах;

9) ведение счета в ценных бумагах депозитарного учреждения, которое прекратило свою деятельность или у которого аннулирована лицензия, ответственное хранение документов, баз данных, резервных копий и архивов баз данных;

10) установление унифицированных правил (стандартов) отображения и передачи информации, которая вносится в систему депозитарного учета;

11) внедрение международных стандартов депозитарной деятельности;

12) осуществление контроля за клиентами в части осуществления ими депозитарной деятельности.

Выводы. Вышеуказанное обуславливает вывод о том, что в Украине осуществляется переход к централизованной депозитарной системе. ЦД Украины можно определить как субъект хозяйствования – некоммерческая организация в форме акционерного общества, осуществляющий хозяйственную деятельность, реализуя хозяйственную компетенцию, а именно хранение глобальных/временных глобальных сертификатов ценных бумаг, учет прав собственности на ценные бумаги, открытие и ведение корреспондентских счетов депо, кодификацию ценных бумаг,

обслуживает сделки, связанные с их обращением, выплату доходов, погашение ценных бумаг, обеспечивает обслуживание корпоративных действий эмитента, унификацию, стандартизацию и контроль в части осуществления депозитарной деятельности, наделенный обособленным имуществом, принадлежащим ему на праве собственности, и несет ответственность по своим обязательствам в пределах данного имущества, кроме случаев, предусмотренных законодательством.

Использованная литература

1. Закон України від 6.07.2012 р. *Про депозитарну систему України*. В: Голос України, 2012, № 191.

2. Павлов К. В., Ляшенко В. И., Ляшенко С. В. *Депозитарная система как условие устойчивого развития экономики на постсоветском пространстве*. В: Национальные интересы: приоритеты и безопасность, 2011, № 23, с. 21–33.

3. Адамова К. Р. *Депозитарная деятельность коммерческих банков: современные проблемы и пути их решения*. Дисс. к.е.н., М., 2005, 261 с.

4. *Clearance and Settlement System's in the World's Securities Markets* (Group of Thirty), 1989.

5. *ISSA Update of the Original G-30 Recommendations*, 1995.

6. Черкасский Б. В. *Центральный мультидепозитарий*. В: Рынок ценных бумаг, 2004, № 22, с. 74–75.

7. Швецов Н. *Депозитарная система в Украине*. В: Депозитариум, 2005, № 9 (31), с. 19–20.

8. Указ Президента України від 25.05.1994 р. № 247/94 (в редакції Указу Президента № 160/96 від 02.03.96 р.) *Про облік прав власності на іменні цінні папери та депозитарну діяльність*. В: Урядовий кур'єр, 1996, 14 марта.

9. Постанова Верховної Ради України від 22.09.1995 р. *Про Концепцію функціонування та розвитку фондового ринку України*. В: Ведомости Верховной Рады Украины, 1995, № 33, ст. 257.

10. Закон України від 10.12.1997 р. *Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу*

цінних паперів. В: Ведомости Верховной Рады Украины, 1998, № 15, ст. 67.

11. Рішення НКЦПФР від 16.04.2013 р. № 597 *Про затвердження Порядку та умови надання статусу Центрального депозитарію цінних паперів*. В: Офіційний вестник України, 2013, № 37, ст. 1318.

12. Аксенова Г. *Роль депозитариев и кастодианов в инфраструктуре фондового рынка. Схемы взаимодействия*. В: Депозитариум, 1999, №5, с. 20–26.

13. *Global Clearing and Settlement: A Plan of Action*. The Group of Thirty (G30), 2003.

14. Лансков П. *Направления совершенствования инфраструктуры финансового рынка ценных бумаг*. М., 2005, с. 298–302.

15. Закон України від 23 лютого 2006 р. *Про цінні папери та фондовий ринок*. В: Відомості Верховної Ради України, 2006, № 31, ст. 268.

16. *Рынок ценных бумаг: учебник* (под ред. В. А. Галанова, А. И. Басова), М., 2004.

17. Чинчикеев В. *Украинские кастодианы: желаемое и действительность: Деятельность банков-депозитариев по обеспечению интересов клиентов-владельцев ценных бумаг*. В: Акционер, 2002, № 2, с. 4–11.

18. Кравченко Д. Д. *Экономическое содержание отношений, возникающих в процессе депозитарной деятельности*. В: Вестник Самарского финансово-экономического института, 2011, № 1 (9), с. 16–20.



ЗАДАЧА ПРАВОСУДИЯ ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ: РАЗРЕШЕНИЕ ДЕЛА ИЛИ ЗАЩИТА ПРАВА, КАК КРИТЕРИЙ ОЦЕНКИ ЭФФЕКТИВНОСТИ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Сергей КОРОЕД,

– кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского, хозяйственного и уголовного права Открытого международного университета развития человека «Украина» (г. Киев, Украина)

SUMMARY

In article it is differentiated such problems of civil litigation, as «resolution of a case» (resolution of a dispute) and «protection of a right» (reinstatement of rights) as a criteria for evaluating of effectiveness of justice in civil cases. It is concluded that since the effectiveness of justice in civil cases indicates the degree of realization of its objectives, the effectiveness of civil litigation should be considered in two aspects: procedural – as a timely consideration of the case and correct resolution of the dispute; substantive – as an effective protection of violated rights.

Keywords: justice, civil litigation, process, dispute, objectives, effectiveness, resolution of case, protection of law.

АННОТАЦИЯ

В статье проводится разграничение таких задач гражданского судопроизводства, как «разрешение дела» (решение спора) и «защита права» (восстановление в правах) как критериев оценки эффективности правосудия по гражданским делам. Делается вывод, что поскольку эффективность правосудия по гражданским делам указывает на степень реализации его задач, то эффективность гражданского судопроизводства следует рассматривать в двух аспектах: процессуальном – как своевременное рассмотрение дела и правильное разрешение спора; материально-правовом – как эффективная защита нарушенного права.

Ключевые слова: правосудие, гражданское судопроизводство, процесс, спор, задачи, эффективность, разрешение дела, защита права.

Проблема эффективности гражданского судопроизводства является не новой для науки гражданского процессуального права и в последнее время представляет значительный интерес среди ученых-процессуалистов. Одним из актуальных вопросов остается определение критериев оценки эффективности правосудия по гражданским делам. В большинстве случаев к таким критериям, прежде всего, относят задачи гражданского судопроизводства, определенные гражданским процессуальным законодательством. Однако именно с задачами гражданского судопроизводства и связана затронутая в настоящей статье проблема.

Так, например, задачами гражданского судопроизводства по ГПК Украины 1963 г. была охрана прав и законных интересов физических и юридических лиц, интересов государства путем всестороннего рассмотрения и разрешения гражданских дел в полном соответствии с действующим законодательством [7]. Приведенная выше норма указывала на главную задачу гражданского судопроизводства – охрану (защиту) прав и законных интересов субъектов права. При этом судебная процессуальная деятельность по рассмотрению и разрешению гра-

жданских дел в таком случае выступала не задачей, а средством ее достижения. Следует заметить, что раскрытие задач гражданского судопроизводства через «защиту» («охрану») до сих пор осуществляется и в некоторых ГПК стран СНГ (в частности Республики Казахстан, Азербайджанской Республики, Киргизской Республики) [3].

Новый же ГПК Украины 2004 г. задачами гражданского судопроизводства определил справедливое, беспристрастное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных, непризнанных или оспариваемых прав, свобод или интересов физических лиц, прав и интересов юридических лиц, интересов государства [8]. Т.е., по новому ГПК Украины 2004 г. «защита» и «охрана» стали целью гражданского судопроизводства, а задачей – справедливое, беспристрастное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел. Таким же образом определены задачи гражданского судопроизводства в ГПК Республики Беларусь и Российской Федерации.

Как мы видим, в одних случаях задачей правосудия по гражданским делам является «разрешение дела» («решение спора»), а в других – «защита права». Кроме того, в юридической

литературе при определении понятия правосудия и гражданского процесса такие задачи, как «разрешение дела» («рассмотрение спора») и «защита права» не разграничиваются, в большинстве случаев они употребляются вместе, а иногда эти понятия подменяют друг друга.

Этот вопрос требует ясности, ведь именно исходя из указанных задач и должна определяться эффективность правосудия по гражданским делам, поскольку, как справедливо отметил А. В. Цихоцкий, мера эффективности правосудия органически связана с основными его функциями [17, с. 154].

Проблемы эффективности гражданского судопроизводства в той или иной плоскости неоднократно поднимались в юридической литературе и были предметом обсуждения многих российских и украинских ученых-процессуалистов (А. Т. Боннер, С. С. Бычкова, С. В. Васильев, Е. В. Васильковский, М. А. Викут, К. В. Гусаров, С. Л. Дегтярев, В. М. Жуйков, В. В. Комаров, Н. А. Рассахатская, И. В. Решетникова, В. И. Тертышников, Г. П. Тимченко, В. И. Тертышников, М. К. Треушников, С. Я. Фурса, А. В. Цихоцкий, Н. А. Чечина, М. И. Штефан, М. С. Шакарян, В. В. Ярков и др.). Вместе с тем, в юридической литера-



туре при характеристике правосудия и гражданского процесса не разграничиваются такие задачи, как «разрешение дела» («решение спора») и «защита права» («восстановление в правах»), что не позволяет однозначно выделить основной критерий оценки эффективности гражданского судопроизводства (ведь своевременное, всестороннее и правильное разрешение дела не всегда влечет защиту права), а значит – определить его результативность.

Актуальность темы, в частности для Украины, усиливается тем, что согласно Концепции усовершенствования судейства для утверждения справедливого суда в Украине в соответствии с европейскими стандартами гражданские суды должны разрешать все частноправовые споры по правилам гражданского судопроизводства. Суд должен решать споры, о разрешении которых просят стороны [11]. Но о том, что суд осуществляет «защиту прав», в указанной Концепции ничего не сказано.

При такой постановке проблемы также остаются без ответов несколько вопросов. Какое право в гражданском процессе имеет гражданин: право на восстановление в правах либо же право на справедливое судебное разбирательство? И, исходя из этого, что входит в основную задачу суда: восстановление в правах или же своевременное и правильное рассмотрение дела? Изучение указанных вопросов и ставит целью наша статья.

Поскольку гражданский процесс является формой осуществления правосудия, а последнее является формой реализации судебной власти, поэтому начинать изучение указанной проблемы необходимо с раскрытия задач (целей) судебной власти и правосудия в их соотношении с содержанием права на судебную защиту.

Так, Всеобщая декларация прав человека (1948 г.) установила право каждого человека на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом. Конвенция о защите прав человека и основных свобод (1950 г.) закрепила, что каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право

на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона.

Закон Украины «О судостроительстве и статусе судей» установил, что задачей суда как раз и является обеспечение каждому права на справедливый суд и уважение к другим правам и свободам [10].

Таким образом, вышеуказанные международные акты связывают деятельность судов как с восстановлением в правах (защитой прав), так и со справедливым разбирательством дела. Но Закон о судостроительстве в Украине задачу суда связал первоначально именно с правом на справедливое разбирательство, т.е. с процессуальной стороной этого вопроса.

Поскольку право на восстановление в правах и справедливое судебное разбирательство обеспечивается судебной властью, поэтому необходимо выяснить задачу последней. Еще Е. В. Васильковский отмечал, что судебная функция состоит в проверке и окончательном установлении правомерности требований, предъявляемых тяжущимся друг к другу, что права и обязанности суда в гражданском процессе направляются на совершение действий, прямо или косвенно ведущих к этой цели [2, с. 175-176].

Как отмечает С. Л. Дегтярев, целью деятельности всей судебной системы является устранение правового конфликта в обществе [9, с. 249].

По мнению некоторых ученых-процессуалистов, содержание судебной власти состоит в определении вида и объема субъективных прав и юридических обязанностей субъектов права. При этом социальная функция, содержание правосудия по гражданским делам должны сводиться только к разрешению дел, другие функции на суды возлагаться не должны. Параллельно указывается, что суд призван обеспечить защиту социально-экономических, политических, личных прав и свобод граждан [6, с. 19-21].

Таким образом, можно сделать вывод, что ученые-процессуалисты связывают задачу судебной власти с процессуальной деятельностью по устранению правового конфликта, установлению правомерности требований, определению вида и объема субъективных прав и юридических

обязанностей субъектов права. Отсюда напрашивается заключение, что судебная процессуальная деятельность своей задачей имеет именно разрешение дела (решение спора).

Поскольку судебная власть воплощается только в правосудии, поэтому следует также раскрыть содержание правосудия. Исходя из конституционных предписаний и процессуального режима осуществления правосудия, общепринятое определение правосудия сводится к тому, что правосудие – одна из форм государственного управления по выполнению государством внутренней функции охраны правопорядка, собственности, прав и свобод граждан путем решения специальным органом государственной власти – судом гражданских, хозяйственных, уголовных и административных дел по правилам, предусмотренным процессуальным законодательством. Закрепленные в конституции принципы позволяют декларировать правосудие как новую по содержанию институцию с чрезвычайной прерогативой решать споры о правах и обязанностях субъектов права [12, с. 19, 22].

Конституционный Суд Украины тоже высказывал свое мнение по поводу понятия и содержания правосудия. Правосудие – это самостоятельная отрасль государственной деятельности, которую суды осуществляют путем рассмотрения и разрешения в судебных заседаниях в особой, установленной законом процессуальной форме гражданских, уголовных и других дел. Правосудие по своей сути признается таковым лишь при условии, что оно отвечает требованиям справедливости и обеспечивает эффективное восстановление в правах [13; 15].

Итак, мы видим, что содержание правосудия связано с разрешением споров, рассмотрением дел. Такой задачи, как защита права (восстановление в правах) в содержании правосудия мы не увидели.

Учитывая, что правосудие по гражданским делам реализуется в форме гражданского судопроизводства (гражданского процесса), считаем необходимым исследовать его содержание и цель.

Гражданский процесс определяет как деятельность судебных органов, осуществляемая в определенном законом порядке, по разрешению споров



и иных дел, по защите прав и охраняемых законом интересов граждан и организаций [6, с. 22-23]. Гражданское судопроизводство также рассматривается как урегулированная нормами гражданского процессуального права деятельность суда, осуществляемая в установленном законом порядке, и определяется системой взаимосвязанных гражданских процессуальных прав, обязанностей и гражданских процессуальных действий суда и участников процесса по их реализации [16, с. 56].

Цель гражданского судопроизводства, как считают ученые-процессуалисты, в основном заключается в защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан и организаций. Задачи гражданского процесса, по мнению ученых, подразделяются на две составляющие: 1) правосудная – правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел; 2) превентивная (предупредительная) – предупреждение гражданских правонарушений, укрепление законности и правопорядка, формирование уважительного отношения к закону и суду [4, с. 21].

При этом украинские ученые-процессуалисты замечают, что если воспринимать каждое гражданское дело как определенную спорную или конфликтную правовую ситуацию, то задачей гражданского судопроизводства стает разрешение споров, ликвидация правонарушений и восстановление нарушенных прав и законных интересов [16, с. 56].

Сущность задач гражданского судопроизводства можно также проследить из анализа объекта гражданских процессуальных правоотношений и юрисдикционных полномочий их главного субъекта – суда.

Вопрос об объекте гражданских процессуальных правоотношений относится к числу дискуссионных. Мы не будем приводить все точки зрения по этому поводу, а процитируем лишь несколько из них, сделанных на основе анализа мнений разных ученых. Так, по мнению одних ученых, объект гражданских процессуальных правоотношений проявляется через содержание процессуальных прав и обязанностей, определяет поведение каждого субъекта процессуальных

отношений [5, с. 56]. Другие ученые-процессуалисты под объектом правоотношений понимают реальные действия субъектов в правоотношениях (их поведение) с учетом цели каждого из них участия в процессе [16, с. 152]. А как мы уже выяснили ранее, действия суда как раз и заключаются в рассмотрении дела.

Рассматривая юрисдикцию как элемент гражданской процессуальной правосубъектности суда, в процессуальной литературе отмечается, что юрисдикционная деятельность суда в гражданском судопроизводстве характеризуется только правоохранительной функцией, поскольку правосудие имеет место там, где осуществляются юрисдикционные полномочия, т.е. когда рассматривается спор о праве [14, с. 115]. А. Т. Боннер, характеризуя гражданские процессуальные правоотношения, отмечает, что власть суда в гражданском процессе сводится, в частности, к тому, что суд осуществляет правосудие по гражданским делам именем государства, разрешает дела по существу [1, с. 40-42].

Как мы видим, из последних высказываний вытекает, что полномочия суда изначально сводятся к рассмотрению дела (решению спора). Но все же, в некоторых случаях можно увидеть, что к задаче суда относят также защиту прав (восстановление в правах).

Делая собственный вывод по затронутой проблеме, считаем необходимым обратить внимание на то, что поскольку деятельность суда по осуществлению правосудия по гражданским делам носит процессуальный характер, поэтому ее задачей, отражающей процессуальную сторону, должно быть, в первую очередь, справедливое разрешение дела (рассмотрение спора), а не восстановление в правах (защита права), ведь первая задача присуща каждому процессу по любому гражданскому делу, т.е. должна выполняться по любому делу независимо от его исхода. Вторая же задача (защита права), связанная с реализацией права на судебную защиту и носящая материально-правовой характер, может выполняться только в том случае, если требования истца законны и обоснованы.

Из этого мы можем заключить, что поскольку эффективность правосудия по гражданским делам указывает

на степень реализации его задач, то эффективность гражданского судопроизводства следует рассматривать в двух аспектах: процессуальном – как своевременное рассмотрение дела и правильное разрешение спора (независимо от материально-правовых последствий для сторон); материально-правовом – как эффективная защита нарушенного права (эффективное восстановление в правах).

Разграничение материально-правовой и процессуальной сторон эффективности имеет значение не только в теоретическом плане, но и в практическом, поскольку позволяет четко отграничить последствия судебной процессуальной деятельности, когда по тем или иным причинам защита нарушенного права не осуществляется (например, при неправильно выбранном способе защиты), однако судебное рассмотрение дела осуществлено с четким соблюдением гражданской процессуальной формы. Это позволит четче определить состояние осуществления правосудия в стране, способность судебной системы своевременно, беспристрастно и справедливо разрешать гражданские дела, обеспечивая, таким образом, гарантированное Конвенцией о защите прав человека и основных свобод право на справедливое судебное разбирательство.

Использованная литература

1. Боннер А. Т. *Принцип законности в советском гражданском процессе*. М., 1989, 81 с.
2. Васильковский Е. В. *Учебник гражданского процесса*. Под редакцией и с предисловием В. А. Томсинова, М.: Издательство «Зерцало», 2003, 464 с.
3. Гражданские процессуальные кодексы стран СНГ [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.pravoteka24.com/zakony-drugih-stran/98-grazhdanskiy_processualnyy_kodeks_stran_sng.html (дата обращения: 01.07.2013).
4. *Гражданский процесс России*: Учебник. Под ред. М. А. Вкут. М.: Юрист, 2004, 459 с.
5. *Гражданский процесс*. Учебник. Под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота, М.: ПРОСПЕКТ, 1997, 480 с.
6. *Гражданский процесс*. Учебник. Под ред. проф. Комарова В. В., Х.: ООО «Одиссей», 2001, 704 с.



7. *Гражданский процессуальный кодекс Украины* от 18.07.1963 [Электронный ресурс]. Официальный сайт Верховного Совета Украины. Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1501-06> (дата обращения: 01.07.2013).

8. *Гражданский процессуальный кодекс Украины* от 18.03.2004 [Электронный ресурс]. Официальный сайт Верховного Совета Украины. Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата обращения: 01.07.2013).

9. Дегтярев С. Л. *Реализация судебной власти в гражданском судопроизводстве: теоретико-прикладные проблемы*. М.: Волтерс Клувер, 2007, 376 с.

10. Закон Украины *О судостроительстве и статусе судей* от 07.07.2010 № 2453-VI [Электронный ресурс]. Официальный сайт Верховного Совета Украины. Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2453-17> (дата обращения: 01.07.2013).

11. *Концепция усовершенствования судейства для утверждения справедливого суда в Украине в соответствии с европейскими стандартами*, одобрена Указом Президента Украины от 10.05.2006 № 361/2006 [Электронный ресурс]. Официальный сайт Верховного Совета Украины. Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/361/2006> (дата обращения: 01.07.2013).

12. *Курс гражданского процесса*: підручник. В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.; за ред. В. В. Комарова. Х.: Право, 2011, 1352 с.

13. Определение Конституционного Суда Украины от 14.10.1997 № 44-з [Электронный ресурс]. Официальный сайт Верховного Совета Украины. Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/vz44u710-97> (дата обращения: 01.07.2013).

14. *Проблемы науки гражданского процессуального права*. В. В. Комаров, В. А. Бигун, В. В. Баранкова. Под ред. проф. В. В. Комарова. Харьков: Право, 2002, 440 с.

15. Решение Конституционного Суда Украины от 30.01.2003 № 3-рп/2003 [Электронный ресурс]. Официальный сайт Верховного Совета Украины. Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-03/print1360002889557622> (дата обращения: 01.07.2013).

16. *Гражданский процесс Украины: академический курс*. Підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.; за ред. С. Я. Фурси. К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009, 848 с.

17. Цихоцкий А. В. *Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам*. Новосибирск: Наука, 1997, 392 с.

МОДЕРНІЗАЦІЯ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В РИНКОВИХ УМОВАХ

Вікторія СИДОР,

доктор юридичних наук, професор кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету «Одеська юридична академія»

SUMMARY

Sydr V. D. Doctor of law, Professor, Department of agricultural, land and environmental law of the National University «Odessa Law Academy». «Modernization of land legislation of Ukraine in market conditions». The publication is dedicated to carrying out a comprehensive analysis of the prospects of Ukrainian land legislation modernizing, which is formed during the country's transition from administrative-command system of the market economy. Found that in order to modernize land legislation of Ukraine in market conditions should be the establishment of state guarantees land rights and freedoms, development of effective mechanisms for their implementation as a prerequisite for the transition from the existing declarative nature of the legal regulation of land relations to the efficient implementation of the land law. It is shown that the most common deficiencies land law is a mismatch of land relations, interests and needs of people, the contradiction between the legal system, low level of systematization, lack of sharpness and clarity of the legal requirements and regulations, resulting in violations of the law regarding the use and protection of land.

Keywords: legal land relations, land resources, land legislation, market conditions, modernization, gaps in the legal regulation of conflicts of law.

АННОТАЦІЯ

Сидор В. Д. доктор юридических наук, професор кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету «Одеська юридическа академія». «Модернізація земельного законодавства України в ринкових умовах». Публікація посвячена проведенню комплексного аналізу перспектив модернізації земельного законодавства України, формуючогося в процесі переходу країни від командно-адміністративної системи управління до ринкової економіки. Установлено, що метою модернізації земельного законодавства України в ринкових умовах повинно стати встановлення державних гарантій земельних прав і свобод громадян, розробка дійсних механізмів їх реалізації як умови переходу від існуючого декларативного характеру правового регулювання земельних відносин до ефективної системи виконання земельно-правових норм. Доказано, що найбільш поширеними недоліками земельного законодавства України є: невідповідність земельним відносинам, інтересам і потребам людей; протиріччя між правовими нормами, низький рівень систематизації; недостаточна чіткість і ясність правових вимог і предписань, що призводить до порушення законності в сфері використання і охорони земель.

Ключевые слова: земельные правоотношения, земельные ресурсы, земельное законодательство, рыночные условия, модернизация, пробелы в правовом регулировании, коллизии в законодательстве.

Постановка проблеми. Проведена в Україні земельна реформа, що юридично оформила зміну земельного ладу, економічних пріоритетів, ідеології, вимагає глибокого перегляду земельного законодавства. Вступ України у нову історичну епоху зумовлює потребу в критичній переоцінці минулого досвіду регулювання земельних відносин, теоретичному осмисленні процесів і

явищ, що відбуваються в галузі використання та охорони земель, розробки нових підходів до їх дослідження. Сучасне земельне законодавство України в цьому контексті займає особливе місце. Зберігаючи певну техніко-юридичну правонаступність радянського земельного законодавства, воно принципово відрізняється від нього своїм змістом і соціально-політичною спрямованістю, що ві-



дображають специфіку історичних умов формування і розвитку сучасних земельних відносин. Земельне законодавство є одним з основних інструментів демократичних реформ в Україні, проте теоретичні аспекти цих перетворень далеко не завжди осмислені, що зумовлює їхню непослідовність і низьку ефективність. З огляду на масштаби земельних перетворень особливої актуальності набувають дослідження сучасного стану і шляхів удосконалення земельного законодавства України у контексті побудови правової держави.

Масштабний розвиток і трансформація земельних відносин привели до надзвичайно стрімкого збільшення обсягу законодавчого масиву в цій сфері. Однак збільшення кількості законів не свідчить про підвищення рівня правового регулювання земельних відносин і зміцнення земельної законності та правопорядку. Навпаки, швидкі темпи законотворення породили ряд таких проблем, як безсистемність, хаотичний розвиток земельного законодавства, невідповідність окремих законів реальним земельним відносинам, декларативний характер законодавчих положень тощо. Чинне земельне законодавство суперечливе, надміру декларативне і часто не забезпечене механізмом реалізації законодавчих положень. Недосконалість і колізійність земельного законодавства негативно відбивається на роботі органів державної влади та місцевого самоврядування, що ослаблює режим законності, знижує рівень земельного правопорядку в Україні. Усе це свідчить про неефективність правового регулювання земельних відносин. Розвиток земельного законодавства України є обов'язковою вимогою нормального функціонування національної правової системи, оскільки умови існування суспільства весь час змінюються, зумовлюючи зміни в системі земельних відносин. Назріла потреба визначення оптимальної моделі земельного законодавства, що має виражатися у відповідній концепції його розвитку.

Аналіз останніх наукових досліджень. В науці земельного права

аналіз проблем удосконалення сучасного стану земельного законодавства проводився такими вченими-правознавцями, як: В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, Ю. О. Вовк, В. К. Гуревський, А. П. Гетьман, І. І. Каракаш, П. Ф. Кулинич, А. М. Мірошниченко, В. Л. Мунтян, В. В. Носік, О. О. Погрібний, В. І. Семчик, Н. І. Титова, Ю. С. Шемшученко, М. В. Шульга, В. З. Янчук та ін. Однак у зв'язку із проведенням земельної реформи в Україні залишилась нерозв'язаною значна кількість правових проблем підвищення ефективності правового регулювання земельних відносин, визначення основних тенденцій розвитку земельного законодавства України та перспектив його систематизації. Усе наведене свідчить про актуальність дослідження та його важливість для підвищення ролі та ефективності дії земельно-правових норм у регулюванні земельних відносин.

Завданням даної публікації є проведення комплексного аналізу перспектив модернізації земельного законодавства України, що формується в процесі переходу країни від командно-адміністративної системи управління до ринкової економіки.

Виклад основного матеріалу. Переходячи до викладення основного матеріалу, хочемо зазначити, що унікальність технології формування і розвитку земельного законодавства обумовлена історичною специфікою цього переходу і полягає в тому, що будучи реформаторським за своєю формою, земельне законодавство є революційним за своєю сутністю, оскільки спрямоване на заміну одного земельного ладу. Цей перехід відбувається в умовах, коли в Україні перервана і істотно деформована історична традиція в розвитку як суспільства, так і права. Тому даний перехід почався при фактичній відсутності в радянському суспільстві відносин земельної власності, а також прошарку, який був би носієм як земельних відносин, так і нової політичної і правової ідеології. Моделі земельних відносин, як правило, запозичувалися з права розвинених кра-

їн – представників різних правових культур. Тому формування сучасних земельних відносин починалося саме із становлення новітнього земельного законодавства. Законодавчі акти в галузі використання та охорони земель виступали інструментом земельної політики. При цьому зникла межа між правовою політикою, направленою на становлення і вдосконалення земельного законодавства, і іншими її різновидами – економічною, соціальною, земельною політикою, оскільки змінюючи суспільство, право змінює і саме себе. Цим можна пояснити появу нових законів в галузі використання та охорони земель, які навіть за умови достатньої технічної досконалості виявлялися неефективними внаслідок системної незавершеності земельного права, явищ правового нігілізму, земельного беззаконня і масової корупції. Можна сказати, що така ситуація відображає явище виключної самостійності земельного законодавства в умовах перехідного періоду. Разом зі стабілізацією суспільних перетворень, виключна самостійність земельного законодавства почала перетворюватися на їх відносну самостійність відносно суспільства.

В Конституції України закріплені найважливіші загально-правові принципи, проголошені права і свободи людини і громадянина, встановлений обов'язок держави щодо їх охорони та захисту, створені основи демократичної політичної системи. Конституція України в ст. 14 і Земельний кодекс України в ст. 1 визнає землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави [1; 2]. Безперечно, в разі реалізації цих конституційних основ, дотримання прав і свобод людини ми б мали серйозні досягнення у встановленні громадянського суспільства і правової держави. Проте доводиться констатувати істотний розрив між положеннями Конституції України і реаліями правової практики, що проявляється в невідповідності дійсності і законодавства, що стосується прав на землю. Умовою формування пра-



вовой держави є законність як комплексне політико-правове явище, що відображає правовий характер організації суспільно-політичного життя, органічний зв'язок права і влади. Значення законності актуалізується як сукупність соціально-правових засобів, необхідних: для встановлення в суспільстві і державі правопорядку, в основі якого лежать загальнолюдські цінності (свобода, рівність, взаємна пошана і дотримання прав, а також виконання обов'язків); для створення умов нормальної життєдіяльності людей; стимулювання позитивної і обмеження негативної громадянської активності.

Сучасний період розвитку земельного законодавства характеризується кризовими явищами в економічній, політичній, соціальній та інших сферах. Нестабільною залишається правова система: повільно відбувається оновлення земельного законодавства, багато законів ще не відповідають суспільним земельним відносинам, як і раніше поширені порушення законності в галузі надання і вилучення земель. Ці негативні явища багато в чому пов'язані з недоліками нормативно-правового регулювання земельних відносин, зокрема з низькою якістю законів [3, с. 120].

Необхідно провести глибокий аналіз існуючих земельних відносин, які потребують чи можуть потребувати правового регулювання. Оскільки фактичні суспільні відносини досить рухомі, нестабільні, важливо не тільки виявити їхню сучасну систему, а й виявити тенденції їх розвитку. Такий аналіз дає змогу побудувати модель правового регулювання цих відносин у майбутньому, чи, іншими словами, прогнозувати розвиток земельного законодавства, підготувати створення відповідних норм та інститутів. Головна особливість правового прогнозування криється у визнанні того, що право розвивається завжди на основі змін у суспільному бутті, у фактичних суспільних відносинах людей. Тому і передбачити розвиток права можливо лише на базі відомого чи передбаченого розвитку суспільства в цілому.

Проте прогностичний характер відображення в праві має свої межі, які умовно можна поділити на соціальні, гносеологічні і власне правові. Соціальні межі виражаються в тому, що законодавство повинно не тільки правильно відображати майбутній розвиток суспільних відносин, а й враховувати реальні суспільні, конкретно-історичні можливості його досягнення. Соціально-правове прогнозування може бути плідним лише тоді, коли воно здійснюється на основі вивчення загальних закономірностей розвитку суспільства. Для цього необхідно аналізувати економічні, політичні, соціально-психологічні, демографічні та інші явища в житті суспільства, які в сукупності визначають можливості правового регулювання суспільного життя, виявити об'єктивні закономірності цих явищ [4, с. 19].

Процес розвитку земельного законодавства після прийняття Конституції 1996 р. зумовив виникнення багатьох проблем юридичної техніки у сфері правотворчості і правозастосування, інтерпретації і систематизації нормативно-правових актів. Підготовка нормативно-правових актів здійснюється переважно спираючись на інтуїцію і власний досвід розробників, а не на суворо встановлені єдині правила або на чіткі, науково обгрунтовані правила. Такий підхід спричиняє недоліки в нормотворчій діяльності, які часом не вдається повністю виправити і на стадії прийняття нормативно-правових актів. Як зазначалося, активізація правотворчого процесу останніми роками, поряд з її позитивними моментами, негативно відбилася на організації системи сучасного земельного законодавства, оскільки недостатньо відпрацьована його єдина внутрішньо узгоджена система, існує велика кількість формально чинних, але фактично застарілих законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, багато з яких не приведені у відповідність до Конституції України. Сучасні акти земельного законодавства характеризуються істотними недоліками у вигляді наявності норм,

які регулюють не конкретні земельні правовідносини, а мають декларативний характер, рясніють суперечностями, нечіткими формулюваннями, стилістичними хибами та іншими неточностями.

Проблема в даний час полягає в неефективності, недосконалості механізму забезпечення прав громадян на землю. Відсутність теоретичної визначеності щодо подальшого розвитку земельного законодавства негативно впливає на практику його застосування. Здатність законодавства у процесі свого функціонування та розвитку створювати умови для максимального задоволення основних потреб та інтересів людини одержала своє відображення у понятті соціальної сутності законодавства [5, с. 74].

За своїм соціальним призначенням земельно-правові норми покликані забезпечувати визнані в суспільстві та законодавчо виражені в Основному Законі держави та інших джерелах свободу, відносну рівність та справедливість особи, колективу і народу у здійсненні гарантованих у Конституції України прав та виконанні обов'язків щодо використання землі для задоволення приватних і суспільних потреб та інтересів. При цьому земельне законодавство України не виключає можливості реалізації природних прав людини на землю, якщо такі права з тих ч інших причин не були законодавчо закріплені, однак їх здійснення визнається у суспільстві і не суперечить законам держави та верховенству права. Тому якість та ефективність земельного законодавства значною мірою залежить від того, наскільки повно і своєчасно держава закріплює у правових нормах об'єктивні природні права тих чи інших суб'єктів на землю, створює рівні і справедливі умови для здійснення і захисту таких прав.

Нормативний характер земельного права є визначальним для встановлення чи санкціонування державою визнаних у суспільстві обов'язкових правил поведінки для всіх суб'єктів суспільних відносин у сфері здійснення прав на землю і земельні ді-



лянки, раціонального використання та охорони землі, застосування органами державної влади та місцевого самоврядування тих чи інших способів правового регулювання земельних відносин, визначення меж та способів адміністративного впливу на учасників земельних відносин, вибору форм та способів захисту земельних прав громадян, юридичних осіб, держави, українського народу, утвердження законності і правопорядку у галузі земельних відносин. Нормативний характер земельного права України поєднується з формальною визначеністю його приписів. Загальна обов'язковість норм земельного права та державна гарантованість і забезпеченість реалізації його норм є однією з передумов стабільності та поступальності у здійсненні земельної реформи, забезпечення рівного доступу всіх суб'єктів до набуття, реалізації та захисту прав на землю, додержання законності та утвердження нового правопорядку у сфері земельних відносин [6, с. 51-52].

Недосконалість чинного земельного законодавства (колізії, прогалини, дефекти у формулюваннях правових норм) є однією з причин кризи законності в земельних відносинах. Сьогодні досить гостро постала проблема колізійності чинного земельного законодавства. Стабільність правового регулювання земельних відносин багато в чому залежить від якісного стану системи земельного законодавства, яка на сьогодні незбалансована і має внутрішні суперечності. Як свідчить практика, реалізація чинних актів земельного законодавства недостатньо результативна. Серед основних причин низької ефективності регулятивних можливостей земельного законодавства можна виділити проблему його колізійності. Суперечності з ключових питань правового регулювання земельних відносин в Україні знижують ефективність механізму правового регулювання, тому необхідний чіткий механізм запобігання і розв'язання, подолання й усунення такого явища, як колізійність, що пе-

решкоджає розвитку земельного законодавства [7, с. 241].

Значний вплив та юридичну ефективність законодавства має визначення виду юридичної відповідальності за порушення певного правового припису. Вищий ступінь ефективності нормативного акту визначається ступенем та оперативністю ліквідації наслідків протиправного дотримання чи використання норм; досягненням свідомого морально-психічного настрою не допускати порушення в майбутньому; впливом застосування санкцій на свідомість людей. Проблема оптимального застосування юридичної відповідальності пов'язана як з питанням правотворчості, так і з питанням застосування санкцій. У процесі правотворчості визначають доцільність застосування відповідальності при регулюванні суспільних відносин і види санкцій, що будуть застосовуватись, їх конкретний обсяг. У процесі застосування відповідальності потребують вирішення питання їх відповідності скоєному, вирішення профілактичних і виховних цілей, гарантії реалізації відповідальності [4, с. 25].

Системний аналіз стану земельного законодавства в Україні, заснований на вивченні нормативно-правових актів, що регулюють земельні відносини, оцінці існуючих наукових підходів і концепцій, дозволив оцінити значущість різних детермінуючих чинників системи земельного законодавства, їх взаємозв'язки, що визначає пріоритетні напрями розвитку цієї галузі законодавства, дає можливість підготувати комплекс рекомендацій щодо вдосконалення чинного земельного законодавства і підвищення ефективності його застосування.

Висновки. Метою модернізації земельного законодавства України в ринкових умовах повинно стати встановлення державних гарантій земельних прав і свобод громадян, розробка дієвих механізмів їх реалізації як передумова переходу від існуючого декларативного характеру правового регулювання земельних відносин

до ефективної системи виконання земельно-правових норм. Для забезпечення модернізації земельного законодавства України в законотворчій роботі вирішенню підлягають такі взаємопов'язані завдання: вдосконалення чинних земельних законів; ліквідація прогалин правового регулювання земельних відносин; подолання колізійності земельного законодавства; розробка рекомендацій стосовно подальших напрямів розвитку земельного законодавства; забезпечення вирішення правотворчих проблем. Найбільш поширеними недоліками земельного законодавства є: невідповідність земельним відносинам, інтересам і потребам людей; протиріччя між правовими нормами; низький рівень систематизації; недостатня чіткість і ясність правових вимог і приписів, що призводить до порушення законності в галузі використання та охорони земель.

Використана література

1. *Конституція України*, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. В: Відомості Верховної Ради України, 1996, № 30, ст. 141.
2. *Земельний кодекс України* від 25 жовтня 2001 року. В: Відомості Верховної Ради України, 2002, № 3-4, ст. 27.
3. Сидор В. Д. *Аналіз стану сучасного земельного законодавства України*. В: Вісник Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова, 2010, Т. 15, вип. 22, с. 116–121.
4. *Законодавство: проблеми ефективності*. Ред. кол. В. Б. Авер'янов, В. Н. Денисов, В. Ф. Сіренко, Я. М. Шевченко. К.: Наукова думка, 1995, 232 с.
5. Любода Ю. П. *Соціальна сутність законодавства – основний фактор його розвитку (методологічний аспект)*. В: Концепція розвитку законодавства України: Матеріали науково-практичної конференції, К., 1996, с. 74-75.
6. Носік В. В. *Юридична природа сучасного земельного права України*. В: Бюлетень Міністерства юстиції України, 2008, № 7-8 (81-82), с. 50-58.
7. Сидор В. Д. *Земельне законодавство України: сучасний стан та перспективи розвитку* (монографія). Вид-во «Юридична думка», 2011, 312 с.



ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬ ВОДНОГО ФОНДУ УКРАЇНИ НА ПРАВІ ПОСТІЙНОГО ЗЕМЛЕКОРИСТУВАННЯ

Сандра МІНЕНКО,

здобувач кафедри трудового, господарського та екологічного права Східноєвропейського національного університету ім. Лесі Українки

SUMMARY

This publication features a comprehensive analysis of the legal use of water fund land on the right of permanent land use under the laws of Ukraine. It is proved that the purpose of the water fund lands is to provide protection and rational use of water bodies that are located on these lands. Found that the water fund lands are given in permanent use to specialized state water management organizations for the care of water bodies, use it as a transport network, as sources of water supply industries, utilities, agriculture, fisheries management.

Keywords: land resources, land water resources, permanent land use, land public property, land communal property, rational usage.

АННОТАЦІЯ

В публікації проведено комплексний аналіз особливостей правового забезпечення використання земель водного фонду на праві постійного землепользования по законодавству України. Доказано, що целевое назначение земель водного фонда заключается в обеспечении охраны и рациональном использовании водных объектов, расположенных на таких землях. Установлено, что земли водного фонда предоставляются в постоянное пользование специализированным государственным водохозяйственным организациям по уходу за водными объектами, использование их как транспортной сети, как источников водоснабжения отраслей промышленности, коммунального хозяйства, сельского хозяйства, ведения рыбного хозяйства.

Ключевые слова: земельные ресурсы, земли водного фонда, постоянное землепользование, земли государственной собственности, земли коммунальной собственности, рациональное использование.

Постановка проблеми. Сучасне земле – і водокористування в Україні не відповідає концепції раціонального природокористування. Це призводить до неефективного використання земель водного фонду, забруднення водних об'єктів та їх деградації, зниження безпеки життя населення від впливу водного фактора, збільшення витрат суспільства на відновлення та охорону водних об'єктів. У цьому зв'язку актуальною є проблема підвищення ефективності та раціонального використання земель водного фонду. В забезпеченні раціонального використання земель водного фонду важлива роль належить водному та земельному законодавству, норми якого закріплюють моделі суспільно корисної, науково обгрунтованої поведінки суб'єктів земле – і водокористування, що враховують умови ринкової економіки і націлені на сталий розвиток у галузі земельно-водних відносин. Необхідність дослідження особливостей правового регулювання використання земель водного фонду

зумовлена тим, що не досить глибоко розроблено теоретичні та методичні засади вирішення проблем постійного використання земель зазначеної категорії.

Аналіз останніх наукових досліджень. В науці земельного права України дослідженню проблем правового регулювання постійного землекористування присвячено праці таких вчених, як: В. І. Андрейцев, П. Ф. Кулинич, В. В. Носік, В. І. Семчик, В. Д. Сидор, Н. І. Титова, М. В. Шульга та ін. Проте враховуючи важливе водоохоронне значення земель водного фонду проблеми правового регулювання їх використання вимагають проведення додаткового дослідження.

Завданням даної публікації є комплексний аналіз особливостей правового забезпечення використання земель водного фонду на праві постійного землекористування за законодавством України.

Виклад основного матеріалу. Раціональне використання земель водного фонду необхідно розглядати

як систему організаційних заходів, спрямованих на створення реальних можливостей і виникнення зацікавленості у земле – і водокористувачів в більш економічному та ефективному використанні земель водного фонду та водних ресурсів. Вирішення цієї проблеми дозволить збалансувати інтереси власника водних об'єктів (держави) і земле – та водокористувачів з урахуванням ступеня стабільності природних водних екосистем.

Правовий режим земель водного фонду передбачає таке використання водних об'єктів, яке не повинне заподіювати шкоди даним об'єктам, особливо тим, що мають питне чи оздоровче значення [1, с. 161]. З метою забезпечення населення та народного господарства необхідною кількістю води в Україні збудовано 1087 водосховищ загальним об'ємом понад 55 млрд куб. м, 7 великих каналів довжиною близько 2 тис. км з подачею на них понад 1 тис. куб. м води за секунду [2, с. 183].

Використання землі обумовлене вимогами об'єктивних закономір-



ностей існування природи. Характер процесу експлуатації, використання землі, їх межі мають екологічну спрямованість. Все це пов'язано, вважає М. В. Шульга, з обов'язковим дотриманням правил охорони землі та інших природних ресурсів, що з нею пов'язані, дотриманням нормативної екологічної безпеки, захистом землі від ерозійних та інших несприятливих процесів [3, с. 102].

Особливості правового режиму земель водного фонду полягають в тому, що за рішенням органів виконавчої влади або місцевого самоврядування землі водного фонду, що належать до державної чи комунальної власності, надаються у постійне користування державним водогосподарським організаціям для цілей, передбачених п. 3 ст. 59 Земельного кодексу України, а саме: для догляду за водними об'єктами, прибережними захисними смугами, смугами відведення, береговими смугами водних шляхів, гідротехнічними спорудами тощо [4].

Привертає увагу вкрай обмежене регулювання нормами чинного ЗК України правовідносин постійного користування і його реалізація законодавчими актами, що визначають особливості правового режиму природних об'єктів та ресурсів, що розташовані на відповідних землях. Отже, формально-юридичний суб'єктний, об'єктний склад правовідносин постійного землекористування та їх зміст регламентуються не ЗК України, а іншими законодавчими актами, що з погляду юридичної техніки напевно чи можна визнати виправданим. При цьому варто взяти до уваги й те, що режим земель й земельних ділянок, на яких розташовані зазначені об'єкти, фактично і юридично підпорядковані спеціальним ресурсовим та іншим законам у частині регулювання земельних та, зокрема, правовідносин постійного землекористування. Такий підхід зовсім далекий від законотворчого конструктивізму під

кутом співвідношення земельного та природноресурсового законодавства [5, с. 92].

Відповідно до ч. 1 ст. 92 Земельного кодексу України, право постійного користування земельною ділянкою – це право володіння і користування земельною ділянкою, яка перебуває у державній або комунальній власності, без встановлення строку [4]. Право користування земельною ділянкою на землях водного фонду виникає після встановлення меж цієї ділянки в натурі (на місцевості), одержання державного акта на право постійного користування земельною ділянкою і його реєстрації.

Відповідно до п. 3 Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку користування землями водного фонду» від 13 травня 1996 р. № 502, у постійне користування землі водного фонду надаються водогосподарським спеціалізованим організаціям, іншим підприємствам, установам і організаціям, в яких створено спеціалізовані служби догляду за водними об'єктами, прибережними захисними смугами, смугами відведення, береговими смугами водних шляхів, гідротехнічними спорудами та підтримання їх у належному стані. Користувачі, що експлуатують гідротехнічні (водопідпірні, водопропускні, водозахисні або водозабірні) споруди водогосподарських систем, зобов'язані дотримуватися встановлених режимів їх роботи та правил експлуатації, здійснювати посадку, догляд і охорону лісів у смугах відведення каналів, гідротехнічних та інших споруд міжгосподарського значення [6].

Правовий режим земель водного фонду тісно пов'язаний з характером експлуатації самих водних об'єктів, як правило, комплексним і багатопільовим. Так, у правовому режимі водопокритих земель переважає спрямованість їх до комплексного використання. Тому основна частина земель цієї категорії (водопокриті

землі, берегові смуги водних шляхів, смуги відведення) використовуються невизначеним колом суб'єктів і для різних цілей (зрошення, перевезення вантажів, лов риби, водопостачання тощо) [7, с. 433]. Використання водних об'єктів може здійснюватися з вилученням (забір води) або без вилучення (скидання, використання в якості водних шляхів) земельних і водних ресурсів, надаватися у користування для задоволення однієї або кількох цілей, одному або декільком водокористувачам, з вилученням або без вилучення земельних ділянок, з обмеженням або без обмеження природокористування. Режим охорони навколишнього середовища та використання земельних ділянок і водних об'єктів визначається цілями водокористування.

Порядок користування земельними ділянками дна річок, озер, водосховищ, морів та інших водних об'єктів встановлюється ст. 86 Водного кодексу України. На земельних ділянках дна річок, озер, водосховищ, морів та інших водних об'єктів можуть проводитися роботи, пов'язані з будівництвом гідротехнічних споруд, поглибленням дна для судноплавства, видобуванням корисних копалин (крім піску, гальки і гравію в руслах малих та гірських річок), прокладанням кабелів, трубопроводів, інших комунікацій, а також бурові та геологорозвідувальні роботи. Місця і порядок проведення зазначених робіт визначаються відповідно до проектів, що погоджуються з державними органами охорони навколишнього природного середовища, водного господарства та геології [8].

Відповідно до ст. 12 Кодексу торговельного мореплавства України, відведення землі та водного простору для торговельного мореплавства, а також будівництва або будь-якої роботи в зоні дії навігаційного обладнання і морських шляхів повинно бути погоджено з центральним органом виконавчої влади, що забезпе-



чує формування державної політики у сфері транспорту, та відповідними місцевими державними адміністраціями і місцевими радами. Юридичні і фізичні особи, які порушили правила цієї статті, зобов'язані на вимогу центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері транспорту, здійснити в зазначений ним термін за власний рахунок знесення, перенесення або необхідні зміни будівель і споруд, що створюють перешкоди судноплавству або дії засобів навігаційного обладнання. Центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сферах морського і річкового транспорту, погоджує відведення землі та водного простору для торговельного мореплавства, а також для будівництва або виконання будь-яких робіт в зоні дії навігаційного обладнання і морських шляхів за наявності висновку центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері безпеки на морському та річковому транспорті. Пропозиції щодо знесення, перенесення або необхідності зміни будівель і споруд, що створюють перешкоди судноплавству або дії засобів навігаційного обладнання, подає центральний орган виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері безпеки на морському та річковому транспорті [9].

Відповідно до ст. 13 Закону України «Про рибне господарство, промислове рибальство та охорону водних біоресурсів», рибогосподарські водні об'єкти (їх частини) поділяються на рибогосподарські водні об'єкти загальнодержавного та місцевого значення. До рибогосподарських водних об'єктів загальнодержавного значення належать: внутрішні морські води і територіальне море (з лиманами та естуаріями), виключна (морська) економічна зона України; поверхневі води (озера, водосховища, річки, канали), що розташовані і використовуються

на території більш як однієї області, а також їх притоки всіх порядків. До рибогосподарських водних об'єктів (їх частин) місцевого значення належать водні об'єкти (озера, річки та їх притоки всіх порядків, водосховища), що розташовані і використовуються у межах однієї області та не належать до водних об'єктів загальнодержавного значення [10]. У правовому режимі водопокритих земель переважає спрямованість до їх комплексного використання. Тому основна частина земель цієї категорії використовуються невизначеним колом суб'єктів і для різних цілей [7, с. 433]. Комплексний характер водно-земельних відносин зумовлений специфікою призначення землі і вод у процесі створення і використання водних об'єктів, які мають властиве лише їм призначення і здійснюють спеціальні властиві їм функції [11, с. 212].

Для проведення робіт на землях водного фонду необхідно одержати дозвіл, форма якого затверджена спільним наказом Державного комітету України по водному господарству та Міністерства охорони навколишнього природного середовища від 09.10.2007 р. № 199/517 [12].

Механізм видачі дозволу на будівельні, днопоглиблювальні роботи, прокладання кабелів, трубопроводів та інших комунікацій на землях водного фонду визначається Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку видачі дозволів на проведення робіт на землях водного фонду» від 12 липня 2005 р. № 557. Відповідно до цього Порядку, дозволи видаються: Мінприроди – у разі проведення робіт, крім будівельних, на землях прибережних захисних смуг морів і на землях, зайнятих морями; Держводагентством за погодженням з Мінприроди – у разі проведення на землях водного фонду днопоглиблювальних робіт, робіт з прокладання кабелів, трубопроводів та інших комунікацій (крім будівельних робіт та робіт на землях прибе-

режних захисних смуг морів і на землях, зайнятих морями).

Пункт 5 Порядку визначає, що для отримання дозволу суб'єкт господарювання подає заяву до відповідного органу, уповноваженого його видавати. До заяви додаються документи, що підтверджують статус (копії статуту (положення) та проект на проведення відповідних робіт, що містить розділ про оцінку впливу на навколишнє природне середовище, погоджений з Мінприроди, Держводагентством та Держгеонадрами. Суб'єкт господарювання, який претендує на отримання дозволу, обов'язково узгоджує питання видачі дозволу з органами місцевого самоврядування, Держземагентством (у разі проведення робіт на землях, зайнятих морями) або його територіальними органами (у разі проведення робіт на інших землях водного фонду), Держрибагентством – у разі проведення робіт у рибогосподарських водних об'єктах, територіальними органами Держлісагентства – у разі проведення робіт у лісах на землях водного фонду [13].

Висновки. Право користування землями водного фонду є системою закріплених у земельному та водному законодавстві правових норм, які регулюють суспільні відносини, пов'язані з експлуатацією корисних властивостей земельних водного фонду. Суть цільового призначення земель водного фонду полягає в забезпеченні охорони та раціонального використання водних об'єктів, які розташовані на таких землях. Тому завдання земельного законодавства щодо раціонального використання земель водного фонду полягає у забезпеченні надання їх у постійне користування спеціалізованим державним водогосподарським організаціям для догляду за водними об'єктами, використання їх як транспортної мережі, як джерел водозабезпечення галузей промисловості, комунального господарства, сільського господарства, ве-



дення рибного господарства тощо.

Правове регулювання використання земельних ділянок водного фонду визначається нормами, що мають різну галузеву приналежність, і тому може розглядатися в трьох взаємопов'язаних аспектах: цивільно-правовому, земельно-правовому та еколого-правовому. При цьому в частині регулювання відносин щодо володіння, користування і розпорядження земельними ділянками обґрунтовується необхідність поєднання двох режимів (цивільно-правового і земельно-правового). Такий висновок ґрунтується на регулюванні відносин приватної власності на земельні ділянки як цивільним, так і земельним законодавством. Регулювання земельних відносин припускає специфіку, що включає наявність певних обмежень при використанні і обігу землі.

Публічно-правовий статус держави став визначальним фактором при формуванні деяких інститутів земельного права щодо природних об'єктів, перш за все, права користування землями та водними об'єктами, оскільки саме публічно-правовий статус держави визначив адміністративно-правовий характер взаємозв'язків між державою та землекористувачами і водокористувачами, що складаються в процесі надання в користування природних об'єктів, їх експлуатації та розподілу одержуваного при цьому прибутку.

Прогалиною Земельного кодексу України є той факт, що в ньому не передбачено право органів місцевого самоврядування надавати земельні ділянки водного фонду у постійне користування водогосподарським організаціям, заснованим на комунальній власності. Не зазначено і те, що територіальні громади не мають права створювати комунальні водогосподарські організації та передавати їм у постійне користування земельні ділянки, що належать до комунальної власності.

Використана література

1. *Науково-практичний коментар Земельного кодексу України*. Кол. авт.: Л. О. Бондар, А. П. Гетьман, В. Г. Гончаренко та ін. За заг. ред. В. В. Медверчука, К.: Юрінком Інтер, 2004, 656 с.

2. *Природноресурсове право України*: Навч. посіб. За ред. І. І. Каракаша, К.: Істина, 2005, 376 с.

3. Шульга М. В. *Научные правовые проблемы использования земель*. В: Проблемы законности: Респ. міжвідом. наук. зб., відп. ред. В. Я. Тацій, Харків: Нац. юрид. акад. України, 1997, с. 99–104.

4. *Земельний кодекс України* від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III. В: Відомості Верховної Ради України, 2002, № 3–4, ст. 27.

5. Андрейцев В. І. *Земельне право і законодавство суверенної України: Актуальні проблеми практичної теорії*. Монографія, К.: Знання, 2005, 445 с.

6. *Про затвердження «Порядку користування землями водного фонду»* [Електронний ресурс]: Постанова Кабінету Міністрів України від 13.05.1996 р. № 502. Режим доступу: <http://portal.rada.gov.ua/>

7. *Земельне право України*: підручник. За ред. О. О. Погрібного та І. І. Каракаша, вид. 2, перероб. і доп. К.: Істина, 2009, 600 с.

8. *Водний кодекс України* від 6 червня 1995 року № 213/95-ВР (зі змінами). В: Відомості Верховної Ради України, 1995, № 24, ст. 189.

9. *Кодекс торговельного мореплавства України* від 23 травня 1995 року № 176/95-ВР. В: Відомості Верховної Ради України, 1995, № 47, ст. 349.

10. *Про рибне господарство, промислове рибальство та охорону водних біоресурсів*: Закон України від 8 липня 2011 року № 3677-VI. В: Голос України від 03.08.2011, № 142.

11. *Земельний кодекс України: Науково-практичний коментар*. За заг. ред. В. І. Семчика, 3-є вид., перероб. і доп., К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007, 896 с.

12. *Про затвердження форми дозволу на проведення робіт (крім будівельних) на землях водного фонду та зразка заяви на його отримання*: Наказ Державного комітету України по водному господарству та Міністерства охорони навколишнього природ-

ного середовища від 09.10.2007 р. № 199/517, зареєстровано в Міністерстві юстиції України 4 грудня 2007 р. за № 1342/14609. В: Офіційний вісник України, 2007, № 93, стор. 92, ст. 3420, код акту 41697/2007.

13. *Про затвердження «Порядку видачі дозволів на проведення робіт на землях водного фонду»*: Постанова Кабінету Міністрів України від 12 липня 2005 р. № 557. В: Урядовий кур'єр від 20.07.2005, № 132.



НЕЭФФЕКТИВНОСТЬ КОРПОРАТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ В АКЦИОНЕРНЫХ ОБЩЕСТВАХ КАК ПРИЧИНА ВОЗНИКНОВЕНИЯ КОРПОРАТИВНОГО КОНФЛИКТА

Юрий ЖОРНОКУЙ,

доцент кафедры правового обеспечения хозяйственной деятельности Харьковского национального университета внутренних дел, доцент, канд. юрид. наук

SUMMARY

The attempt to examine the corporate management inefficiency as the reason of origin of the corporate conflicts in the joint-stock companies is made in the article. Interests of the different groups of the stockholders and their representatives in the bodies of company can not agree that is the precondition for the origin of the corporate conflicts. In the issue of the research was made the conclusion that when among shareholders there are some persons one of which is the majority shareholder, the corporate management inefficiency already consists in that officials of bodies of the company will have a collision between their interests.

Keywords: corporate conflict, management inefficiency, joint-stock company, minority shareholder, majority shareholder, corporate law, corporate management.

АННОТАЦИЯ

В статье рассматривается неэффективность корпоративного управления как причины возникновения корпоративных конфликтов в акционерных обществах. Интересы разных групп акционеров и их представителей в органах общества могут не совпадать, что является предпосылкой для возникновения корпоративных конфликтов. В результате исследования сделан вывод о том, что когда среди акционеров есть несколько лиц, одно из которых мажоритарный акционер, неэффективность корпоративного управления уже состоит в том, что у самих должностных лиц органов общества будет возникать коллизия между их интересами.

Ключевые слова: корпоративный конфликт, неэффективность управления, акционерное общество, миноритарный акционер, мажоритарный акционер, корпоративное право, корпоративное управление.

Введение. Не только интересы либо нарушения субъективного корпоративного права мажоритарного или миноритарного акционеров могут быть причиной возникновения корпоративного конфликта. Акционерная форма организации юридического лица содержит в себе определенные риски для своих участников – акционеров. Будучи рассчитанной на широкий круг участников, она усложняет их реальный контроль за деятельностью исполнительных органов общества, предоставляя им широкие, а иногда, по существу, бесконтрольные возможности распоряжения чужим капиталом, что часто приводит в обществе к возникновению корпоративных конфликтов.

Причины корпоративных конфликтов, как правило, напрямую связаны с вопросом: кто будет руководить обществом и кому принадлежит контрольный пакет акций общества [1]. Хозяйственные общества, и среди них, прежде всего, акционерное

общество (далее – АО), имеют самую сложную корпоративную структуру, включающую несколько уровней управления (общее собрание акционеров, наблюдательный совет, исполнительный орган, ревизионная комиссия). При этом лица, входящие в состав указанных органов, могут иметь разные интересы. Наличие таких противоположных интересов может порождать конфликты внутри общества, что приводит к постоянно-му перераспределению полномочий между указанными органами. Частично это объясняется разной стратегической целью, стоящей перед акционерами и некоторыми менеджерами (члены исполнительного органа либо наблюдательного совета); разными средствами ее достижения в силу многочисленных подходов к развитию предпринимательской деятельности (поглощение других обществ, увеличения капитализации и роста стоимости акций, регулярная выплата дивидендов и др.). Поэтому

проблема гармонизации корпоративного управления и эффективное функционирование органов АО являются одной из актуальных в сфере корпоративных правоотношений.

Методы и использованные материалы. В основу проведенного научного исследования был положен метод альтернатив, с помощью которого сделана попытка обоснования негативных аспектов правоприменительной практики в сфере корпоративного управления. Так альтернативой общепринятому суждению о том, что причиной возникновения корпоративного конфликта является конфликт интересов, служит гипотеза, в соответствии с которой параллельной причиной, порождающей конфликтные ситуации в АО, является также и неэффективность корпоративного управления. Также принятым во внимание был метод синтеза, т. е. объединение в одну группу действий (бездействия) органов управления АО, признаваемых в качестве



неэффективных, порождающих корпоративные конфликты.

Целью статьи является рассмотрение неэффективности корпоративного управления в акционерных обществах как одной из причин возникновения корпоративного конфликта.

Изложение основного материала. Основные правомочия акционеров и эффективность их осуществления прямо либо опосредовано зависят от того, насколько честно, добросовестно и профессионально должностные лица органов АО выполняют свои обязанности. Указанное дает основания некоторым авторам [2] считать, что глубинным фактором корпоративного конфликта есть двоякая сущность акционерной собственности. Именно она породила корпоративный контроль, причем в негативном его значении, и обусловила необходимость регулирования и ограничение контролирующего статуса [3]. Фактически объем права акционера определяется количеством принадлежащих ему акций и является эффективным при условии концентрации акционерного капитала. Это порождает противоречия между правом владения обществом, предоставляемое акцией, и управленческими правомочиями акционера, являющимися составляющими субъективного корпоративного права и закреплены в механизме акционерных отношений.

По нашему мнению основаниями возникновения корпоративного конфликта из-за неэффективности корпоративного управления являются:

1. *Невыплата, в т. ч. и систематическая, дивидендов.* Вопрос о выплате дивидендов – это, в первую очередь, вопрос культуры корпоративных отношений. В странах с развитой экономикой размер и периодичность выплаты дивидендов – один из основных показателей инвестиционной привлекательности АО.

Неэффективность корпоративного управления как причина возник-

новения корпоративного конфликта может иметь место и во время невыплаты объявленных дивидендов, когда исполнительный орган искусственно «затягивает» соответствующие выплаты. Акционер имеет право требовать выплаты объявленных, однако не выплаченных, дивидендов, хотя вопрос о правовом основании такого требования, по утверждению М. Г. Ионцева [4], активно обговаривается.

Долгосрочная невыплата дивидендов – своеобразное основание для возникновения корпоративных конфликтов, что вызвано неудовлетворением миноритарных акционеров действиями собственников значительного (а иногда и контрольного) пакета акций, возникновением подозрения в недобросовестном поведении. Поскольку именно контролирующий акционер имеет существенное влияние на назначение должностных лиц органов АО и т. д. Собственник контрольного пакета акций в Украине не заинтересован в выплате дивидендов миноритарным акционерам, т. к. у него есть возможность другим образом использовать прибыль общества (направив ее на свои зависимые общества). Официально это имеет название «принимать решение о направлении прибыли на капитализацию общества». Поскольку решение о выплате дивидендов принимается простым большинством голосов, миноритарный (-е) акционер (-ы) не может повлиять на решение о распределении прибыли.

Можно предположить, что в ряде случаев, именно отсутствие дивидендных выплат облегчает недружественные поглощения АО (По этому поводу М. Г. Ионцев указывает, что некоторые АО дивиденды смогли спасти от недружественного поглощения, поскольку акционеры не хотели продавать свои акции агрессивному инвестору, потому, что руководство компании честно делилось с ними прибылью общества, и эти прибыли были значительными), по-

скольку акционер, который много лет будучи собственником акций общества никогда не получал дивиденды, а также не имел возможности продать ценные бумаги, – продает их, даже за невысокую цену, по требованию лиц, имеющих намерение поглотить такое общество (в этом, очевидно, и состоит причина распространения поглощений). Поэтому неудовлетворение миноритарных акционеров управленческой политикой в обществе, определяемой собственником контрольного пакета акций, время от времени получает антагонистический характер и проявляется в корпоративных конфликтах.

При этом борьба за дивиденды под влиянием миноритарных акционеров может привести к задержке в развитии АО, проигрышу в конкурентной борьбе и снижению ликвидности ценных бумаг. Поэтому, для того чтобы избежать указанной коллизии, дивидендная политика в АО должна быть сбалансированной.

2. *Нарушение процедуры заключения сделок органами АО.* В связи с заключением сделок органами АО возникает три проблемы: 1) заключение сделок с превышением полномочий; 2) раскрытие информации о последствиях по таким сделкам, фактически приводящим к переходу контроля над обществом либо потенциальной возможности такого перехода [5]; 3) заключение значительных сделок и сделок, в совершении которых есть заинтересованность.

Что касается *заключения сделок с превышением полномочий*, то проблема состоит в том, что указанная выше формулировка не является действенным ограничением для, например, правления в заключении сделок, сумма которых больше указанной в уставе. Позиция судей по толкованию указанной нормы остается неизменной: по общему правилу предусмотренные уставом АО ограничения полномочий лица по заключению сделок в сравнении с указанными в доверенности или законе не должны



влиять на отношения общества, от имени которого заключена сделка, с третьими лицами. Исключением являются случаи, когда сторона знала или должна была знать о существующих ограничениях [6]. То же самое фактически закреплено в ст. 92 Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины), ч. 4 которой указывает, что в отношениях с третьими лицами ограничение полномочий по представительству юридического лица не имеет юридической силы, кроме случаев, когда юридическое лицо знало либо не могло не знать о таких ограничениях [7].

Первая Директива ЕС (ст. 9) устанавливает, что правосубъектность юридического лица выражается в правосубъектности его органов. Последние считаются такими, которые действуют в пределах полномочий, если их действия не вышли за пределы полномочий юридического лица вообще [8]. Однако эту норму необходимо воспринимать в связи со всей нормативной базой по корпоративному управлению. Например, рядом с, на первый взгляд, защищенной позицией общества от злоупотреблений со стороны исполнительного органа, существуют жесткие механизмы контроля за его деятельностью со стороны наблюдательного совета, акционеров и регулятивных органов. Непосредственно, это достигается применением таких понятий, как внутренний контроль и аудит, наличием быстрого механизма устранения менеджеров с должности, ответственностью директоров за действия, приведшие к убыткам, и т. д.

Вторая проблема тесно связана с тем, что в случае, если исполнительный орган АО обладает фактически неограниченными возможностями по заключению сделок, а наблюдательный совет не имеет механизмов контроля за такими действиями, акционеры и рынок не могут получить информацию о реальном состоянии дел и степени контроля над обществом со стороны других акционеров

или третьих лиц. По поводу указанного следует вспомнить положения Принципов ОЕСР (принцип II, D, E), по которым лучшей практикой является раскрытие такого рода информации.

В. В. Рябота приводит пример выписки из протокола общего собрания одного из АО, осуществлявшего реорганизацию, в соответствии с которым руководство этого общества воспользовалось неосведомленностью акционеров и «объяснило» на общем собрании, что все акционеры, не голосовавшие по вопросу о реорганизации, считаются такими, которые требуют выкупа акций. Цена выкупа при этом, конечно, была номинальной. Свою точку зрения правление впоследствии отразило в протоколе собрания, указав такой порядок выкупа: 1) акционеры, не голосовавшие на общем собрании за принятие решения о реорганизации, подают заявления председателю собрания в срок X дней от даты проведения собрания до XX.XX.XX года, заявления регистрируются в журнале поданных заявлений; 2) оценка и выкуп акций осуществляется по цене, определяемой по согласованию сторон, но не менее номинальной стоимости; 3) выкуп акций осуществляется комиссией в составе трех лиц [5].

Третьей проблемой является заключение органами общества значительных сделок и сделок, в заключении которых есть заинтересованность. Значительная сделка – сделка (кроме сделки по размещению обществом собственных акций), совершенная АО, если рыночная стоимость имущества (работ, услуг), являющегося ее предметом, составляет 10 и более процентов стоимости активов общества, по данным последней годовой финансовой отчетности. Как следствие, любая сделка, – как действие лица, направленное на приобретение, изменение либо прекращение гражданских прав и обязанностей (ч. 1 ст. 202 ГК Украины), заключенная АО, может быть отне-

сена к значительным, если она соответствует критерию *стоимостной оценки имущества* (работ, услуг) [9]. Исключением является только сделки по размещению обществом собственных акций. Рыночная стоимость имущества (работ, услуг), кроме того, что является квалификационным признаком значительной сделки АО, признается также критерием разграничения полномочий органов общества по принятию решений об их заключении. Именно с учетом этого критерия Закон Украины «Об акционерных обществах» (ст. 70) закрепляет процедуру принятия решения о заключении таких сделок [10].

Определяющим признаком сделок, в заключении которых есть заинтересованность, является их субъектный состав. В отличие от значительных сделок АО, для сделок, в заключении которых есть заинтересованность, стоимость предмета такой сделки (стоимость договора) не имеет никакого значения. Еще одним критерием отнесения сделки к категории сделок, в заключении которых есть заинтересованность, ст. 71 Закона Украины «Об акционерных обществах» признает наличие указанной в законодательстве связи лиц с самой сделкой либо с другой стороной сделки.

Неэффективность корпоративного управления может иметь место и во время заключения и исполнения указанных сделок. В соответствии с законодательством наблюдательный совет может принять решение об одобрении либо об отказе в заключении соответствующей сделки (ч. 1 ст. 70 Закона Украины «Об акционерных обществах»). Ясно то, что такое решение должно быть принятым до заключения сделки. В литературе [11] справедливо указывается на недопущение так названного «последующего одобрения» сделки, т. е. принятия компетентным органом АО решения о ее заключении после фактического заключения (и даже начала исполнения).



Основанием для сомнения в том, что член органа АО будет действовать в интересах общества, является наличие у него конфликта интересов. Обязанности члена любого из органов АО не могут эффективно исполняться, если существует конфликт между интересами общества и личными его интересами. К возникновению такого конфликта, непосредственно, может привести заключение сделок, в которых указано лицо прямо либо опосредовано заинтересованное в приобретении акций юридических лиц, являющихся прямыми конкурентами общества, а также занятии должностей в таких юридических лицах либо установления с ними договорных отношений.

В законодательстве ряда стран предусмотрены правовые последствия заключения значительных сделок с нарушением установленного порядка. Так, в соответствии с ч. 6 ст. 79 ФЗ РФ «Об акционерных обществах» [12] значительная сделка, заключенная с нарушением установленного порядка ее одобрения, может быть признана недействительной по иску общества или акционера. В свою очередь ч. 2 ст. 80 Закона Республики Казахстан «Об акционерных обществах» [13] предусматривает, что иск о признании значительной сделки недействительной может быть предъявлен любыми заинтересованными лицами.

Закон Украины «Об акционерных обществах» аналогичных правовых последствий заключения значительной сделки с нарушением установленного порядка прямо не предусматривает. По мнению Т. В. Боднар такой подход законодателя полностью оправдан, поскольку установление возможности признания сделки недействительной только на основании несоблюдения установленного порядка принятия решения о ее заключении либо предварительного одобрения может привести к злоупотреблению этим правом со стороны общества в случае наступления

для него невыгодных последствий, связанных с неисполнением либо ненадлежащим исполнением условий сделки [9]. Ученая считает, что действенным способом недопущения нарушений порядка принятия решений о заключении значительных сделок АО либо их предварительного одобрения есть подача иска к должностным лицам органов общества о возмещении убытков, причиненных обществу вследствие заключения и исполнения значительных сделок. Такая ответственность наступает на основании ст. 63 Закона Украины «Об акционерных обществах», а решение о предъявлении иска принимается общим собранием общества (ч. 3 ст. 42 Закона Украины «Об акционерных обществах»).

Институт значительной сделки был введен с целью ограничения полномочий исполнительного и других органов АО на отчуждение активов общества без ведома акционеров [14]. И хотя при нарушении порядка заключения значительной сделки корпоративному праву акционеров вред не причиняется, негативные последствия для них все же могут наступать либо может создаваться реальная возможность для этого. Это связано с тем, что уменьшение размера активов автоматически уменьшает количество имущества, принадлежащего акционеру в случае ликвидации общества, при условии, что такая ликвидация была проведена сразу после заключения значительной сделки. Вместе с тем имущество, отчуждаемое без ведома акционеров, может способствовать получению в будущем прибыли и, соответственно, увеличению размера возможных дивидендов либо активов общества вообще (если это касается имущества, используемого для обеспечения основной деятельности АО) (Такое легитимное разрешение обусловлено общим содержанием норм корпоративного права о правах участников хозяйственных обществ (акционеров), а именно на получение дивидендов и части имущества общества

в случае его ликвидации, однако прямо не опосредуется в субъективном праве). Поэтому, в определенных случаях, возникает необходимость защиты конкретных благ – законных интересов акционеров, что может вызвать корпоративный конфликт [15].

Конфликтные ситуации о сделках с имуществом АО могут возникнуть в результате их оспаривания либо признания недействительными в следующих случаях: 1) когда одна сторона, контролирующая исполнительные органы общества, имеет намерение осуществить либо уже осуществила сделку по отчуждению имущества общества в своих интересах; 2) когда после изменения власти в обществе новый мажоритарный акционер либо их группа имеет намерение возвратить имущество, которое успел продать бывший генеральный директор; 3) когда за поддельными документами либо с использованием бывшего генерального директора появляются документы об отчуждении ценного имущества компании-цели.

Основаниями, для оспаривания сделок с имуществом для указанных случаев, могут быть: 1) нарушение порядка заключения значительных сделок; 2) нарушение порядка заключения сделок, в совершении которых есть заинтересованность; 3) превышение полномочий генерального директора по заключению сделок.

3. *Неэффективность управления в обществе по информированию акционеров.* Законодательство Украины (ст. 35 Закона Украины «Об акционерных обществах») содержит требования о том, что письменное уведомление о проведении общего собрания АО и его повестка дня направляется каждому акционеру, указанному в списке акционеров, составленном в порядке, установленном законодательством о депозитарной системе Украины, на дату, определенную наблюдательным советом, а в случае созыва внеочередного общего собрания по требованию акционеров



в случаях, предусмотренных ч. 6 ст. 47 Закона Украины «Об акционерных обществах», – акционерами, требующими таких действий. Установленная дата не может предшествовать дню принятия решения о проведении общего собрания и не может быть установленной ранее, чем за 60 дней до даты его проведения.

Письменное уведомление о проведении общего собрания и его повестка дня направляется акционерам персонально (с учетом ч. 2 ст. 35 Закона Украины «Об акционерных обществах») лицом, созывающим общее собрание, способом, предусмотренным уставом АО, в срок не позже чем за 30 дней до даты их проведения. Уведомление рассылает лицо, созывающее такое собрание, либо лицо, ведущее учет прав собственности на акции общества в случае созыва общего собрания акционерами. Общество не позднее чем за 30 дней до даты проведения общего собрания публикует в официальном печатном органе уведомление о проведении общего собрания.

Казалось бы законодателем избрана идеальная процедура уведомления акционера о проведении общего собрания. Но при этом отсутствует требование о том, что лицо, созывающее и проводящее общее собрание, обязано перед их проведением убедиться в том, что все акционеры получили (отказались получить либо не получили в связи с изменением адреса) указанное уведомление, т. е. реально проинформированы о дате, месте и времени их проведения.

Законодателем указано, что акционеру направляется «уведомление» о проведении общего собрания, но не указано, какую именно форму оно должно иметь – телеграмма либо письмо, либо заказное письмо. Важным, но негативным, обстоятельством является отсутствие в законодательстве однотипной формы такого уведомления. Поскольку законодателем специально не указано – должно ли

уведомление направляться заказным письмом с уведомлением о вручении либо нет, и может ли оно проводиться при условии, отсутствии каких либо доказательств того, что акционеры получили уведомление об их проведении. При этом Национальной комиссией по ценным бумагам и фондовому рынку Украины не установлен специальный механизм, учитывающий все нюансы, уведомления акционера о проведении общего собрания с указанием четкой формы уведомления и наличием оснований для их не проведения в случае нарушения правомочия акционера на получение информации о деятельности АО.

Так примером есть случай, по которому суд не может рассматривать дело по иску акционера к АО в случае, если не имеет доказательств того, что акционер либо общество получили определение суда о назначении дела к судебному рассмотрению. В тоже время общее собрание акционеров (решение которого обжалует акционер) можно провести (и, как правило, оно так и есть) при отсутствии доказательств того, что акционер получил уведомление о проведении собрания, и их решения считаются законными.

Указанное свидетельствует о наличии еще одного обстоятельства, по которому руководящие органы АО могут ненадлежащим образом исполнять свои полномочия, исполняя их с целью нарушения субъективного корпоративного права миноритарных либо мажоритарного акционеров либо, даже, с совершением действий, не отвечающим интересам самого общества. Это еще раз свидетельствует о несовершенстве законодательства, что создает основания для неэффективности корпоративного управления в АО.

4. Органами АО (исполнительным органом) могут также совершаться действия (бездействие), что связано с осуществлением *выкупа акций обществом*. Это продолжительная процедура, которая иногда искус-

ственно затягивается, при условии, если общество, даже при наличии оснований для выкупа акций, не подписывает соответствующий договор купли-продажи акций. В случаях возникновения такой ситуации акционеру для реализации своего права на выкуп акций необходимо обращаться за защитой нарушенного права в хозяйственный суд с соответствующим иском заявлением. Но даже при условии принятия таким судом решения в пользу акционера у него возникнут проблемы с исполнением решения суда через неурегулированность этого вопроса законодательством об исполнительном производстве.

Апатию в отношении эффективной управленческой деятельности органов АО стимулирует сам законодатель. В соответствии с ч. 2 ст. 64 Закона Украины «Об акционерных обществах» общество, значительный пакет акций которого приобретает, не имеет права применять меры с целью препятствования такому приобретению. Во-первых, исходя из положений указанной статьи, фактически, речь идет о том, что при поглощении АО путем приобретения значительного пакета акций органы управления не имеют права влиять на мнение акционеров в отношении совершения ответных действий. Во-вторых, следует обратить внимание на эффективность корпоративного управления в таком АО, поскольку законодателем не определено, какие именно меры можно применять, а какие нет. И третье, законодателем не установлена ответственность за совершение действий, нарушающих требования ч. 2 ст. 64 Закона Украины «Об акционерных обществах».

По нашему мнению заинтересованность в приобретении контрольного пакета акций и установление контроля над обществом является решающим фактором вложения инвестиций, что вызывает потребность в получении управленческих полномочий, а в идеале – перехвата управ-



ления обществом. Отсюда стимулы к захвату управления и, наоборот, борьба за то, чтобы любой ценой сохранить управленческий контроль, что и обуславливает возможность возникновения корпоративного конфликта.

При условии, когда среди акционеров есть несколько лиц, одно из которых мажоритарный акционер, неэффективность корпоративного управления уже состоит в том, что у самих должностных лиц органов АО будет возникать коллизия между их интересами, поскольку они стоят перед необходимостью удовлетворять интересы мажоритарного акционера, от которого находятся в имущественной зависимости.

Выводы. Конфликтность при условии, когда среди акционеров есть несколько лиц, один из которых мажоритарный акционер, состоит в том, что такое лицо может существенно повлиять на назначение единоличного органа либо большинства членов коллегиальных органов (наблюдательного совета, правления), которые, в свою очередь, определяют состав других органов и их структурных единиц. Неэффективность корпоративного управления в этом аспекте будет состоять в том, что уже у самих должностных лиц органов АО будет возникать коллизия между их интересами по поводу того, что они поставлены перед необходимостью удовлетворить интересы мажоритарного акционера, от которого находятся в имущественной зависимости, и действовать в интересах общества в целом.

Проявлениями неэффективности корпоративного управления в АО как причины возникновения корпоративного конфликта являются: а) невыплата дивидендов; б) нарушение процедуры заключения сделок органами АО; в) неэффективность управления в обществе по информированию акционеров; г) нарушение процедуры выкупа акций самим обществом.

Использованная литература

1. Добровольский В. И. *Защита корпоративной собственности в арбитражном суде*. М.: Волтерс Клувер, 2006, 320 с.
2. Дanelьян А. А. *Корпорация и корпоративные конфликты*. М.: Изд. дом «Камерон», 2007, 192 с.
3. Кобецька Н. Р. *Корпоративный контроль в акционерных товариществах: суть, особенности та законодавчі обмеження*. В: Актуальні питання цивільного та господарського права, 2009, № 6 (19), с. 11–15.
4. Ионцев М. Г. *Акционерные общества: Правовые основы. Имущественные отношения. Управление и контроль. Защита прав акционеров*. 3-е изд., перераб. и доп. М.: «Ось-89», 2005, 416 с.
5. Рябота В. В. *Захист прав акціонерів при злитті та поглинанні акціонерних товариств в Україні: моногр.* К.: Вид. дім «Киево-Могилянська акад.», 2007, 159 с.
6. Роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 12 березня 1999 р. № 02-5/111 *Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними* [Електронний ресурс]. Режим доступа: Комп'ютерна правова система «ЛІГА-ЗАКОН».
7. *Цивільний кодекс України* від 16.01.2003 р. № 435-IV. В: Офіційний вісник України, 2003, № 11, ст. 461.
8. Дубовицкая Е. А. *Европейское корпоративное право: Свобода перемещения компаний в Европейском сообществе*. М.: Волтерс Клувер, 2004, 224 с.
9. Боднар Т. В. *Крупные сделки и сделки с заинтересованностью акционерных обществ в Украине*. В: Альманах цивилистики: сб. статей. Вып. 2. Под ред. Майданика Р. А., К.: Алерта; КНТ; Центр учебной литературы, 2009, с. 337–359.
10. *Про акціонерні товариства: закон України від 17 вересня 2008 року № 524-VI*. В: Урядовий кур'єр, 2008, № 202, 29 жовтня, с. 5–12.
11. Габов А. В. *Сделки с заинтересованностью в практике акционерных обществ: проблемы правового регулирования*. М.: Статут, 2005, 412 с.
12. *Об акционерных обществах: Закон Российской Федерации от 26.12.1995 № 208-ФЗ* [Электронный

ресурс]. Режим доступа: <http://www.consultant.ru/popular/stockcomp/>.

13. *Об акционерных обществах: Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 года № 415-ІІ* [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1039594.

14. Карчевський К. А. *Загальна характеристика значних правочинів акціонерного товариства*. В: Актуальні питання цивільного та господарського права, 2009, № 6 (19), с. 115–128.

15. Карчевський К. А. *Особи, які можуть звернутися з позовом про визнання недійсним значного правочину акціонерного товариства, вчиненого з порушенням встановленого порядку*. В: Актуальні питання цивільного та господарського права, 2010, № 5 (24), с. 24–38.



СРАВНИТЕЛЬНАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ФИНАНСОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ОБЩЕСТВЕННОЙ БЕЗОПАСНОСТИ В УСЛОВИЯХ ЧРЕЗВЫЧАЙНЫХ СИТУАЦИЙ В УКРАИНЕ И ДРУГИХ ПОСТСОВЕТСКИХ ГОСУДАРСТВАХ

Ю. АЗАРОВ,

адъюнкт кафедры экономико-правовых дисциплин Национальной академии внутренних дел Украины

SUMMARY

Analyzed the main components of the system to ensure public safety in emergency situations, conducted a comparative analysis of the organization of management and financing of population and territories from the negative consequences of emergency situations of different origin (man-made, natural, social, political) in the post-Soviet states. The main aspects of the interaction forces of the Interior and other members of civil protection systems with the task of ensuring public safety. Identified key areas for the use of financial resources in the field of population and territories from emergency situations, particularly financial planning and demarcation of funding sources in this field. Identify ways to improve the mechanism of financial support of public safety in emergency situations, using target-oriented budgeting methodology, makes proposals to the legislation.

Keywords: civil protection, public safety, emergency, financing, state target program.

АННОТАЦИЯ

Проанализированы основные составляющие системы обеспечения общественной безопасности в условиях чрезвычайных ситуаций, проведён компаративный анализ организации управления и финансирования защиты населения и территорий от негативных последствий чрезвычайных ситуаций разного генезиса (техногенных, природных, социально-политических) в постсоветских государствах. Определены основные аспекты взаимодействия сил органов внутренних дел и других участников систем гражданской защиты при решении задач по обеспечению общественной безопасности. Обозначены ключевые направления использования финансовых ресурсов в сфере защиты населения и территорий от последствий чрезвычайных ситуаций, особенности финансового планирования и разграничения источников финансирования в этой сфере. Определены пути усовершенствования механизма финансового обеспечения общественной безопасности в условиях чрезвычайных ситуаций на основе использования программно-целевой методологии бюджетирования, сформулированы предложения в законодательство.

Ключевые слова: гражданская защита, общественная безопасность, чрезвычайная ситуация, финансирование, государственная целевая программа.

Постановка проблемы. В современных условиях масштабы чрезвычайных ситуаций достигают размеров, которые могут вызвать кризисные ситуации в обществе, создавая угрозу функционирования критической инфраструктуры государства. Особенно острой является эта проблема для постсоветских стран, в которых в результате износа основных фондов риск возникновения чрезвычайных ситуаций техногенного характера превышает аналогичные показатели в развитых государствах в несколько раз. При этом следует учитывать синергетический характер угроз, когда несколько взаимосвязанных ситуаций суммарно создают сложную кризисную обстановку.

Экономические аспекты бедствий не сводятся только к проблеме ущерба

от них. Огромных затрат требуют также создание государственных и иных систем противодействия бедствиям, обеспечение функционирования этих систем, в том числе их оснащение и оплата труда работников, превентивные меры по предотвращению бедствий и снижению возможного ущерба от них, аварийно-спасательные и другие неотложные работы в ходе ликвидации последствий бедствий и т. д. [1, с. 7-11].

Актуальность темы исследования заключается в том, в силу сложившихся социально-экономических обстоятельств недостаточными темпами идет наращивание материально-технической базы гражданской защиты (формирования материальных резервов, накопление фонда защитных сооружений, обновление средств

пожаротушения и проведения спасательных операций).

Важнейшей и повсеместной проблемой остается острый недостаток финансовых средств. В настоящее время в большинстве постсоветских государств финансирование гражданской обороны и мероприятий по охране общественного порядка при чрезвычайных ситуациях осуществляется в минимально необходимых размерах.

Исследованием отдельных вопросов, касающихся обеспечения общественной безопасности в условиях чрезвычайных ситуаций и их финансирования, занимались такие ученые, как А. В. Басов, Д. А. Бекерська, А. И. Берлач, О. Г. Братель, Л. К. Воронова, Р. А. Калюжный, В. В. Коваленко, В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко,



В. И. Курило, М. П. Кучерявенко, О. П. Орлюк, А. Г. Чубенко.

Целью этой статьи является исследование проблем финансирования мероприятий по обеспечению общественной безопасности в условиях чрезвычайных ситуаций в постсоветских государствах и формулировка на этой основе предложений в законодательство.

Изложение основного материала исследования. Следует обратить внимание на то, что практически во всех постсоветских государствах законодательно предусмотрена возможность покрытия расходов, связанных с осуществлением мероприятий по предупреждению и ликвидации чрезвычайных ситуаций, за счет финансовых средств, аккумулированных как государством, так и органами местного самоуправления, объектами экономики – т. е. за счет бюджетов всех уровней бюджетной системы, а также средств, полученных из внебюджетных источников финансирования. Так, согласно ст. 20 Закона РФ «О безопасности» финансирование деятельности по обеспечению безопасности в зависимости от содержания и масштабов программ, характера чрезвычайных ситуаций и их последствий осуществляется за счет средств республиканского бюджета Российской Федерации, бюджетов республик в составе Российской Федерации, краев и областей, автономной области, автономных округов, городов Москвы и Санкт-Петербурга, а также внебюджетных средств.

В Украине расходы на правоохранительную деятельность, обеспечение безопасности государства и гражданскую защиту населения и территорий (кроме затрат на местную пожарную охрану и отдельные мероприятия в сфере защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций техногенного и природного характера) в соответствии со ст. 87 Бюджетного кодекса Украины финансируются исключительно за счет государственного бюджета [2]. В то же время, обеспечение общественного порядка силами Министерств вну-

тренних дел и полиции (милиции), а также внутренними войсками, финансируется за счет государственных бюджетов (такая практика существует в Украине, Российской Федерации, Республике Беларусь, Туркменистане, Молдове).

Основными направлениями использования финансовых ресурсов на обеспечение гражданской обороны (по украинскому законодательству – гражданской защиты) и обеспечения общественного порядка в условиях чрезвычайных ситуаций являются:

- мероприятия, предусмотренных соответствующими целевыми программами (например в России – Федеральная целевая программа «Снижение рисков и смягчение последствий чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера в Российской Федерации до 2015 года», утверждённая Постановлением Правительства РФ от 7 июля 2011 г. № 555, в Украине – Общегосударственная целевая программа защиты населения и территорий чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера на 2013-2017 роки, утверждённая Законом Украины от 7 июня 2012 года № 4909);

- деятельность органов управления, специально уполномоченных на решение задач в области защиты населения и территорий от чрезвычайных ситуаций (функционирование исполнительных органов государственной власти; денежное содержание центрального аппарата);

- мероприятия по предупреждению чрезвычайных ситуаций, минимизации и ликвидации их последствий, обеспечению общественной безопасности и общественного порядка;

- создание резервов финансовых и материальных ресурсов для ликвидации чрезвычайных ситуаций.

Анализируя структуру расходов, можно констатировать, что более 60%-70% средств (например, в Украине – 68-73 %, в России – 65-69%) направляется на денежное довольствие, продовольственное, вещевое, транспортное обеспечение

военнослужащих, обеспечение льгот и компенсаций военнослужащим сил Гражданской обороны, МВД, Министерств обороны (в зависимости от того, какой орган является уполномоченным субъектом в этой сфере) [3]. Остальные направления финансирования – это капитальное строительство, строительство жилья, ведомственные расходы на здравоохранение, боевая подготовка и материально-техническое обеспечение, содержание, эксплуатация и текущий ремонт техники и имущества, закупки вооружения, военной техники, продукции производственно-технического назначения, имущества, специального оборудования и снаряжения, мероприятия по многим другим разделам и подразделам классификации бюджетных расходов.

В конечном итоге практически весь объем финансирования в сфере гражданской обороны и обеспечения общественной безопасности в условиях чрезвычайных ситуаций направлен на экономическое обеспечение мероприятий по управлению рисками чрезвычайных ситуаций, т. е. на реализацию задач по профилактике источников чрезвычайных ситуаций, оценке достаточности и эффективности работ по предупреждению чрезвычайных ситуаций на потенциально опасных объектах, локализацию и ликвидацию возникших чрезвычайных ситуаций, минимизацию потерь и ущерба от них [1].

Действительно, какие бы проблемы чрезвычайных ситуаций не приходилось решать, всегда возникает необходимость учитывать, часто в первую очередь, экономическую составляющую возникшей задачи. По самой своей разрушительной сути чрезвычайные ситуации вносят в текущую жизнь отдельного человека, семьи, общественных, муниципальных, государственных структур экономические проблемы, связанные прежде всего с ущербом, нанесенным соответствующей ячейке общества. Кроме возмещения ущерба, требуются также затраты на ликвидацию последствий чрезвычайных ситуаций,



в том числе долговременных. Ну и, конечно же, угроза возникновения чрезвычайных ситуаций побуждает людей предпринимать превентивные усилия по предотвращению бедствий и снижению размеров возможного ущерба, что требует значительных расходов [1, с. 7-14].

Задачи планирования и финансирования мероприятий по гражданской обороне и защите общественной безопасности при ЧС заключаются:

- в правильном определении потребности в денежных средствах (в пределах установленных норм) для обеспечения готовности органов исполнительной власти и органов местного самоуправления, учреждений, предприятий и организаций к выполнению мероприятий гражданской обороны и защите от ЧС, содержания специальной техники и имущества гражданской обороны и ОВС;
- в своевременном истребовании денежных средств от довольствующего финансового органа;
- в обеспечении планового, хозяйственно-целесообразного и экономного использования полученных денежных средств [4].

Ответственность за организацию финансирования мероприятий по гражданской обороне и защите общественной безопасности при ЧС во всех постсоветских государствах возлагается на соответствующие органы исполнительной власти, органы местного самоуправления и руководство организаций. Отличия существует преимущественно в том, какой орган исполнительной власти является главным распорядителем средств в этой сфере. Как правило, это МВД, а также Министерства по чрезвычайным ситуациям (в Украине – Государственная служба по чрезвычайным ситуациям, деятельность которой координирует Правительство через Министра обороны), Министерства обороны (например в Туркменистане, где в составе Министерства обороны создано Управление Гражданской обороны и чрезвычайных ситуаций).

Финансирование на подготовку и проведение мероприятий гражданской обороны и защиты от ЧС:

а) бюджетных организаций осуществляется из федерального бюджета с отражением в смете расходов этих организаций;

б) организаций независимо от организационно-правовых форм собственности осуществляется из собственных средств этих организаций путем отнесения указанных расходов на себестоимость продукции (работ, услуг).

Оплата расходов организаций, привлекаемых к выполнению мероприятий по гражданской обороне и защите от ЧС, осуществляется за счет органа, принявшего решение об их привлечении [4].

Развитие системы обеспечения общественной безопасности в условиях чрезвычайных ситуаций в постсоветских государствах идет в рамках тех же тенденций, которые присущи ведущим Европейским странам. В основном они сводятся к переориентации на решение задач мирного времени, к повышению ответственности местных органов управления за состояние гражданской обороны (защиты) и общественной безопасности; к пропорциональному распределению расходов на гражданскую защиту и общественную безопасность при ЧС между государственным и местными бюджетами, активному использованию к решению соответствующих задач предприятиями и гражданами (использования их транспорта, оборудования, помещений) с последующим возмещением убытков за счёт бюджетных средств. Отметим также, что заслуживает внимания опыт Украины относительно утверждения соответствующих целевых программ в сфере гражданской защиты и обеспечения общественной безопасности при ЧС законами, а не актами Правительства, что в значительной мере влияет на уровень их юридической техники, а также упрощает обеспечение запланированного объёма бюджетного финансирования.

Использованная литература

1. *Экономические механизмы управления рисками чрезвычайных ситуаций*. МЧС России. М.: ИПП «Куна», 2004, 312 с.
2. *Бюджетний кодекс від 8 лип.* 2010 р. В: Офіційний вісник України, 2010, № 59, ст. 2047, с. 9, 13 серп. Код акта 52296/2010.
3. Чубенко А. Г. *Теоретико-правові засади фінансування системи цивільного захисту в Україні*: моногр. К.: Нац. акад. внутр. справ, 2011, 460 с.
4. *Порядок финансирования мероприятий ГО и защиты населения и территорий от ЧС. Организация отчетности за использование финансовых средств, выделенных на эти цели*. – Компьютерное учебно-методическое пособие для подготовки специалистов организаций города Москвы по навыкам поведения в чрезвычайных ситуациях. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.obzh.ru/learn/u1-036.html>



ПРАВО НА ЖАЛОБУ КАК ГАРАНТИЯ ЗАЩИТЫ НАРУШЕННЫХ ПРАВ И ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ: СРАВНИТЕЛЬНАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ И РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА

А. КАСУМОВА,

аспирантка кафедры правосудия Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

SUMMARY

The article presents a comparative description of the criminal procedural legislation of Ukraine and Moldova in the part of the individual right to appeal as a guarantee of protection the rights and legitimate interests of the person in criminal proceedings. The suggestions to improve regulations in the Criminal Procedural Code of Ukraine concerning appeal against decisions, actions and inactions of the bodies of inquiry, pretrial investigation, prosecution and trial is introduced.

Keywords: right of appeal, criminal proceedings, safeguards of the rights and legitimate interests.

АННОТАЦИЯ

В статье осуществлена сравнительная характеристика уголовного процессуального законодательства Украины и Республики Молдова в части регулирования права личности на жалобу как гарантии защиты нарушенных прав и законных интересов в уголовном производстве. Внесены предложение дополнения положений Уголовно-процессуального кодекса Украины относительно обжалования решений, действий и бездействий органов дознания, досудебного следствия, прокуратуры и суда.

Ключевые слова: право на жалобу, уголовное производство, гарантии защиты прав и законных интересов.

Постановка проблемы.

Право личности на жалобу является эффективной процессуальной гарантией защиты нарушенных прав и законных интересов в уголовном производстве. Уровень его закрепленности как общей основы уголовного производства в разных странах различен, что влияет, прежде всего, на возможности лиц защищать нарушенные права и законные интересы. Поэтому проведение сравнительной характеристики уголовного процессуального законодательства Украины и Республики Молдова в вопросе определения особенностей нормативного регулирования и обеспечения права человека на жалобу в уголовном производстве является необходимым.

Актуальность темы обусловлена отсутствием научных разработок в вопросе сравнения нормативного закрепления права человека на жалобу в УПК Республики Молдова и УПК Украины 2012 года.

Отдельные аспекты такой гарантии защиты нарушенных прав и законных интересов, как право личности на жалобу, были предметом рассмотрения

А. Н. Артамонова, В. Л. Будникова, А. В. Григорьевой, С. Л. Дегтярева, В. И. Летучих, П. А. Лупинской, А. А. Максимова, В. В. Малько, М. Михеенко, В. И. Ремнева, А. Г. Шило и других. Однако, исследование этого права по новому УПК Украины 2012 года еще не проводилось.

Целью статьи является исследование особенностей права личности на жалобу как гарантии защиты нарушенных прав и законных интересов путем сравнения положений уголовного процессуального законодательства Украины и Республики Молдова. Новизна работы заключается в том, что исследование данного вопроса после принятия УПК Украины 2012 года не проводилось.

Изложение основного материала. Понятие «гарантии» можно определить как специфические правовые средства обеспечения реализации, охраны и защиты прав человека и гражданина; первостепенное значение они приобретают в практической реализации субъективных прав граждан [1, с. 204]. В теории уголовного процессуального права под гарантиями принято понимать правовые нор-

мы и институты, которые обеспечивают возможность беспрепятственного осуществления прав человека, их охрану, а в случае противоправных посягательств – защиту и возобновление [2, с. 155].

Право личности на жалобу является важной процессуальной гарантией защиты нарушенных прав и законных интересов. Попробуем углубиться в суть этой гарантии путем сравнения уголовного процессуального законодательства Украины и Республики Молдова.

В первую очередь, обратимся к вопросу правового регулирования возможности обжаловать нарушенные права и законные интересы. Как в Украине, так и в Республике Молдова, право на обжалование является конституционным правом. Так, в ч. 2 ст. 55 Конституции Украины «Права и свободы человека и гражданина защищаются судом» указано, что: «Каждому гарантируется право на обжалование в суде решений, действий или бездействия органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных и служебных лиц» [3]. Статьей 119



Конституции Республики Молдова «Право на обжалование» определено, что: «Решение суда могут быть обжалованы заинтересованными сторонами и компетентными государственными органами в соответствии с законом» [4]. Очевидно, что если в первом случае гарантируется право обжаловать решения, действия или бездействия любых органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных и служебных лиц, то по Конституции Республики Молдова основное внимание законодателя обращено только на решение суда. То есть, можем говорить о более узком правовом регулировании права человека на жалобу в Конституции Республики Молдова.

Как уже отмечалось, определение на конституционном уровне права на обжалование является важной процессуальной гарантией каждого обжаловать нарушенные права и законные интересы. Такой точки зрения придерживаются Л. Н. Карнеева и А. А. Чувилев [5, с. 146], В. Л. Будников [6, с. 5], А. А. Максимов [7] и некоторые другие ученые.

Право на жалобу является не только правом «в чистом виде». Во-первых, это – возможность лица действовать по собственному усмотрению в рамках закона (обращаться с жалобой), во-вторых, – это право выступает гарантией обеспечения, реализации и возобновление всех других прав человека, достигается путем обжалования решений, действий или бездействия органов досудебного расследования, прокурора, следственного судьи или суда. Без такого права все остальные права становятся иллюзорными, номинальными и декларативными, поскольку отсутствует механизм их защиты и восстановления.

Обращаясь к уголовному процессуальному законодательству Украины и Республики Молдова, и здесь мы видим различия в правовом регулировании исследуемого права. Исходя из анализа УПК Республики Молдова, можем сказать, что обжалование не определено как один из принципов

уголовного судопроизводства, однако законодателем проводится его разграничение в главе 1 «Общие положения» – на обычное и исключительное – в зависимости от того, вступило ли решение в законную силу (п.п. 7, 8 ч. 1 ст. 6 УПК Республики Молдова) [8]. Несколько иная ситуация наблюдается в Украине.

До принятия УПК Украины 2012 года криминальный процессуальный закон не предусматривал общей нормы, которая бы гарантировала бы реализацию права личности на жалобу. Правовой основой этой гарантии были положения ч. 2 ст. 55 Конституции Украины. А УПК Украины, который был принят еще в 1960 году и действовал до 2012 года, не содержал никаких правовых гарантий лица реализовать право на жалобу в случае нарушения его прав и законных интересов. В целом, положения УПК Украины 1960 года в части регламентирования порядка обжалования действий и решений органов дознания, досудебного следствия, прокурора и суда не были системными и последовательными. Например, ст. 110 УПК Украины 1960 года «Обжалование действий и постановлений органов дознания» предусматривала право подать жалобу на действия и постановления органов дознания; название главы 22 «Обжалование действий следователя, прокурора» фактически было уже предмета ее регулирования, так как предполагалось, что жалоба могла подаваться не только на действия и постановления следователя и прокурора, но и на действия органа дознания (например, обжалование постановления о закрытии дела) и т.д.

Ситуация изменилась с принятием Уголовного процессуального кодекса Украины 13 апреля 2012 (вступил в силу 20 ноября 2012) [9]. Обеспечение права на обжалование процессуальных решений, действий или бездействия было выделено отдельной основой уголовного производства (п. 17 ч. 1 ст. 7). Раскрывает указанную основу норма ст. 24 УПК Украины 2012: «Каждому гарантиру-

ется право на обжалование процессуальных решений, действий или бездействия суда, следственного судьи, прокурора, следователя в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом. Гарантируется право на пересмотр приговора, определения суда, касающихся прав, свобод или интересов лица, судом высшего уровня в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом, независимо от того, принимало ли такое лицо участие в судебном разбирательстве» [9]. Данная норма построена таким образом, что дает возможность разграничить жалобы, поданные во время досудебного расследования (на решения, действия или бездействие суда, следственного судьи, прокурора, следователя), и жалобы, которые подаются во время судебного разбирательства (при просмотре приговора, постановления суда судом высшего уровня).

Итак, можем констатировать, что если в УПК Украины 2012 года обжалование определено как основа уголовного производства, то в УПК Республики Молдова обжалование упоминается лишь в контексте принципа «Осуществление уголовного судопроизводства в разумные сроки», где в ч. 5 ст. 20 указано следующее: «При рассмотрении дел в обычном или исключительном порядке обжалования, контроль за соблюдением разумных сроков судебного разбирательства конкретных дел осуществляется вышестоящей судебной инстанцией» [8]. Однако, обратим внимание на тот факт, что в УПК Республики Молдова законодатель отдельно выделил такой принцип уголовного судопроизводства как обеспечение прав лиц, пострадавших от преступлений, злоупотреблений служебным положением и судебных ошибок (статья 23) [8]. С одной стороны – это своеобразная гарантия, которая позволяет избежать злоупотреблений процессуальными правами в ходе уголовного производства, а с другой – защищать права и законные интересы лица в случае их нарушения. А поскольку эффективным способом защиты нарушенных прав и законных интересов является



право личности на жалобу, определение подобной основы уголовного судопроизводства в УПК Украины 2012 безусловно окажет положительное влияние на уголовный процесс Украины. Поскольку основам (принципам) уголовного производства должны соответствовать содержание и форма уголовного процесса, то целесообразным является привлечение внимания отечественного законодателя на регулирование такой проблемы в УПК Украины 2012 года.

Далее предлагаем остановиться на отдельных аспектах реализации права личности на жалобу как гарантии защиты нарушенных прав и законных интересов в уголовном процессуальном законодательстве Украины и Республики Молдова.

Исходя из положений ст. 24 УПК Украины 2012 года, лицо может получить правовую защиту путем обжалования решений, действий или бездействия органа досудебного расследования, прокурора, следственного судьи или суда [9]. А по ч. 4 ст. 55 Конституции Украины, после использования всех национальных средств правовой защиты предусмотрено право личности обращаться в международные судебные учреждения, а также международные организации, деятельность которых ратифицирована в Украине [3]. Еще одним механизмом реализации права человека на жалобу является обращение к Уполномоченному Верховной Рады Украины по правам человека на основании и в случаях, предусмотренных законом (ч. 3 ст. 55 Конституции Украины) [3].

По УПК Республики Молдова лицо может обращаться с жалобой на решения суда (обжаловать решение суда, не вступившее в законную силу (апелляционное производство) и вступившие в законную силу (ревизионный порядок обжалования, жалоба на отмену)). Кроме того, лицо имеет право обжаловать действия и решения органа уголовного преследования.

Отдельно хотелось бы остано-

виться на вопросе обеспечения права на жалобу за участниками уголовного производства в УПК Украины и УПК Республики Молдова. В последнее время в юридической литературе все больше внимания уделяется вопросу правового статуса потерпевшего в уголовном производстве. Нельзя не заметить, насколько удачно этот вопрос урегулирован в УПК Республики Молдова, где среди участников уголовного процесса законодатель отдельно выделяет пострадавшего и потерпевшего. Согласно статье 58 УПК Республики Молдова: «Пострадавшим считается любое физическое или юридическое лицо, которому преступлением причинен моральный, физический или материальный вред» [8]. Тогда как правовой статус потерпевшего лицо приобретает после вынесения постановления органом, осуществляющим уголовное преследование (в случае установки им оснований предоставления такого статуса).

Право на жалобу как потерпевшего, так и пострадавшего в УПК Республики Молдова получило детальное законодательное регламентирование. В частности, потерпевший имеет право на немедленную регистрацию жалобы в установленном законом порядке, рассмотрение ее органом уголовного преследования с последующим уведомлением принятого решения, получение от органа уголовного преследования свидетельства, подтверждающего подачу жалобы, или копии протокола о принятии устной жалобы; представление документов и предметов на подтверждение своей жалобы; принесение дополнительной жалобы; отзыв жалобы, получение свидетельства о регистрации своей жалобы и начале уголовного преследования или копии постановления об отказе начать уголовное преследование; обжалование постановления об отказе начать уголовное преследование в течение 10 дней с момента получения копии постановления и ознакомления с материалами, на основании которых было

вынесено постановление (ст. 58) [8]. Этот перечень прав пострадавшего направлен, прежде всего, на обеспечение защиты человека и восстановления его нарушенных прав.

Не менее детально урегулировано и право на жалобу потерпевшего. За ст. 59 УПК Республики Молдова потерпевший имеет право подавать жалобы на действия и решения органа уголовного преследования, а также обжаловать решение суда в части предъявленного ему гражданского иска; отзывать поданные им или его представителем жалобы, в том числе жалобы на совершенные в отношении него действия, запрещенные законом, подавать возражения на жалобы других участников процесса, доведенные до его сведения органом уголовного преследования или ставшие ему известными в результате других обстоятельств [8].

При таком правовом регулировании уместным представляется заимствование опыта Республики Молдова в вопросе закрепления в уголовном процессуальном законодательстве Украины права потерпевшего присутствовать при рассмотрении его жалобы, знать о других жалобах, поданных в этом производстве, отзывать жалобы. Поэтому предлагается дополнить ч. 1 ст. 56 УПК Украины 2012 года пунктом 15, который изложить в следующей редакции:

«Статья 56. Права потерпевшего

1. На протяжении уголовного производства потерпевший вправе:

15) присутствовать при рассмотрении поданных им или его представителем жалоб, заблаговременно быть проинформирован о таком рассмотрении, знать о поданных в этом производстве жалобах, подавать на них возражения; отзывать жалобы, поданные самим потерпевшим или его представителем».

Это лишь отдельно взятый пример, который позволяет показать эффективность внедрения права личности на жалобу как гарантии защиты нарушенных прав и законных интересов в уголовном производстве.



Выводы. Учитывая вышеизложенное, приходим к следующему:

1. Право личности на жалобу в уголовном процессе является важной гарантией защиты нарушенных прав и законных интересов, которая заключается в наличии у лица возможности обратиться в компетентные органы государственной власти с целью устранения нарушений прав и законных интересов от незаконных и необоснованных по мнению лица, решений, действий или бездействия правоохранительных органов и суда и (или) их восстановления.

2. На конституционном уровне право на обжалование нашло свое отражение как в Конституции Украины, так и в Конституции Республики Молдова. Однако, если в Украине гарантируется обжалования решений суда и действий или бездействия органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных и служебных лиц, то, исходя из содержания Конституции Республики Молдова, есть основания говорить о более узком правовом регулировании, поскольку гарантируется право на обжалование только решений суда.

3. Если в УПК Украины 2012 года обеспечение права на обжалования процессуальных решений, действий или бездействия является одной из основ обеспечения уголовного производства, то на уровне УПК Республики Молдова право на жалобу не определено как принцип уголовного судопроизводства, хотя разграничивается законодателем в главе 1 «Общие положения» – на обычное и исключительное – в зависимости от того, вступило ли решение в законную силу. В то же время, в УПК Республики Молдова отдельно выделен такой принцип уголовного судопроизводства как обеспечение прав лиц, пострадавших от преступлений, злоупотреблений служебным положением и судебных ошибок, который является важной гарантией запрета злоупотребления процессуальными правами в ходе уголовного производ-

ства, в том числе и права на жалобу. В Украине подобные отношения не урегулированы.

4. К положительным чертам УПК Республики Молдова в части обеспечения права человека на жалобу относим определение правового статуса потерпевшего и пострадавшего в уголовном производстве и закрепление за ними права на жалобу. В связи с этим, предлагается, в частности, дополнить статью 56 УПК Украины 2012 положениями о предоставлении потерпевшему права присутствовать при рассмотрении поданных им или его представителем жалоб, заблаговременно быть проинформирован о таком рассмотрении, знать о поданных в этом производстве жалобы, подавать на них возражения; отзываться жалобах, поданные самим потерпевшим или его представителем.

Использованная литература

1. *Конституційне право України*. За ред. В. Я. Тація, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодики. К.: Український центр правничих студій, 1999, 376 с.
2. *Юридична енциклопедія*: в 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшученко та ін.]. К.: Укр. енцикл., 1998, 2004, Т. 1: А – Г. 1998, 733 с.
3. *Конституція України від 28 червня 1996 року*. В: Відомості Верховної Ради України, 1996, № 30. ст. 141.
4. *Конституція Республіки Молдова* от 29.07.1994. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?id=311496&lang=2>
5. Карнеева Л. М., Чувилев А. А. Рецензия на книгу Э. Ф. Куцова «Гарантии прав личности в советском уголовном процессе». М., 1972 // Советское государство и право, 1973, № 8, с. 146.
6. Будников В. Л. *Обжалование действий и решений следователя*. Волгоград: ВСШ МВД, 1990, 64 с.
7. Максимов О. А. *Модернизация ходатайства как элемента состязательности на досудебном производстве*. В: Уголовная юстиция: связь вре-

мен: Материалы международной научной конференции. Санкт-Петербург, 6 – 8 октября 2010 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.iaaj.net/node/524.

8. *Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова*. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://yurotdel.com/zakony/ugolovno-processualnyi-kodeks-respubliki-moldova.html>.

9. *Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI*. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.



ІСТОРИОГРАФІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ЗЕМЕЛЬ ТРУБОПРОВІДНОГО ТРАНСПОРТУ

О. БОРДЕНЮК,

асистент кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

SUMMARY

This article is devoted to historiographic review of research features of the legal regime of land pipelines to ensure the scientific basis of their rational use and protection in a comprehensive process of pipeline transport enterprises of its statutory objectives and functions. Found that in recent years the problem of the legal regime of land pipelines not subject to independent research. Opinion argued that the concept of «legal regime of land pipelines» is closely related to the concept of «purpose land pipelines», the essence of which is to perform the functions of space-operative basis to accommodate ground and above-ground pipelines and facilities as well as ground facilities underground pipelines.

Key words: land relations, legal regime of land, land category, land transport, pipelines, purpose of land.

АННОТАЦІЯ

Стаття посвящена историографічному обзору наукових досліджень особливостей правового режиму земель трубопроводного транспорту, направлених на забезпечення наукового обґрунтування їх раціонального використання та комплексної охорони в процесі здійснення підприємствами трубопроводного транспорту своїх уставних задач і функцій. Установлено, що за останні роки проблема правового режиму земель трубопроводного транспорту самостійному дослідженню не підлягала. Аргументовано мнение о том, що с поняттям «правовий режим земель трубопроводного транспорту» тісно пов'язано поняття «цільове призначення земель трубопроводного транспорту», сутність якого заключається в виконанні функцій просторово-операційного базису для розміщення наземних і надземних трубопроводів і їх споруджень, а також наземних споруджень підземних трубопроводів.

Ключевые слова: земельні відносини, правовий режим земель, категорія земель, землі транспорту, трубопроводний транспорт, цільове призначення земель.

Постановка проблеми. В умовах проведення масштабного реформування всієї транспортної системи України підвищеної актуальності набуває ефективне регулювання правового режиму земель трубопроводного транспорту. Багато питань правового режиму земель зазначеної категорії не знайшли належної наукової розробки та правового закріплення в чинному законодавстві. Актуальність дослідження поняття «правовий режим земель трубопроводного транспорту» має принципове значення для з'ясування тих правових механізмів, за допомогою яких земельне законодавство регулює широкий спектр земельних відносин, пов'язаних з транспортуванням нафти, газу, амінаку з використанням інфраструктури трубопроводного транспорту. Використання даної правової категорії дозволяє виявити сутність всього комплексу земельних відносин в зазначеній сфері права, оскільки саме

поняття «правовий режим земель трубопроводного транспорту» відображає особливий характер правового регулювання використання та охорони земель трубопроводного транспорту, управління даними землями та притягнення до юридичної відповідальності за порушення порядку їх використання та охорони.

Динамічний розвиток трубопроводного транспорту та викликані проведенням земельної реформи зміни в земельному законодавстві вимагають уточнення і деталізації поняття «правовий режим земель трубопроводного транспорту». Поняття правового режиму слід застосовувати як у відношенні всіх земель (правовий режим земель), так і окремих категорій чи видів земель (правовий режим земель трубопроводного транспорту).

Аналіз останніх наукових досліджень. До проблем дослідження категорії «правовий режим земель» неодноразово зверталися такі вчені-правознавці як В. І. Андрейцев, Г. І.

Балюк, І. І. Каракаш, П. Ф. Кулинич, А. М. Мірошніченко, В. В. Носік, В. І. Семчик, В. Д. Сидор, Н. І. Титова, М. В. Шульга і ін. Однак питання про те, в чому полягає значення правового режиму земель трубопроводного транспорту, який його зміст, залишається недостатньо з'ясованим.

Метою даної публікації є історіографічний огляд наукових досліджень особливостей правового режиму земель трубопроводного транспорту, спрямованих на забезпечення наукового обґрунтування їх раціонального використання та комплексної охорони в процесі здійснення підприємствами трубопроводного транспорту своїх статутних завдань та функцій.

Виклад основного матеріалу. Переходячи до викладення основного матеріалу, хочемо зазначити, що поняття «правовий режим земель» широко застосовується в доктрині земельного права і відіграє надзвичайно важливу роль, оскільки тісно



пов'язане з питаннями про об'єкти земельних відносин, систему земельного права, його принципи і завдання. Величезне значення має використання даного поняття в науці та навчальній дисципліні земельного права. Енциклопедична юридична література визначає правовий режим (франц. *regime* – порядок, від лат. *regimen* – управління, керівництво) як особливий правовий порядок, встановлений для певних сфер суспільних відносин чи суспільства в цілому. Загальними ознаками правового режиму є наявність відповідних обмежень, заборон або пільг [1, с. 44].

Використання поняття «правовий режим земель» в науково-дослідних роботах є досить зручним засобом систематизації і подачі правового матеріалу, воно дозволяє дослідникові сформулювати проблему, окреслити її межі та логічно викласти свої ідеї. Правовий режим земель у вітчизняному законодавстві перебуває, як зазначає В. Д. Сидор, у прямій залежності із цільовим призначенням земель як особливим напрямком використання земель, функцій земель в суспільних відносинах як засобів виробництва, бази для розвитку промисловості, місць проживання людей і розміщення природних об'єктів. Правовий режим земель як основного національного багатства практично не досліджений, що насамперед пов'язано з існуванням в юридичній науці деякої наукової обмеженості підходів до аналізу відповідних правових явищ. Як наслідок, на сьогодні в доктрині земельного права України практично відсутні ґрунтовні концептуальні дослідження правового режиму земель різних категорій. Правовий режим земель має базуватися на конституційних засадах здійснення права власності на землю Українського народу, а також соціальної справедливості, забезпечення балансу державних, суспільних і приватних інтересів, ефективності, прозорості та відкритості [2, с. 27].

Законодавчого визначення правового режиму земель не встановлено, а тому виходячи з аналізу чинного земельного законодавства В. І. Андрейцев розглядає його як встановлений нормативно-правовий порядок, який

визначає поведенку суб'єктів земельних правовідносин щодо земель, земельних ділянок як до об'єктів права власності, управління, користування, відтворення, збереження та охорони з метою їх раціонального (економічного й ефективного) використання і задоволення різноманітних потреб заінтересованих суб'єктів, захисту їх земельних прав [3, с. 92].

Зміст правового режиму конкретної земельної ділянки трубопровідного транспорту надзвичайно важливий для його власника, користувача, в тому числі орендаря. Особа, що використовує земельну ділянку, в межах якої розміщено технічний коридор, безумовно повинна знати, якими правами на дану ділянку вона володіє та які обов'язки на неї покладаються. Відповідно до ст. 1 Закон України «Про трубопровідний транспорт», технічний коридор – земельна ділянка, в межах якої прокладено систему трубопроводів і комунікацій [4].

Земельне законодавство відносить землі трубопровідного транспорту до категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення. Не дивлячись на наявність загальних рис, які і дозволяють поширювати на окремі земельні ділянки правовий режим тієї або іншої категорії, вважаємо доцільним встановлення особливого порядку правового регулювання суспільних відносин щодо кожного виду земель, що дозволяє говорити про специфічний правовий режим виду земель, пов'язаний з існуванням специфіки правового регулювання в рамках однієї категорії земель. Використання і охорона відповідних видів земель, а також управління цими землями мають певні особливості, що вимагають встановлення специфічного правового режиму, відмінного від загального правового режиму земель України і спеціального правового режиму земель даної категорії [2, с. 30]. Одним із неврегульованих питань розвитку земельних відносин взагалі та функціонування земельного ринку зокрема є питання правової регламентації цільового призначення земель [5, с. 94].

При конструюванні поняття «цільове призначення земельної ді-

лянки», на думку В. Ю. Уркевича, наголос слід робити на тому, що відповідні землі за своїми природними властивостями можуть використовуватись для тих чи інших потреб [6, с. 92]. Земельний кодекс України в ч. 1 ст. 73 та Закон України «Про трубопровідний транспорт» в ч. 1 ст. 11 встановлюють, що до земель трубопровідного транспорту належать земельні ділянки, на яких збудовано наземні і надземні трубопроводи та їх споруди, а також наземні споруди підземних трубопроводів [4; 7].

Практичне значення поняття «правовий режим земель трубопровідного транспорту» полягає в тому, що його застосування дає можливість визначити порядок використання та охорони зазначеної категорії земель, тобто встановити особливості змісту права власності на землі трубопровідного транспорту, можливості використання цих земель на підставі відповідних титулів (права власності, права постійного землекористування, оренди тощо), особливості управління використанням та охороною земель трубопровідного транспорту.

Спробуємо проаналізувати поняття «правовий режим земель трубопровідного транспорту» з позицій теорії земельного права. Ідея про правовий режим земель формувалося поступово. Вперше питання про земельний режим було піднято І. І. Євтихєвим. Він писав, що при загальному правовому титулі – державній власності на землю – існують різні за обсягом земельні режими для окремих підвидів земель. Під земельним режимом він розумів статус прав і обов'язків органів земельного управління щодо даного підвиду земель, тобто виконання органами земельного управління основних функцій – адміністративної, юрисдикційної та нормативної [8, с. 34]. Таким чином, на його думку, земельний режим (тобто правовий режим земель, висловлюючись сучасною мовою) зводився до повноважень органів управління землями. Аналогічної в принципі думки дотримувався А. В. Венедиктов. Розглядаючи питання про відмінності правового режиму окремих видів державного майна (землі, основних і оборотних засобів), він вважав, що



всі відмінності в характері і призначенні цих об'єктів відображаються лише на обсязі прав і обов'язків окремих державних органів, що ними видають, тобто на правовому режимі відповідних видів державного майна [9, с. 352].

У перших підручниках із радянського земельного права цей термін використовувався дуже нечітко і непослідовно, переважно він застосовувався лише для характеристики земель спеціального призначення, міських земель та земель державного лісового фонду [10; 11]. В юридичній літературі визначення правового режиму державного земельного фонду було запропоновано Н. І. Красновим. Він писав, що під правовим режимом державного земельного фонду слід розуміти встановлений нормами радянського права порядок належної поведінки по відношенню до землі як об'єкту права виключної власності держави, права землекористування і правової охорони, спрямований на забезпечення її раціонального використання як загальної умови праці та основного (головного) засобу виробництва [12, с. 42]. Крім того, монографія П. І. Краснова «Правовий режим земель спеціального призначення» є однією з перших систематизованих наукових праць щодо земель несільськогосподарського призначення, проте питання правового режиму земель трубопровідного транспорту в монографії висвітлені оглядово, виділені найбільш важливі юридичні категорії. У 1964 році Р. Д. Боголепова була захищена кандидатська дисертація на тему «Правовий режим земель промислового і транспортного призначення» [13]. Не применшуючи теоретичного значення даних праць, необхідно відзначити, що вони були написані на основі законодавства, яке давно втратило чинність, а їхньою теоретичною базою слугувала марксистсько-ленінська ідеологія.

Досліджуючи проблеми загальної теорії радянського земельного права, Г. О. Аксеньюк, І. О. Іконіцька та П. І. Краснов зазначали, що під правовим режимом державного земельного фонду слід розуміти встановлений нормами радянського зе-

мельного права порядок можливої чи обов'язкової поведінки по відношенню до землі як об'єкту права виключної власності держави, державного управління земельним фондом, права землекористування і правової охорони, спрямований на забезпечення її раціонального використання в якості загальної умови праці та основного (головного) засобу виробництва в сільському господарстві [14, с. 346]. Після цього даний термін використовувався в юридичній літературі з урахуванням саме такого його змісту. Г. О. Аксеньюк зазначав, що визначити правовий режим будь-якої категорії земель – це означає, по-перше, дати поняття цих земель як об'єкта даного земельного відношення, по-друге, визначити коло землекористувачів цих земель, встановити їх права та обов'язки, по-третє, виявити порядок державного управління цими землями, і, нарешті, по-четверте, вказати на ті форми і заходи відповідальності, які визначені законом для користувачів [15, с. 55]. У підручнику «Радянське земельне право» 1981 р. говорилося, що основу правового режиму державного земельного фонду складають інститути права виключно державної власності, державного управління, права землекористування і правової охорони земель [16, с. 164]. І. О. Іконіцька розглядала правовий режим земель як встановлену нормами права можливу і належну поведінку по відношенню до землі як до об'єкту права власності та інших прав на земельні ділянки, об'єкту державного управління земельними ресурсами та об'єкту правової охорони землі як природного ресурсу, що виконує найважливіші соціально-економічні функції [17, с. 181].

В 1983 р. М. М. Бринчук і Р. Ф. Захарова опублікували монографію «Правова охорона навколишнього середовища при проектуванні, будівництві та експлуатації газопроводів» (1983 р.), в якій вони з позицій екологічного права розглядають природоохоронні проблеми газопровідного транспорту. Проте в зазначеній монографії не розкриваються проблеми використання та охорони земель інших видів трубопровідного

транспорту, не аналізуються питання судової та позасудової юрисдикції щодо земельних спорів [18]. У 1993 р. О. С. Колбасовим опублікована стаття «Аварія на трубопроводі – екологічний конфлікт», де автор з позицій екологічного та цивільного права розглядає питання відшкодування шкоди, заподіяної конкретної аварією на нафтопроводі [19].

У вітчизняній науці проблеми правового режиму земель трубопровідного транспорту залишилися поза увагою науковців. З одного боку, питання про сутність правового режиму земель досліджувалось багатьма фахівцями в галузі земельного права. Однак це питання аналізувався з позицій вивчення права власності на землю, права землекористування, управління в сфері використання та охорони земель тощо. З іншого боку, є також досить велика кількість робіт, спеціально присвячених правовому режиму відповідних категорій чи видів земель. Проте досі в науці земельного права України немає спеціального дослідження правового режиму земель трубопровідного транспорту.

Висновки. Підсумовуючи проведене дослідження, приходимо до висновку, що за останні роки проблема правового режиму земель трубопровідного транспорту самостійному дослідженню не підлягала. У роботах ряду авторів висвітлювалися загальні питання, пов'язані з правовим режимом земель транспорту в цілому, а також окремі питання охорони та використання земель при експлуатації трубопроводів. Для системного вирішення завдань дослідження, під правовим режимом земель трубопровідного транспорту пропонується розуміти встановлений нормами права і заснований на принципах земельного законодавства особливий порядок використання, управління, охорони земель трубопровідного транспорту, що складається з цілого ряду елементів і необхідний для забезпечення ефективного функціонування об'єктів трубопровідного транспорту. Для визначення правового режиму земель трубопровідного транспорту необхідно ґрунтуватися на особливостях загального правового



го режиму земель, земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення, а також загального порядку охорони та раціонального використання всіх земель транспорту.

Узагальнення існуючих в юридичній літературі теоретичних підходів дозволило сформулювати авторське поняття «правовий режим земель трубопровідного транспорту» як сукупності правових норм, що визначають особливості права власності та користування землями трубопровідного транспорту, регламентують права на зазначені землі осіб – невласників земельних ділянок, встановлюють порядок управління в галузі використання та охорони земель трубопровідного транспорту, правової охорони зазначених земель, а також заходи відповідальності за порушення законодавства в галузі використання та охорони земель трубопровідного транспорту. Аргументовано думку про те, що з поняттям «правовий режим земель трубопровідного транспорту» тісно пов'язане поняття «цільове призначення земель трубопровідного транспорту», сутність якого полягає у виконанні функцій просторово-операційного базису для розміщення наземних і надземних трубопроводів та їх споруд, а також наземних споруд підземних трубопроводів.

Використана література

1. *Юридична енциклопедія*: в 6 т. Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін, 5 том «П – С», К.: «Укр. енцикл.», 1998, 733 с.
2. Сидор В. Д. *Правовий режим земель в земельному законодавстві України*. В: Адвокат, 2010, № 8, с. 27–31.
3. Андрейцев В. І. *Земельне право і законодавство суверенної України: Актуальні проблеми практичної теорії*. Монографія. К.: Знання, 2005, 445 с.
4. *Про трубопровідний транспорт*: Закон України від 15 травня 1996 року № 192/96-ВР. В: Відомості Верховної Ради України від 16.07.1996, № 29, ст. 139.
5. *Правова система України: історія, стан та перспективи*, у 5 т. За ред. Ю. С. Шемшученка, Харків: Право, 2008, 480 с.
6. Уркевич В. *Про співвідношення категорій «цільове призначення» та «цільове використання» земельної ділянки*. В: Уркевич, О. Браніцький. В: Підприємництво, господарство і право, 2011, № 6, с. 91-94.
7. *Земельний кодекс України* від 25 жовтня 2001 року № 2768-III. В: Відомості Верховної Ради України, 2002, № 3-4, сСт. 27.
8. Евтихийев И. И. *Земельное право*: учебник. Москва–Петроград: Гос. изд-во, 1923, 185 с.
9. Венедиктов А. В. *Государственная социалистическая собственность*: монография. Отв. ред.: Райхер В.К., М.: Изд-во АН СССР, 1948, 839 с.
10. *Земельное право*: учебник. Гурвич М. А., Дембо Л. И., Казанцев Н. Д. и др.; под ред.: Никитин А. Н., Павлов А. П., Рускол А. А., М.: Изд-во НКЮ СССР, 1940, 256 с.
11. *Земельное право*: учебник. Брауде И. Л., Гурвич М. А., Казанцев Н. Д., Никитин А. Н. и др.; под ред.: Казанцев Н. Д., Рускол А. А., М.: Госюриздат, 1949, 415 с.
12. Краснов Н. И. *Правовой режим земель специального назначения*: монография. М.: Госюриздат, 1961, 214 с.
13. Боголепов Р. Д. *Правовой режим земель промышленного и транспортного назначения*: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.06. М., 1964, 16 с.
14. *Общая теория советского земельного права* (отв. ред.: Г. А. Аксенонок, И. А. Иконицкая, Н. И. Краснов), М.: Наука, 1983, 357 с.
15. Аксенонок Г. А. *Правовой режим земель сельскохозяйственного назначения*. В: Право и сельское хозяйство в СССР и Италии. Правовое регулирование рационального использования материальных, трудовых и природных ресурсов в сельском хозяйстве СССР и Италии: Материалы советско-итальянского круглого стола по аграрному праву, 19–30 сентября 1979 г. Редкол.: Аксенонок Г. А., Беляева З. С., Козырь М. И. (отв. ред.), Колбасов О. С., Левченко В. И., Палладина М. И., Славин М. М., М.: Изд-во ИГиП АН СССР, 1980, 160 с.
16. *Советское земельное право*: учебник, под ред. Н. И. Краснова, М.: Юрид. лит., 1981, 464 с.
17. Иконицкая И. А. *Земельное право Российской Федерации*: учебник. М.: Юристъ, 1999, 248 с.
18. Бринчук М. М. *Правовая охрана окружающей среды при проектировании, строительстве и эксплуатации газопроводов*: монография. М. М. Бринчук, Р.Ф. Захарова, М.: ВНИИЭ-Газпрома, 1983, 156 с.
19. Колбасов О. С. *Авария на трубопроводе – экологический конфликт (анализ арбитражного дела)*. В: Государство и право, 1993, № 12, с. 49-55.



СУБЪЕКТЫ СТРАХОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ХОЗЯЙСТВОВАНИЯ: ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО ПОЛОЖЕНИЯ

Нино ПАЦУРИЯ,

докторант, кандидат юридических наук, доцент кафедры хозяйственного права юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, г. Киев

SUMMARY

The article deals with problems of the legal status of basic subjects of insurance relationships in economic activity.

Keywords: insurance legal subjects, the insurer, the insured.

АННОТАЦИЯ

В статье исследуются проблемные вопросы правового положения основных субъектов страховых правоотношений в сфере хозяйствования.

Ключевые слова: субъекты страховых правоотношений, страховщик, страхователь.

Введение. Наука хозяйственного права субъектами признает «участников отношений в сфере хозяйствования, которые организуют и осуществляют хозяйственную деятельность, реализуя при этом свою хозяйственную компетенцию, либо потребляют результаты такой деятельности» [29, с. 10]. Что касается понимания термина «участник страховой деятельности», то, по нашему мнению, опираясь на системное толкование статей 2, 55 Хозяйственного кодекса Украины (далее — ХК Украины) [7], в качестве последних, в узком смысле, можно определить физических лиц либо субъектов хозяйствования, которые выступают стороной обязательственных страховых правоотношений и/или предоставляют страховую услугу. Изложенное позволяет сделать вывод, что понятие участника страховых правоотношений является шире понятия субъекта страховой деятельности.

Актуальность исследуемой темы. Вопросы особенностей правового положения субъектов страховых правоотношений не раз становились предметом научных исследований. Однако проблематика разграничения научных категорий «субъект страховой деятельности», «субъект страховых правоотношений» и «участник страхового рынка», а также особенности правового положения указанных лиц с позиций хозяйственно-

правовой науки ни разу не подвергались научному анализу.

Теоретическую основу для написания статьи составляют работы: С. С. Алексеева, Е. А. Беляевич, А. Г. Бобковой, А. М. Васильева, К. А. Граве, А. Г. Диденко, В. Р. Идельсона, Л. А. Лунца, Е. М. Мена, В. К. Райхер, В. И. Серебровского, М. К. Сулейменова, Б. С. Тарабарина, В. Г. Ульянищева, Ю. А. Урманцева, А. Ф. Черданцева, М. А. Шалагиной, М. Я. Шиминовой, В. П. Янишена и других ученых.

Целью статьи является исследование проблемных вопросов правового положения основных субъектов страховых правоотношений в сфере хозяйствования.

Изложение основного материала исследования. Проведенное нами исследование правового положения субъектов страховой деятельности [10, 11] позволило определить виды основных участников страховых правоотношений в сфере хозяйствования и сгруппировать их: на страховщиков, в качестве которых следует признать страховые компании и филиалы страховщиков-нерезидентов; на страхователей, с учетом специфики отраслевых страховых правоотношений, где внимание сосредоточим на страхователях — субъектах хозяйствования; на участников страховых отношений в сфере хозяйствования — страховых посредников (страховых агентов и страховых брокеров), ко-

торые выполняют часть страховой деятельности страховщика и могут быть участниками страховых правоотношений в сфере хозяйствования; на третьих лиц, которые могут приобретать права сторон страховых правоотношений; на уполномоченный орган как орган надзора за страховой деятельностью.

Страховые компании (страховые организации). Главными специализированными участниками страховой деятельности являются страховые компании. Понятия страховой компании действующее законодательство Украины не содержит. Зато оперирует понятием «страховщик», которое является обобщающим для таких видов участников страховых правоотношений, которые непосредственно осуществляют страховую деятельность: 1) страховые компании (организации); 2) филиалы страховщиков — нерезидентов; 3) общества взаимного страхования. Каждому из указанных видов участников присущи собственные функции на рынке страховых услуг и особенности правового положения, что обусловлено своеобразием профессиональной страховой деятельности. Учитывая это, обозначение одним термином таких разных участников страховой деятельности не является целесообразным.

Научно обоснованное понятие «страховая компания» можно определить, опираясь на легальные при-



знаки такого участника страховой деятельности, которые установлены законодательством. Анализ законодательства и обобщение результатов научных исследований [29, с. 9; 5, 60–61; 25; 8; 28; 18, 17; 2, с. 44–61; 13; 24; 5, с. 61] позволили сформулировать понятие *страховой компании как участника страховых правоотношений в сфере хозяйствования* — это финансовое учреждение, созданное в установленном законом порядке в форме хозяйственного общества, которое осуществляет страховую деятельность путем предоставления страховой услуги на основании лицензии, по защите имущественных интересов заинтересованных лиц, имеет необходимое для этого имущество и обладает хозяйственной правосубъектностью в соответствии с законом и учредительными документами, с целью получения прибыли.

Филиалы страховщиков-нерезидентов. Анализ проблематики деятельности нерезидентов на страховом рынке Украины требует обращения к истории вопроса. До 2006 года законодательство Украины о страховании содержало положение о том, что страховая деятельность в Украине осуществляется исключительно страховщиками-резидентами. Законом Украины «О внесении изменений в Закон Украины «О страховании» от 16 ноября 2006 года № 357-V [15] правовое регулирование относительно присутствия нерезидентов на страховом рынке изменилось. Однако с мая 2013 года согласно Закону Украины «О внесении изменений в Закон Украины «О страховании»» № 2774-IV от 7 июля 2005 года [16] присутствие нерезидентов на страховом рынке Украины, и как следствие их правовое положение в страховых отношениях в сфере хозяйствования, будет изменено.

Страхователи. С учетом специфики страховых правоотношений в сфере хозяйствования страхователями таких правоотношений, как правило, выступают субъекты хозяйствования. В соответствии с ч. 3 ст. 353 ХК Украины страхователями определяются *участники хозяйственных отношений*, которые заключили договоры страхования со страховщиками

либо являются страхователями в соответствии с законом. Страхователь — субъект хозяйствования для вступления в страховые правоотношения в сфере хозяйствования должен: 1) иметь хозяйственную правосубъектность, т.е. приобрести права участника хозяйственных правоотношений; 2) иметь имущественный интерес в целостности и сохранности предмета страхования. Следует отметить, что в научной юридической литературе взгляд на страховой интерес как элемент правового статуса страхователя, который предоставляет возможность вступления в страховые правоотношения, подвергается критике. Так, известный российский исследователь страхового права Ю. Б. Фогельсон указывает, что «не наличие страхового интереса, не уплата премии и даже не получение выплаты, а только участие в согласовании условий договора и в его составлении делает лицо страхователем» [27, с. 225]. По нашему мнению, такой подход не является обоснованным, ведь считаем, что именно наличие имущественного интереса направляет страхователя к заключению договора страхования, то есть удовлетворяет потребности заинтересованных лиц в защите собственных имущественных интересов.

Практика реализации страховых правоотношений на страховом рынке Украины и анализ действующего страхового законодательства доказывают, что **третьих лиц в страховых правоотношениях в сфере хозяйствования можно классифицировать по признаку приобретения прав субъекта страхового рынка на два вида:** 1) тех, которые могут приобретать права страхователей, — третьи лица по договору страхования (застрахованные, выгодоприобретатели, пострадавшие); 2) тех, которые могут приобретать права страховщиков.

• *Лица, которые могут приобрести права страхователей.* И. А. Бровченко, исследуя участие третьих лиц в гражданско-правовых обязательствах, доказал, что одним из критериев деления договоров является определение лица, на пользу которого обусловлено выполнение обязательства. Третьи лица являются разновидностью всех других лиц, однако от

остальных их отличает пребывание в определенных отношениях с одной из сторон первоначального правоотношения. То есть третье лицо может участвовать в правоотношении, где ему противостоит в качестве стороны участник другого правоотношения. Само наименование «третье лицо» подчеркивает его статус по отношению к другим участникам (договора, обязательства), а не определяет его статус в обязательстве [4, с. 7]. Современные научные исследования предлагают новый подход к пониманию интереса третьего лица, что может заключаться в направлении определенной динамики первоначального и всех иных правоотношений, их прекращения. Кроме того, исследователи аргументируют то, что третьи лица могут иметь не только права, но и обязанности, которые порождает договор (при условии согласия третьего лица) либо закон [4, с. 18]. Характерной чертой договора на пользу третьего лица является то, что каждое третье лицо, не участвовавшее в заключении договора, приобретает права требования. Право требования третьего лица может сосуществовать с правом требования лица, заключившего договор, но одновременно эти требования ставиться не могут [26].

• *Лица, которые могут приобрести права страховщиков в страховых правоотношениях.* Примером такого случая может служить норма законодательства, устанавливающая правовое положение Моторного (транспортного) страхового бюро Украины (далее — М(Т)СБУ) в правоотношениях по обязательному страхованию гражданско-правовой ответственности владельцев наземных транспортных средств. Правовой статус М(Т)СБУ установлен ст. 39 Закона Украины «Об обязательном страховании гражданско-правовой ответственности владельцев наземных транспортных средств». Изменения, внесенные в указанный нормативный акт Законом Украины «О внесении изменений в некоторые законы Украины относительно обязательного страхования гражданско-правовой ответственности владельцев наземных транспортных средств» № 5090-VI от 5 июля 2012 [14], возложили на



М(Т)СБУ полномочия по осуществлению регламентных выплат из централизованных страховых резервных фондов М(Т)СБУ. До вступления в силу указанных изменений обязанность по возмещению ущерба, в том числе и по полисам автострахования «Зеленая карта», возлагалась на страховщиков – полных членов М(Т)СБУ, непосредственно выступавших страховщиками в таких правоотношениях. Указанное соответствовало и общей концепции страхового законодательства.

Страховые посредники. Участниками страховых правоотношений в сфере хозяйствования могут выступать страховые посредники, которые в соответствии с ч. 1 ст. 15 Закона Украины «О страховании» осуществляют часть страховой деятельности. Действующее законодательство Украины определяет три вида страховых посредников: страховые брокеры, перестраховые брокеры и страховые агенты. Правовое положение страховых посредников на страховом рынке Украины, кроме указанной статьи Закона, регламентируется Положением «О порядке осуществления деятельности страховыми посредниками», утвержденным Постановлением Кабинета Министров Украины от 18 декабря 1996 года № 1523 [23], и Распоряжением Государственной комиссии по регулированию рынков финансовых услуг Украины от 28 мая 2004 года № 736 «Об утверждении Положения о регистрации страховых и перестраховых брокеров и ведении государственного реестра страховых и перестраховых брокеров» [19]. Следует отметить, что деятельность страховых агентов в Украине не так четко регламентирована нормами права, как деятельность страховых брокеров. С учетом значимости лица посредника в страховых правоотношениях и в целях повышения гарантий имущественных прав и интересов субъектов страховых правоотношений ученые предлагают ввести лицензионный порядок осуществления страховой агентской и брокерской деятельности [3]. Такой порядок существует в США: страховыми аген-

тами и брокерами признаются лица, достигшие 18-летнего возраста, прошедшие соответствующее тестирование и получившие лицензии на осуществление страховой деятельности [1]. В некоторых странах с развитым рынком страховых услуг, кроме указанных процедур сертификации, регистрации и лицензирования, предусмотрены и другие ограничения для лиц, желающих осуществлять профессиональную брокерскую деятельность [9]. Так, для страховых посредников французского страхового рынка законодательством установлен возрастной ценз, который составляет 21 год [6].

Орган государственного надзора за страховой деятельностью как участник страховых правоотношений в сфере хозяйствования выступает участником вертикальных страховых отношений в сфере хозяйствования, в которых субъекты таких правоотношений являются равноправными. Указанные правоотношения возникают на страховом рынке Украины между субъектами страховой деятельности и органом государственного надзора за страховой деятельностью.

Указом Президента от 23 ноября 2011 1070/2011 «О Национальной комиссии, осуществляющей государственное регулирование в сфере рынков финансовых услуг» [21] был образован Нацкомфинуслуг. Согласно п. 1 указанного Положения Национальная комиссия, которая осуществляет государственное регулирование в сфере рынков финансовых услуг, является государственным коллегиальным органом, подчиненным Президенту Украины, подотчетным Верховной Раде Украины. До ноября 2011 года функции органа надзора за страховой деятельностью осуществляла Государственная комиссия по регулированию рынков финансовых услуг Украины. Указом Президента от 23 ноября 2011 года № 1069/2011 [20] Государственная комиссия по регулированию рынков финансовых услуг была ликвидирована и были внесены изменения в раздел II «Схемы организации и взаимодействия

центральных органов исполнительной власти», утвержденной Указом Президента Украины от 9 декабря 2010 года № 1085 «Об оптимизации системы центральных органов исполнительной власти», касающиеся исключения абзаца «Государственная комиссия по регулированию рынков финансовых услуг Украины» [22].

Существует несколько проблем практического направления в связи с прекращением деятельности Госфинуслуг и созданием нового органа — Нацкомфинуслуг: 1) проблемой, по нашему мнению, является несогласованность в датах ликвидации Госфинуслуг и создания Нацкомфинуслуг. Что позволяет говорить об одновременной деятельности Нацкомфинуслуг и Госфинуслуг; 2) в соответствии с Указом Президента «О Нацкомфинуслуг» она *не является правопреемником* Госфинуслуг, поэтому возникает проблема действия нормативно-правовых актов, их отдельных положений, касающихся Госфинуслуг, многие из которых остаются в силе, на что указывает и правоприменительная практика [12].

Выводы. Проведенное исследование особенностей правового статуса субъектов страховых правоотношений в сфере хозяйствования позволило определить классификацию участников страховых отношений в сфере хозяйствования, их место и функции в таких правоотношениях и внести предложения в действующее законодательство Украины в этой части.

Использованная литература

1. *Agent and brokers licensing model act*. ModelLaws, Regulations and Guidelines. National Association of Insurance Commissioners, 1990, 216 p.
2. Бандурка О. М. *Фінансова діяльність підприємства*: підруч. О. М. Бандурка, М. Я. Коробов, П. І. Орлов, К. Я. Петрова, К.: Либідь, 1998, 312 с.
3. Бигам Тим. *Страховые посредники*. К.: Украинская финансовая банковская школа, центр обучения страховому делу, 1999, 29 с.
4. Бровченко І. О. *Участь третіх*



осіб у цивільно-правових зобов'язаннях: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право», Харків, 2009, 19 с.

5. Вінник О. М. *Господарське право*: навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.]. 2-ге вид., змін. та допов. К.: Правова єдність, 2009, 766 с.

6. Галагуза Н. Ф. *Французский страховой рынок в 90-х годах (краткий обзор)*. Н. Ф. Галагуза, Д. Ю. Благутин. В: *Финансы*, 1995, № 6, с. 37–40.

7. *Господарський кодекс України*: від 16 січня 2003 року. В: Офіційний вісник України, 2003, № 11, ст. 462.

8. Директива Європейського Парламенту та Ради 2002/83/ЄС від 5 листопада 2002 року щодо страхування життя. В: *Official Journal*, L 345, 19.12.2002, с. 1.

9. Ллойдс. *Бизнес и страхование*, 1997, № 10, с. 42–44.

10. Пацурія Н. Б. *Правове регулювання страхової справи в Україні (організаційно-правовий аспект)*: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка, К., 2000, 217 с.

11. Пацурія Н. Б. *Страхове право України*: навч. посіб., К.: Юрінком-Інтер, 2006, 175 с.

12. Постанова окружного адміністративного суду м. Києва від 28 серпня 2012 року у справі № 2а-7526/12/2670 [Електронний ресурс]. Єдиний державний реєстр судових рішень. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/27694064>

13. *Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом*: Закон України від 14 травня 1992 року № 2343-ХІІ. В: *Відомості Верховної Ради України*, 1992, № 31, ст. 440.

14. *Про внесення змін до деяких законів України щодо обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів*: Закон України від 5 липня 2012 року № 5090-VI. В: Офіційний вісник України, 2012, № 58, ст. 2319.

15. Про внесення змін до Закону України *Про страхування*: Закон України від 16 листопада 2006 року № 357-V. В: *Відомості Верховної Ради України*, 2007, № 2, ст. 14.

16. Про внесення змін до Закону України *Про страхування*: Закон Укра-

їни від 7 липня 2005 року № 2774-IV. В: *Відомості Верховної Ради України*, 2005, № 37, ст. 447.

17. *Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців*: Закон України від 15 травня 2003 року № 755-IV. В: *Відомості Верховної Ради України*, 2003, № 31–32, ст. 263.

18. *Про Єдиний державний реєстр підприємств та організацій України*: Положення, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 22 січня 1996 року № 118. В: *Збірник Постанов Уряду України*, 1996, № 6, ст. 193.

19. Про затвердження *Положення про реєстрацію страхових та перестрахових брокерів і ведення державного реєстру страхових та перестрахових брокерів*: Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28 травня 2004 року № 736. В: Офіційний вісник України, 2004, № 26, ст. 1721.

20. *Про ліквідацію Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України*: Указ України від 23 листопада 2011 року № 1069/2011. В: Офіційний вісник України, 2011, № 94, ст. 3418.

21. *Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг*: Указ Президента України від 23 листопада 2011 року № 1070/2011. В: Офіційний вісник України, 2011, № 94, ст. 3419.

22. *Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади*: Указ України від 9 грудня 2010 року № 1085/2010. В: Офіційний вісник України, 2010, № 94, ст. 3334.

23. *Про порядок провадження діяльності страховими посередниками*: Постанова Кабінету Міністрів України від 18 грудня 1996 року № 1523. В: *Зібрання постанов Уряду України*, 1996, № 21, ст. 590.

24. *Про реорганізацію та ліквідацію страхових підприємств*: Директива 2001/17/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 19 березня 2001 року. В: *ОВ L 110*, 20.04.2001, с. 28.

25. Проект Закону про внесення змін до деяких законів України та виклад Закону України *Про страхування* у новій редакції № 9614 від 19 грудня 2011 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42141

26. *Страхове право*: навч. посіб. [за

ред. Ю. О. Заїки], К.: Істина, 2004, 192 с.

27. Фогельсон Ю. Б. *Договор страхования в российском гражданском праве*: дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.03, М., 2005, 387 с.

28. *Цивільний кодекс України*: від 16 січня 2003 року. В: Офіційний вісник України, 2003, № 11, ст. 461.

29. Щербина В. С. *Суб'єкти господарського права*: моногр., К.: Юрінком Інтер, 2008, 264 с.



МОМЕНТ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА НОВОСОЗДАННЫЕ ОБЪЕКТЫ НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА

М. БАБЕНКО,

соискатель НИИ частного права и предпринимательства имени академика Ф. Г. Бурчака НАПрН Украины

SUMMARY

The article deals with the problematic aspects of the emergence of property rights to newly created objects of immovable property. Focuses on the definition of the «newly created objects of immovable property», marked features of its state registration as real estate.

Key words: the right of property, real estate, state registration, re-created objects construction.

АННОТАЦИЯ

В статье рассматриваются проблемные аспекты момента возникновения права собственности на новосозданные объекты недвижимого имущества. Акцентируется внимание на определение понятия «новосозданные объекты недвижимого имущества», отмечаются особенности его государственной регистрации в качестве недвижимого имущества.

Ключевые слова: право собственности, недвижимое имущество, государственная регистрация, новосозданные объекты строительства.

Законодательство Украины, в частности, ч. 1 ст. 316 Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины) отмечает, что правом собственности является право лица на вещь (имущество), которое оно осуществляет в соответствии с законом по своей воле, независимо от воли других лиц. Так, в гражданско-правовой доктрине право собственности принято рассматривать в объективном и в субъективном смысле. Право собственности в объективном смысле – это совокупность правовых норм, которые устанавливают и охраняют принадлежность материальных благ конкретным субъектам, в том числе определяют основания и условия возникновения и прекращения у них такого права в отношении этих благ. Право собственности в субъективном смысле – это предусмотренное и гарантированное законом право конкретного субъекта-собственника (гражданина, коллективного образования, государства) осуществлять владение, пользование, распоряжение и другие возможные правомочия в отношении принадлежащего ему имущества по своему усмотрению и с любой целью, если иное не предусмотрено законом [5, с. 530]. Поэтому, по мнению А. В. Дзеры, субъективное право собственности, как и любое другое субъективное право, определяет меру возможного поведения управомоченного лица (собственника) по принадлежащему ему имуществу [3, с. 8]. Явным становится

то, что лицо становится владельцем исключительно при наличии определенных условий и юридических фактов, установление которых является важным для выяснения, прежде всего того, с какого именно момента у лица возникает право собственности, в том числе на вновь созданные объекты недвижимого имущества.

Цель настоящей статьи – определить момент возникновения права собственности на новосозданные объекты недвижимого имущества. Исходя из этого, в первую очередь следует раскрыть понятие недвижимого имущества.

В современном законодательстве Украины определение «недвижимое имущество» впервые вводится Законом Украины «О залоге» от 2 октября 1992 г., № 2654-ХІІ. В ст. 31 указанного Закона говорится, что предметом ипотеки может быть имущество, связанное с землей, здание, сооружение, квартира, предприятие (его структурные подразделения) как целостный имущественный комплекс, а также иное имущество, отнесенное законодательством к недвижимому. Кроме того, предметом ипотеки могут быть также принадлежащие гражданам на праве частной собственности земельные участки и многолетние растения. Нормативное определение недвижимости содержится во многих несогласованных актах между собой, так и с ГК Украины нормативно-правовых актах. Так, в Законе Украины «Об ипотеке» недви-

жимое имущество (недвижимость) определяется как «земельные участки, а также объекты, расположенные на земельном участке и неразрывно связанные с ним, перемещение которых невозможно без их обесценивания и изменения их назначения». В Законе Украины «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их обременений» от 1 июля 2004 г., № 1952-IV, недвижимое имущество – это земельные участки, а также объекты, расположенные на земельном участке, перемещение которых невозможно без их обесценивания и изменения назначения. В данном Законе подается исчерпывающий перечень объектов недвижимого имущества, которые подлежат регистрации в Государственном реестре прав на недвижимое имущество. То есть, под объектами недвижимости законодателем понимаются: земельные участки, предприятия как единые имущественные комплексы, жилые дома, здания, сооружения (их отдельные части), квартиры, жилые помещения, нежилые помещения. Вместе с тем, следует заметить, что ни в одной из статей данного Закона не дается юридического определения понятия объектов недвижимого имущества, более того, современное законодательство не содержит и четкого определения понятия «новосозданное недвижимое имущество». По этой причине возможны не только разнообразные теоретико-методологические коллизии, но и



проблемы, связанные с практическим применением (в частности, в правоприменительной, судебно-правовой практике). Например, относятся ли к новосозданному недвижимому имуществу объекты, возникающие вследствие изменения целевого назначения помещений, их разделения, объединения, капитального ремонта, реконструкции и т.п. ?

Сегодня ответ на этот вопрос не такой однозначный, как это может показаться на первый взгляд. Подтверждением этому являются мнения различных ученых-юристов. Так, С. С. Алексеев отмечает необходимость выделения такой правовой категории, как «новосозданное недвижимое имущество» при теоретическом анализе, что является необходимым по ряду причин: 1) особая важность задачи установления прав на объекты, которые ранее не имели владельца, и вопросов о собственности, не были предметом исследования органов, осуществляющих регистрацию (поскольку от верности решения будут зависеть права всех последующих собственников объекта); 2) требование углубленного исследования значительного количества документов и правовой экспертизы прав, первично возникающих в контексте решения указанной задачи, отличается повышенной сложностью по сравнению с экспертизой, проводимой по сделкам отчуждения объектов недвижимости [1, с. 327].

И. А. Спасибо утверждает, что в действительности мы наблюдаем недвижимую вещь, фактически по всем параметрам соответствующую признакам, закрепленным в ст. 181 ГК Украины, поскольку она представляет собой объект, расположенный на земельном участке, перемещение которых является невозможным без обесценивания и изменения его назначения. Материалы (песок, камни или кирпич и др.) уже не представляют нечто отдельное и движимое, не являются они даже совокупностью вещей, поскольку были использованы в процессе строительства: на фундаменте возведены стены из кирпича или другого материала, который, в свою очередь, соединенный цементным раствором, что в резуль-

тате выступает такой строительной конструкцией, которая представляет собой в высшей степени неразрывную совокупность вещей. Причем эти вещи неразрывны как между собой, так и по отношению к земельному участку, на котором расположена конструкция. Как утверждает автор, в законодательстве закреплено определение недвижимости с учетом ее физических свойств как имущества, тесно связанного с землей и поэтому не выявляющего способности к передвижению [8, с. 106].

Дать определение такой правовой категории как вновь созданное недвижимое имущество важно не только в теоретическом, но и практическом аспекте. Актуальной на данный момент есть реальная необходимость правовой защиты прав инвесторов при строительстве недвижимости в рамках механизмов долевого и инвестиционного строительства при участии граждан и юридических лиц в различных фондах финансирования строительства, ведь именно строительство является причиной возникновения новой вещи.

Достаточно интересный способ решения некоторых практических проблем, связанных с оборотом недвижимости (в т. ч. построенной), представлен в юридической теории государств англо-американской (англосаксонской) правовой системы. Там проведена дихотомия: недвижимость как объекты материального мира (здания, сооружения, помещения, участки, обособленные водоемы, инженерные коммуникации и т. п.) определяется термином «*real-estate*», а имущественные права на объекты недвижимости определяются как «*real-property*». Это позволяет избежать теоретических коллизий при определении момента возникновения недвижимого имущества как такового и права собственности на него. Поэтому, учитывая вышесказанное, целесообразной есть рецепция (по крайней мере, частичная) такой практики со всеми полезными закономерностями в украинское законодательство. Это позволит разграничить указанную материальную сущность понятия недвижимости и ее юридическую сущность (как пакет

имущественных прав всех субъектов, имеющих отношение к конкретной недвижимой вещи).

Учитывая такое понимание, Е. С. Озеров справедливо включает в состав материальной сущности «все, что неразрывно связано с землей и не может быть перемещено без несоразмерного ущерба для назначения объекта». То есть, физически не перемещаемое имущество, по его мнению, выступает как сумма двух компонентов: собственно «земли» (*land*) и «улучшений» (*improvement*) [6, с. 376].

Определяя существенные и признаки термина «новосозданное недвижимое имущество», бесспорно, необходимо исходить из классического определения недвижимости в целом. При этом важно учесть как собственно юридический, так и технический аспекты дефиниции. Таким образом, в наиболее общем виде вновь созданное недвижимое имущество (вновь созданная недвижимость) представляет собой построенный или созданный другим способом объект недвижимости (со всеми присущими ему признаками), который до этого не существовал, и права на который отвечают установленному законом порядку.

В рамках статьи презюмируется идентичность понятий «новосозданное недвижимое имущество» и «построенное недвижимое имущество», поскольку недвижимое имущество может создаваться не иначе, как путем строительства. Этот принцип де-факто и де-юре применяется и в действующем законодательстве Украины. Поскольку, анализируя нормы ч. 2 ст. 331 ГК Украины, заключаем, что момент создания нового недвижимого имущества отождествлен с моментом фактического завершения строительства.

Учитывая то, что еще в римскую эпоху различали два самостоятельных, но взаимосвязанных момента – способ приобретения права собственности и титул приобретения, с наступлением которых возникает право собственности у конкретного лица [7, с. 215], в юридической литературе под основаниями приобретения права собственности понимают



определенные законом юридические факты, с которыми закон связывает приобретение, изменение и прекращение права собственности на недвижимое имущество. По классическим подходам, в литературе способы приобретения права собственности принято подразделять на первоначальные и производные. В основе такого деления одни ученые, такие как О. С. Иоффе, Г. Ф. Шершеневич, Н. С. Кузнецова, И. В. Спасибо-Фатеева и др., предлагают возводить критерий свободы, а другие, такие как Б. Б. Черепашин, Ю. К. Толстой, Я. М. Шевченко – критерий правопреемства. К первоначальным способам приобретения права собственности относятся способы, при которых право собственности возникает на вещь (имущество) впервые или независимо от права предыдущего владельца или его свободы. К этим способам относятся: а) изготовление (создание) новой вещи в результате производственной деятельности (производство); б) переработка вещи (спецификация); в) владение плодами, доходами, продукцией; г) находка, клад, конфискация, реквизиция, безнадзорное домашнее животное, бесхозная вещь и т.п. К производным способам права собственности относятся способы, при которых право собственности возникает у субъекта вследствие волеизъявления предыдущего собственника. К ним относят сделки, наследование по закону, наследование по завещанию, приватизацию, реорганизацию юридических лиц и т.п.

Что касается создания новых объектов недвижимости, то следует отметить, что имущество создается не сразу, на создание нового объекта недвижимости требуется определенное время. Именно поэтому ч. 2 ст. 331 ГК Украины предусмотрено, что право собственности на вновь созданное недвижимое имущество (жилые дома, здания, сооружения и т.п.) возникает с момента завершения строительства (создания имущества). Если договором или законом предусмотрено принятие недвижимого имущества в эксплуатацию, право

собственности возникает с момента его принятия в эксплуатацию. Если право собственности на недвижимое имущество согласно закону подлежит государственной регистрации, право собственности возникает с момента государственной регистрации.

Следовательно, при решении вопроса определения момента возникновения права собственности на недвижимое имущество, в том числе на вновь созданные объекты недвижимого имущества, следует исходить из следующего. ГК Украины фактически определил три момента возникновения права собственности на вновь созданные объекты недвижимости: один безусловный – момент завершения строительства, и два случая, действующие при условии, если они прямо предусмотрены законодательством – момент принятия имущества к эксплуатации и момент его государственной регистрации. Только при признании строительства законченным возникает вопрос о возникновении права собственности. До завершения строительства все это имущество определяется как материалы для строительства, и право собственности распространяется соответственно не на объект строительства в целом, а на ее составные части – кирпич, бетон, крыша и т.д. Поэтому определение момента завершения строительства является весомым элементом в признании права собственности. Учитывая это, законодатель предусмотрел определенные возможности для установления момента принятия недвижимого имущества в эксплуатацию. Кроме этого, следует отдельно обратить внимание на то, что на практике не всегда принятие объекта в эксплуатацию является необходимым условием для оформления права собственности, а именно, право собственности на самовольно построенные объекты может стать признанным судом и зарегистрированным без принятия объекта в эксплуатацию. В случае если на самовольно построенное недвижимое имущество признано право собственности по решению суда, оно принимается в эксплуатацию соглас-

но Закону Украины «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их обременений». Датой принятия в эксплуатацию объекта является дата регистрации декларации или выдачи сертификата. Эксплуатация объектов, не принятых в эксплуатацию, запрещается.

В соответствии со ст. 39 Закона Украины «О регулировании градостроительной деятельности» и Порядком принятия в эксплуатацию законченных строительством объектов, утвержденным Постановлением Кабинета Министров Украины от 13. 04. 2011 г. № 461, документом, подтверждающим принятие в эксплуатацию законченных строительных объектов, относящихся к I-III категориям сложности, является зарегистрированная Инспекцией декларация о готовности объекта к эксплуатации, а в отношении объектов, относящихся к IV и V категориям сложности, – выданный Инспекцией сертификат. Указанные документы подтверждают принятие в эксплуатацию законченных строительством объектов. Согласно ст. 182 ГК Украины право собственности и другие вещные права на недвижимые вещи, ограничения этих прав, их возникновение, переход и прекращение подлежат государственной регистрации.

В Украине с 1 января 2013 года начала действовать новая система регистрации прав на недвижимое имущество и их обременений, предусмотренная изложенным в новой редакции Законом Украины «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и их обременений» № 1952-IV от 1 июля 2004. В соответствии со ст. 2 Закона государственная регистрация прав на недвижимое имущество и их ограничений – это официальное признание и подтверждение государством фактов возникновения, перехода или прекращения прав на недвижимое имущество и их ограничений, сопровождается внесением данных в Государственный реестр вещных прав на недвижимое имущество и их ограничений. Государственная регистрация прав проводится государственными регистраторами прав на недвижимое



имущество соответствующих регистрационных служб.

Очевидно, что, как отмечает В. М. Джафаров, государство, создавая регистрационную систему, стремится: во-первых, упорядочить взаимоотношения, складывающиеся в обществе по поводу оборота недвижимости; во-вторых, заинтересовано в точной информации по объемам владения предметами недвижимости отдельными гражданами и другими субъектами гражданского правового оборота, чтобы взимать налоги; в-третьих, государство и организации публичного права заинтересованы в скорейшем осуществлении различных проектов для удовлетворения общественных интересов [2, с. 481].

Таким образом, создание нового объекта строительства, который считается завершенным, его соответствие всем строительным нормам и правилам, заканчивающее принятием данного объекта в эксплуатацию и осуществление государственной регистрации является элементом состава, на основании которого возникает право собственности на вновь созданные объекты строительства. Законодательство Украины не содержит общего правила, которое бы устанавливало момент приобретения права собственности и действовало бы для всех оснований приобретения права собственности на объекты строительства. Очевидным является то, что в законодательстве на сегодня существуют коллизии, поскольку существуют расхождения во времени наступления юридических фактов, с которыми закон связывает момент возникновения права собственности на объекты строительства, а также принадлежность регистрации права на имущество как юридически закрепленного факта возникновения права собственности на него. На наш взгляд, такое разделение законодательством момента возникновения права собственности на вновь созданные объекты недвижимого имущества, является весомым недостатком. В. П. Маковой, в частности, утверждает, что государственная регистрация права собственности и других

вещных прав на недвижимое имущество в целом носит информационный характер: государство признает право собственности или иное вещное право по определенным лицам. Это своеобразная фиксация перехода права собственности отражает статистический момент [4, с. 100].

Поэтому, учитывая вышесказанное, приходим к выводу, что моментом, с которого можно считать возникновение права собственности на новосозданные объекты недвижимости, должна быть только государственная регистрация. Практическое значение такой нормы будет заключаться в том, что до регистрации построенный объект рассматриваться как объект обязательственных прав, а после регистрации в качестве вещественных.

Использованная литература

1. Алексеев С. С. *Избранное*. М.: Статут, 2003, с. 257.
2. Джафарова В. М. *Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок в современном законодательстве*. В: Проблемы гражданского права и процесса: материалы научно-практической. конф., посвященной памяти профессора А. Пушкина (25 мая 2013), М.: Харьковский национальный университет внутренних дел, Золотая миля, 2013, с. 481.
3. Дзера А. В. *Развитие права собственности граждан в Украине*. Монография, М.: Вентури, 1996, с. 8.
4. Маковой В. П. *Государственная регистрация недвижимости: потери и достижения*. В: Проблемы гражданского права и процесса: материалы научно-практической. конф., посвященной памяти профессора А. Пушкина (25 мая 2013), М.: Харьковский национальный университет внутренних дел, Золотая миля, 2013, с. 100.
5. *Научно-практический комментарий Гражданского кодекса Украины*: В 2 т., 2-е изд., перераб. и доп. Под ред. А. В. Дзеры (рук. авт. кол.), Н. С. Кузнецовой, В. В. Луця, М.: Юридическая литература, 2006, Т. II, с. 530.

6. Озеров Е. С. *Экономика и менеджмент недвижимости*. М.: Издательство «МКС», 2003, с. 376.

7. Подопригора А. А., Харитонов Е. О. *Римское право*: учебник, М.: Юридическая литература, 2006, с. 215.

8. Спасибо И. *Возможность приобретения права собственности на объекты самовольного и незавершенного строительства*. В: Вестник Академии правовых наук Украины: сб. науч. пр. Сост. В. Я. Тацій и др., М.: Право, 2012, № 3 (70), с. 106.



ІСТОРИЧНЕ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК СПРАВЕДЛИВОСТІ

Наталія ДОБРЕНЬКА,

аспірантка Відкритого Міжнародного Університету Розвитку людини «Україна», науковий керівник
доктор юридичних наук, доцент Ю. О. Фрицький

SUMMARY

The concept of justice is analysed, as a philosophical category which is not bursting related to the right. Certainly justice, as principle of human life. Isledovano concept of justice in Ukraine, USA, England.

Keywords: Justice, constitutional right, humanism, legal system, principles.

АННОТАЦІЯ

Проанализировано понятие *справедливости*, как философской категории, которая неразрывно связана с правом. Определена справедливость, как принцип человеческого бытия.

Исследовано понятие справедливости в Украине, США, Англии.

Ключевые слова: справедливость, конституционное право, гуманизм, правовая система, принцип.

Постановка проблеми: Ідею справедливості можна визначити як сукупність принципів і норм відносно належної, з точки зору досягнутого рівня цивілізації, поведінки та її результатів. Тому «поняття справедливості носить нормативний характер, що виражається, перш за все, у тому, що воно включає в себе уявлення про належне» [10, с. 43].

Як можливий варіант сучасного погляду на поняття справедливості можна навести таке її визначення: «це (...) людські стосунки, дії, вчинки, які відповідають морально-етичним і правовим нормам» [12, с. 137].

В різних сферах правової діяльності справедливість має різний зміст. Тому спроби сформулювати універсальне визначення справедливості, як правило, страждають їх надмірною загальністю. Однак, незважаючи на всю складність, визначити поняття справедливості і закріпити його нормативно в законі можливо шляхом визначення його конститутивних зовнішніх, об'єктивних і внутрішніх, суб'єктивних критеріїв змісту. Вважається, що внутрішнім критерієм є добросовісність, в той час як зовнішнім або об'єктивним є розумність.

За визначенням юридичної енци-

клопедії, справедливість - це соціально та морально-етична категорія, один із основних принципів права, що позначає наявність у соціальному світі правових засад і виражає їх правильність, імперативність і необхідність; це один з найважливіших принципів правової держави, який реалізується як у законодавстві, так і в правозастосовній діяльності; вона втілює ідею рівної для всіх свободи – робити все, що не обмежує свободи інших і не завдає шкоди, а також не заборонене законом [19, с. 856].

Сучасне розуміння справедливості в контексті природноправового підходу обумовлене уявленням про людину як про самостійного індивідуума, якого наділено невід'ємними, абсолютними правами, та який здатний самостійно контролювати та регулювати свою поведінку у суспільстві на підставі певних загально визначених норм. Відповідно до природноправового підходу до праворозуміння право і справедливість є однопорядковими категоріями: право дорівнює справедливості. Право є мірилом правильного, а тому все, що суперечить мірилу правильного, є шкідливим і неправильним, несправедливим. Ця теза у сучасній філософії права трансформується таким чи-

ном: лише право є справедливим [11, с. 44]. Відтак правова справедливість є критерієм справедливості у загальному розумінні цього поняття.

Зважаючи на етимологічну близькість понять «право», «правда» і «правосуддя», принцип справедливості передбачає його трактування, по-перше, як зовнішнього щодо права явища і по-друге, як спеціально-юридичної категорії, що відбиває певні властивості самої юридичної форми. Перший аспект ґрунтується на тому, що справедливість є основоположною моральною категорією, другий передбачає здатність права захищати політичні, економічні та інші інтереси різних соціальних груп, кожна з яких має власні уявлення про справедливість. Наприклад, з точки зору вільного населення Риму рабство цілком відповідало його уявленням про справедливість. Щодо принципу справедливості як спеціально-юридичної категорії, то вона розглядається в масштабі відповідності, пропорційності, збалансованості і певної гармонійності між здійсненими витратами, зусиллями, зверненнями людей і відповідною реакцією на це суспільства, вираженою у вигляді винагороди, заохочення чи осуду. У цьому разі вказаний



принцип виступає як принцип усієї правової системи [6, с. 224].

Правова система – це обумовлений об'єктивними закономірностями розвитку та усвідомлений суспільством комплекс взаємопов'язаних і взаємообумовлених правових елементів, який воно використовує для досягнення поставлених цілей [13, с. 688].

Аналіз публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Арістотель розумів під справедливістю пропорційністю «рівність, відповідну стану, і щоб кожна людина могла тішитися всім своїм» [15, с. 171]. Тому у Стародавній Греції а згодом у Римі право справедливості позначалося як «а equitas», тобто як «рівність», та означало спочатку рівність перед Богом, а потім - рівність перед законом, що означало, у загальних рисах, рівне ставлення до тих осіб, що опинились у рівній (однаковій) ситуації, а також відсутність привілеїв у законі та заборона на застосування законів у однаковій ситуації по-різному (рівне правозастосування).

В період Середньовіччя в Англії виник феномен судової діяльності по застосуванню принципу справедливості всупереч позитивному законодавству. Як відомо, в Англії ще з XII стол. функціонувала система так званого загального права або common law. Загальне право в Англії було продуктом діяльності судів, а відтак - це дуже своєрідний феномен, що не має аналогів в інших правових системах. Основу загального права склали норми звичаєвого права, що використовувалися роз'їзними королівськими суддями при розгляді справ і відображались у судових звітах. Такі звичаєві норми визнавалися загальними для всього королівства.

З кінця XIII століття в Англії почав діяти Суд лорда-канцлера, який розглядав скарги на рішення роз'їзних королівських суддів згідно з правом справедливості, такі повноваження були надані Лорду-Канцлеру Вест-

мінстерським Статутом 1285 року.

Наслідком цього стало формування у XIV стол. «права справедливості» (law of equity), заснованого на канонічному і римському праві. Його норми, які ототожнювалися спочатку з «природною справедливістю», склалися згодом в окрему систему англійського права, відмінну від системи «загального права». Це право справедливості існувало не у вигляді сукупності положень позитивного законодавства, а являло собою сукупність вимог милосердя, розумності, добросердності, совісті. Іншими словами – це сукупність моральних вимог до правових актів, вимог природного права, які зобов'язували не тільки морально, але й юридично. Особи, які подавали скарги, просили короля розглянути їхні справи «по совісті і по суті» та виявити милосердя. Хоча право справедливості і було додатком до загального або статутного права, проте воно мало дуже суттєву ознаку: право, гарантоване загальним та статутним правом, вважалося нечинним, якщо воно суперечило праву справедливості [3, с. 193].

Таким чином, в Англії ще з XIV стол. затвердився погляд на загальне право як на своєрідне «сховище» заснованих на звичаї давніх свобод англійців. Звідси робився висновок, що уряд не може, як на європейському континенті, надавати громадянам конституційні права і свободи і відповідно – обмежувати їх, оскільки вони вже закріплені в загальному праві. Отже, уряд повинен лише забезпечувати їхній захист [8, с. 340].

В наш час в англійському праві справедливість як правова категорія має подвійне значення. Так, у судах лорда-канцлера справедливість (equity) є засобом корегування рішень судів загального права у випадку їх оскарження, а принципи природної справедливості (principles of nature justice) - основою для вирішення справи у випадку прогалин.

В наш час англо-саксонське пра-

во, будучи єдиним за принципами організації, доктриною, структурою тощо, водночас має особливості, що відбивають специфіку окремих англословних країн. Так, наприклад, у США це федеративна форма державного устрою, що обумовила іншу, ніж в Англії, структуру законодавства і загального права, дію федеральної конституції і федерального права поряд із конституціями і правом п'ятдесяти американських штатів.

Попри окремі відмінності, в усіх країнах з англо-саксонською системою права на доктринальному рівні визнається презумція, згідно з якою право не міститься виключно в законодавчих нормах. Відтак пошук права - це мета, на досягнення якої спрямовуються зусилля усіх юристів - кожним у своїй сфері і з використанням своїх методів. При цьому вони керуються спільним ідеалом - прагненням знайти в кожному питанні рішення, яке б відповідало загальному принципу справедливості. Зокрема, виходячи з вимог справедливості, суддя вправі відмовитися від застосування того чи іншого закону і створити тим самим власний судовий прецедент.

Щоправда, як зазначає французький правник Рене Давід, такий підхід відповідає також і традиції романо-германської правової системи: «Судді в країнах романо-германської правової сім'ї реально володіють певною незалежністю по відношенню до закону, тому що в цих країнах право і закон не ототожнюються. Тому суддя, якщо того вимагає справедливість, завжди знайде спосіб не застосовувати текст закону, що йому заважає» [5, с. 149].

Таким чином, у наш час в усіх європейських країнах, що належать як до англо-саксонської, так і до романо-германської правової сім'ї, закон, інший юридичний припис не є єдиним джерелом права, поряд з ним існують й інші джерела. Наприклад, звичаєве право, судова практика, правова док-



трина і правові принципи, і закон має сенс лише в єдності з ними.

Як відомо, з позицій природного права справедливість - це застосування моральних вимог як вимог правових до актів законодавства, це поняття про належне, яке відповідає розумінню сутності людини та її прав. Відтак принцип справедливості законодавства є гарантією захисту суб'єктивних прав та інтересів особи і водночас визначає межі здійснення вказаних прав. Тому варто погодитись із думкою, що з точки зору законності «принцип справедливості слід розуміти як визначення нормою права обсягу, меж здійснення та захисту прав та інтересів особи адекватно її ставленню до вимог правових норм» [2, с. 19].

У США принцип справедливості у цьому сенсі входить до концепції «матеріальної належної правової процедури», під якою розуміється сукупність певних конституційних вимог до нормативно-правових актів, що регулюють поведінку особи. Вони не можуть бути свавільними, нерозумними, несправедливими, необґрунтованими чи залежати від примхів законодавців, а обрані засоби повинні органічно та раціонально співвідноситися з бажаним результатом, який досягається прийняттям державного рішення. Такі конституційні вимоги є гарантією від застосування проти особи свавільних та необґрунтованих дій держави, які здійснюються на підставі антиправового нормативного акту [18, с. 33]. Іншими словами, «належною» повинна бути не лише процедура правозастосування, але й само право має бути «належним», тобто позитивне право повинно відповідати природному, що, зокрема, зобов'язує суди у випадку виявлення цієї невідповідності приймати рішення всупереч позитивному законодавству.

Що ж стосується принципу пропорційності як складового елемента принципу справедливості, то в су-

часній практиці конституційного судочинства його значення полягає у наступному: при обмеженні конституційних прав та свобод позитивним законодавством (законами) воно повинно переслідувати легітимну мету, мінімально обмежувати ці права та свободи, а засоби, що обираються законодавцем, повинні оптимально та розумно співвідноситися з переслідуваними цілями [17, с. 75].

Таким чином, у конституційне право розвинутих західних країн принцип справедливості увійшов у двох своїх основних значеннях: як рівність та пропорційність, якщо не брати до уваги інші неписані конституційні принципи та елементи органічної концепції принципу верховенства права (верховенства розуму), які також можна віднести до принципу справедливості у широкому значенні.

Отже, якщо розглядати принцип справедливості як принцип законодавства, то тут він, на нашу думку, співпадає з принципом законності. Тому, думається, принцип законності є допоміжним до принципу справедливості.

Виклад основного матеріалу дослідження. Якщо ж розглядати категорію «справедливість» як принцип права, то тут він трансформується у принцип верховенства права, згідно з яким, зокрема, права людини вищі за закони держави. На думку вітчизняного дослідника М. І. Козюбри, з якою ми повністю погоджуємось, принцип верховенства права може бути розкрито тільки за умови дотримання певних гносеологічних позицій щодо права: по-перше, повинно мати місце розрізнення права і закону; по-друге, право слід розглядати не як акт державної влади, а як соціальний феномен, пов'язаний з такими категоріями, як справедливість, свобода, рівність, гуманізм; по-третє, право має розглядатися у нерозривній зв'язці з правами людини [7, с. 16].

У більш ранній праці згаданий автор зауважує, що на сьогодні прин-

цип верховенства права «залишається належним чином неусвідомленим, а в підходах до його розуміння й надалі спостерігається досить широкий спектр думок - від ототожнення принципу верховенства права з традиційним для вітчизняної (і не тільки) теорії та практики принципом верховенства закону (щоправда, останнім часом часто з уточненням «правового закону») до зведення верховенства права до верховенства справедливості й розуму» [7, с. 47]. М.І. Козюбра також справедливо наголошує на тому, що «деякі складові принципу верховенства права не завжди напряму фіксуються у конституціях, і Конституція України у цьому відношенні не є винятком. Вони сформульовані переважно правовою наукою та судовою практикою, що ніяк не применшує їх значення для утвердження верховенства права. До таких його складових належать, зокрема, принципи визначеності та пропорційності» [7, с. 47]. При цьому під принципом визначеності автор розуміє вимогу щодо чіткості підстав, цілей та змісту нормативних приписів, а під принципом пропорційності - вимогу щодо визначення повноваження органів виконавчої влади у відносинах з громадянами та їх об'єднаннями лише законами.

Відомий вітчизняний правник С. П. Головатий зауважує, що «верховенство права - це ідея виключно природного права, доктрини природного права, тобто - ідея, яка виникла на визнанні одного факту: людина як істота природи з'являється на світ з певними правами і свободами, яких їй ніхто не дає і ніхто не має права від неї відібрати. І ці права та свободи називаються основоположними й абсолютними, які є невідчужуваними» [4, с. 14; 85].

Саме з доктрини природного права походить сучасна концепція прав людини. Природний характер прав людини підкреслюється у міжнародно-правових документах,



які визнані всіма цивілізованими державами світу, зокрема, у Загальній декларації прав людини від 10 грудня 1948 року і Міжнародних пактах про громадянські та політичні права і про економічні, соціальні і культурні права, затверджених ООН 1966 року. Природні права належать людині від її народження в силу того, що вона - людина, випливають з природи людини й пов'язані з нею, тобто вони є особистими правами, й у цьому сенсі є невідчужуваними та невід'ємними протягом життя людини: вона не може бути позбавленою цих прав та свавільно обмеженою державою щодо їх реалізації. З метою відокремлення цих прав людини від позитивних прав, які створюються державою та скасовуються актами виявлення державної волі, тобто шляхом прийняття відповідних законів, їх називають природними правами людини [14, с. 117].

Зазначена позиція відображає підхід, що переважає у сучасній науці конституційного та адміністративного права України щодо тлумачення змісту принципу верховенства права через формулу, що задекларована у ч. 1 ст. 8 Конституції України і знайшла, зокрема, своє відображення у ч. 2 ст. 3 Конституції: «Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав людини є основним обов'язком держави». Поруч із цим варто відмітити доцільність врахування та комплексного запровадження у вітчизняному законодавстві й інших критеріїв (ознак) об'єктивації принципу верховенства права. Насамперед це стосується включення до змісту доктринального розуміння цього принципу вимоги щодо рівності усіх осіб перед законом. Прийнята 28 червня 1996 року Конституція України втілила найкращі здобутки загальнолюдського юридичного досвіду конституційного забезпечен-

ня прав і свобод людини, гарантій здійснення і процедури їх правового захисту. Майже третину статей Конституції України безпосередньо присвячено цьому питанню і вже цим визначається її гуманістичне спрямування.

На думку вітчизняного конституціоналіста С. Шевчука, Конституція є головним гарантом справедливості, оскільки, по-перше, вона визначає обсяг і межі благ, які держава зобов'язується гарантувати особі і суспільству, по-друге, визнає пріоритет прав людини над правами держави, по-третє, припускає, що після визнання природного права джерелом конституційного права несправедливий закон має бути визнаний протиправним, а, отже, - неконституційним [16, с. 87].

З огляду на викладений матеріал можна зробити висновок права людини є загальними, невід'ємними, неподільними. Вони належать кожному незалежно від національної приналежності, релігії, статі, віку, здібностей. Закони правової держави повинні гарантувати громадянам ці невід'ємні права, які належать їм від народження.

Закріплення в чинній Конституції України основ демократичних свобод породило необхідність не лише розширення правового простору, розробки організаційно-правових механізмів реалізації прав і свобод людини, а й вимагало створення якісно нового справедливого законодавства, яке відповідало б сучасним потребам українського народу.

Відтак принцип справедливості знайшов закріплення у новітньому законодавстві України, зокрема у таких нормативно-правових актах, як ЦК України, ЦПК України, ГК України, КК України, КВК України тощо. Так, в основних положеннях ЦК України (ст. 3) зазначено, що до загальних засад цивільного законодавства поряд з іншими належать і справедливість, добросовісність та

розумність, а також неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини. У ст. 1 КК України встановлено, що Кодекс має своїм завданням правове забезпечення охорони прав та свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам. Окрім того, норми справедливості можна прослідкувати й у статтях 16, 16-1, 18, 22 КПК України, а також у статтях 1, 5, 6 КВК України, ст. 4-3 ГПК України тощо.

Розглядаючи принцип справедливості в контексті судового правозастосування, видається доречним навести позицію відомого британського юриста Денніса Ллойда, котрий розрізняє формальну справедливість, яка втілена в принципі однакового підходу до однакових справ і передбачає наявність трьох умов: 1) існування норм, що приписують необхідну поведінку в конкретних умовах; 2) їх загальний характер, тобто застосування до всіх і до кожного чи до певних категорій осіб, а не вибірково; 3) безпристрасність і неупередженість, тобто їх застосування без жодної дискримінації, примусу чи, навпаки, поблажок, та «реальну» справедливість, що передбачає, окрім трьох зазначених формальних атрибутів, також і справедливий зміст та досягається, на його думку, двома методами: по-перше, гнучкістю норм, що дозволяє судді чи іншому суб'єктові застосування права можливість у рамках встановлених норм враховувати існуючі в даному суспільстві цінності і завдяки цьому позитивно підходити до права, навіть якщо це не завжди визнається; по-друге, закріпленням певних фундаментальних принципів у законодавстві, зокрема, конституціях [9, с. 133-134].

Цінність такого підходу полягає не тільки в тому, що він дозволяє зро-



бити цілком відкритими принципи, покладені в основу правової системи, але і в тому, що він може зробити їх обов'язковими юридичними нормами, порушення котрих переслідуються в законодавчому порядку.

Отже, через призму природних принципів справедливості і розумності має оцінюватися і тлумачитися все позитивне і природне право, а також наслідки його застосування. Справедливість є конкретною та універсальною за сферами використання категорією, що адекватно може бути реалізована через невичерпну багатоманітність правозастосовної діяльності і захищається судом, коли несправедливість стає нестерпною. Справедливість судових рішень є можливою лише на підставі дотримання чинного законодавства. Разом з тим суди приймають рішення «*contra legem*», тобто, всупереч формальному, державному закону, якщо дотримання норм закону призведе до явно несправедливого результату. Тому принцип справедливості може використовуватися в будь-якій ситуації, щоб виправити несправедливість, яка б мала місце, якщо б застосовувалися традиційні правила.

Справедливість є одним із провідних принципів при вирішенні юридичних справ, коли суду надана «свобода розсуду», коли суд здійснює функцію індивідуального регулювання. Справедливим в рамках закону може бути визнано єдино можливе в конкретному випадку, найбільш оптимальне, розумне, гуманне рішення. У ряді випадків колізії між вимогами законності і справедливості судового рішення можуть бути пом'якшені, якщо суд намагатиметься справедливо тлумачити вживаним норми права, толерантно відноситись до учасників судового процесу [9, с. 26].

Використана література

1. Бабич І. Г. *Принцип справедливості у римському праві та у сучасному зобов'язальному праві України*. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук, Одеса, 2006, 480 с.
2. Берман Г. В. *Западна традиція права: епоха формування*. М.: Издательство «Спарк», 1994, 286 с.
3. Головатий С. П. *Верховенство права: юридичний принцип, який в Україні офіційно визнано та який має діяти*. В: Українське право: Матеріали міжнародної конференції „Верховенство права: питання теорії та практики”, 2006, № 1, 203 с.
4. Давид Р. О. *Основные правовые системы современности*: Р. О. Давид, К. В. Жоффре-Снинози. Пер. с фр. В. А. Туманова, М.: Междунар. отношения, 1999, 235 с.
5. Демінська А. А. *Принцип справедливості, добросовісності та розумності в цивільному праві*. <http://pravnyk.info/> 23 Листопад, 2010.
6. Козюбра М. І. *Принцип верховенства права та вітчизняна теорія і практика*. В: Українське право: Матеріали міжнародної конференції „Верховенство права: питання теорії та практики”, № 1, 2006, 54 с.
7. *Конституційне право зарубіжних країн*. За загальною редакцією В. О. Ріяки, К.: Юрінком Інтер, 2004, 567 с.
8. Ллойд Деннис. *Ідея права*. Монографія. За ред. Ю. М. Юмашева. [Пер. с англ. М. А. Юмашева]. Научн. редактор Ю. М. Юмашев, М.: ЮГОНА, 2002, 189 с.
9. Михайленко О. С. *Проблеми справедливості при розбудові правової держави*. Харків: Право, № 8, 1998, 98 с.
10. Нерсисянц В. С. *Філософія права: Учебник*. М.: Норма, 2008, 258 с.
11. *Новий тлумачний словник української мови*. К.: «Аконіт», 2003, 896 с.
12. *Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5-ти томах*. Т. 1: *Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і роз-*

витку правової системи України. Авт. кол. Ред. М. В. Цвік, О. В. Петришин, Харків: Право, 2008, 728 с.

13. Рабінович П. М. *Права людини і громадянина*. П. М. Рабінович, М. І. Хавронюк, К.: Атіка, 2004, 468 с.

14. Рассел Бент. *Історія західної філософії*. К.: Основи, 1995, 438 с.

15. Шевчук С. А. *Природно-правові засади прав людини*. В: *Право України*, № 12, 2006, 425 с.

16. Шевчук С. В. *Значення загально-правового принципу пропорційності для визначення конституційності законодавчих обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід)*. В: *Вісник Академії правових наук України*, № 1, 2000, 235 с.

17. Шевчук С. В. *Процесуальні основи конституційної демократії: концепція «належної правової процедури»*. В: *Українське право*, № 2, 1999, 189 с.

18. *Юридична енциклопедія: в 6-ти тт.* Редкол.: Ю. С. Шемшученко. (голова) та ін. К.: Укр. енциклоп., 1998, Т. 5: П-С, 2003.



ОРГАНИЗАЦИЯ РАБОТЫ ПРОКУРАТУРЫ УКРАИНЫ ПО ОСУЩЕСТВЛЕНИЮ ПРАВООЩИТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Г. РЫБАЛКО,

ст.преподаватель кафедры правосудия Харьковского национального университета имени В. Н. Каразина, соискатель Национального университета «Национальная юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

SUMMARY

In this paper the questions of the organization of the public prosecutor for the implementation of human rights activities. Analyzes the current legislation in terms of the allocation of certain elements, which together form the essence of the organization of human rights activities in the work of the prosecutor identified the qualities that should have prosecutors in carrying out human rights work.

Keywords: prosecutors, advocacy, public prosecutor's supervision, the rights and freedoms of man and citizen, the performance criteria of human rights activities.

АННОТАЦИЯ

В статье исследованы вопросы организации работы прокуратуры Украины по осуществлению правозащитной деятельности. Анализируется действующее законодательство с точки зрения выделения определенных элементов, которые в совокупности составляют сущность организации правозащитной деятельности в работе прокурора, определены качества, которые должны иметь прокурорские работники при осуществлении правозащитной деятельности.

Ключевые слова: прокуратура, правозащитная деятельность, прокурорский надзор, права и свободы человека и гражданина, критерии эффективности правозащитной деятельности.

Постановка проблемы. Сфера правозащитной деятельности прокуратуры характеризуется неопределенностью на законодательном и подзаконном уровнях, которую иллюстрирует последовательное внедрение в законодательное поле соответствующих терминов и их отмены, которые имели место соответственно в 2004 и 2010 годах на конституционном уровне и в 2011 и 2012 годах - на уровне ведомственных актов Генерального прокурора Украины.

Актуальность темы. На сегодняшний день в украинском обществе обострились дискуссии относительно роли и места прокуратуры среди органов государственной власти и ее функциональной направленности. Учитывая это, а также то, что в условиях, когда механизм защиты прав и свобод человека и гражданина в Украине на протяжении последних десятилетий находится на стадии становления, а усилия отдельных органов государственной власти в этом направлении оказываются неэффективными, предметная направленность деятельности прокуратуры на обеспечение прав и свобод человека требует выделения правозащитной деятельности как самостоятельного направления работы

органов прокуратуры Украины. Это позволит, с одной стороны, повысить общее состояние защищенности прав и свобод человека в нашей стране, а с другой - определить перспективы для дальнейшего развития прокурорской деятельности в Украине.

Цель данной статьи – ввести критерии оценки эффективности прокурорского надзора за соблюдением прав и свобод человека и гражданина и наметить пути повышения качества этой важной прокурорской деятельности.

Изложение основного материала исследования. Эффективность осуществления правозащитной деятельности прокуратуры базируется на должной организации ее работы в этом направлении. В толковом словаре это понятие определяется как организованность, планомерное, продуманное устройство чего-либо, внутренняя дисциплина [1].

Организация работы – это целенаправленная деятельность, т.е. она преследует определенную цель. Как замечает Н. К. Якимчук, организация и управления в органах прокуратуры направлены на создание условий для реализации поставленных перед ней задач [2]. То есть, указанный процесс направлен на эффективное

выполнение задач и функций прокуратуры.

Итак, основываясь на этих положениях организацию правозащитной деятельности прокуратуры мы можем определить как комплекс управленческих мероприятий, направленных на оптимизацию осуществления прокурорской деятельности по защите прав и свобод человека и гражданина и интересов государства, а также повышение ее эффективности.

Во всех источниках организация работы определяется как комплекс или система мер, предусматривающий ее внутреннюю дифференциацию и необходимость выделения определенных элементов, которые в совокупности составляют ее сущность. Несмотря на тот факт, что, согласно п. 14 ст. 92 и ст. 123 Конституции Украины, организация и деятельность прокуратуры определяются законом, Закон Украины «О прокуратуре» не содержит определения таких элементов. Среди нормативных источников, которые позволяют выделить их, можно указать приказ Генерального прокурора Украины № 1 гн «Об организации работы и управления в органах прокуратуры» от 26.12.2011 [3]. Согласно п. 6 этого приказа, определение оптимальной структуры,



штатной численности и надлежащее распределение обязанностей между руководством и подчиненными работниками рассматриваются как важнейшие организационно-управленческие факторы. Кроме того, в Приказе № 1 гн уделяется внимание также планированию, аналитической работе, контролю выполнения и другим мерам организационного характера.

Систему мероприятий по организации правозащитной деятельности прокуратуры можно представить следующим образом: 1) кадровое обеспечение правозащитной деятельности, 2) информационно-аналитическое обеспечение правозащитной деятельности прокуратуры, 3) планирование работы по защите прав и свобод человека, интересов государства в органах прокуратуры, 4) работа по выполнению запланированных задач 5) учет и отчетность о проделанной работе; 6) контроль выполнения в органах прокуратуры и оценка эффективности правозащитной деятельности.

Согласно п. 1 приказа Генерального прокурора Украины № 2 гн от 15.12.2011 «Об организации работы с кадрами в органах прокуратуры Украины», обеспечение правильного подбора, расстановки, профессиональной подготовки и воспитания кадров рассматривается как эффективное средство успешного выполнения возложенных на органы прокуратуры задач по утверждению верховенства права, укрепления законности, защиты прав и свобод человека и гражданина, общественных и государственных интересов [4]. Итак, Генеральным прокурором Украины признается и провозглашается неразрывную связь кадрового обеспечения и эффективного осуществления правозащитной деятельности прокуратуры.

Как предусматривает п. 10 приказа ГПУ № 1 гн, работа городских (кроме городов с районным делением), районных, межрайонных и других приравненных к ним прокуратур должно организовываться по отраслевому и предметным принципам. Эти принципы предусматривают распределение обязанностей между работниками по направлениям прокурорской деятель-

ности с учетом определенных законом функций прокуратуры. За каждым работником закрепляется круг вопросов, объединенных одной темой [5].

Распределение функциональных обязанностей между работниками осуществляется руководителем прокуратуры на основании приказа о распределении служебных обязанностей. Изучение таких приказов прокуратур районного уровня показывает, что к правозащитной деятельности могут быть отнесены такие направления: обеспечение надзора за соблюдением и применением законов о защите конституционных прав и свобод граждан (как правило, возлагается на одного-двух оперативных работников), обеспечение надзора за соблюдением и применением законов в деятельности контролирующих и правоохранительных органов (три-четыре работника), обеспечение надзора в сфере бюджетных отношений (один-два сотрудника), обеспечение надзора за соблюдением законов об административных правонарушениях (три-четыре работника), защита прав граждан или интересов государства при исполнении судебных решений (два-три работника, как правило, те, на кого возлагается осуществление представительства в соответствующих закрепленных темах), надзор за соблюдением законов в сфере охраны окружающей среды: атмосферного воздуха, земель, водных объектов, леса, недр, природно-заповедного фонда, животного мира, а также надзор за соблюдением санитарного и ветеринарного законодательства, об отходах, экологическую безопасность и т.д. (один работник), надзор за соблюдением законов о правах несовершеннолетних (один работник).

Согласно п. 8.2 приказа ГПУ № 1, при осуществлении распределения обязанностей между работниками должны учитываться теоретическая подготовка, практический опыт, индивидуальные наклонности и способности работников. К сожалению, ведомственные акты не уточняют перечень качеств, необходимых для прокурорских работников, осуществляющих правозащитную деятельность. Исключение из этого составляют предусмо-

тренные п. 3.1 приказа ГПУ № 16 гн от 01.11.12 «Об организации деятельности органов прокуратуры по защите прав и свобод детей» требования, согласно которым непосредственное выполнение обязанностей по защите прав и свобод детей должно поручаться опытным работникам, которые имеют стаж работы в органах прокуратуры, как правило, не менее 3 лет. В прокуратурах районного уровня по возможности на этих прокуроров не следует возлагать исполнение обязанностей по другим направлениям прокурорской деятельности.

Осуществление правозащитной деятельности по сравнению с другими направлениями прокурорско-следственной работы имеет ряд особенностей, которые требуют от прокурорских работников, задействованных на направлении ее осуществления, особой подготовки и наличия деловых и моральных качеств. Ориентировочный перечень этих качеств позволяет составить ст. 2 Дисциплинарного устава органов, согласно которой работники прокуратуры должны иметь высокие моральные качества, быть принципиальными и непримиримыми к нарушениям законов, совмещать выполнение своих профессиональных обязанностей с гражданским мужеством, справедливостью и неподкупностью. Они должны лично строго соблюдать требования закона, проявлять инициативу в работе, повышать ее качество и эффективность и способствовать своей деятельностью утверждению верховенства закона, обеспечению демократии, формированию правосознания граждан, уважения к законам, нормам и правилам общественной жизни [6]. Однако приведенные в этом акте положения имеют общий характер и не учитывают в полной мере специфику правозащитной деятельности.

Более четкое представление о соответствующих качествах позволяет получить Кодекс профессиональной этики и поведения работников прокуратуры от 28.11.2012 г. [7]. В частности, согласно ст. 6 «Уважение прав и свобод человека и гражданина» при исполнении служебных обязанностей работник прокуратуры должен уважать



права и свободы человека и гражданина на согласно отечественных и международных правовых норм, осознавая, что человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность определяются в Украине наивысшей социальной ценностью. Работник прокуратуры должен относиться к гражданам справедливо, внимательно, доброжелательно и беспристрастно по общечеловеческим принципам морали. Кроме того, в отношениях с гражданами прокурорский работник следовать принципу толерантности, т.е. толерантно и с уважением относиться к расовой, национальной принадлежности, языку, традициям и обычаям других лиц, а также к их политическим и религиозным убеждениям, если они не направлены на разжигание расовой, национальной, политической и религиозной вражды (ч. 4 ст. 7 Кодекса), а также принципов равенства всех перед законом, не допускать никаких проявлений дискриминации (ч. 1 ст. 8 Кодекса). В общем, работник прокуратуры должен стремиться к достижению справедливого баланса между правами и свободами человека и общими интересами общества (ч. 2 ст. 9 Кодекса), а также своей самоотверженностью, беспристрастностью, добросовестным исполнением служебных обязанностей способствовать повышению авторитета прокуратуры и укреплению доверия граждан к нее (ч. 3 ст. 10 Кодекса).

Итак, на основании этих качеств должен осуществляться отбор и расстановка прокурорских кадров, предназначенных для осуществления правозащитной деятельности, и распределение служебных обязанностей между ними. С целью усовершенствования данной работы целесообразно расширять в органах прокуратуры практику психологического тестирования, которое бы выражало индивидуальные наклонности человека и его отношение к гражданам, их прав и интересов, которые она призвана защищать средствами правозащитной деятельности. При наличии фактов бездушного, пренебрежительного отношения к гражданам, даже при отсутствии в нем состава дисциплинарного или иного

наказуемого проступка, целесообразно ставить вопрос о переводе такого работника на другое направление прокурорской деятельности, не связанного с правозащитным.

Кодекс профессиональной этики и поведения работников прокуратуры был положительно оценен Чрезвычайным и Полномочным Послом США в Украине Джоном Ф. Теффтом во время его встречи с Генеральным прокурором Украины Виктором Пшонкой, которая состоялась 16 января 2013 года [8].

Информационно-аналитическое обеспечение правозащитной деятельности прокуратуры является следующим важным элементом организации этой работы. Оно характеризует процесс работы с информацией в органах прокуратуры Украины, а именно: ее сбор, накопление, обработка, хранение и использование в практической деятельности с целью эффективного выполнения возложенных на прокуратуру задач и реализации функций [9].

Планирование работы по защите прав и свобод человека, интересов государства в органах прокуратуры является одним из центральных элементов в организации правозащитной деятельности. Генеральным прокурором Украины планирование рассматривается как действенное средство повышения эффективности прокурорско-следственной работы (п. 11 Приказа № 1 гн). Сущность планирования как управленческой функции заключается в определении целей развития системы управления (отдельных ее составляющих) на предстоящий период, направлений, задач, наиболее эффективных методов и средств их реализации, сроков выполнения определенных целей, ресурсов, необходимых для их достижения, количественных и качественных показателей развития тех или иных процессов в системе государственного управления [10]. Планирование правозащитной деятельности должно соответствовать общим принципам планирования работы в органах прокуратуры. Указанные требования определяются ведомственными приказами Генерального прокурора Украины, а также формулируются в научной и учебно-методической юридической

литературе. В частности, согласно п. 11.2 Приказа ГПУ № 1 гн, прокуроры должны обеспечивать целенаправленность, конкретность и реальность планов, их соответствие требованиям времени и потребностям практической деятельности. В юридической литературе выделяются следующие принципы планирования работы в органах прокуратуры, как: конкретность, оптимальная достаточность, стабильность, целеустремленность, реальность и т.д..

Эффективность работы прокуроров по осуществлению правозащитной деятельности, полнота и качество выполнения запланированных задач могут быть оценены с помощью учета и отчетности о проделанной работе.

Данный вопрос в органах прокуратуры регламентируются приказом ГПУ № 15 гн от 25.09.2012 «Об организации работы по вопросам статистики, ведение Единого реестра досудебных расследований и надзора за учетом уголовных правонарушений» [11], Инструкцией по делопроизводству в органах прокуратуры Украины от 16.01.2013 [12] и др.. Согласно приказа ГПУ № 15 гн, от прокуроров требуется принимать исчерпывающие меры по повышению уровня работы по вопросам статистики и обеспечивать: своевременность и объективность внесения сведений о результатах надзорной и следственной работы в определенных форм первичного учета, отчетности, Единой системы статистики и анализа работы органов прокуратуры Украины; достоверность отражения в Едином реестре досудебных расследований сведений по уголовным преступлениям, лиц, их совершивших, и принятых в ходе досудебного расследования решений прокурорами и следователями органов прокуратуры, совершенствование форм и методов надзора за соблюдением нормативных актов по вопросам учета уголовных правонарушений, ведения Единого реестра досудебных расследований и формирования отчетности правоохранительными органами; функционирования компьютерного программного комплекса «Единая система статистики и анализа работы органов прокуратуры Украины» и внедрение в работу



современных информационных технологий, средств электронной связи.

По результатам правозащитной деятельности на отдельных направлениях составляются отчеты, которые, в соответствии с п. 1.5 следует ГПУ № 15 гн, принадлежит отправлять в прокуратуру высшего уровня в электронном и бумажном виде за личной подписью, в порядке и в сроки, определенные соответствующими приказами и инструкциями. Однако анализ ведомственных актов ГПУ в сфере правозащитной деятельности прокуратуры не позволяет установить четкие сроки представления соответствующей отчетности. В сводном отчете сведения о работе прокурора по форме № 2 показателя правозащитной деятельности по обеспечению прав и свобод граждан и интересов государства подаются в разделе 1. Они распределяются по отраслям законодательства: (1) о конституционных правах и свободах граждан, о: ксенофобии, миграции и беженцев; труда; здравоохранения; социальной защиты льготных категорий граждан; охраны прав детей, (2) в области экономических отношений: о государственной и коммунальной собственности; в агропромышленном комплексе, о кредитно-финансовой деятельности, о налогообложении, о бюджетной системе и др., (3) в области охраны окружающей среды, (4) о земельных правоотношениях (5) при выполнении решений судов и других органов, (6) по результатам проверок ЗУ «Об обращении граждан», (7) по результатам проверок ЗУ «О доступе к публичной информации», (8) по результатам рассмотрения обращений.

Итоговым элементом организации правозащитной деятельности прокуратуры выступает контроль выполнения. Как отмечается в научной юридической литературе, функция контроля состоит в установлении соответствия процесса функционирования объекта управления принятым управленческим решениям. Осуществление контроля предусматривает как обязательный завершающий элемент предоставления оценки правозащитной деятельности подконтрольных объектов с целью повышения ее эффективности.

Определение эффективности правозащитной деятельности требует выработки четких критериев, по состоянию соблюдения которых и должна оцениваться прокурорская деятельность в этом направлении.

Такие критерии формулируются в отраслевых приказах Генерального прокурора Украины. Так, согласно п. 20 Приказа № 3 уровень прокурорского надзора за соблюдением и применением законов подчиненными прокуратурами необходимо оценивать исходя из состояния законности, своевременности и полноты реагирования на нарушение закона, фактического восстановления прав и свобод граждан и интересов государства, реального возмещения средств и нанесенного ущерба, привлечения виновных к ответственности, прежде всего должностных лиц органов государственной власти и контроля.

Выводы. Эффективность осуществления правозащитной деятельности прокуратуры базируется на должной организации ее работы в этом направлении, которое можно определить как комплекс управленческих мероприятий, направленных на оптимизацию осуществления прокурорской деятельности по защите прав и свобод человека и гражданина и интересов государства, а также повышение ее эффективности.

Система мероприятий по организации правозащитной деятельности прокуратуры можно представить следующим образом: 1) кадровое обеспечение правозащитной деятельности, 2) информационно-аналитическое обеспечение правозащитной деятельности прокуратуры, 3) планирование работы по защите прав и свобод человека, интересов государства в органах прокуратуры, 4) работа по выполнению запланированных задач 5) учет и отчетность о проделанной работе; 6) контроль выполнения и оценка эффективности правозащитной деятельности.

Использованная литература

1. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. *Толковый словарь русского языка*: 80000 слов и фразеологических выражений. Российская АН.; Российский фонд куль-

туры - 3-е изд., Стереотипное. М.: АЗЪ, 1995, 928 с., с. 449.

2. Якимчук Н. К. *Проблемы управления в органах прокуратуры Украины: теория и практика*: [монография]. Н. К. Якимчук. М.: Ин-т государства и права НАН Украины, 2001, 440 с., с. 107.

3. *Об организации работы и управления в органах прокуратуры Украины* [Электронный ресурс]: приказ Генерального прокурора Украины № 1 гн от 26.12.2011г. Режим доступа: http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?_m=publications&_t=rec&id=94102. Заголовок с экрана.

4. *Об организации работы с кадрами в органах прокуратуры Украины* [Электронный ресурс]: приказ Генерального прокурора Украины № 2гн от 15.12.2011 г. Режим доступа: http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?_m=publications&_t=rec&id=94102. Заголовок с экрана.

5. Лапкин А. В. *Основы прокурорской деятельности в схемах*. Х.: Право, 2013, с. 61.

6. *Дисциплинарный устав прокуратуры Украины*: утв. постановлением Верхов. Рады Украины от 06.11.1991. В: / Ведомости Верховной Рады Украины, 1992, № 4, ст. 15.

7. *Кодекс профессиональной этики и поведения работников прокуратуры* [Электронный ресурс]: утв. приказом Генерального прокурора Украины № 123 от 28.11.2012 г. Режим доступа: http://www.gp.gov.ua/ua/kodet.html?_m=publications&_t=rec&id=113992. Заголовок с экрана.

8. [Электронный ресурс]: Режим доступа: http://www.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=115088 Заголовок с экрана.

9. Лапкин А.В. *Основы прокурорской деятельности в схемах*. Х.: Право, 2013, с. 60.

10. *Административное право*: учебник. Ю. П. Битяк (рук. авт. Кол.), В. Н. Гарашук, В. Богуцкий и др.; Под общ. ред. Ю.П. Битяк, В.Н. Гарашука, В. В. Зуй. Х.: Право, 2010, 624 с., с. 131.

11. *Об организации работы по вопросам статистики, ведение Единого реестра досудебных расследований и надзора за учетом уголовных правонарушений* [Электронный ресурс]: приказ Генерального прокурора Украины № 15 от 25.09.2012. Режим доступа: http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?_m=publications&_t=rec&id=94102. Заголовок с экрана.

12. *Инструкция по делопроизводству в органах прокуратуры Украины* [Электронный ресурс]: утв. приказом Генерального прокурора Украины № 3 от 16.01.2013 г. Режим доступа: http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?_m=publications&_t=rec&id=94102. Заголовок с экрана.



RELATION OF MISCONCEPTION AND FRAUD AS CONDITIONS FOR INVALIDITY FOR LEGAL TRANSACTIONS

Irina DAVYDOVA,

Candidate of law, Associate professor of Civil Law department, the National University «Odessa Academy of Law»

SUMMARY

The article is dedicated to the issue of correspondence of an error and a fraud as the conditions of transaction invalidity. The review of theoretical approaches to defining the differences between an error and a fraud is presented. Special features of a fraud as the condition of transaction invalidity are defined. Ultimately it is noted that a fraud can be considered as a separate case of an error which is committed consciously.

Keywords: error, fraud, cause of invalidity, transaction, suppression.

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена проблеме соотношения ошибки и обмана как условий недействительности сделок. Приводится обзор теоретических подходов к определению отличий между ошибкой и обманом. Определены характерные черты обмана как условия недействительности сделки. В заключение отмечается, что обман может рассматриваться как частный случай ошибки с той разницей, что его совершают осознанно.

Ключевые слова: ошибка, обман, основание недействительности, сделка, замалчивание.

Legal problems of deals and their invalidity have always been a focal point for representatives of civil jurisprudence. One of the problem issues that require special attention is invalidity of deals resulted from misconception or fraud. There are frequent cases of making deals by persons, who, due to lack of relevant knowledge or willful misconduct by the other party, make deals, subject matter of which do not conform with their ideas. In such cases it means discrepancy between persons' true intentions and results of deals made, which gives ground for challenging of those deals and holding them invalid.

Problems of invalidity of deals are considered in many research works by N. Agarkov, M. Blinova, D. Genkin, V. Zhekov, I. Peretersky, N. Rabinowich, K. Razumov, N. Khatnyuk, V. Shakhmatova and others. However, some issues require additional attention, particularly, the issue of difference between misconception and fraud.

The problem of relation between misconception and fraud as conditions for invalidity of deals has both theoretical and practical meaning as it allows us to ascertain legal effects of invalidity of deal. Thus, the object of this article is ascertaining similarities between misconception and fraud as conditions for invalidity of deals.

Likeness of misconception and fraud was pointed out by such well-known

German scientists as K. Zweigert and H. Ketz [1, p. 137], who noted that misconception and fraud (or willful misrepresentation) are allied to each other, i.e. the victim can also enter an agreement by misconception. At fraud such misconception is willfully provoked by the other party to the agreement. So fraud can be considered as a special kind of a "provoked" mistake. Similarly, in English Law, under this category falls a mistake resulted under the influence of deceitful claims purposefully made before making of agreement in order to induce the other party to enter into it.

Innocent or negligent claims that lead to misconception, as well as willful ones, are distinguished. In Britain it is defined as fraudulent misrepresentation. In France and other countries of Romance legal system this means fraud (*dol* or *dolo*), in Germany and Switzerland – *malevolence* (*arglistiger*) or willful fraud, in Austria – *abstruseness* (*list*), in Holland – *fraud* (*bedrog*).

The difference between misconception and fraud is that the latter is caused by willful misconduct of the counter party or third parties. The more exact definition for such activities would be not "willful" but "guilty", as it is guilt, which acts as the criterion distinguishing between misconception and fraud [2, p. 144-145].

In a different way, but also taking forms of guilt for the basis, speaks about the difference between misconception

and fraud N. Rabinowich. In her opinion this difference lies not in a person's passive position at mistake or at active willful misconduct. Misconception may also occur, when a party has misled the other party by accident or by negligence. Fraud also takes place at purposeful misrepresentation regardless of the will of a party to the deal [3, p. 70].

The English Civil Law is the best-reasoned on the issue. It acknowledges that misrepresentation can be recognized either as innocent or as willful, fraudulent. In both cases a party enters into an agreement following provision by the other party of information, which is not true. Presence of innocent misrepresentation or fraud is defined with regard to behavior of the counter party, which provides wrongful or false information.

If a party providing such information is sure in good faith of its accuracy and has sufficient ground for such faith, misrepresentation is recognized as innocent. However, if a party has provided wrongful information knowing it to be false, such an agreement is acknowledged as one made under fraud. Cases are also treated as fraud when a party providing wrongful information although being unaware of their falseness still leaves open such a possibility. Finally, a party providing wrongful information is also held responsible for such negligence.

R. Khalfina assumes that existence of guilt in any form (intent, negligence etc.)



of a party that provides false information gives ground for such actions to be determined as fraudulent and, therefore, agreement can be declared voidable due to fraud [4, p. 247].

Innocent misrepresentation, as alleged by R. Khalina, may serve ground for invalidity of an agreement only under certain conditions. First of all, a false statement that misleads a party in agreement must refer to certain facts, presence or absence of which is essential for an agreement. Any inaccurate statement that concerns rights or particular terms is not essential for an agreement [4, p. 247].

A. Joffe wrote: "If any specific circumstances witness that with the right idea of issues taken in the wrong light due to fraud the counter party would not enter into an agreement such an agreement should be acknowledged as the one made under fraud" [5, p. 279].

Fraud (Article 230 of Civil Code of Ukraine [6]) is understood as intentional misrepresentation by a party to the other party of circumstances, which are essential and whose content is determined by Part 1 of Article 222 of Civil Code of Ukraine, with the purpose of making a deal. For deal to be acknowledged as made under fraud (Article 230 of Civil Code of Ukraine), it must be proved that misconception has to do with the nature of the deal, rights and obligations of the parties, such properties or qualities of a thing, which considerably reduce its value or decrease possibility of its use for intended purpose. However, misrepresentation with regard to motives of the deal does not qualify a party for application of legal norms to the party, which gave such misrepresentation.

Fraud also occurs in case when a party denies presence of any circumstances that may prevent the parties from making a deal or when it suppresses the fact of their existence.

Fraud as ground for holding a deal invalid is distinguished from misrepresentation, which is quite essential. O. Dzera and O. Otradnova point out the differences between these legal terms, which come to the following:

"Fraud is certain guilty and willful actions by a party trying to convince the

other party of such properties or results of a deal, which, in fact, cannot be true. A mistake, however, is a result of the wrong impression of circumstances of a deal; at fraud the results of deal are known and desired for one of the parties, while at mistake both parties may misunderstand circumstances of a deal [7, p. 13].

One should differ from a mistake cases when the wrong impression about properties of something has been formed under the influence of the other party's intentional actions. In such a case the ground for invalidity of agreement will not be a mistake but fraud. Therefore graver consequences of invalidity may occur. Two cases are defined by the second paragraph of Part 1 of Article 230 of Civil Code of Ukraine, when a party's actions can be treated as fraud.

Firstly, if a party denies any circumstances that may prevent a deal from being made.

Secondly, if a party conceals existence of the specified circumstances.

In the first case, ascertaining the very fact of denial of circumstances that may prevent the parties from making a deal is not enough to prove fraud.

A party's intention of misrepresentation of information to the counter party also needs to be proved, particularly the case when a party is aware of circumstances that may prevent deal from being made but willfully denies their existence. Any factual circumstances that testify to the fact of the respondent's awareness of providing the counter party with false information can serve the proof of the respondent's intent of misrepresentation.

If the circumstances testifying to the seller's awareness of any defect of the sold thing have not been proved, his intention of misrepresentation is also considered unproved. In this case, however, agreement may be held invalid as one entered into under the influence of misconception by both parties with regard to quality of the sold thing.

More complicated is the process of proving of the other case, i.e. suppression of facts. Here, one should consider that in conceptual interpretation of Part 1 of Article 230 of Civil Code of Ukraine it must be only willful suppression. Si-

lence (non-disclosure) of itself can be erroneous, i.e. unintentional or negligent. In such a case agreement should still be held invalid as one resulted from a mistake, and consequences provided by the second paragraph of Part 2 of Article 229 of Civil Code of Ukraine should be applied, according to which a party, whose negligent behavior has provoked a mistake shall reimburse the other party for the incurred losses.

So, unintentional non-disclosure of information must not be treated as a case of suppression as neither party intends to form misconception of the counter party of essential conditions of the agreement. [8, p. 33-34].

The most common approach in the Theory of Civil Law was the one according to which fraud as ground for invalidity of agreement can encompass a wider range of circumstances than just a mistake. In particular, fraud about motives of making an agreement is also treated as ground for invalidity of the latter. [3, p. 71, 1, p. 138].

However with the passing of Civil Code of Ukraine the rightness of such assumptions has been put in doubt. Thus, Article 230 of Civil Code of Ukraine assumes that ground for holding invalid a deal made under fraud is the essential meaning of circumstances due to which a party has been misled. Furthermore, there is a reference to Part 1 of Article 129 of Civil Code of Ukraine (misconception of essential circumstances).

Whereas according to Article 229 of Civil Code of Ukraine, misconception as to motives of deal is not essential, it can virtually be claimed that Article 230 of Civil Code of Ukraine (fraud) is also not applicable in such cases.

According to Article 230 of Civil Code of Ukraine, one of conditions for holding invalid a deal made under fraud is that misleading of a party can be a serious reason for a deal not to be made. This regulation is also a criterion for defining of essential circumstances fraud includes.

As stated above, fraud can take forms both active i.e. a form of message, and passive i.e. suppressing of information. Thus, F. Selivanov states that fraud may



have forms of lies, willful concealment of some facts or certain deliberate acts [9, p. 9-10]. I. Novitsky believes that fraud also occurs when there are fraudulent actions by a third party in collusion with a party to the deal or when the latter only uses such actions of a third party, who has acted independently for it is unacceptable to use somebody else's misconception with the hope that the fact of its existence will serve ground for making a deal [10, p. 761]. By Y. Gambarov a reason for fraud may be not only some guilty activity or inactivity but also any dishonest action – here such an action has the meaning of the Roman word 'dolus' – besides, only in one of its various applications. In this case 'dolus' is opposed to 'bona fide', good faith, and means not only fraud or a lie but also any immoral and mean behavior intended to misleading of somebody's will by forming wrong ideas. This also includes any case of disinformation as well as suppression of the truth if such suppression contradicts good faith and civil conventions. But this suppression concerns only the parties to the deal and no other third party, and, with regard to the parties, it is distinguished by whether they enter a deal, which represents a third party's interest or one of such ego-type as sales, lease etc. And if in this case, to summarize all such actions, there is no word other than 'fraud', in order to avoid confusion with criminal fraud one should be speaking of civil fraud – at least in cases, when it goes about attracting of somebody by not only criminal but also plainly dishonest actions contradicting good faith [11, p. 761].

Besides, it is common to think that fraud can be expressed in just a lie. Fraud, first of all, is willful disinformation by the counter party or a third party. Fraud is a broad concept, which includes not only wrong information but the very fact of suppression of the truth or other essential information [12, p. 30].

There is an opinion that fraud as suppression occurs depending on whether the law requires clarification of any questions concerning the deal or not.

Y. Shapp states that a mistake has to result from some intentional action or non-action and have causal relation to

fulfilled will. Misrepresentation can be practiced by taking some action or by non-fulfillment of will, if there is legal duty to give clarifications [13, p. 199].

As for Civil Law one can also observe other violations of the Law 'On disclosure of information' in the case if a party is bound to such disclosure. Such situations must provide for special norms concerning certain kinds of deals. If, for instance, a consumer has been provided with incomplete information about the goods, or if no information has been disclosed at all, he can use the rights provided by Article 4 of the Law of Ukraine 'On consumer protection'.

It is quite fair, and it concerns not only pre-contractual phase, A. Kucher notes. Usually fraud means providing of false information about circumstances of the deal or some facts essential for one of the parties when making a deal. It is more difficult to determine whether non-disclosure should be treated or not as fraud (for instance, non-disclosure of circumstances, which have changed compared to the ones declared by a party earlier). In countries, which accept general principle of bona fide behavior at negotiation phase, disclosure of such information is a binding element of bona fide behavior at pre-contractual phase [14].

Settlement of disputes related to finding of deals invalid (as the ones made under misconception of character of action, which leads to corruption of will) faces the same problems as in case of deals made under fraud, but with some peculiarities. A mistake may be caused by lies, silence, non-disclosure of information and other circumstances [9, p. 9].

Finally, it should be noted that fraud can be treated as an instance of a mistake with the difference that fraud is practiced consciously, willfully, with malicious intent. Fraud, as well as mistake, is treated as ground for invalidity of a deal only if it concerns any essential circumstances of the deal. Another important point is that fraud should be understood not only as communication of false information to a party but also willful suppression of facts that may prevent the deal from being made.

Literature

1. Цвайгерт К. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права*: в 2-х т. К. Цвайгерт, Х. Кетц. [пер. с нем.] М.: Междунар. Отношения. Т. 2. Основы, 1998, 480 с.
2. Коломиец Евгений Александрович *Заблуждение и обман как условия недействительности сделок*: дис. ... канд юрид наук: 12.00.03 / Краснодар, 2005, 179 с.
3. Рабинович Н. В. *Недействительность сделок и ее последствия*. Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1960, 171 с.
4. Халфина Р. О. *Договор в английском гражданском праве*. Р. О. Халфина. М., 1959, 319 с.
5. *Германское право. Часть I. Гражданское уложение*. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996, 552 с.
6. *Цивільний кодекс України*. В: Відомості Верховної Ради України, 2003 р., № 40-44, ст. 356.
7. Дзера О., Отраднова О. *Недійсність правочину (угоди) за новим цивільним кодексом України*. В: Юридична Україна, 2003, № 10, с. 5-18.
8. Потопальський С. С. *Деякі аспекти недійсності договору, укладеного під впливом помилки, обману та насильства – Адвокат*, 2006, № 1, с. 32-35.
9. Селиванов Ф. А. *Заблуждение и пороки*. Томск, 1965; 130 с.
10. Новицкий И. Б. *Недействительные сделки*. Вопросы советского гражданского права. Изд-во АН СССР, 1945.
11. Гамбаров Ю. С. *Гражданское право. Общая часть* / Под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003, 816 с.
12. Сергеев В. И. *Обман в предпринимательской деятельности. История вопроса и понятие*. Юрист, 2001, №11, с. 26-30.
13. Шапп Я. *Основы гражданского права Германии*. Учебник. М., 1996, 304 с.
14. Кучер А. Н. *Ответственность за недобросовестное поведение при заключении договора*. Законодательство, 2002, № 10, с. 17-25.



RECENZIE

la lucrarea științifico-didactică: Victor Guțuleac, *Drept administrativ*, Chișinău, ULIM, 2013, 605 p.

Salutăm apariția unei surse de informare de valoare pentru acei utilizatori care studiază și cercetează dreptul administrativ, precum și pentru acei care aplică zi de zi normele dreptului administrativ.

Considerăm că lucrarea recenzată este un izvor fundamental de informare pentru toți cei a căror activitate (studierea, investigarea, aplicarea) este legată de dreptul administrativ.

Este recunoscut și confirmat faptul că administrarea publică, ca domeniu de activitate, are o valoare deosebită pentru dezvoltarea și prosperarea oricărei societăți și a oricărui stat. Oricât de bun ar fi cadrul legal, dacă nu există și nu funcționează un mecanism bine determinat de executare a normelor legale, nu putem tinde la o administrare legală, eficientă și oportună.

O administrare eficientă este imposibilă fără evidențierea celor mai moderne forme și metode de administrare, de asigurare a legalității în procesul de conducere, de protecție a drepturilor și intereselor legale ale cetățenilor de abuzuri din partea „cinovnicilor”. Anume aceste probleme constituie obiectul de reglementare a dreptului administrativ ca ramură a dreptului, obiectul de investigație a dreptului administrativ ca știință juridică, obiectul de studiu a dreptului administrativ ca disciplină.

Autorul, în viziunea noastră, a structurat lucrarea destul de reușit. Cele 25 de capitole se referă doar la partea generală a dreptului administrativ și la procedurile administrative. La expunerea materialului, autorul vine cu analiza unor probleme noi pentru literatura didactică din domeniul dreptului administrativ. Autorul examinează unele instituții juridice care nu sînt analizate în literatura națională din domeniu sau în doctrina juridică românească a dreptului administrativ, însă care au o importanță majoră în procesul de administrare publică. Acestea se referă la:

- delimitarea răspunderii contravenționale de alte forme ale răspunderii juridice, de răspunderea administrativ-disciplinară;
- regimurile administrativ-juridice: starea de urgență, starea de asediu, starea de război;
- supravegherea administrativă ca metodă de administrare: a sănătății publice, a măsurilor antiincendiare, a administrării armelor și munițiilor cu destinație civilă, a sistemului de licheiere în Republica Moldova.

Considerăm ca foarte reușite, cu un conținut informativ bogat, redactate într-un stil logic, cu elemente de problematică științifică capitolele care se referă la:

- contractele administrative;
- actele juridice ale organelor puterii executive și cele ale administrației publice locale;
- serviciul public, funcția publică și statutul funcționarului public;
- subiecții particulari ai dreptului administrativ;
- normele și raporturile de drept administrativ etc.

În mod special, evidențiem aparatul științific al lucrării.

La elaborarea ei autorul a studiat destul de amplu nu doar literatura națională, ci și doctrina României, a Federației Ruse și a altor state. Autorul a dat dovadă de cultură științifică, de stimă față de cei care anterior au studiat unele instituții juridice, făcînd în lucrare circa 1500 de trimiteri la diverse surse de informație.

Este un exemplu bun de urmat și faptul că din start, în cuvîntul introductiv al lucrării, autorul vine cu mulțumiri față de savanții ale căror lucrări au fost utilizate la redactarea operei sale.

Menționăm încă o trăsătură a prezentei lucrări: stilul de expunere a materialului este unul propriu, caracteristic autorului. Stilul prezentării materialului este nu numai didactic, caracteristic pentru un manual, ci și științific, cu formularea multiplelor probleme existente la moment și care necesită soluție. În unele cazuri, autorul propune variante de soluționare, iar în altele se limitează la formularea problemelor existente, invitînd următorii cercetători la elaborarea soluțiilor.

Reieșind din cele menționate, considerăm această lucrare mai degrabă o monografie științifică decît un manual. Probabil, anume din aceste considerente autorul s-a eschivat de la această apreciere. Totodată, credem că un asemenea stil de prezentare a materialului didactic este o novelă reușită și corectă pentru literatura didactică. Viața cotidiană dictează necesitatea pregătirii unui jurist cu o viziune mai largă și cu o orientare complexă. Deja în procesul de instruire a viitorului specialist, el trebuie să știe că, în realitate, în activitatea de zi cu zi nu întotdeauna și nu în orice situație concretă există o singură soluție și că ea este una corectă. Trebuie de avut cunoștințe și deprinderi practice de a analiza o situație concretă și de a lua decizia corectă.

Materialul didactic prezentat mărturisește despre experiența bogată a autorului nu numai în calitate de cadru didactic, ci și în calitate de specialist în domeniul aplicării normelor de drept – capacități pe care el le-a obținut pe parcursul activității în sistemul organelor ocrotirii normelor de drept de peste 30 de ani.

Sîntem convinși că prezenta lucrare va fi utilă nu doar pentru studenții de la facultățile universitare de drept, ci și masteranzilor, doctoranzilor, tuturor celor a căror activitate este legată cu elaborarea, studiarea și aplicarea normelor de drept administrativ.

Recenzenți:

Ion GUCEAC,

doctor habilitat în drept, profesor universitar,
membru corespondent al Academiei de Științe a Moldovei
secretar științific general al AȘM

Victor POPA,

doctor habilitat în drept, profesor universitar,
judecător la Curtea Constituțională a Republicii Moldova