

# ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований  
у жовтні 2001 року

2015/2

Виходить  
4 рази на рік

Київський університет права НАН України  
Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України

## Головний редактор

Шемшученко Ю.С.

## Заступник

головного редактора

Бошицький Ю.Л.

## Редакційна колегія

Андрійко О.Ф.,  
Батанов О.В.,  
Горбатенко В.П.,  
Костенко О.М.,  
Кулинич П.Ф.,  
Луць В.В.,  
Оніщук М.В.,  
Пархоменко Н.М.,  
Савчук К.О.,  
Усенко І.Б.,  
Ходаківська Т.В. (редактор),  
Чернецька О.В.

## Іноземні члени редакційної колегії

Райнер Арнольд (Німеччина),  
Богуслав Банашек (Польща),  
Уільям Батлер (США),  
Арнольд Варенвальд (Німеччина),  
Ванда Ламм (Угорщина),  
Адам Махарадзе (Грузія),  
Герберт Шамбек (Австрія)

Рекомендовано до друку  
Вченою радою  
Київського університету права  
НАН України  
(протокол № 7 від 24.06.2015)  
Вченою радою  
Інституту держави і права  
ім. В.М.Корецького  
НАН України  
(протокол № 5 від 11.06.2015)

Передплатний індекс  
23994

ISSN 2219-5521

## ЗМІСТ

<i>Шемшученко Ю.С.</i> Етапи конституційного розвитку в незалежній Україні .....	4
<b>Теорія та історія держави і права. Філософія права</b>	
<i>Шевченко О.О.</i> Плебсологічне філософсько-правове осмислення історичної ролі еліти і нації .....	6
<i>Десятник В.О.</i> Критично-правове мислення: природа наукового знання .....	11
<i>Кравчук В.М.</i> Ефективність консультацій з громадськістю як інструменту народовладдя ....	15
<i>Лісова К.С.</i> Втілення ідеї парламентаризму в період Української революції (1917–1921 рр.) .....	20
<i>Малишко В.М.</i> Сучасний стан британської історіографії еволюції правового та організаційного інституту приватизма .....	25
<i>Терега Г.В.</i> Правовий статус інспекцій праці: обговорення законопроектів урядовими комісіями за доби Гетьманату (1918 р.) .....	31
<i>Чаплук О.І.</i> Співвідношення суб'єктів національної та міжнародної правотворчості: методологічні аспекти .....	36
<i>Мингела О.А.</i> Юридическая деятельность: критерии обособления .....	40
<i>Осядла М.В.</i> Правова свобода як фундаментальна засада побудови громадянського суспільства .....	42
<i>Свириденко Г.В.</i> Соціально значуща поведінка: підходи до вивчення .....	45
<b>Конституційне право та конституційний процес в Україні</b>	
<i>Батанов О.В.</i> Територія як інститут конституційного права .....	49
<i>Бориславська О.М.</i> Загальноєвропейські конституційні цінності як основа європейської моделі конституціоналізму .....	54
<i>Корнієнко П.С.</i> Міжнародні нормативно-правові акти як джерело здійснення правозахисної діяльності в Україні .....	58
<i>Котенко М.В.</i> Роль системного тлумачення в правоінтерпретаційній діяльності Конституційного суду України .....	61
<i>Гецько В.В.</i> Правові позиції Конституційного Суду України з питань конституційно-правової відповідальності депутатів .....	67
<i>Коваль Н.В.</i> Проблеми удосконалення діяльності координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при Президентові України .....	73
<i>Любченко М.О.</i> Законодавче забезпечення права вільно залишати територію України ....	78
<b>Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право</b>	
<i>Гетманцев Д.А.</i> Реформа податкової системи. ТОП-10 ключевих аспектів .....	83
<i>Кінацик Л.Л.</i> Аудитор як суб'єкт аудиторського фінансового контролю .....	88
<i>Войтенко І.С.</i> Поняття та правове регулювання ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю .....	91
<i>Гедзюк О.В.</i> Деякі питання кваліфікації доходу фізичної особи як додаткового блага в цілях оподаткування податком на доходи фізичних осіб .....	96
<i>Калмикова Я.С.</i> Аксиологія фактів у доказовій діяльності в адміністративному судочинстві .....	101
<i>Литвиненко В.І.</i> Функції правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції в Україні .....	105

<i>Власенко Д.О.</i> Контроль та нагляд за додержанням законодавства з надання адміністративних послуг суб'єктами публічної адміністрації .....	109
<i>Гарбузов В.О.</i> Обов'язки і права як основа адміністративної правосуб'єктності підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України .....	114
<i>Денисенко А.П.</i> Проблеми в організації громадського контролю у сфері державного управління .....	118
<i>Колесников М.О.</i> Щодо визначення провадження з надання адміністративних послуг у сфері реєстрації речових прав на нерухоме майно .....	121
<i>Міськевич А.В.</i> Структура та особливості правовідносин у сфері надання адміністративних послуг соціального захисту населення в Україні .....	124
<i>Романенко Є.О.</i> Правові аспекти реалізації програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування. Досвід Сполучених Штатів Америки .....	128
<i>Співаков І.І.</i> Поглиблення партнерства України з ЄС: адміністративно-правове регулювання виборчих відносин .....	132

### Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні

<i>Запара С.І.</i> Категорія «інтересу» в цивільних та трудових правовідносинах .....	136
<i>Иштин М.І.</i> Мотивація працівників у зарубіжних країнах .....	140
<i>Шцирка Р.Б.</i> Категорія «засади» у приватному праві .....	144
<i>Бондар І.В.</i> Кодекс поведінки адвокатів: роль та вплив на професію .....	148
<i>Віхрова І.О.</i> Адміністративно-господарські санкції як заходи господарсько-правової відповідальності .....	151
<i>Герц А.А.</i> Поняття та особливості договору про надання медичних послуг у пластичній хірургії .....	156
<i>Ізарова І.О.</i> Принципи цивільного процесу ЄС .....	160
<i>Кожушко С.І.</i> Ідеї синергетики і синкретизму в методології трудового права .....	165
<i>Лебеза Ю.О.</i> Спадкування речових прав на чужу земельну ділянку .....	168
<i>Огнев'юк Г.З.</i> Обов'язковість рішення суду як складова принципу правової визначеності .....	171
<i>Олефір А.О.</i> Державна підтримка колективних форм господарювання як основний механізм забезпечення інноваційного розвитку .....	175
<i>Осинська О.В.</i> Впровадження ризик орієнтованого підходу у сферу управління господарською діяльністю .....	182
<i>Чурпіта Г.В.</i> Предмет доказування у справах щодо захисту сімейних прав та інтересів, які розглядаються в порядку неповідомного цивільного судочинства .....	184
<i>Шинкарук О.В.</i> Правова охорона немайнових прав юридичних осіб .....	188
<i>Головачова А.С.</i> Проблеми правового становища страхових агентів .....	192
<i>Гордієнко Р.Л.</i> Особливості та перспективи здійснення консалтингової діяльності в сфері охорони здоров'я .....	195
<i>Дубас Т.В.</i> Поняття і сутність звільнення працівників .....	200
<i>Мельник М.Б.</i> Інститут припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною права власності на нерухоме майно .....	204
<i>Миргородський Е.О.</i> Поняття та ознаки індивідуальних суб'єктів трудового права .....	208
<i>Петренко О.А.</i> Види заборон у трудовому праві .....	212
<i>Соцький А.М.</i> Поняття і сутність неповної зайнятості .....	216
<i>Chaban O.A.</i> Pecularity of individual right to health data privacy within the family .....	220
<i>Шельпякова Т.В.</i> Страхування як спосіб управління ризиками в сфері охорони здоров'я .....	222
<i>Ярема В.А.</i> Поняття і сутність трудових прав суддів .....	226

### Проблеми права інтелектуальної власності

<i>Бошицький Ю.Л.</i> Вплив конституційної реформи та децентралізації влади в Україні на розвиток інтелектуальної власності .....	230
<i>Андрущук Г.О.</i> Захист прав на товарні знаки (змішування) в Інтернеті: доктрина і правозастосовна практика ЄС .....	235
<i>Андрусів У.Б.</i> Платформи дистрибуції мовленнєвого контенту суб'єктів інформаційної діяльності: ключові питання правової охорони .....	241
<i>Тарасенко Л.Л.</i> Захист авторських прав: процесуальні аспекти .....	246
<i>Яшарова М.М.</i> Особливості патентного законодавства промислово розвинених зарубіжних країн та країн, що розвиваються .....	250
<i>Баженов М.І.</i> Забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності в ЄС та Україні: порівняльно-правовий аналіз нормативно-правового визначення та правозастосування .....	255
<i>Лузан А.В.</i> Ефективне державне управління в сфері винахідництва та інновацій – тернистий шлях у краще майбутнє .....	260
<i>Романюк Т.В.</i> Захист корисних моделей за законодавством Китаю .....	264

### Аграрне, земельне та екологічне право

<i>Євстігнєв А.С.</i> Проблеми нормативного регулювання окремих видів юридичної відповідальності як гарантії забезпечення екологічної безпечності землекористування в Україні .....	267
<i>Манжук І.В.</i> Визначення поняття енергетична безпека зарубіжними авторами .....	272
<i>Ситнік Т.М.</i> Деякі правові аспекти обліку земель населених пунктів, зайнятих зеленими насадженнями .....	276

### Кримінальне право та кримінологія

<i>Гуренко Д.Ю., Смельянов В.П.</i> Актуальні питання щодо визначення суб'єкта злочинів .....	280
<i>Кваша О.О.</i> Обставини, що виключають злочинність діяння, у контексті конституційного права людини на самозахист .....	284
<i>Бабанли Р.Ш.</i> Наукові підходи до з'ясування сутності терміна «загальні засади призначення покарання» .....	288
<i>Белоусов О.В.</i> К вопросу об участии прокурора в судебном процессе .....	292
<i>Кукіна З.О.</i> Види кримінальної відповідальності за скоєння корпоративного злочину .....	297
<i>Палюх Л.М.</i> Деякі питання систематизації норм про кримінальну відповідальність за злочини проти правосуддя за правом пострадянських країн .....	302
<i>Панчак О.Г.</i> Примусові заходи медичного характеру та інші кримінально-правові наслідки: окремі проблеми застосування .....	305
<i>Тарасевич Т.Ю.</i> Питання кримінально-правової кваліфікації суб'єктивної сторони злочинів, що вчиняються медичним працівником як спеціальним суб'єктом злочину .....	310
<i>Лукашевич В.В.</i> Проблемні аспекти стажування як однієї з вимог набуття професійного статусу адвоката .....	314
<i>Донець К.Г.</i> Особливості застосування звільнення від відбування покарання за хворобою .....	317
<i>Кравцова М.А.</i> Поняття кіберпреступності і її признаки .....	320
<i>Перелігіна Р.В.</i> Насильство в середовищі осіб жіночої статі як кримінологічна категорія .....	325
<i>Шпак О.О.</i> Особливості організації роботи керівника прокуратури з процесуального керівництва .....	328

### Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство

<i>Мошак Г.Г.</i> Приватизація кримінального процесу у ФРН .....	332
--	-----

<i>Білаш О.В.</i> Святий Престол та Мальтійський Орден як суб'єкти міжнародного права: особливості правосуб'єктності державоподібних утворень .....	336
<i>Овсюк О.М.</i> Рада ООН з прав людини .....	339
<i>Отрош М.І.</i> Міжнародні договори, нормативно-правові та інші акти Святого Престолу, що регулюють діяльність Католицької Церкви ....	345
<i>Антонюк О.А.</i> Міжнародна публічна медіація: у пошуках максимальної ефективності .....	349
<i>Кожушко Д.Б.</i> Система правового регулювання інвентаризації антропогенних викидів парникових газів держав Європейського Союзу .....	354
<i>Ляшенко Н.А.</i> Вплив рішень Європейського Суду з прав людини на правову систему України .....	358
<i>Скок Л.В.</i> Порядок спадкування у Німеччині: розмежування компетенції між судом та нотаріусами .....	363
<i>Шуліна О.В.</i> Стандарти поведінки міжнародних цивільних службовців .....	368
<i>Шуміло О.О.</i> Структурно-функціональний аналіз органів кримінальної юстиції в державах-членах ЄС .....	372

#### Гість номера

<i>Tomasovszky E.</i> The Current Situation of the Collective Management of Resale Royalty Right .....	377
--	-----

#### Юридична освіта

<i>Кодьсва О.П.</i> Виховання майбутніх юристів: культурологічний аспект .....	381
--	-----

#### Студентська трибуна

<i>Кваша Р.С.</i> Окремі проблеми співучасті у військових злочинах .....	386
<i>Наконечний В.В.</i> Компенсація моральної шкоди в договірних зобов'язаннях. Проблеми законодавчої техніки та правозастосовної практики щодо компенсації моральної шкоди в договірних зобов'язаннях .....	390

#### Рецензії

<i>Клименко О.М.</i> Новий нотаріат України .....	395
<i>Скрипнюк О.В.</i> Рецензія на Концепцію удосконалення інституту юридичної відповідальності держави перед громадянським суспільством та особою в Україні .....	396

#### Наукова хроніка

Відкриття Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи КУП НАНУ у м. Львові .....	398
Круглий стіл на тему: «Парламентаризм в Центрально-Східній Європі: історія, національні особливості, сучасні тенденції» .....	399
Новий партнер КУП НАНУ – Краківський педагогічний університет (Польща) .....	399
Майстер-класи професора В.М. Сімчери на тему: «Право та економіка» .....	399
У РІ КУП НАНУ відбулася VI Всеукраїнська науково-практична конференція «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні» ..	400
Міжнародна науково-практична конференція «Безпека, екстремізм, тероризм» .....	400
КУП НАНУ відвідала делегація з Грузії .....	401
Міжнародна конференція “Doing business in Hungary” .....	401
Круглий стіл на тему: «Актуальні проблеми європейського правового простору в умовах сьогодення» .....	401
Всеукраїнська науково-практична конференція «Правове забезпечення економічного розвитку та екологічної безпеки суспільства» .....	402
Візит делегації зі Східноєвропейського університету м. Перемишль (Польща) до КУП НАНУ .....	402
Круглий стіл на тему: «Регіональна політика і децентралізація в Україні в контексті євроінтеграційних процесів» .....	403
Цикл майстер-класів доктора права Арнольда Варенвальда .....	403
Міжнародна наукова конференція на тему: «Українсько-польські відносини в контексті суспільно-політичних і етнокультурних процесів в Центрально-Східній Європі (XX – поч. XXI століття)» .....	404
Круглий стіл на тему: «Обставини, що виключають злочинність діяння: проблеми теорії та практики» .....	404
Презентація книги доктора права Кембриджського університету Томаса Гранта .....	404
Круглий стіл на тему: «Актуальні проблеми юридичної конфліктології» .....	405
Засідання робочої групи Конституційної комісії з напрацювання пропозицій щодо конституційного регулювання прав, свобод та обов'язків людини і громадянина .....	405
Міжнародна конференція «Сучасні тенденції розвитку юридичної освіти» .....	406
Круглий стіл на тему: «Сучасні актуальні проблеми права інтелектуальної власності в країнах Центральної та Східної Європи: теорія, методологія, практика» .....	407
Міжнародна науково-практична конференція «Конституція і виборчий процес в Україні» .....	407
<b>Редакційні повідомлення</b> .....	408

### Ліцензійною угодою від 10.10.2014 р. «Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline

**«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань  
за спеціальністю «Юридичні науки»  
(Постановою Президії ВАК України № 1-05/6 від 12.06.02;  
Постановою Президії ВАК України № 1-05/3 від 14.04.10;  
наказ Міністерства освіти і науки України № 528 від 12.05.2015).**

Адреса редакції: 01601, м. Київ, вул. Трьохсвятительська, 4.  
Головний редактор: (044) 278-51-55. Редактор: (044) 235-63-24.

**E-mail: chasprava@ukr.net**

**www.kul.kiev.ua**

Редактор *Т.В.Ходаківська*. Художник *Н.М.Косяк*  
Комп'ютерне макетування: *Г.П.Кондрашин*

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16356-4828ПР від 19.02. 2010 р.

Підп. до друку 18.08.2015. Формат 60×84 1/8.

Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 47,4. Обл.-вид. арк. 54,4. Наклад 500 прим.

Видання та друк: Київський університет права НАН України. 01601, м. Київ – 1, вул. Трьохсвятительська, 4. Тел. 278-73-11.

---

---

## Ю. С. ШЕМШУЧЕНКО

*Юрій Сергійович Шемшученко, академік НАН України, директор Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

### ЕТАПИ КОНСТИТУЦІЙНОГО РОЗВИТКУ В НЕЗАЛЕЖНІЙ УКРАЇНІ

24 серпня наша країна відзначає День незалежності – державне свято, пов’язане з прийняттям Верховною Радою Акта проголошення незалежності України. Цей день відкрив нову сторінку в сучасній історії України як суверенної держави, заклав правові підвалини для її внутрішнього розвитку і міжнародного співробітництва.

За роки незалежності Україна пройшла складний, часом суперечливий шлях становлення й розбудови національної державності. При цьому їй доводилося не тільки вирішувати практичні питання державно-правового будівництва, а й формувати нову за своєю сутністю конституційну базу державного й суспільного ладу. На цьому шляху Україна пройшла ряд етапів з властивими їм як успіхами, так і помилками. Цей процес триває і зараз, зокрема, у вигляді реформування чинної Конституції України.

*Перший етап* веде свій початок від Декларації про державний суверенітет України, прийнятої Верховною Радою Української РСР 16 липня 1990 року. У цьому історичного значення документі знайшли відображення зміст та основні принципи державного суверенітету України. З прийняттям Декларації термін «Україна» здобув широкого офіційного застосування, а сама Декларація стала основою для розробки і прийняття Акта проголошення незалежності України, а потім – і нової Конституції України.

*Другий етап* охоплює період діяльності першої Конституційної комісії з розробки проекту Конституції України 1996 року. Він розпочався ще за радянської влади. У жовтні 1990 р. Верховна Рада УРСР прийняла постанову «Про Комісію по розробці нової Конституції Української РСР». Її очолив тодішній Голова Верховної Ради УРСР Л. М. Кравчук. У січні 1991 р. з’явився підготовлений робочою групою цієї Комісії перший варіант концепції нової Конституції України.

Діяльність Комісії була скорегована після розвалу СРСР, грудневого 1991 р. Всеукраїнського референдуму і обрання Президента України. Комісію очолили два співголови – Голова Верховної Ради І. С. Плющ і перший Президент України Л. М. Кравчук. Робоча група цієї Комісії напрацювала інший проект Концепції нової Конституції України, який був оприлюднений у 1992 році.

За цим проектом Україна визнавалася президентсько-парламентською республікою. Президент мав статус не тільки глави держави, а й глави виконавчої влади. Замість однопалатної Верховної Ради пропонувалися двопалатні Національні Збори. Передбачалося закріпити дві форми власності – публічну і приватну. Функції місцевих рад були обмежені тільки питаннями місцевого і регіонального самоврядування.

Другий проект Концепції не був сприйнятий ні теорією, ні практикою. Він довго знаходився у Конституційній Комісії і навіть виносився на Всенародне обговорення. Але в умовах гострої конфронтації різних політичних сил у парламенті врешті-решт був «спущений на гальмах». У 1993 р. перша Конституційна комісія припинила свою діяльність.

*Третій етап* пов’язаний з діяльністю другої Конституційної комісії, утвореної відповідно до постанови Верховної Ради України від 20 вересня 1994 року. Якщо перша Комісія була органом Верховної Ради України, то друга мала статус тимчасового загальнодержавного органу. Цю Комісію очолювали другий Президент України Л. Д. Кучма і Голова Верховної Ради України О. О. Мороз.

Діяльність цієї Комісії виявилася не менш конфронтаційною, ніж попередньої. Щоб вийти з тупикової ситуації, Л. Д. Кучма і О. О. Мороз у червні 1995 р. підписали так званий Конституційний договір з річним строком дії. Але й після підписання Договору очікуваної консолідації між гілками влади не настало.

За цих обставин з ініціативи Л. Д. Кучми було утворено єдину робочу групу Конституційної комісії, яка підготувала новий проект Конституції України на базі Конституційного договору. До цього процесу долучилася узгоджувальна комісія. Доопрацьований за участю цієї комісії проект був розглянутий на останньому засіданні Конституційної комісії 11 березня 1996 р. і надісланий з висловленими зауваженнями та пропозиціями на розгляд Верховної Ради України.

*Четвертий етап* – це етап безпосереднього прийняття чинної Конституції Верховною Радою України. На цьому етапі Конституційна комісія до відповідної діяльності не долучалася. У квітні 1996 р. Парламент утворив власну Тимчасову спеціальну комісію як головний орган з доопрацювання проекту Конституції України (голова – народний депутат М. Д. Сирота). Саме з подання цієї комісії 4 червня Верховною Радою було прийнято проект Конституції України у першому читанні. А потім їй довелося витримати напругу безсонної ночі з 27 на 28 червня. Знаходячись під загрозою розпуску, депутати проштампували спірні положення проекту. Нова Конституція проголосила Україну суверенною, незалежною, демократичною, соціальною і правовою державою. Вона закріпила широкий комплекс прав і свобод людини і громадянина, а також конституційні механізми їх забезпечення.

Але на змісті Конституції позначилися наслідки швидкоплинних рішень конституційної ночі з усіма висновками, що випливають з цього. Не випадково, Основний Закон невдовзі після його прийняття став об'єктом критики як з боку теоретиків, так і практиків. З часом це актуалізувало проблему реформування чинної Конституції України.

*П'ятий етап* пов'язаний з внесенням перших істотних змін до Конституції України 1996 року. Кілька спроб у цьому напрямі вчинив Президент України Л. Д. Кучма. Але вони були заблоковані опозиційним Парламентом. Події на київському Майдані 2004 р., у зв'язку з виборами наступного Президента України, прискорили розвиток політичної ситуації в країні. У грудні цього ж року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до Конституції України». Він передбачив зміну форми правління в державі з президентсько-парламентської на парламентсько-президентську та перерозподіл повноважень між Президентом і Верховною Радою України на користь останньої. Певні новели були внесені й до виборчої системи.

Але ці перші зміни до Основного Закону не спрацювали на консолідацію українського суспільства. У цьому зв'язку новообраний Президент України В. А. Ющенко у грудні 2007 р. видав указ про створення Національної конституційної ради. А у серпні 2009 р. він виніс підготовлений цією Радою проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України» на всенародне обговорення.

Проте з цього нічого не вийшло. Наприкінці 2009 р. В. А. Ющенко програв вибори на другий президентський строк. Його проект реформування Конституції залишився на папері.

Наступний, *шостий етап* конституційних змін випав на період президентського правління В. Ф. Януковича. У жовтні 2010 р. країна повернулася до більш жорсткої, президентсько-парламентської форми правління. Це було зроблено шляхом визнання Конституційним Судом України неконституційним Закону України від 8 грудня 2004 р. «Про внесення змін до Конституції України», з посиланням на порушення процедури прийняття цього Закону. З правової точки зору дане рішення Конституційного Суду України не було бездоганним.

На цей же період припадає і реформаторська діяльність Конституційної Асамблеї, очолюваної першим президентом України Л. М. Кравчуком. Вона була утворена у травні 2012 р. з метою внесення системних змін до чинної Конституції України. До складу цього органу входило понад 90 відомих конституціоналістів.

Асамблея підготувала науково обгрунтовану Концепцію змін до Конституції України. Вона впритул наблизилася до підготовки проекту відповідного закону. Але події 2013 р. на Майдані призвели до зупинення діяльності Асамблеї.

*Сьомий, сучасний етап* реформування чинної Конституції України розпочався з лютого 2014 р. постанови Верховної Ради України, якою остання відновила дію Конституції України в редакції 2004 р., а отже, й парламентсько-президентську форму правління, а також з Указу Президента України П. О. Порошенка від 3 березня 2015 р. «Про Конституційну комісію». Дана Комісія є допоміжним органом при Президентові України, утвореним з метою напрацювання узгоджених пропозицій щодо проведення конституційної реформи в Україні. Очолює Комісію Голова Верховної Ради України В. Б. Гройсман.

На характер діяльності Комісії істотний вплив справляють події, пов'язані з незаконною анексією Криму Російською Федерацією та агресія останньої на Південному Сході України. Зараз робота Комісії сконцентрована головним чином на трьох основних блоках змін до Конституції, а саме: децентралізація влади і місцевого самоврядування, проблеми правосуддя, а також прав, свобод та обов'язків людини і громадянина.

Вже є перші результати. 26 червня 2015 р. Конституційна комісія схвалила пропозиції щодо модернізації конституційних повноважень, що стосуються децентралізації влади і місцевого самоврядування. Зокрема, сприйнято європейський громадський підхід до організації місцевого самоврядування в Україні; запропоновано утворення виконавчих комітетів у складі районних та обласних рад, а також інституту префектів в областях та районах для нагляду за додержанням Конституції і законів органами місцевого самоврядування та виконання деяких інших функцій; передбачено також, що в оновленій Конституції будуть більш повно виписані гарантії матеріального і фінансового забезпечення місцевого самоврядування. Держава компенсує витрати органів місцевого самоврядування, понесені внаслідок рішень органів державної влади тощо.

Таким чином, пропонуються певні позитивні кроки на конституційному рівні в напрямі децентралізації державної влади і місцевого самоврядування, легітимації територіальної громади як первинного суб'єкта місцевого самоврядування. Разом із тим передбачено заходи щодо зміцнення адміністративно-територіального устрою держави під кутом зору її унітарного характеру.

Вироблені Конституційною комісією пропозиції щодо конституційних змін з питань децентралізації державної влади і місцевого самоврядування прийняті в першому читанні Верховною Радою України.

Дуже важливо, щоб Конституція незалежної України стала стабільним гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності, забезпечення прав і свобод громадян України.

УДК 340.122

**О. О. ШЕВЧЕНКО**

*Олександр Оксентійович Шевченко, доктор  
юридичних наук, професор юридичного факультету  
Київського національного університету імені  
Тараса Шевченка*

### **ПЛЕБСОЛОГІЧНЕ ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВЕ ОСМИСЛЕННЯ ІСТОРИЧНОЇ РОЛІ ЕЛІТИ І НАЦІЇ**

Актуальність плебсологічного філософсько-правового осмислення історичної ролі еліти і нації зумовлена необхідністю проведення докорінних реформ в Україні. Плебсологія є сучасним світоглядним напрямом, в основі якого – пізнання правового предикату (лат. *predicatum* – те, що в судженні висловлюється про предмет судження) відносин особи, еліти, нації і держави. Плебсологія – це особлива філософсько-правова форма дослідження на рівні логічних категорій, понять та ідей і досить складних відносин, у тому числі правовідносин між особою, елітою, нацією і державою.

Вперше термін «плебсологія» було застосовано в дослідженні доцента Київського національного університету імені Тараса Шевченка М. І. Скригонюка<sup>1</sup>. Сьогодні належним чином обґрунтовано, що плебсологія – «це інтегральна система філософсько-правових поглядів у формі вчення і нова міжгалузева суспільно-правова наука, об'єктом якої є участь широких мас населення у державотворенні, ролі особи, еліти, нації у державному будівництві та побудові «класичного громадянського суспільства»<sup>2</sup>.

На думку автора цієї статті, роль особи і еліти в державотворчому й правотворчому процесах може мати як позитивне, так і негативне значення. У новітній історії України вони відігравали і відіграють більш негативну, ніж позитивну роль. Нація ж в цілому, користуючись багатством своєї культури, моралі, духовності, права тощо відіграє виключно позитивну роль у таких процесах. У класичному ж розумінні нація – це спільність людей, яка історично склалася на базі спільності економічного життя, території, мови та психічного складу, що виявляється в особливостях культури та побуту. Але кожна нація є майже неповторною у своїх особливостях. Для української нації притаманним є розуміння права як категорії справедливості, правди, добра, людяності, сердечності, як засобу забезпечення прав і свобод людини, рівності в правах і перед законом, механізму захисту життя, здоров'я, честі й гідності людини тощо. Українська нація у своїй сукупності є досить кровноспорідненою, вона має єдиний генетичний код, характеризується кордіопатріотизмом, сердечністю, вибуховістю та масовою жертвовністю. Масову жертвовність і безстрашність може проявляти лише та нація, яка досягла найвищого духовного рівня розвитку і в якій емоційність переважає над практичністю й розрахунком.

В Україні за короткий проміжок часу народ виходив двічі на Майдан. Під час Революції Гідності пролилася кров і пішла з життя Небесна сотня. Причиною вказаних процесів ставало те, що кримінально-олігархічна космополітична еліта не є цементуючою основою чинником українського суспільства, вона не може бути носієм прогресивних ідей та успішним менеджером, не може забезпечити існування права справедливості. Така еліта прагне лише узаконити своє економічне панування та перебування при владі, яку вона використовує для подальшого особистого збагачення. Вона неспроможна вести за собою народ, а тому намагається спиратися на правоохоронні й судові органи, які для неї є єдиною силою, щоб тримати народ в покорі.

Звичайно, в будь-якій країні повинна існувати еліта, яка може творити нові ідеї й торувати шлях до побудови соціальної і національної справедливості. У межах кожної держави, як правило, формуються класи людей. З погляду Хосе Ортеги-і-Гассет вони поділяються на основну масу населення і «правдиву меншину». Зазначена «правдива меншина» є елітою, без якої людство втрачає свої найістотніші риси, насамперед самодисципліну<sup>3</sup>.

Якщо народ відчуває, що «добірна меншина» є креативною, дисциплінованою, правдивою і справедливою елітою, то вона її підтримує у всіх її починаннях, передусім у проведенні реформ. Коли ж така еліта є кримінальною, то у такому разі народні маси чинять спротив. Досить часто, як це трапилося на південному сході України, народ не визнає еліту такою, що спроможна торувати нові шляхи, насамперед соціально-

економічного розвитку країни, а тому відмовляється слідувати за нею. Більше того, він навіть чинить збройний спротив. У цьому випадку руйнується ієрархічність суспільства, і воно набирає аморфну форму. Маса оголошується основою основ і в ній починає домінувати анархія. У цій масі втрачається особистість людини, вона замикається в собі і стає непокірною. Така замкненість та непокірність породжує нові труднощі, і особистість забуває, що окрім прав і свобод існують ще й певні обов'язки. У такому життєвому бурхливому морі особа намагається втриматися лише на поверхні, вона чекає, куди її принесуть хвилі життя. Втрата, вірніше атрофія почуття відповідальності, породжує в душі особи надії на детермінізм, на долю, яка прибує її хвилями до рятівного берега. І коли особа дістає дна, то в неї з'являється ілюзія, що вона врятується, забуваючи про те, що її може накрити більш важка й небезпечна життєва хвиля. Індивідуум не може самостійно врятуватися, адже у нього відсутній під ногами твердий ґрунт, на якому він міг би втриматися.

У сучасному модерному суспільстві роль твердого ґрунту може відігравати лише нація з її мовою, історією, культурою, правом тощо. Сутність нації полягає в її неповторності та ментальному багатстві. Відсутність націоналізму спричиняє анархію, жорстокість і ворожість, веде до бажання знищити іншу особистість або ж до бажання самознищення.

Існування почуття приналежності до нації автоматично вказує людині на мету її існування, сприяє появі в ній почуття обов'язку вести боротьбу за виживання, гуртуватися навколо ідеї самопорятунку і самозахисту. Особистість, яка не відчуває себе частиною нації, має лише одну мету – гедонізм (одержувати насолоду від життя), що веде в глухий кут.

Сьогоднішні європейські народи, незважаючи на економічну і політичну інтеграцію, являють собою складний комплекс націй і національних меншин. Ідея нації, національної ідентичності є найважливішим винаходом сучасних європейських народів. Народи Європи сильні своїм віковим незліттям, своїм національним спротивом будь-якому прагненню до нівелювання націй. Європа, попри економічну та політичну інтеграцію, залишається регіоном неповторних націй, які живуть у злагоді, добробуті й мирі.

Український національний дух лише у ХХІ ст. двічі вибухав потужною революційною хвилею, сила і швидкість якої могли змести з політичної арени будь-якого ворога. Але завжди ця хвиля наштовхувалася на космополітичну еліту, яка трансформувалася в «стіну плачу»: відсутність освіченої національної політичної еліти з тонким почуттям правди, добра, справедливості, поваги до людського життя, прав і свобод людини, нації, рівності людей в правах і перед законом тощо. Очевидно, що в незалежній Україні сформувалася і постійно перебуває при владі кримінально-олігархічна еліта. Вона не є добірною, креативною елітою, але електорат постійно робить вибір на її користь. Ця еліта лише імітувала будівництво державності, але фактично робила все для того, щоб її не було. Як правило, олігархи в Україні – це особи з подвійним, а то й потрійним громадянством, які не знають історії України, української мови, права, культури, духовності та менталітету українців. Вони насаджують у середовищі українців подвійну мораль: закликають дотримуватися законодавства, яке вони творять у своїх власних інтересах, та водночас постійно його порушують.

Українці мають багатолітній досвід розбудови та існування демократичних державних інституцій. Вони створили і дотримувались принципів демократії ще з часів сивої давнини. Це проявлялося в постійному функціонуванні органів самоврядування у сільській громаді та народного віче в містах. Ще в добу Київської Русі народні віче в містах були органом самоврядування, законодавчим і контролюючим органом. Віче приймало рішення як з питань внутрішньої, так і зовнішньої політики. Воно було і вищим судовим органом, який розглядав найбільш важливі справи в країні, а також здійснювало контроль за князівським судочинством. Воно ж запрошувало на князювання ту або іншу особу і могло позбавити князя влади, коли той не виконував волю народу. Українська кримінально-олігархічна еліта не відчуває української історії, її демократичності та вишуканості. Українська історія лише дивує тих, хто її вивчає. Адже її стрижнем є постійна боротьба українців за справедливість, демократію, правду, за рівність в правах, за захист свободи і гідності людини, за розуміння безцінності людського життя, за верховенство права.

Українська кримінально-олігархічна еліта постійно переглядає конституції, які ж сама і приймає. У незалежній Україні вже тричі міняли конституцію, а тепер мають створити четверту редакцію. Але всі вони є результатом змови кримінально-олігархічної еліти. Досвід України показує, що конституція має бути договором народу і влади, а не змовою еліти. Договірною буда Конституція Пилипа Орлика (1710 р.), яка враховувала інтереси всіх верств населення України.

Основний закон не може бути легітимним, якщо він враховує лише інтереси еліти. Звичайно, імітація обговорення конституції буде продемонстрована, але результат від цього не покращиться. Адже головним завданням еліти є концентрація влади. Хоча до влади приходять нові особистості, але вони втягуються політичною системою в корупційні схеми, а тому результат від прийняття нової редакції конституції буде нульовим. Нові обличчя не означають нову якість. Корумпована політична система переплавляє нові обличчя, які приймають старі правила поведінки і врядування. Це загрожує новими потрясіннями для України, що може поставити на край загибелі її державність. Тобто, нові обличчя не можуть пройти випробування владою, а це означає, що необхідно провести такі реформи, які б забезпечили існування в країні верховенства права.

Верховенство права може бути забезпечене тільки у випадку передачі всієї повноти влади громадам. Дехто вважає, що достатньо лише існування громадянського суспільства, яке б належним чином контролювало владу. Проте членами громадських організацій, так само як і політичних організацій є, як правило, особи, які були «відгодовані» на задньому дворі олігархів. У політичних сил вистачає цинізму, щоб подавати їх суспільству під виглядом «нового» покоління. Але від нього смердить олігархатом, від якого не можна

відмитися в жодній лазні. Воно не має права не лише на те, щоб бути в політиці, а й посідати будь-які посади в державі.

Сьогоднішній Україні потрібна національна політична сила, що зможе поєднати українську ідентичність з боротьбою за соціальну і національну справедливість, за рівність усіх громадян в правах і перед законом, за свободу підприємництва та належну організацію праці з високою її оплатою, за безоплатну охорону здоров'я та вищу освіту, за технологічну модернізацію українського господарства і промисловості, за знищення прірви в доходах і рівні життя. Майбутнє України залежить від рівня та вміння використання її демократичного минулого, від розуміння менталітету українців та їхніх духовних і матеріальних потреб. Тобто, новій політичній силі необхідно постійно тримати руку на пульсі нації, на розумінні її прагнень і кінцевої мети. За своїм характером українець – власник. Якщо пролетарій індустріальної та постіндустріальної доби залишався прив'язаним до кримінально-олігархічної еліти, то розкутий селянин та особа розумової праці прагнуть набути реального добробуту.

У середовищі пролетарів кримінально-олігархічна еліта викоринювала все українське: не лише мову, культуру та менталітет, але й демократичні державні інститути та право справедливості. Це ж стосується навіть окремих національних меншин, які очолювали особи, що ратували не за національні, а за російські інтереси. Вони підтримували проросійську ідеологію, культивували ненависть до всього українського. У свою чергу, російське суспільство ні на рівні еліти, ні на рівні громадян не засудило злочини комунізму, воно не зрозуміло тієї жорстокості, з якою діяла влада, а тому саме залишилося жорстоким. Така жорстокість викликає у людини фізіологічну відразу.

Кримінально-олігархічна еліта в Україні та в Росії – це брати-близнюки. Їхні політико-владні і економічні інтереси збігаються. Це їх об'єднує. Але потреби українського народу полягають в протилежному, вони є ворожими інтересам кримінально-олігархічної еліти.

Суверенітет належить народові, він є єдиним джерелом влади і може здійснювати її безпосередньо або через органи державної влади та органи місцевого самоврядування (ст. 5 Конституції України). Право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. В Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування (ст. 7 Конституції України)<sup>4</sup>. Якщо ж в Україні відсутня та категорія особистостей, які можуть стати справжньою елітою і об'єднати буйний вибух прагнення до виживання української нації в залізний національний ритм, то такою силою має стати громада села, селища, міста. Тобто, кримінально-олігархічну еліту має замінити добірна меншина (еліта) в масштабах кожної громади або об'єднання громад. У цьому випадку необхідно пам'ятати про належне застосування норм права.

В Україні деякі політичні сили, науковці, політики і навіть громадяни сьогодні ототожнюють право і закон, але фактично закон домінує над правом. І це при тому, що в Україні нараховується і є чинними від 50 тисяч до 90 тисяч законів і підзаконних актів. Вони є досить суперечливими і їх не можна пізнати, адже вони досить часто є далекими від здорового глузду. У багатьох українських законах закладено свавілля більше, аніж права.

Українське національне право побудоване на таких юридичних ідеях і принципах, які вироблялися тисячоліттями і навіть стали загальнолюдським надбанням. Проте багато українських фахівців і політиків вважають, що в будь-якому демократичному суспільстві мають бути свої береги – держава, закон і право. Погодитися з таким розташуванням берегів можна лише у зворотному порядку: право, закон і держава. Водночас, якщо на першому місці стоїть держава, то це означає, що шкоди зазнає як особа, так і нація, що є невіддільними один від одного. Коли пріоритет надається державі, то це означає забуття інтересів особи і нації. Держава є силою, яка прагне підкорити особу і націю в усіх сферах та на всіх рівнях їхнього життя одному верховному началу. Інституту держави притаманні виключна єдність, прагнення змішати й злити всю різноманітність особи і нації, придушити їхню виключність, різноманітність та незалежність. Якщо держава стає домінуючою силою, то з'являється деспотизм і настає напівмертве царство рабів, а суспільство кам'яне в одноманітності й нерухомості.

Коли ж на першому місці стоїть право, як вічна правда, добро, справедливість, тоді руйнується твердина мертвої єдності, з'являються і стають чинними права і свободи особи і нації, їхня діяльність стає розкутою, творчою й результативною. Вони діють виключно із своїх інтересів і для загального добра.

Якщо на першому місці стоїть держава, то у цьому випадку знищуються права і свободи особи і нації, їх різноманітність, багатство та креативність. Але і в іншому випадку, коли на першому місці стоїть право, то загальне може втрачати сутність реального буття, воно може перетворитися на щось від'ємне, пусте, в формальний закон, і повністю позбавитися будь-якого смислу. У такому випадку гору можуть взяти загальний егоїзм і анархія, зникне внутрішній зв'язок суспільства, а відповідно, і нації, і все закінчиться війною всіх проти всіх, тобто самознищенням. У даному разі історія народу нагадувала б лише механічний рух, що детермінується двома факторами.

Проте нація не є закінченою, мертвою силою, а історія – це не простий механічний рух. Вони наповнюються позитивним змістом, а також реальним смислом та цілісністю внутрішнього життя завдяки тому, що особистість і нація застосовують загальнолюдську мораль, яка за сприятливих обставин трансформується в право. Нація змушена в таких випадках гуртуватися, і її мораль набуває норм права, які захищають не лише права і свободи особи, а й загальнонаціональні інтереси. У цьому випадку зникає антагонізм між правом і законом та формується правова держава.



Правова держава формується і розвивається там, де існує поділ влади на три гілки: законодавчу, виконавчу і судову. До того ж, вони повинні формуватися і діяти незалежно одна від іншої. Судова гілка влади, наприклад, будучи незалежною, повинна мати свій власний погляд на будь-який закон або дію законодавчої і виконавчої гілок влади. Суд повинен звіряти своє рішення насамперед з моральними критеріями нації. Його завданням має бути захист норм права і норм закону від їх навіть формального порушення. Але найголовнішим його завданням повинен бути захист прав і свобод особи і нації. Будь-яке зазіхання на права і свободи особи і нації має знайти свій захист в судовому порядку.

Крайнім засобом захисту прав і свобод особи є насилля, яке може краще і швидше розчистити шлях до нових відносин у суспільстві. Але цей метод досягнення відповідної мети досить часто веде до величезних людських жертв і страждань. Він застосовується у тих випадках, коли особистий ідеал відокремлюється від ідеалу національного. Ускладнений канібалізм при цьому набирає величезного розмаху, в якому відсутній будь-який позитивний результат.

Будь-яке насилля притягує до себе морально, а інколи й фізично неповноцінних осіб і свідчить про духовну хворобу певної частини суспільства та про таку ж хворобу його лікарів. Події на південному сході України є симптомом тяжкої духовної хвороби частини українського суспільства. Ця хвороба знищує не лише особисту, а й національну мораль. Особа, будучи істотою логічною, не може тривалий час терпіти страшне роздвоєння між правилами особистої і загальнонаціональної моралі, а в кінцевому підсумку і в запереченні чинності норм права. Дії такої особи спрямовані або на знищення іншої особи, яка заважає їй досягти певної мети, або самій розчинитися в масі, або самознищитися. Такому «ускладненому канібалізму» можна запобігти лише застосуванням норм права справедливості незалежним і неупередженим судовим органом.

Ситуація на південному сході України поглиблюється російською агресією. Тотальна брехня й збочена міфотворчість, небачена жорстокість, що знецінює людське життя, є основною ознакою російського екстремізму. Ідеологія «русского міра» є людиноненависною і загрожує мирному співіснуванню народів.

Російська влада намагається знищити українську мову і культуру, українську духовність і ментальність, українську ідентичність і державність. Чіпляючи українській владі ярлик «хунта», «фашисти», «бандерлоги», вона намагається знищити суто український духовно-культурний стрижень. Будучи «тюрмою» народів, Росія нищить все і всіх, хто хоче розвиватися в мирі і спокої, в добрі й справедливості, в сердечності та співчутті, високій морально-етичній чистоті.

Існує два плебсологічні підходи до розуміння сутності нації, її прав і свобод. Права і свободи нації невід'ємні від прав та свобод людини. Як правило, корінна нація, що становить в країні більшість, проводить дискримінацію національних меншин. Але в Україні спостерігається явище, коли не більшість дискримінує меншість, а навпаки, російська національна меншість проводить дискримінацію української більшості. Росіяни розуміють, що реінтегрувати пострадянський простір і відновити імперію без України неможливо. Прагнучи розширити територію, Росія намагається набути статусу наддержави і впливати на ситуацію як у регіональному, так і глобальному масштабах, хоча в неї відсутній потенціал для реалізації такого плану.

З метою дестабілізації міжнародного становища Росія намагається відновити біполярну систему хоча б на євразійському просторі. Замість того, щоб розвивати демократичні інститути, новітні технології, забезпечувати права і свободи людини і громадянина, боротися з корупцією та свавіллям правоохоронних органів, влада Росії культивує ідеї особливої месіанської ролі російського народу, його величчя й ізоляції від країн Заходу. Однією із цілей російського авторитарного режиму – не допустити проведення реформ в Україні, адже вони можуть вплинути і на ситуацію в самій Росії. В Україні ж потребують реформування як органи самоврядування, так і правоохоронні та судові органи. Водночас досить складною і запутаною є судова система України. До того ж, формування судових органів здійснюється без участі і носія суверенітету та джерела влади – українського народу. Найбільш правильним і демократичним шляхом реформування судової гілки влади була б виборність суддів електоратом. Окрім того, судова система має бути спрощена і зрозуміла народові. Незалежність суду від інших гілок влади та його доступність може бути забезпечена, якщо суддів місцевого суду будуть обирати виборці на п'ять років. На зборах суддів регіону мають обирати членів апеляційного суду на сім років. На з'їзді суддів України мають обирати членів Верховного суду на десять років. Адміністративні та господарські суди повинні бути ліквідовані. Така судова система вимагає спрощення й системи права. Його можна було б кодифікувати у два кодекси матеріального права: кодекс публічного права і кодекс приватного права. Норми процесуального права можуть бути вміщені в двох кодексах: кодексі публічного процесуального права і кодексі приватного процесуального права.

Реформування системи права України за належної підготовки та наявності політичної волі можна було б провести у стислі терміни – протягом двох років. Звичайно, таке реформування є трудомістким і вимагає від реформаторів широкої юридичної підготовки. Якщо ж зберігати існуючу судову систему, то необхідно посилити роль Верховного Суду, зокрема в захисті прав і свобод людини. Він має отримати право формувати судову практику стосовно виконання вимог Конституції та норм права, Конвенції про захист прав людини і фундаментальних свобод, забезпечувати ефективність національної правової системи і дії верховенства права.

Серед початкових заходів Верховного Суду слід чіткіше закріпити на законодавчому рівні обов'язковість його рішення для всіх суб'єктів правозастосування; надати право громадянам звертатися за захистом до Верховного Суду щодо різного застосування судами касаційної інстанції однієї і тієї ж норми процесуаль-

ного права; закріпити право громадян безпосередньо звертатися до Верховного Суду із заявою про перегляд судового рішення; запровадити механізм перегляду Верховним Судом за власною ініціативою рішень, прийнятих із суттєвими порушеннями норм матеріального і процесуального права; громадянин України може подати скаргу до відповідної міжнародної установи лише після її розгляду у Верховному Суді; рішення будь-якого вищого спеціалізованого суду, а також Конституційного суду, навіть те, яке має заборонний характер, може бути оскаржене у Верховному Суді. Повноваження Верховного Суду необхідно наповнити належним субстанційно-правовим змістом: прийнята двома третинами голосів від його загального складу постанова стосовно тлумачення норм матеріального і процесуального права не лише стосовно актів касаційного суду, а й судів інших інстанцій, підлягає беззаперечному виконанню. Правовий висновок Верховного Суду має бути обов'язковим і для усіх органів державної влади.

Плебсологічне філософсько-правове пізнання історичної ролі еліти і нації дає можливість зробити висновок про те, що українська нація потребує патріотичної політичної еліти, яка б поєднувала українську ідентичність з боротьбою за соціальну й національну справедливість, з повагою ставилася б до життя, прав і свобод людини, забезпечувала б рівність в правах і перед законом, дотримувалася б верховенства права. Без такої еліти нація не може вижити.

<sup>1</sup> Скригонюк М. І. Плебсологія: правова сутність, теорія і практика / М. І. Скригонюк. – К. : ВПЦ «Київський університет», 2003. – Ч. 1. – 270 с.

<sup>2</sup> Скригонюк М. І. Плебсологія як філософсько-правове вчення / М. І. Скригонюк. – К. : Парапан, 2008. – 764 с.

<sup>3</sup> Ортега-і-Гассет Хосе. Бунт мас / Хосе Ортега-і-Гассет // Всесвіт. – 1995. – № 1.

<sup>4</sup> Конституція України. – Х. : Одиссей, 2006. – С. 4.

### Резюме

#### **Шевченко О. О. Плебсологічне філософсько-правове осмислення історичної ролі еліти і нації.**

У статті в модерному плебсологічному філософсько-правовому вимірі доктринально досліджено історичну роль еліти і нації, передусім в державотворчих та правотворчих процесах. Розглядається плебсологічна філософсько-правова характеристика української моделі даного алгоритму. На основі цього розгляду робиться висновок, що на сучасному етапі державотворення українська нація потребує такої патріотичної еліти, яка б поєднувала в собі українську ідентичність з боротьбою за соціальну і національну справедливість, а також дотримання прав і свобод людини.

**Ключові слова:** плебсологічна філософсько-правова характеристика, роль еліти і нації, захист прав і свобод особи і нації.

### Резюме

#### **Шевченко А. А. Плебсологическое философско-правовое осмысление исторической роли элиты и нации.**

В статье в современном плебсологическом философско-правовом измерении доктринально исследуется историческая роль элиты и нации, прежде всего в вопросах государственного строительства и правотворчества. Рассматривается плебсологическая философско-правовая характеристика украинской модели данного алгоритма исследования. На основании этого сделано заключение, что на современном этапе государственного строительства украинская нация имеет потребность в такой патриотической элите, которая бы объединяла в себе украинскую идентичность с борьбой за социальную и национальную справедливость, а также придерживалась прав и свобод человека.

**Ключевые слова:** плебсологическая философско-правовая характеристика, роль элиты и нации, защита прав и свобод личности и нации.

### Summary

#### **Shevchenko O. The plebsological philosophical and legal comprehension of historical role of elite and nation.**

This article contains doctrinal research of historical role of elite and nation in a modern plebsological philosophical and legal aspect. Above all this role is researched in state-law-creating processes. Plebsological philosophical and legal characteristic of Ukrainian model of this algorithm is also considered. This lead to the conclusion: the current state creating process shows that Ukrainian nation requires such a patriotic elite, witch would combine Ukrainian identity and struggle for social and national justice with compliance of human rights and freedoms.

**Key words:** the plebsological philosophical and legal characteristic, the role of elite and nation, protect the rights and freedoms of the individual and the nation.

**В. О. ДЕСЯТНИК**

*Володимир Олексійович Десятник, кандидат юридичних наук, професор Київського університету права НАН України, адвокат*

**КРИТИЧНО-ПРАВОВЕ МИСЛЕННЯ: ПРИРОДА НАУКОВОГО ЗНАННЯ**

*Ми маємо звикнути до думки про те, що науку слід розглядати не як «корпус знання», а як систему гіпотез, тобто як систему припущень чи передбачень, які в принципі не можуть бути виправдані і якими ми користуємося до того часу, поки вони витримують перевірки. Ми ніколи не маємо права сказати, ніби знаємо, що вони «істинні», «більш-менш достовірні» або хоча б «вірогідні».*  
Карл Поппер (1902–1994)

Методологічна концепція критично-правового мислення полягає в тому, що наукове юридичне дослідження може здійснюватися не завдяки вкрай поширеному серед юристів-позитивістів індуктивному методу і не з допомогою популярного серед прихильників природно-правового мислення чистого дедуктивного методу, а використовуючи науковий метод проб та усунення помилок, припущень та спростувань.

Висунута мною методологічна концепція критично-правового мислення є синтезом та альтернативою основним типам праворозуміння, тобто «діаметрально протилежним» теоріям природного права та теоріям позитивного права<sup>1</sup>.

У концептуальній статті «Критично-правове мислення»<sup>2</sup> серед інших проблем, принципів, ідей вкрай стисло було розглянуто ідею погрішимості знання, яка є одним із головних принципів критичного раціоналізму К. Поппера, а отже, і пробно висунутої методологічної концепції критично-правового мислення. Завданням же цього дослідження є спроба більш докладного опису\* вчення про погрішимість знання з метою викликати критичне обговорення цієї проблеми науковцями, особливо правознавцями.

Під вченням про погрішимість знання К. Поппер розуміє визнання двох фактів: по-перше, ми не застраховані від помилок і, по-друге, прагнення до достовірності (або навіть до високої ймовірності) є помилковим<sup>3</sup>.

Принцип погрішимості знання, фаллібілізм (від англ. *fallible* – такий, що може бути помилковим) свідчить про те, що ми ніколи не можемо бути цілком упевнені в істинності тих або інших теорій. Навіть найкращі наукові теорії є лише гіпотезами, які поки що не спростовані, але, можливо та ймовірно, будуть спростовані й замінені на кращі теорії у майбутньому. Ми маємо розглядати кращі з наших теорій як істинні лише пробно і бути готовими до їх перегляду, якщо нові аргументи й факти викличуть потребу у цьому. Ми повинні бути відкритими до раціональної критики й дискусії. Ми не повинні претендувати на володіння істиною. Ми – шукачі істини, а не її володарі<sup>4</sup>.

**Ідея про погрішимість знання.** Виникнувши в першій половині ХХ ст. як реакція на домінуючу на той час позитивістську традицію, філософія критичного раціоналізму виявилася, по суті, спробою відродити в сучасній методологічній та філософській свідомості ту методологічну традицію (критицизм і фаллібілізм), коріння якої сягають філософа-досократика Ксенофана Колофонського. Надалі через Парменіда і Сократа ця традиція перейде в західноєвропейську культуру, а в наш час, завдяки величезним зусиллям К. Поппера та його послідовників (в англо- та німецькомовних країнах), вона стане однією з впливових традицій в сучасному способі мислення<sup>5</sup>. Для всіх, хто хоч трохи обізнаний з історико-філософською проблематикою, очевидний той факт, що вона, від античності й до наших днів, пронизана однією наскрізною фундаментальною проблемою – проблемою обґрунтування підстав людського знання. Еволюція, яку зазнала ця проблема в ході історико-філософського процесу, виразилася від висунення її на центральне місце в так званій фундаменталістській традиції (вся класична філософія від Бекона, Декарта до Гегеля) до повної відмови від неї в антифундаменталістській традиції (К. Поппер). Фундаменталістська традиція в філософії та методології ґрунтується на вірі в можливість існування точного достовірного знання. Цей класичний метафізичний міф про існування достовірних, надійних підстав людського знання сходить до античності, зокрема, до аристотелівського ідеалу науки, що опирається на принцип достатньої підстави. Ця методологія залишалася панівною традицією в класичній і сучасній культурі аж до ХХ століття<sup>6</sup>. Дотримується цієї традиції й сучасна вітчизняна юридична наука. Характерним прикладом є висновок М. С. Кельмана про те, що сучасна наука може розглядатися як діяльність з виробництва об'єктивного, достовірного, перевіреного, обґрунтованого і т.д. знання<sup>7</sup>.

Останнім часом у зв'язку зі зміною загальної культурної ситуації, і насамперед ситуації в науці, підвалини фундаменталізму були підірвані. Традиційна апеляція до Розуму і Досвіду\*\* виявилася абсолютно

© В. О. Десятник, 2015

\* Більш докладний виклад цієї проблеми порівняно з моєю статтею «Критично-правове мислення», але в обмеженому обсязі цієї статті. – В.Д.

\*\* На чистому розумі ґрунтується здебільшого природно-правове мислення, а на досвіді – позитивно-правове. – В.Д.

немислимою в духовній атмосфері сучасної культури, яка розвінчує багатовікової культ розуму. Виявилось, що людський розум занадто мінливий, погрішимий, щоб бути надійним фундаментом людської культури. На тлі підвалин фундаменталістської традиції, що руйнуються, стала все більш ясно вимальовуватися і висуватися на передній план протилежна фундаменталістській традиції антифундаменталістська (критицистська) парадигма. Остання стала глибоко проникати в сучасну методологічну свідомість завдяки філософській діяльності К. Поппера, який фактично «пробудив» у постмодерністській філософській свідомості існуючу здавна в європейській філософії ідею про погрішимість людського розуму<sup>8</sup>. Своїм корінням антифундаменталістська критицистська установка сягає глибокої давнини. Через античність ця ідея проникла в європейську класичну філософію. Уже Ф. Бекон своїм вченням закладає основи погрішимості нашого знання, а критична філософія І. Канта, методологічний плюралізм Б. Паскаля та інших проклали шлях до сучасного розуміння погрішимості знання поперовського типу. У російській філософській традиції найбільш глибоко дух критицизму проник в філософію П. Н. Ткачова, який писав: «Критика – це неодмінна, необхідна умова думки та правильного її розвитку; вона її живить, зміцнює, одушевляє. Відгородить думку від критики, і вона перетвориться на мертву догму, не встигнувши вирости і розвинутися, вона постаріє, знебарвиться, зноситься»<sup>9</sup>. На відміну від класичної фундаменталістської традиції, антифундаменталізм не допускає жодних догм, більш того, він включає в себе з необхідністю погрішимість щодо будь-якої можливої інстанції. Тоді як фундаменталізм зводить певні інстанції – Розум або Досвід – в епістемологічні авторитети і намагається виробити у них «імунітет від критики», антифундаменталізм (критицизм) не визнає жодних авторитетів та інстанцій непогрішимості, «архімедових опорних точок» і не допускає догматизації при вирішенні проблем. А це означає, що не існує ніяких вирішень проблем, ні належних інстанцій для такого роду рішень, які повинні ухилятися від критики. Самі ці рішення, очевидно, повинні розумітися як конструкції гіпотетичного характеру, які можуть бути піддані критиці й ревізії. Безперервний пошук і зміна одних рішень іншими – таким є шлях руху до Істини і Прогресу, лейтмотив антифундаменталізму<sup>10</sup>.

Не існує первісних джерел знання, вважає К. Поппер. Потрібно вітати кожне джерело, кожне речення, але кожне джерело, кожне речення відкриті для критичної перевірки. Абсолютного авторитету не мають ні спостереження, ні розум. Надзвичайно важливі інтелектуальна інтуїція та уява, проте вони ненадійні: вони здатні представляти нам речі дуже ясно й тим не менш вводити нас в оману. Вони необхідні в якості основного джерела наших теорій, але в більшості своїй наші теорії помилкові. Найбільш важлива функція спостереження й міркування, і навіть інтуїції та уяви, полягає в тому, щоб сприяти критичній перевірці тих сміливих припущень, за допомогою яких ми досліджуємо наше незнання. Кожне рішення деякої проблеми породжує нові невіршені проблеми, більш глибокі порівняно з початковою проблемою, і потребують більш сміливих рішень. Чим більше й глибше ми занурюємося в їх вивчення, тим більш усвідомленим та точним стає наше знання про те, чого ми не знаємо, знання нашого неуцтва. Справді, основне джерело нашого неуцтва полягає в тому факті, що наше знання може бути лише кінцевим, у той час як наше неуцтво повинно бути нескінченним<sup>11</sup>. Наше незнання безмежне і витверезливе. Саме вражаючий прогрес природничих наук постійно нагадує нам про наше незнання, навіть у галузі природничих наук. Сказане з нового боку розкриває нам Сократову ідею незнання. З кожним кроком вперед, з кожною вирішеною проблемою ми не тільки відкриваємо нові, невіршені проблеми, ми також виявляємо, що там, де ми, здавалося, стоїмо на твердому й безпечному ґрунті, насправді все ненадійно і нестійко. У будь-якої теорії пізнання є фундаментально важливе завдання, яке можна навіть розглядати як вирішальне випробування для неї: від неї вимагається прояснити відносини між нашим чудовим і все зростаючим знанням та нашим постійно зростаючим розумінням того, що ми насправді нічого не знаємо, тобто, що ми ніколи не можемо раціонально виправдати наші теорії<sup>12</sup>. Щодо вимоги про точність знання К. Поппер зазначає, що ясність цінна сама по собі, строгість і точність такими не є: не слід прагнути до точності більш високої, ніж вимагає наша проблема. Лінгвістична точність являє собою оманливий фантом, а проблеми, пов'язані з визначенням або значенням слів, несуттєві. Слова важливі лише як інструменти для формулювання теорій, і словесних проблем слід уникати за будь-яку ціну<sup>13</sup>.

**Пошук безсумнівності – головна помилка теорії знання, заснованої на здоровому глузді.** Феномен людського знання – найвеличніше диво нашої світобудови. Він становить проблему, яка нешвидко буде вирішена. З часів Декарта, Гоббса, Локка, Юма знання розглядалося як особливо надійний вид людського думки, а наукове знання – як особливо надійний вид людського знання. К. Поппер пориває з традицією теорії знання, заснованої на здоровому глузді. Він є великим шанувальником здорового глузду, та водночас вважає *засновану на здоровому глузді теорію знання*\* грубою помилкою. Це помилка підпорядкувала собі всю західну філософію<sup>14</sup>.

К. Поппер стверджує, що здоровий глузд завжди слугує нам вихідним пунктом, але його потрібно критикувати. Він не дуже хороший, коли починає міркувати про себе самого. Насправді теорія здорового глузду, заснована на здоровому глузді, являє собою наївну плутанину, але вона заклала основу, на якій будуються навіть недавні філософські теорії пізнання. Теорія пізнання, заснована на здоровому глузді, проста. Якщо ви або я хочемо дізнатися про щось ще невідоме, нам треба відкрити очі й озирнутися довкола. І нам треба насторожити вуха і прислухатися до звуків, особливо до тих, що видають інші люди. Таким чином, різні наші почуття слугують нам *джерелами знання* – джерелами, або входами в нашу свідомість. К. Поппер часто називав цю теорію бадейною теорією свідомості. Наша свідомість – це баддя, спочатку більш-менш порож-

\* Курсив К. Поппера. – В.Д.

ня, і в цю баддю через наші органи чуття (а може бути, через лірку зверху) проникає матеріал, який в ній збирається і перетравлюється. У філософському світі ця теорія краще відома під більш шляхетною назвою теорії свідомості як *tabula rasa*: наша свідомість – чиста дошка, на якій почуття вирізають свої послання. Істотна теза бадейної теорії полягає в тому, що ми пізнаємо більшу частину, якщо не все, з того, що ми пізнаємо, завдяки входу досвіду через отвори наших органів чуття. Таким чином, все *знання складається з інформації, отриманої через наші органи чуття, тобто з досвіду*. У такій формі ця наскрізь помилкова теорія ще дуже жива. Вона все ще відіграє роль у теоріях навчання або, наприклад, в «теорії інформації» (хоча іноді визнається, що баддя може бути спочатку не порожня, а забезпечена комп'ютерною програмою). Теза К. Поппера полягає в тому, що бадейна теорія у всіх її варіантах гранично наївна й абсолютно помилкова, і що її неусвідомлені припущення все ще чинять нищівний вплив на теорії, що користуються найвищою репутацією. До багатьох помилок бадейної теорії свідомості входять наступні: 1. Знання уявляється як таке, що складається з речей або подібних речам сутностей\* в нашій бадді (таких, як ідеї, враження, чуттєві дані, елементи, атомарні переживання). 2. Знання перебуває передусім у нас: воно складається з інформації, яка дійшла до нас і яку ми зуміли увібрати. 3. Існує *безпосереднє* або *пряме* знання, тобто чисті, неспотворені елементи інформації, які увійшли до нас і залишаються поки що неперетравленими. Ніяке знання не може бути більш елементарним і безсумнівним, ніж це. 4. Однак у нас є практична потреба у знанні більш високого рівня – у знанні, що виходить за межі просто даних або просто елементів. Для цього нам, зокрема, потрібне знання, яке встановлює очікування, пов'язуючи існуючі дані з елементами, які ще мають з'явитися. Це більш високе знання встановлюється шляхом *асоціації ідей або елементів*. 5. Ідеї або елементи асоціюються, якщо зустрічаються разом і, це найважливіше, *асоціація посилюється від повторення*. 6. Таким чином ми встановлюємо *очікування* (якщо ідея *a* міцно асоціюється з ідеєю *b*, поява *a* викликає підвищене очікування *b*). 7. Так само виникають думки чи переконання. Щире переконання – це переконання в наявності асоціації, яка має місце завжди. Помилкове переконання – це переконання в наявності асоціації ідей, які хоча й зустрічалися разом, може, колись у минулому, але не завжди повторюються разом. Підсумовуючи, К. Поппер пише, що теорія пізнання, заснована на здоровому глузді, дуже нагадує емпіризм Локка, Берклі та Юма і не так вже далеко відійшла від теорій багатьох сучасних емпіриків та позитивістів<sup>15\*\*</sup>.

У теорії пізнання, заснованій на здоровому глузді, майже все помилково, але центральна її помилка полягає в припущенні, що ми займаємося пошуком безсумнівності. Саме це припущення призводить до виділення даних, елементів, чуттєвих даних, чуттєвих вражень або безпосередніх переживань як надійної основи всякого знання. Проте, стверджує К. Поппер, ці дані, або елементи, не тільки не слугують такою основою – їх взагалі не існує. Це, каже він, винаходи оптимістично налаштованих філософів, які примудрилися заповідати їх психологам. Вся ця історія про «дані», про «істинні дані», із закріпленою за ними безсумнівністю, є помилкова теорія, хоча вона і є частиною здорового глузду. Майже всі ми – хороші спостерігачі й хороші сприймачі. Чому це так – проблема, яку повинна пояснити біологічна теорія, і не слід класти цей факт в основу якого б то не було *догматизму* прямого, безпосереднього або інтуїтивного знання. І врешті-решт ми іноді помиляємося; ми ніколи не повинні забувати про нашу погрішимість<sup>16</sup>.

**Зростання наукового знання.** Прагнення до достовірності, безсумнівності є помилковим. Однак звідси не випливає, що було б помилковим прагнути до істини. Навпаки, поняття помилки має на увазі поняття істини як зразок, якого ми, втім, можемо не досягати. Визнання погрішимості знання означає, що, хоча ми можемо жадати істини і навіть здатні виявляти її (К. Поппер вірить, що в багатьох випадках це нам вдається), ми проте ніколи не можемо бути впевнені до кінця, що дійсно володіємо істиною. Завжди є можливість помилки. К. Поппер підкреслює, що вчення про погрішимість знання не дає жодних підстав для скептичних висновків. У цьому неважко переконатися, якщо замислитися про те, що всі відомі з історії приклади людської погрішимості, враховуючи *всі відомі приклади судових помилок, є віхами прогресу нашого пізнання* (курсив мій – В.Д.). Кожен раз, коли нам вдається виявити помилку, наше знання дійсно просувається на крок вперед. Отже, ми вміємо одержувати уроки з наших власних помилок. Це фундаментальне розуміння дійсно слугує базисом усієї епістемології та методології. Воно вказує нам, як вчитися систематично, як рухатися шляхом прогресу швидше. Ця позиція, простіше кажучи, полягає в тому, що нам слід шукати свої помилки, або, інакше, намагатися критикувати свої теорії. Критика, цілком ймовірно, – це єдиний доступний нам спосіб виявлення наших помилок і єдиний систематичний метод одержувати з них уроки<sup>17</sup>.

Говорячи про істинність знання, К. Поппер хоче зробити гранично ясним, що наша мета – знайти істинні теорії або хоча б теорії, ближчі до істини, ніж інші відомі в даний час теорії. Тим не менш, це не означає, що ми можемо бути повністю впевнені в істинності якої-небудь з наших пояснювальних теорій. Ми можемо критикувати пояснювальну теорію і встановити її хибність. Разом із тим хороша пояснювальна теорія завжди допомагає робити сміливі прогнози на майбутнє. Вона повинна допускати перевірку й критику, але ніколи не буде можливо довести її істинність. Основним механізмом зростання знань є механізм припущень і спросту-

\* Теорію, згідно з якою метою науки є виявлення, розкриття *сутності* речі, К. Поппер назвав методологічним есенціалізмом. Методологічні есенціалісти вважають, що у сутність речі можна проникнути, заглибитися, розпізнати її за допомогою *інтелектуальної інтуїції*, що кожна сутність має тільки її властиве ім'я, за яким названо чуттєві речі, і що її можна описати словами. Про методологічний есенціалізм, який домінує в правознавстві, див.: *Десятник В. О. Методологічний есенціалізм та юридичне мислення* // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 1. – С. 24–28.

\*\* Курсив К. Поппера. – В.Д.

вань, усунення нежиттєздатних пояснень. При усуненні кінцевого числа таких пояснень завжди залишається нескінченна кількість інших можливих пояснень. Таким чином, не слід приписувати нашим теоріям істинність або ймовірність. Використання таких стандартів, як істина і наближення до істини, відіграє свою роль тільки в рамках критики. Можна відкинути теорію як хибну, і можна відкинути теорію яка менш наближається до істини, ніж якісь із попередніх або конкуруючих з нею теорій. К. Поппер сформулював сказане у вигляді двох коротких тез: 1. Ми не є непогрішними і можемо робити помилки, але ми можемо вчитися на своїх помилках. 2. Ми не можемо виправдати свої теорії, але можемо піддавати їх розумній критиці і приймати на пробу ті з них, які краще витримують критику і володіють більшою пояснювальною силою<sup>18</sup>.

Ми маємо звикнути до думки про те, що науку слід розглядати не як «корпус знання», а як систему гіпотез, тобто як систему припущень чи передбачень, які в принципі не можуть бути виправдані і якими ми користуємося до того часу, доки вони витримують перевірки. Ми ніколи не маємо права сказати, ніби знаємо, що вони «істинні», «більш-менш достовірні» або хоча б «вірогідні»<sup>19</sup>.

Наука не є системою достовірних або добре обґрунтованих висловлювань; вона не являє собою також і системи, що постійно розвивається у напрямі до деякого кінцевого стану. Наша наука не є знання: вона ніколи не може претендувати на досягнення істини або чогось, що замінює істину, наприклад, ймовірності. Ми не знаємо, ми можемо тільки гадати. І наші припущення направляються ненауковою, метафізичною (хоча біологічно зрозумілою) вірою в існування законів і регулярностей, які ми можемо виявити. Подібно Ф. Бекону, ми можемо описати нашу власну сучасну науку як таку, що складається із «поспішних і незрілих передбачень» та із «забобонів»<sup>20</sup>. Навіть ретельна і послідовна перевірка наших ідей досвідом сама, в свою чергу, надихається ідеями: експеримент являє собою плановану дію, кожен крок якого спрямовується теорією. Ми не натрапляємо несподівано на наші сприйняття і не пливемо пасивно в їх потоці. Ми діємо активно – ми «робимо» наш досвід<sup>21</sup>.

Старий науковий ідеал – абсолютно достовірного, демонстративного знання – виявився ідолом. Вимога наукової об'єктивності робить неминучим той факт, що кожне наукове висловлювання повинно завжди залишатися тимчасовим. Воно дійсно може бути підкріплено, але кожне підкріплення є відносним, пов'язаним з іншими висловлюваннями, які самі є тимчасовими. Лише в нашому суб'єктивному переконанні, в нашій суб'єктивній вірі ми можемо мати «абсолютну достовірність». Помилкове розуміння науки видає себе в прагненні завжди мати рацію. Однак не володіння знанням, незаперечною істиною робить людину вченим, а постійне й відважне критичне прагнення до істини. Наука ніколи не ставить перед собою недосяжної мети зробити свої відповіді остаточними або хоча б вірогідними. Її прогрес полягає в русі до нескінченної, але все-таки досяжної мети – до виявлення нових, більш глибоких і більш загальних проблем та до повторних, все більш суворих перевірок наших завжди тимчасових, пробних рішень<sup>22</sup>.

Отже, в цій статті описано погляди на погрішимість, гіпотетичність наукового знання, а також на метод його зростання, яким є припущення та спростування. Таке бачення може бути використано в рамках критично-правового мислення для розуміння юридичної науки та її розвитку.

<sup>1</sup> Див. докладніше: Десятник В. О. Критично-правове мислення // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 3. – С. 17–21.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Поппер К. Учение о погрешимости и рост знания / К. Поппер // Логика и рост научного знания. – М. : Прогресс, 1983. – С. 387.

<sup>4</sup> Сенетий Д. П. Критичний раціоналізм Карла Поппера: пізнання шляхом проб і помилок, припущень і спростувань / Д. П. Сенетий // Гуманітарний вісник Запорізької державної інженерної академії. – 2010. – Вип. 40. – С. 82.

<sup>5</sup> Шишков І. З. В поісках нової раціональності: Філософія критического разума / Іван Захарович Шишков. – 2-е изд. – М. : Едиториал УРСС, 2010. – С. 5.

<sup>6</sup> Там само. – С. 11, 12.

<sup>7</sup> Кельман М. С. Методологічна ситуація у сучасному правознавстві та тенденція розвитку його методології // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2013. – № 5. – С. 7. – (Серія «Юриспруденція»).

<sup>8</sup> Шишков І. З. Вказана праця. – С. 12.

<sup>9</sup> Ткачев П. Н. Анархия мысли / П. Н. Ткачев // Кладези мудрости российских философов. – М. : Правда, 1990. – С. 176.

<sup>10</sup> Шишков І. З. Вказана праця. – С. 14.

<sup>11</sup> Поппер К. Об источниках знания и невежества / К. Поппер // Предположения и опровержения. – М. : АСТ, Ермак, 2004. – С. 55, 56.

<sup>12</sup> Поппер К. Логика социальных наук / К. Поппер // Эволюционная эпистемология и логика социальных наук. Карл Поппер и его критики ; пер. с англ. Д. Г. Лахути. – М. : Эдиториал УРСС, 2000. – С. 299, 313.

<sup>13</sup> Поппер К. Об источниках знания и невежества / К. Поппер. – С. 56.

<sup>14</sup> Поппер К. Объективное знание. Эволюционный подход / К. Поппер; пер. с англ. Д. Г. Лахути / отв. ред. В. Н. Садовский. – М. : Эдиториал УРСС, 2002. – С. 10. (Передмова).

<sup>15</sup> Там само. – С. 66–68. (Див. докладніше: «Ошибочная теория познания, основанная на здравом смысле»).

<sup>16</sup> Там само. – С. 68–70. (Див. докладніше: «Критика теории познания, основанной на здравом смысле»).

<sup>17</sup> Див. докладніше: Поппер К. Учение о погрешимости и рост знания / К. Поппер // Логика и рост научного знания. – М. : Прогресс, 1983. – С. 386–388.

<sup>18</sup> Там само. – С. 255. (Див. докладніше: «Некоторые замечания о проблемах и о росте знания»).

<sup>19</sup> Поппер К. Логика научного исследования / К. Поппер ; пер. с англ. / под общ. ред. В. Н. Садовского. – М. : Республика, 2004. – С. 289. (Див. докладніше: «О так называемой «логике индукции» и «вероятности гипотез»).

<sup>20</sup> Бэкон Ф. Новый органон / Ф. Бэкон // Соч. в двух томах. – М. : Мысль, 1978. – Т. 2. – С. 16.

<sup>21</sup> Поппер К. Логика научного исследования / К. Поппер. – С. 256.

<sup>22</sup> Там само. – С. 258. (Див. докладніше: «Путь науки»).

#### Резюме

**Десятник В. О. Критично-правове мислення: природа наукового знання.**

У цій статті описано погляди на погрешимість, гіпотетичність наукового знання, а також на метод його зростання, яким є припущення та спростування. Таке бачення може бути використано в рамках критично-правового мислення для розуміння юридичної науки та її розвитку.

**Ключові слова:** критично-правове мислення, природа наукового знання, зростання знання, вчення про погрешимість знання, достовірність, безсумнівність, точність знання, теорія знання, заснована на здоровому глузді.

#### Резюме

**Десятник В.А. Критически-правовое мышление: природа научного знания.**

В этой статье описаны взгляды на погрешимость, гипотетичность научного знания, а также на метод его роста, которым является предположение и опровержение. Такое видение может быть использовано в рамках критически-правового мышления для понимания юридической науки и ее развития.

**Ключевые слова:** критически-правовое мышление, природа научного знания, рост знания, учение о погрешимости (фаллибилизме) знания, достоверность, несомненность, точность знания, теория знания, основанная на здравом смысле.

#### Summary

**Desiatnyk V. Critical legal thinking: the nature of scientific knowledge.**

This article describes the views fallibility, hypothetical scientific knowledge, as well as the method of growth, which is the assumption and refutation. This vision can be used within critical legal thinking to understand the legal science and its development.

**Key words:** critical legal thinking, nature of scientific knowledge, increase knowledge, teaching about fallibilism knowledge, credibility, certainty, precision knowledge, theory of knowledge based on common sense.

УДК 340.12:342.5

**В. М. КРАВЧУК**

*Валерій Миколайович Кравчук, кандидат юридичних наук, докторант Національної академії прокуратури України*

## ЕФЕКТИВНІСТЬ КОНСУЛЬТАЦІЙ З ГРОМАДСЬКІСТЮ ЯК ІНСТРУМЕНТУ НАРОДОВЛАДДЯ

У Конституції України закріплено важливий основоположний принцип сучасної правової держави – принцип народовладдя. Проте за багато років розвитку української державності основними механізмами його реалізації були лише виборчі процеси та найжорсткіший його прояв – революції. За таких умов питання пошуку й реального забезпечення еволюційних шляхів фактичного виконання конституційної засади народовладдя в Україні є особливо актуальними.

Безперечно, діалогові форми реалізації принципу народовладдя є важливими та стають ключовими елементами сучасного процесу публічного управління, формування політики та прийняття владних рішень. А на практиці прихильники демократичної політики вже давно зрозуміли важливість безперервної взаємодії суспільства та влади.

Дослідження шляхів взаємодії суспільства і влади, в тому числі у формі консультацій, проводили такі науковці, як: Н. Гнидюк, В. Горшкова, К. Ковриженко, О. Крутій, А. Крупник, В. Нестерович, А. Селіванов, Ю. Шайгородський та інші. Однак низка важливих практичних питань потребує додаткового опрацювання. Зокрема це стосується перспектив консультацій з громадськістю органами державної влади у розвитку народовладдя.

Метою цієї статті є аналіз теоретико-практичних аспектів фактичного здійснення консультування з громадськістю, визначення його ефективності та загального потенціалу як інструменту реалізації реального народовладдя в державі.

На відміну від більшості європейських країн, в Україні ще не сформовані стійкі традиції підготовки, ухвалення, а також виконання владних управлінських рішень як результату тривалого процесу комунікацій. Тобто, проведення діалогу влади та суспільства, урахування пропозицій громадянського суспільства.

Проте на сьогодні консультації з громадськістю стають невід'ємною складовою процесу публічного управління, і для цього є об'єктивні причини. По-перше, це спосіб спрямувати в позитивному напрямі соці-

ально активну частину населення, яка на добровільних засадах бере участь у суспільно-політичному житті (громадськість). По-друге, можливість посилити соціальну вагу та зрозумілість прийнятих органами влади управлінських рішень. По-третє, попередити громадське обурення результатами діяльності органів держави та запобігти конфронтації суспільства й публічної влади. Також це варіант заповнення наявних прогалин системного підходу щодо реалізації конституційного права громадян на участь в управлінні державними справами та посилення в цілому конституційно-правової ролі громадянського суспільства у демократичних процесах країни.

Отже, консультації з громадськістю забезпечують насамперед практичне виконання права громадян на участь в управлінні державними справами, надають можливості для їх вільного доступу до інформації про діяльність органів виконавчої влади, а також реалізують принципи гласності, відкритості й прозорості діяльності зазначених органів<sup>1</sup>. До основних напрямів, за якими проводяться консультації з громадськістю, належать питання, що стосуються: суспільно-економічного розвитку держави; реалізації та захисту прав і свобод громадян; задоволення їх політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів.

Як результат, проведення таких консультацій має сприяти налагодженню системного діалогу органів виконавчої влади з громадськістю, підвищенню якості підготовки рішень з важливих аспектів державного і суспільного життя з урахуванням громадської думки, створенню умов для участі громадян у розробленні проектів таких рішень<sup>2</sup>.

Як слушно зауважує В. Нестерович, на практичну допомогу організації та проведення публічних громадських обговорень має прийти стрімкий розвиток інформаційно-комунікаційних технологій, котрі, як ніколи гостро, ставлять питання про інституційне оформлення впливу громадськості на процес управлінської діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Налагодження ефективної взаємодії між владними інституціями та громадськістю – це важлива передумова дотримання прозорості у прийнятті нормативно-правових актів органами влади, контролю за їх виконанням, а також розвитку громадянського суспільства та його інститутів<sup>3</sup>.

Очевидним є те, що консультації з громадськістю являють собою особливо дієвий інструмент для органів місцевої влади, зокрема у формуванні стратегічного планування розвитку відповідної громади. Адже це забезпечує: належну увагу до місцевих проблем; виявлення ресурсів громади; визначення найефективнішого використання наявних ресурсів; окреслення оптимальної перспективи розвитку місцевості на найближчий період тощо<sup>4</sup>.

Разом із тим публічні консультації не часто досягають цілковитого консенсусу, але допомагають апробувати запропоновані варіанти політики та відповідних управлінських рішень. Тому консультації з громадськістю – це насамперед спосіб досягнення свідомого компромісу. Консультації з громадськістю є виявом інституту соціального діалогу народу та державної влади стосовно найбільш гострих соціальних проблем. Це – можливість максимального залучення головного суб'єкта – Українського народу до вирішення державною та муніципальною владою ключових питань розвитку країни, можливість реалізації волевиявлення громадян та створення умов для дійсного народовладдя в Україні<sup>5</sup>. Це означає, що абстрактні конституційні положення «громадяни мають право брати участь...» та подібні цьому конституційні формулювання набувають реальних ефективних форм.

Відповідно до п. 11 «Порядку проведення консультацій з громадськістю з питань формування та реалізації державної політики», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996, консультації з громадськістю проводяться у формі безпосередньої участі: 1) публічного громадського обговорення; 2) електронних консультацій з громадськістю. А також в у формі опосередкованої участі, наприклад вивчення громадської думки (опитування, анкетування тощо).

При цьому консультації з громадськістю з одних і тих же питань можуть одночасно проводитися як у формі публічного громадського обговорення та електронних консультацій з громадськістю (безпосередній її участі), так і у формі вивчення громадської думки (опосередкованій її участі). Проте з урахуванням доцільності може використовуватися лише одна або дві із зазначених форм консультацій з громадськістю.

Разом із тим в обов'язковому порядку проводяться консультації з громадськістю у формі публічного громадського обговорення та/або електронних консультацій з громадськістю щодо проектів нормативно-правових актів, які:

- стосуються конституційних прав, свобод та обов'язків громадян;
- стосуються життєвих інтересів громадян, у тому числі впливають на стан навколишнього природного середовища;
- передбачають провадження регуляторної діяльності у певній сфері;
- визначають стратегічні цілі, пріоритети й завдання у відповідній сфері державного управління (у тому числі проекти державних і регіональних програм економічного, соціального і культурного розвитку, рішення стосовно їх виконання);
- стосуються інтересів територіальних громад, здійснення повноважень місцевого самоврядування, делегованих органам виконавчої влади відповідними радами;
- визначають порядок надання адміністративних послуг;
- стосуються правового статусу громадських об'єднань, їх фінансування та діяльності;
- передбачають надання пільг чи встановлення обмежень для суб'єктів господарювання та інститутів громадянського суспільства;



– стосуються присвоєння юридичним особам та об'єктам права власності, які за ними закріплені, об'єктам права власності, які належать фізичним особам, імен (псевдонімів) фізичних осіб, ювілейних та святкових дат, назв і дат історичних подій;

– стосуються витрачання бюджетних коштів (звіти головних розпорядників бюджетних коштів за минулий рік)<sup>6</sup>.

Також згідно з ч. 4 ст. 41 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» проекти нормативно-правових актів місцевих державних адміністрацій виносяться на громадське обговорення шляхом оприлюднення в порядку, передбаченому Законом України «Про доступ до публічної інформації»<sup>7</sup>.

У свою чергу, публічне громадське обговорення передбачає організацію та проведення публічних заходів, таких як: конференцій, форумів, громадських слухань, засідань за круглим столом, зборів, зустрічей (нарад) з громадськістю; Інтернет-конференцій та відеоконференцій<sup>8</sup>.

Проте в законодавстві немає чіткого роз'яснення особливостей організації більшості з перелічених публічних заходів, їх завдань та результатів, які досягаються з допомогою останніх. Це створює умови маніпуляцій та перетворення консультацій з громадськістю на формальну стадію легалізації управлінських рішень. Тобто, є ризик проведення відповідних заходів лише номінально, з найменшою участю представників громадськості.

Тому важливо узагальнено проаналізувати організаційні можливості консультацій з громадськістю та на цій основі виокремити оптимальні формати їх проведення.

1. Конференція – це збори представників будь-яких організацій, груп для обговорення та роз'яснення певних питань<sup>9</sup>. Як формат публічних громадських обговорень застосовується рідко та проводиться здебільшого на рівні центральних органів виконавчої влади.

2. Форум, як правило, широкий представницький з'їзд (збори)<sup>10</sup>. Проводиться як захід консультації з громадськістю на місцевому, а також на центральному рівнях. Досить поширеною є періодичне проведення форумів (наприклад, з річним циклом) із залученням широкого кола громадських організацій, міжнародних експертів та представників. Їх організація передбачає презентацію найбільш актуальних громадських проєктів і різноманітних громадських ініціатив та може включати неформальні частини для привернення уваги громадськості. Достатньо ефективним цей захід є для визначення стратегічного планування регіонального розвитку, представлення публічного звіту діяльності місцевої влади тощо.

3. Громадські слухання є формальними зборами, на яких представники місцевих органів влади отримують думку громадськості щодо конкретного рішення або заходу місцевої влади. На відміну від більшості публічних заходів з громадського обговорення проведення громадських слухань передбачено Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні». Згідно зі ст. 13 вказаного закону територіальна громада має право проводити громадські слухання – зустрічатися з депутатами відповідної ради та посадовими особами місцевого самоврядування, під час яких члени територіальної громади можуть заслуховувати їх, порушувати питання та вносити пропозиції щодо питань місцевого значення, що належать до відання місцевого. Також законом встановлено деякі нормативні вимоги до їх організації: проводяться не рідше одного разу на рік; пропозиції, які вносяться за результатами громадських слухань, підлягають обов'язковому розгляду органами місцевого самоврядування; порядок організації громадських слухань визначається статутом територіальної громади<sup>11</sup>.

Тобто, громадські слухання можна розглядати як захід, на якому збираються окремі громадяни, групи громадян і місцеві посадові особи для обміну думками та інформацією щодо конкретного питання перед прийняттям рішення. Однак закон не визначає порядок організації громадських слухань і делегує це право представницьким органам місцевого самоврядування, які зобов'язані врегулювати його виключно статутом територіальної громади<sup>12</sup>.

1. Засідання за круглим столом – поширений формат публічного обговорення з висвітлення будь-яких питань, коли учасники висловлюються у визначеному порядку. Слід зазначити, що символізм, який присутній у назві цього різновиду заходів, спрямований на підкреслення рівноправ'я його учасників та спонукає їх до конструктивного діалогу.

2. Збори – публічне та відкрите зібрання членів територіальних громад з метою реалізації їх права на безпосередню участь у вирішенні питань місцевого значення. Згідно зі ст. 8 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» регулюється проведення загальних зборів громади, детальний порядок проведення, яких за місцем проживання визначається законом і статутом територіальної громади. Варто звернути увагу на помилковість отождивлення зборів як формату громадських обговорень та зборів як організованої форми політичних дій. Останнє є також узагальнюючим поняттям способів реалізації політичних прав і свобод громадян.

Проведення зборів як консультаційного заходу з громадськістю тягне за собою досить великі затрати ресурсів, які лягають на місцеві бюджети. У цьому сенсі М. Крутий пропонує місцевій владі встановити процедуру дорозглядової домовленості, яка має полягати в намаганні місцевої влади дійти компромісу з ініціаторами скликання зборів, врахувати їх інтереси без проведення загальних зборів. Водночас із закінченням вказаної процедури та в разі неможливості віднайти консенсус загальні збори громадян підлягають обов'язковому скликанню в разі виконання вимог щодо кількості ініціаторів. Відповідне рішення про проведення загальних зборів громадян оприлюднюється за сім днів до їх проведення. Перевагою є те, що рішення загальних зборів враховуються місцевою владою в їх діяльності, про що мають публічно звітувати перед громадою<sup>13</sup>.

3. Зустрічі (наради) з громадськістю – публічні заходи з обміну думками та баченням вирішення конкретних питань. Цей формат консультацій з громадськістю є фактично робочим варіантом комунікаційної взаємодії органів публічної влади та суспільства, оскільки проводиться для узгодження більшості практичних питань.

У практичній площині вибору належного формату заходів публічних громадських обговорень, їх організації існують деякі складнощі. Наприклад, у діяльності органів виконавчої влади найбільш часто консультації з громадськістю, з-поміж усіх передбачених форматів, організуються засобами електронного консультування. Проте їх ефективність є дуже низькою, зокрема щодо обговорення проєктів концепцій, планів дій, концептуальних положень проєктів нових нормативно-правових актів, які у разі їх прийняття можуть мати істотний вплив на відповідну сферу суспільних відносин<sup>14</sup>. Тому подібні питання доцільно обговорювати в іншому форматі, зокрема засідань конференцій, круглих столів, у яких беруть участь експерти з цих питань.

Також є випадки підміни органами державної влади консультацій з громадськістю іншими публічними заходами, що не мають на меті отримання зворотного зв'язку, а проводяться лише для підготовки формальної звітності та створення видимості ефективної роботи. До таких заходів належать прес-конференції, брифінги, презентації, тренінги, семінари, що інколи помилково сприймаються як проведення публічного громадського обговорення.

Повний перелік можливих форматів публічних заходів органів державної влади для консультацій з громадськістю передбачений п. 13 Порядку проведення консультацій з громадськістю з питань формування та реалізації державної політики. Хоча не визначено чіткого розмежування між ними, вибір формату проведення консультацій з громадськістю має суттєве значення та значною мірою залежить від низки факторів, які слід врахувати:

- важливість нормативно-правового акта, його значущості, складності питання, з якого проводяться консультації;
- сфера дії та тип рішення, щодо якого проводиться консультація;
- цілі проведення консультацій (отримати пропозиції чи зауваження, отримати підтримку громадськості тощо);
- період часу для підготовки й проведення консультацій;
- наявність матеріальних та організаційних ресурсів для проведення публічного обговорення.

Наприклад, недоцільним є проведення консультацій з громадськістю у форматі круглих столів, слухань, форумів чи нарад з метою прийняття нормативно-правових актів, які не передбачають суттєвих змін до законодавства, а мають лише «технічний» характер чи невеликі за обсягом. Проведення таких публічних заходів є неефективним та марнотратним, проте у форматі електронних консультацій – цілком обґрунтованим.

Важливо правильно орієнтуватися на конкретні групи інтересів, представників яких необхідно обов'язково залучати до консультації для забезпечення її ефективності та результативності. Тому належна увага повинна приділятися питанню залучення до участі у консультаціях таких категорій заінтересованих сторін: ті, на кого впливає політика, яка є предметом консультування; ті, кого буде залучено до реалізації цієї політики; організації, що висловили заінтересованість у цих питаннях тощо<sup>15</sup>.

Також практичною проблемою є те, що в Україні консультації з громадськістю – це переважно набір окремих, часто не поєднаних спільною метою заходів (як правило, розових) з публічного обговорення проєктів тих чи інших нормативно-правових актів, тобто, фактично визначених варіантів вирішення певної проблеми. В європейських країнах публічні консультації передбачають комплексний аналіз позицій заінтересованих сторін, не орієнтуються на досягнення заздалегідь визначеного результату, включають низку етапів: а) підготовчий етап з формулюванням цілей, визначенням заінтересованих груп, графіка проведення консультацій; б) етап розроблення процесу з обранням методів проведення консультацій, підготовкою консультаційних документів; в) етап впровадження (або етап безпосереднього проведення консультацій) з виконанням плану проведення консультацій та оцінкою їхніх результатів; г) етап аналізу, який включає підготовку звіту за результатами консультацій; д) етап інформування заінтересованих сторін про результати консультацій; е) етап оцінки змісту і процесу консультацій<sup>16</sup>. Отже, важливо виробити комплексний підхід до організаційного забезпечення консультацій з громадськістю, оскільки недостатній рівень обізнаності представників інститутів громадянського суспільства та посадовців органів влади щодо суті, мети, процедур та кращих практик проведення консультацій дискредитує цей інститут народовладдя.

Слід наголосити, що провідна роль у ініціюванні консультацій з громадськістю належить громадським радам, створеним при органах виконавчої влади. Останні стають своєрідним моніторинговим індикатором пріоритетних питань публічного управління, які потребують демократичного узгодження. Так, громадські ради: готують та подають до відповідного органу влади пропозиції до орієнтовного плану проведення консультацій з громадськістю та з проведення консультацій, не передбачених таким планом; пропозиції щодо організації консультацій з громадськістю; організують публічні заходи для обговорення актуальних питань розвитку галузі чи адміністративно-територіальної одиниці; здійснюють громадський контроль за врахуванням органом пропозицій та зауважень громадськості. Тому підготовча робота громадських рад у цьому сенсі є достатньо вагомою і фактично стає передумовою ефективності цієї форми діалогової комунікації громадськості й публічної влади. Важливо, щоб такий інструментарій реалізації народовладдя в державі, як громадські ради та консультації з громадськістю, функціонували злагоджено.

Таким чином, слід зробити наступні висновки: по-перше, у нормативно-правовому регулюванні форматів проведення публічних громадських обговорень існує певна нечіткість. Як наслідок, маємо на практи-

ці хаотичне їх застосування, що часто супроводжується помилковістю в оптимальному обранні потрібного формату публічного заходу, який міг би бути найбільш ефективним. По-друге, у законодавстві існує дублювання у правовому регулюванні форм консультацій з громадськістю та публічних заходів відповідно до Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», що викликає неоднозначність у низці практичних питань (спільності публічних заходів, організованих органами виконавчої влади та місцевого самоврядування; обов'язковості врахування їх результатів незалежно від організатора; доцільності узгодження планового та позапланового їх проведення тощо).

У цілому консультації з громадськістю як інститут народовладдя мають великий потенціал для розвитку. Тому важливо удосконалювати цю складову демократизації процесів державного управління, що є перспективним напрямом для подальших наукових досліджень.

<sup>1</sup> Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики : постанова Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996 // Урядовий кур'єр від 11 листопада 2010. – № 211 / від 24 грудня 2012. – № 194.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Нестерович В. Ф. Теоретико-правова ідентифікація впливу громадськості на прийняття нормативно-правових актів / В. Ф. Нестерович // Право і суспільство. – 2013. – № 5. – С. 16.

<sup>4</sup> Драшківич А. Політична участь громадян в процесі прийняття владних рішень / А. Драшківич. // Політологічні записки. – 2013. – № 7 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Polzap\\_2013\\_7\\_28.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Polzap_2013_7_28.pdf)

<sup>5</sup> Селіванов А. Розуміння і реалізації конституційних положень «влада народу» (довідь комісії з питань здійснення народовладдя) / А. Селіванов // Конституційна Асамблея: політико-правові аспекти діяльності. Бюлетень інформаційно-аналітичних матеріалів. – 2012. – № 6. – С. 26.

<sup>6</sup> Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики : постанова Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996 // Урядовий кур'єр від 11 листопада 2010. – № 211 / від 24 грудня 2012. – № 194.

<sup>7</sup> Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 9 квітня 1999 р. № 586-XIV // Голос України. – 1999. – 12 травня.

<sup>8</sup> Крупник А. С. Громадські ради: створення та організація роботи : довідково-метод. посіб. для членів громадських рад / А. С. Крупник. – Одеса, 2012. – С. 181.

<sup>9</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / [уклад. і гол. ред. В. Т. Бусел]. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – С. 570.

<sup>10</sup> Там само. – С. 1545.

<sup>11</sup> Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР // Голос України. – 1997. – 12 червня.

<sup>12</sup> Крутій О. М. Технології соціального діалогу органів місцевого самоврядування та громадськості / О. М. Крутій // Актуальні проблеми державного управління. – 2011. – № 2. – С. 190.

<sup>13</sup> Там само. – С. 188–189.

<sup>14</sup> Удосконалення консультацій з громадськістю. Пропозиції громадськості та влади. Фінальний аналітичний звіт / за ред. К. С. Ковриженко ; Всеукр. громад. організація «Комітет виборців України». – К. : КВУ, 2012. – С. 71.

<sup>15</sup> Посібник щодо проведення публічних консультацій / Міжнародний центр перспективних досліджень. Н. Гнидюк, В. Горшкова, Н. Дніпренко та ін. – К. : Київська типографія, 2004. – С. 32.

<sup>16</sup> Удосконалення консультацій з громадськістю. Пропозиції громадськості та влади. Фінальний аналітичний звіт / за ред. К. С. Ковриженко ; Всеукр. громад. організація «Комітет виборців України». – К. : КВУ, 2012. – С. 73.

## Резюме

### **Кравчук В. М. Ефективність консультацій з громадськістю як інструменту народовладдя.**

У статті аналізується теоретико-практичні аспекти фактичного здійснення консультування з громадськістю. Досліджується його ефективність та загальний потенціал як інструменту реалізації реального народовладдя у державі. Зроблено висновок про існування проблеми хаотичності застосування на практиці визначених законодавством форматів проведення публічних громадських обговорень.

**Ключові слова:** громадськість, консультування, народовладдя, публічні заходи, електронне консультування, громадське опитування.

## Резюме

### **Кравчук В. Н. Эффективность консультаций с общественностью как инструмента народовластия.**

В статье анализируются теоретико-практические аспекты фактического осуществления консультирования с общественностью. Исследуется его эффективность и общий потенциал как инструмента реализации реального народовластия в государстве. Сделан вывод о существовании проблемы хаотичности применения на практике определенных законодательством форматов проведения публичных общественных обсуждений.

**Ключевые слова:** общественность, консультирование, народовластие, публичные мероприятия, электронное консультирование, общественный опрос.

## Summary

### **Kravchuk V. The effectiveness of public consultation as a tool for democracy.**

The article examines the theoretical and practical aspects of the actual implementation of public consultation. We investigate its effectiveness and overall potential as a tool for implementing real democracy in the country. The conclusion about the existence of the problem of randomness practical application of certain legislation format of public discussion.

**Key words:** public, counseling, democracy, public events, electronic counseling, public poll.

**К. С. ЛІСОВА**

*Катерина Сергіївна Лісова, кандидат історичних наук, завідувач кафедри Київського університету права НАН України*

## **ВТІЛЕННЯ ІДЕЇ ПАРЛАМЕНТАРИЗМУ В ПЕРІОД УКРАЇНСЬКОЇ РЕВОЛЮЦІЇ (1917–1921 РР.)**

Дослідження процесу становлення та розвитку українського парламентаризму, вивчення як позитивного, так і негативного досвіду функціонування представницьких форм врядування у вітчизняній історії є надзвичайно актуальним та необхідним у межах сучасних реалій, коли парламентська криза та протистояння гальмують ефективний суспільно-політичний розвиток України.

Особливого значення й актуальності набуває вивчення досвіду функціонування представницьких органів врядування в особливо складний, з політичної точки зору, час становлення української державності – період Української революції 1917–1921 рр., оскільки закладені тоді парламентські традиції визначають специфіку функціонування сучасної представницької інституції – Верховної Ради України.

Незважаючи на те, що проблема становлення українського парламентаризму стала предметом наукових пошуків відомих вітчизняних та зарубіжних науковців (В. Єрмолаєва, В. Журавського, В. Погорілко, П. Кислого, Ч. Вайза, Л. Кривенко, В. Шаповала, С. Шемшученка та ін.), варто зазначити, що питання правового статусу та ролі представницьких органів влади періоду національно-визвольних змагань 1917–1921 рр. потребує більш глибокого всебічного дослідження та наукового аналізу. Характерною особливістю цього періоду було прагнення до утвердження парламентаризму та формування ефективно діючих представницьких органів врядування.

Становлення і розвиток парламентаризму в Україні історично здійснювались у руслі загальносвітових процесів і тісно пов'язані з українським державотворенням. Ідея українського парламентаризму в історичній ретроспективі не розвивалась по висхідній лінії, а мала дискретний характер. Це зумовлено тим, що Україна протягом своєї історії існувала як самостійна держава тільки невеликі проміжки часу. Окремими фрагментами українського парламентаризму протягом його історії були народні віча Київської Русі, сейми польсько-литовської держави, козацькі ради часів Гетьманщини, пізніше – вищі законодавчі органи Австро-Угорської та Російської імперій, УРСР у складі Радянського Союзу.

Наприкінці XIX – на поч. XX ст. ідеї конституціоналізму і його складової – розвитку парламентаризму – набувають поширення в Україні. Їх теоретичні засади знаходять розробку в конституційних проектах М. Драгоманова, М. Грушевського, М. Міхновського, С. Дністрянського та ін., що враховують світовий досвід і практику парламентаризму в Російській і Австро-Угорській імперіях. У Західній та Наддніпрянській Україні формується багатопартійність, розгортається боротьба за конституційні права західних українців, демократизацію виборчого права, за реформування системи місцевого самоврядування в українській частині Російської імперії, демократичне вирішення національного питання. Українська революція 1917–1921 рр., викликана падінням самодержавства в Росії, розпадом Австро-Угорської імперії, привела до відродження української державності, становлення вітчизняного парламентаризму як державотворчої практики. Тимчасовим революційним парламентам – Українській Центральній Раді у проголошеній Українській Народній Республіці, Українській Національній Раді в Західноукраїнській Народній Республіці – не судилося в умовах громадянської і Першої світової війн, що продовжувалися, трансформуватися у парламентські установи європейського зразка.

Наслідком започаткування практики парламентаризму в новітній історії стало створення та діяльність протягом березня 1917 – квітня 1918 рр. Української Центральної Ради – своєрідного національного протопарламенту, який пройшов еволюційний шлях від громадсько-політичного об'єднання до представницького органу українського народу.

Виділяють два основних етапи у розвитку українського парламентаризму, уособленого на той час Центральною Радою. Перший досить короткий початковий етап (березень – квітень 1917 р.), коли Центральна Рада виступила як національно-політичний центр. Однак, після проведення 6–8 квітня 1917 р. у Києві Національного конгресу її статус змінюється. Центральна Рада вже функціонує як парламентський орган з тим застереженням, що формується на основі делегування до її складу представників політичних, громадських, кооперативних організацій, селянських, солдатських і робітничих з'їздів<sup>1</sup>.

Як бачимо, Центральна Рада розвивається на основі суттєвих суперечностей: за формою роботи вона була, безперечно, парламентом, однак за способом формування її можна вважати квазіпредставницьким органом, що виник на хвилі революційних подій. І тому цілком закономірно, що в усіх актах Центральної Ради, насамперед її універсалах зазначалося, що вона передасть владу Всеукраїнським установчим Зборам, закон про вибори до яких вона ухвалила 16 листопада 1917 р.

Центральна Рада як організаційний осередок українського національно-державного відродження із самого початку своєї діяльності ставила за мету скликання широкопредставницького форуму українства, який би сформував склад Центральної Ради, зробивши її репрезентантом населення України.

Всеукраїнським національним з'їздом, який був скликаний у квітні 1917 р., було вирішено комплектувати склад Центральної Ради на умовах представництва від етнічно-українських губерній (Київської, Полтавської, Подільської, Херсонської, Катеринославської, Волинської, Харківської – по 4 представники, від Таврійської і Чернігівської – по 3, від міст Одеси, Харкова і Катеринослава – по 2). Територіальне представництво повинно було доповнюватись членами Центральної Ради, обраними від різних верств населення (від робітників – 5, селян – 5, кооператорів – 5, студентів – 5), численних партій (автономістів-федералів – 5, соціал-демократів – 4, радикальних демократів – 3, соціалістів-революціонерів – 3), військових, просвітніх, наукових та професійних організацій Києва<sup>2</sup>.

Слід зауважити, що система виборів була не зовсім досконалою. Якщо вибори від територій мали певну систему, то вибори від громадських і партійних організацій майже не піддаються якомусь логічному осмисленню. З розробленої схеми абсолютно не зрозуміло, на яких підставах ті чи інші репрезентанти одержали саме таку кількість місць у Центральній Раді.

Під час роботи V сесії Центральної Ради (28 червня 1917 р.) були внесені зміни щодо її складу, який доповнився делегатами від національних меншин, що мешкали в Україні. Це свідчило про досягнення порозуміння між українською демократією та неукраїнськими демократичними колами. З цього часу Центральна Рада перетворювалась з органу суто національного в тимчасовий крайовий парламент, тобто у справжній центр політико-правового життя в Україні. У складі Центральної Ради українцям належало приблизно 75 % мандатів, решта – національним меншинам. Серед останніх місця розподілялися так: росіяни мали понад 14 %, євреї – приблизно 6 %, поляки – 2,5 %. Склад Центральної Ради дуже точно відбивав національну структуру українського суспільства<sup>3</sup>.

Хоч Центральну Раду так і не було обрано на основі загального виборчого права, яке лише і могло б засвідчити її абсолютну легітимність, а порядок її комплектування був недосконалий, слід визнати, що такий порядок формування Центральної Ради в тих історичних умовах робив її значною мірою репрезентантом українського народу.

Поряд з формуванням складу Центральної Ради йшов процес визначення її структури та організаційно-правових форм діяльності, котрому були притаманні демократичні, парламентські засади. Згідно з демократичними організаційними принципами вищим органом Центральної Ради визначались її загальні збори (сесії). Сесії відбувалися в атмосфері вільного обміну думками, гострих дискусій, рішення приймалися більшістю голосів. Загальні збори мали скликатись не рідше одного разу на місяць, а в разі нагальної потреби передбачалися екстрені збори.

На сесіях Центральної Ради вирішувались питання її внутрішньої організації, формування уряду України, прийняття найважливіших законів. Але в більшості загальні збори Центральної Ради були форумом, де обговорювались проблеми, що виникали у зв'язку з тими чи іншими подіями. Політичні емоції, демагогія і популізм на сесіях Ради нерідко переважали над конструктивною політикою. Загальні збори, незважаючи на широкі повноваження, поступово стали малоефективною структурою<sup>4</sup>.

Більш оперативною і дієвою структурою Центральної Ради була Мала Рада, яка спочатку діяла як виконавчий орган і називалась Комітетом Центральної Ради. Перший склад Комітету було обрано 8 квітня 1917 р. загальними зборами Центральної Ради у складі 20 чоловік (голова ЦР, два його заступники та 17 членів). Пізніше склад збільшився до 33 членів. Права та обов'язки Комітету було визначено «Наказом Української Центральної Ради». Дуже швидко Комітет став керівним осередком Центральної Ради, формував ініціативи, які виносились на розгляд сесій, готував проекти найважливіших рішень і навіть проголошував їх іменем Центральної Ради<sup>5</sup>.

Наприкінці червня 1917 р., після утворення Генерального Секретаріату, до відання якого відійшли виконавчі функції, відбулися принципові зміни у статусі Комітету Центральної Ради. Відтоді він називався «Малою Центральною Радою» і мав законодавчі функції в проміжках між сесіями. Важливим кроком на шляху до правового закріплення організаційних форм діяльності Малої Ради стало затвердження 1 серпня 1917 р. «Розкладу роботи Малої Ради і її комісій», що надавав чіткої регламентації порядку обговорення питань і прийняття на їх підставі рішень Малою Радою та поставив на правову основу діяльність її комісій.

Мала Рада щотижня повинна була збиратись на чергові збори. У разі необхідності голова Ради міг скликати і надзвичайні збори. Засідання Малої Ради вважались правочинними за наявності кворуму: для схвалення важливих законодавчих рішень кворум встановлювався у 2/3 загального числа членів, а для менш відповідальних – 1/2. Рішення схвалювались простою більшістю голосів відкритим, закритим чи поіменним голосуванням. Мала Рада формувалась на основі пропорційності між фракціями, що складали Центральну Раду. У серпні 1917 р. з 65 членів Малої Ради до українських партій належали – 35, євреїв – 15, росіян – 10, поляків – 4 особи. У практиці роботи як Центральної Ради, так і Малої Ради склався певний порядок підготовки, прийняття та опублікування нормативних актів. Цей порядок забезпечувався можливістю ретельної підготовки проекту, всебічного його обговорення, урахування думки фахівців.

Яскравим виявом прихильності Центральної Ради до політичного та ідеологічного плюралізму стало оформлення влітку 1917 р. у ЦР партійних фракцій соціал-демократів, радикал-демократів, есерів, позапартійних соціалістів, націонал-революціонерів, трудовиків. Про демократичний характер представницького

органу українського народу говорило й те, що у його складі перебували представники численних громад: спілки автономістів, товариства «Просвіта», товариства українських правників, військових товариств, українського союзу жінок, юнацької спілки та ін.

У дусі вимог парламентаризму складався і депутатський статус членів Центральної Ради, котрі повинні були працювати на постійній основі. Їм надавались широкі гарантії для виконання депутатських обов'язків, забезпечувалася депутатська недоторканість<sup>6</sup>.

Таким чином, історія Центральної Ради свідчить, що вона формувалась як широкопредставницький орган українського народу, речник його волі і загалом перетворювалася у своєрідний революційний парламент. У функціонуванні Центральної Ради парламентські традиції знайшли своє найкраще втілення. Парламентська діяльність Центральної Ради в реалізації законодавчих, установчих, контрольних, бюджетно-фінансових, внутрішньо- та зовнішньополітичних функцій була результативною. Розглянуті та прийняті Центральною Радою закони, універсали мали важливе значення в утвердженні української державності, становленні та розвитку українського парламентаризму.

Спроби відновлення вищих представницьких органів влади та спроби втілення ідеї парламентаризму продовжились і в добу Гетьманату та Директорії.

Прийшовши до влади, П. Скоропадський у своїй «Грамоті до всього українського народу» оголосив себе гетьманом всієї України з правом призначати кабінет Міністрів та заявив про розпуск Центральної та Малої Рад. Він зосередив у своїх руках законодавчу, виконавчу та судову владу, керував зовнішньополітичними відносинами, був головнокомандувачем армії та флоту. Проте, гетьман добре розумів ту обставину, що традиції представництва і парламентаризму вже пустили глибоке коріння в свідомості українського народу, і обіцяв у «Грамоті», що в найближчий час буде видано закон про вибори до Українського Сейму.

Намір відродити народне представництво підтверджувався і зверненням уряду Української держави до населення від 10 травня 1918 р., в якому йшла мова про те, що головне завдання гетьманського уряду – зміцнити українську державу і в умовах стабілізації як внутрішньої, так і зовнішньої ситуації в країні провести вибори до Українського Сейму. Задекларував у майбутньому готовність скликати Сейм і сам гетьман. Зокрема, 15 жовтня 1918 р. було оприлюднено його лист Голові Ради міністрів, де наголошувалось: «Настав уже час приступити до вироблення закону про вибори до Державного Сейму»<sup>7</sup>.

Незважаючи на обіцянки П. Скоропадського в найближчий час обрати Український Сейм, виборчий закон так і не був виданий. Усі найважливіші парламентські функції зосередив у своїх руках гетьман і Рада міністрів. За неповних вісім місяців Рада міністрів та окремі міністерства видали близько 500 нормативних актів, які вважались законами. Задекларувавши готовність скликати в майбутньому Сейм, гетьманський уряд насправді намагався позбутися представницьких установ та виборних органів місцевого самоврядування.

Пізніше, втрачаючи німецьку підтримку, П. Скоропадський неодноразово повертався до ідеї конституціоналізму та парламентаризму. Зокрема, майже через півроку перебування при владі, гетьман власноручно виправив «Проект Основних законів Української держави», де передбачить вибори до майбутнього українського парламенту.

Парламент (Сейм) за проектом мав дві палати. Його верхню палату – Державну Раду – склали б 150 «найкращих і найрозумніших» людей країни, рекомендованих земським зібранням, міськими думами, коштовими радами, сенатом. Третина з них призначалася гетьманом довічно, а 100 осіб мало обиратися на 6 років земськими або козацькими зібраннями. Нижню палату – Раду депутатів (600 осіб) – передбачалося обирати населенням на 4 роки<sup>8</sup>. Проект не визначав компетенцію і порядок роботи Сейму. Депутати обох палат мали виконувати свої обов'язки на професійній основі, отримуючи винагороду, встановлену законом. У разі дострокового розпуску Сейму за розсудом гетьмана нові вибори Ради депутатів мали відбутися протягом трьох місяців.

Законодавча процедура передбачала ухвалення законопроектів урядом, Сенатом і Сеймом та остаточне затвердження і опублікування законів гетьманом. Повноваження Сейму щодо прийняття конституції не визначались. Зміни до конституції допускалися, але їх ухвалення вимагало трьох четвертин голосів усього складу обох палат Сейму стосовно прав громадян і двох третин для інших статей Основного закону.

Більш демократичний проект Конституції Української держави дослідники розшукали в архівах доби гетьманату, який підготував С. Шелухін<sup>9</sup>. Цей проект ґрунтувався на принципах народовладдя і поділу влади: на законодавчу (парламент), вищу виконавчу (Раду міністрів) і вищу судову (Генеральний суд). Проект С. Шелухіна значно відрізнявся від гетьманського і міг започаткувати демократичний конституційний процес. Не задовольнивши інтереси гетьманського уряду, цей проект залишився в архіві.

Розвиток парламентських ідей мав місце і в середовищі українських політичних партій. Ще 30 квітня 1918 р. збори представників хліборобсько-демократичної партії надіслали гетьману заяву, в якій вимагали скликання повноправної, обраної всім народом Державної Ради на основі загального виборчого права.

Всі українські політичні партії того часу розділилися у своїх поглядах щодо представницьких органів та парламенту на дві групи. До першої належали всі ті партії, які свого часу входили до складу Центральної Ради і які згодом утворили Український національний союз. Представники цих партій виступали за демократичний виборчий закон у всі установи та законну владу в Україні, яка має нести відповідальність перед парламентом. До другої групи належали партії – українських соціал-демократів, лівих есерів, боротьбистів, компартія більшовиків, вони вважали, що парламентаризм себе вичерпав і повинен бути змінений «владою Рад»<sup>10</sup>.

Антидемократична політика гетьманського уряду викликала зростання опозиційних настроїв. Негативне ставлення до Гетьманату засвідчили представники багатьох політичних партій. Проти влади гетьмана виступила Директорія, створена 13 листопада 1918 р. на таємних зборах Українського Національного Союзу, Селянської спілки і командирів січових стрільців.

19 грудня 1918 р. війська Директорії вступили до Києва. Гетьман не зміг чинити опору, а країни Антанти не підтримали його уряд. 14 грудня 1918 р. гетьман П. Скоропадський зрікся влади, і повнота влади перейшла до Директорії. Оприлюднена нею «Декларація Директорії УНР» проголошувала ліквідацію Гетьманської держави та відновлення Української народної республіки, а Директорія проголошувалася тимчасовою верховною владою, що мала діяти до скликання Конгресу трудового народу України. У майбутньому передбачалось провести всенародні демократичні вибори до Установчих зборів і повністю передати їм владу.

26 грудня 1918 р. Директорія утворила свій перший уряд. Виконавча влада покладалась на Раду народних міністрів. Директорія постала перед вибором: або прийняти «європейську» модель, пов'язану з утвердженням принципу розподілу влади, розвитком парламентаризму (зокрема, в українському контексті – скликанням Установчих Зборів), або ж узяти на озброєння ідею диктатури пролетаріату і республіки «Рад», прихильником якої був В. Винниченко. У результаті протистоянь і суперечок визначився третій шлях, який полягав у прагненні створити «вертикаль» трудових рад на місцях – губернські й повітові, а в центрі – Конгрес трудового народу.

Директорія вжила заходів щодо формування і скликання Трудового конгресу: 5 січня 1919 р. було оприлюднено «Інструкцію про вибори до Конгресу трудового народу України». За «Інструкцією» до нього обиралися 593 делегати, у тому числі 65 від Західноукраїнської Народної Республіки. Передбачалась куріальна система виборів: від селян – 377 мандатів, від робітників – 118, від інтелігенції – 33. Селяни делегувалися від повітових селянських з'їздів, а робітники й інтелігенція – від губернських. Активне і пасивне виборче право надавалося всім громадянам УНР, які досягли 21 року. Відкриття Конгресу «Інструкцією» було визначено на 22 січня 1919 р., що робило проблематичним як сам виборчий процес, так і підготовку Конгресу, адже друкувалися «Інструкція» та «Розписи» депутатів по повітах та губерніях 7–16 січня<sup>11</sup>.

Трудовий конгрес був скликаний 22 січня 1919 р. Його перша і остання сесія відбулась 23–28 січня 1919 р. У ній взяли участь близько 400 делегатів. Сесія ухвалила «Акт соборності українських земель», «Закон про форму влади на Україні» та «Універсал Трудового конгресу України». У них підтверджувався статус Директорії як вищої влади на Україні на час перерви засідань Трудового конгресу, якій він доручав вести й надалі державну роботу. За рішенням Конгресу Директорія мала поповнитись представником ЗУНР (ним став Є. Петрушевич). Для підготовки законопроектів до наступної сесії Конгресу були створені шість комісій: по обороні УНР, земельну, освітню бюджетну, закордонних справ, продовольчих справ. Виконавча влада покладалась на Раду народних міністрів, яка мала відповідати перед Трудовим конгресом, а на час перерви його засідань – Директорії. З метою закріплення демократичного ладу УНР, її уряд разом із комісіями Конгресу повинен був підготувати закон про вибори до всенародного парламенту незалежної соборної України<sup>12</sup>.

Отже, Трудовий конгрес почав виконувати функції передпарламенту. Він легітимізував владу Директорії, поповнив її склад, надав їй право видавати закони з наступним затвердженням сесією Конгресу, обрав комісії для підготовки законопроектів і започаткував конституційне законодавство.

Незважаючи на ефективність діяльності, Трудовий конгрес був змушений перервати свою роботу під загрозою захоплення Києва більшовиками. Більшість депутатів залишили Київ. Відновити свою роботу він так і не зміг.

Своєрідним органом, що виконував за відсутності парламенту його деякі функції, були державні наради, на яких обговорювались найважливіші питання державного життя. Час від часу вони скликалися з представників Директорії, членів уряду, Трудового конгресу, його комісій, політичних партій, військового командування.

За місцем перебування Директорії такі наради відбувались у 1919 р.: 16 січня (Київ), 11 березня, 5 квітня, 5 травня (Рівне), 17 і 24 вересня, 25 жовтня (Кам'янець-Подільський), 8 листопада (Ялтушково)<sup>13</sup>.

Спроби відродити вищий представницький орган влади УНР відбулись у серпні 1919 року, коли актуальною та важливою проблемою для Директорії постала проблема якнайшвидшого скликання Парламенту (Установчих зборів), який би обирався на основі загальних, рівних і прямих виборів. Парламентські плани Директорії втілились у «Відозві до населення Соборної України», де наголошувалось на необхідності формування «парламенту з установчими функціями, до складу якого увійдуть представники найширших кіл українського громадянства. Цей парламент, а не хтось інший, розв'яже справу нашого державного устрою і дасть нарешті спокій, лад і силу Державі»<sup>14</sup>. Крім того, Міністрові внутрішніх справ було доручено підготувати проект відповідного закону. Однак події, пов'язані із воєнними поразками збройних сил УНР, стали перешкодою для створення представницького органу.

Незважаючи на складність умов, за яких функціонувала Директорія, спроби відродження парламенту не припинялись. Політичні діячі Директорії, глибоко усвідомлюючи доцільність та необхідність представницького законодавчого органу, робили практичні кроки щодо його створення. Протягом усього періоду існування Директорії ідея скликання парламенту як вищого законодавчого інституту була провідною і згадувалась в усіх офіційних документах. Однак втілити її в життя не вдалось.

Державне відродження на західноукраїнських землях, що входили до складу Австро-Угорщини, відбувалися під значним впливом революційних подій в імперії та Наддніпрянщині.

Організацію і об'єднання національних сил, конституювання української державності в Австрії здійснювала українська парламентська репрезентація рейхстагу. У жовтні 1918 р. у Львові за ініціативою парламентської фракції українських депутатів в австрійському парламенті було скликано з'їзд українських депутатів від Галичини і Буковини та обрано Українську Національну Раду – представницький орган національних інтересів українського народу в Австро-Угорщині. На з'їзді було також ухвалено статут УН Ради, в якому визначався її склад та голова – Є. Петрушевич. Українська Національна Рада утворила три комісії (делегатури: загальну (під керівництвом Є. Петрушевича), організаційну для Галичини (на чолі з К. Левицьким) і організаційну для Буковини (на чолі з О. Поповичем). Була також обрана Президія Ради, яка представляла її між сесіями (очолювана Є. Петрушевичем)<sup>15</sup>.

Після проголошення ЗУНР, 1 листопада 1918 р. Національна рада втілювала вищу владу. Пізніше вищим органом влади мали стати Установчі збори або однопалатний Сейм.

УН Рада вжила законодавчих заходів щодо побудови системи місцевих представницьких органів влади та державного управління. Ще 1 листопада 1918 р. вона видала розпорядження, згідно з яким на території Галичини ліквідовувались усі колишні органи влади і управління і створювались нові, зберігаючи існуючий адміністративно-територіальний поділ українських земель.

13 листопада 1918 р. УН Рада визначила й конституційні засади ЗУНР в ухваленому нею «Тимчасовому основному законі про державну самостійність українських земель бувшої Австро-Угорської монархії». У ньому закріплювалась назва держави, її територія і кордони, проголошувалося верховенство і суверенітет народу, здійснюваний через своє представництво, отримане на основі загального, рівного, прямого виборчого права при таємному голосуванні за пропорційною системою. Виборчим правом наділялися усі громадяни держави без будь-яких обмежень. Основний закон затвердив герб і прапор ЗУНР. Прийнявши тимчасову конституцію, УН Рада перебрала на себе компетенцію парламенту.

На початку практичної державної діяльності Української Національної Ради її склад було розширено до 152 делегатів. Вибори відбулись з 22 по 26 листопада. З усіх 52 повітів ЗУНР обиралось по 1 делегату, а від міст – по декілька: від Львова – 4, Чернівців – 2, Станіслава – 2, Перемишля – 2, Дрогобича – 1, Тернополя – 1 тощо. Щодо соціального складу, то переважали селяни та робітники, в меншості були – інтелігенція і духовенство. Практично весь склад Ради був українським, тому що поляки бойкотували вибори, а євреї і австрійці боялися бути втягнутими в українсько-польський конфлікт<sup>16</sup>.

Наступним етапом удосконалення структури і розширення УН Ради стало прийняття нею 4 січня 1919 р. двох законів – про Виділ УН Ради та про внесення змін до її Статуту. Згідно з першим законом функції голови держави виконував Виділ – колегіальний орган із 10 осіб. Другий закон покладав його поточну роботу на Президію УН Ради у складі президента Є. Петрушевича, чотирьох його заступників, двох секретарів та заступника секретаря. Створення такого колегіального органу УН Ради забезпечувало безперервність її роботи, адже з огляду на воєнний час скликати часто і надовго Раду було неможливо.

Оскільки Українська Національна Рада оголосила себе тимчасовим органом, то на сесії 25 березня – 15 квітня 1919 р. було прийнято Закон «Про скликання Сейму Західної області Української Народної Республіки», а у квітні – виборчий закон. Згідно з цими законами, Однопалатний Сейм повинен був скликати Президентом і обиратися на основі загального, рівного, прямого виборчого права таємним голосуванням; активне виборче право надавалось громадянам з 21 року, а пасивне – з 25; право висунення кандидатів у депутати надавалось партіям та групам виборців за виборчими списками (не менше 200 осіб)<sup>17</sup>.

Обрання депутатів передбачалось за національно-пропорційною системою, тобто кожна національність мала право на представництво у парламенті: з 226 депутатів Сейму українці повинні були обрати 160 депутатів, поляки – 33, євреї – 27, австрійці – 6 депутатів. Це був найдемократичніший механізм забезпечення прав національних меншин при виборах до законодавчого органу. Після обрання Сейму (це планувалося зробити у червні 1919 р.) Українська Національна Рада повинна була припинити свою діяльність<sup>18</sup>.

Прагнення скликати Сейм Західноукраїнської Народної республіки не було реалізовано через зміну ситуації на фронті. У червні 1919 р. ЗУНР зазнала військової поразки та державного розвалу. Незважаючи на складні історичні обставини, західноукраїнські патріоти створили тимчасовий парламент і уряд, що стало вагомим внеском у становлення українського парламентаризму та побудову національної правової держави, де забезпечуються демократичні права і свободи. ЗУНР увійшла в історію як приклад героїчної самовідданої боротьби українського народу за незалежність й утвердження демократичних принципів.

Утворення вищих представницьких органів влади в Наддніпрянській і Західній Україні стало відправним моментом процесу відродження української державності ХХ ст. У функціонуванні та діяльності цих органів влади європейські парламентські традиції знайшли своє найкраще втілення. Розглянуті та прийняті ними закони та нормативні акти мали важливе значення в утвердженні української державності, становленні та розвитку українського парламентаризму.

Проте, на жаль, ні Українська Центральна Рада УНР, ні Українська Національна Рада ЗУНР, ні інші установи представницького характеру періоду національно-визвольних змагань 1917–1921 рр. не стали «класичними» парламентами, адже не були обрані традиційно через прямі всенародні вибори. Але, незважаючи на це, їхнє функціонування та діяльність мають не лише історичне значення, а й знайшли своє відображення в організації та роботі сучасного українського парламенту – Верховної Ради України.



- <sup>1</sup> Єрмолаєв В. М. Історія вищих представницьких органів влади в Україні: навчальний посібник / В. М. Єрмолаєв. – Х., 2007. – С. 110.
- <sup>2</sup> Рум'янець В. Українська державність у 1917–1922 рр.: форми і проблеми розбудови. – Х., 1996. – С. 72.
- <sup>3</sup> Там само. – С. 73.
- <sup>4</sup> Рум'янець В. Центральна Рада: становлення українського парламентаризму // Вісник Академії правових наук України – 1997. – № 4 (11). – Х.: Право, 1997. – С. 260.
- <sup>5</sup> Рум'янець В. Українська державність у 1917–1922 рр.: форми і проблеми розбудови. – Х., 1996. – С. 74.
- <sup>6</sup> Журавський В. С. Розвиток теорії і практики українського парламентаризму в 1917–1920 рр. // Вісник Національного університету внутрішніх справ. – 2001. – Вип. 13. – С. 173.
- <sup>7</sup> Єрмолаєв В. М. Вказана праця. – С. 122.
- <sup>8</sup> Там само. – С. 125.
- <sup>9</sup> Там само. – С. 126.
- <sup>10</sup> Політична історія України: навчальний посібник / В. А. Греченко, В. І. Танцюра, В. В. Калініченко та ін. – 2-ге вид., доп. – К.: Академвидав, 2008. – С. 346.
- <sup>11</sup> Там само. – С. 377.
- <sup>12</sup> Рум'янець В. Українська державність у 1917–1922 рр.: форми і проблеми розбудови. – Х., 1996. – С. 256.
- <sup>13</sup> Політична історія України: навчальний посібник / В. А. Греченко, В. І. Танцюра, В. В. Калініченко та ін. – 2-ге вид., доп. – К.: Академвидав, 2008. – С. 378.
- <sup>14</sup> Єрмолаєв В. М. Вказана праця. – С. 168.
- <sup>15</sup> Макарчук С. А. Українська Республіка галичан. Нариси про ЗУНР. – Л., 1997. – С. 57.
- <sup>16</sup> Там само. – С. 79.
- <sup>17</sup> Там само. – С. 89.
- <sup>18</sup> Там само. – С. 93.

#### Резюме

##### **Лісова К. С. Втілення ідеї парламентаризму в період Української революції (1917–1921 рр.).**

У цій статті досліджено досвід функціонування представницьких органів влади в час становлення української державності – період Української революції (1917–1921 рр.), зокрема здійснено аналіз питання їх правового статусу.

**Ключові слова:** парламентаризм, правовий статус, представницькі органи влади, Трудовий конгрес, українська державність, Українська Національна Рада, Українська Центральна Рада, Український Сейм.

#### Резюме

##### **Лисовая К. С. Воплощение идеи парламентаризма в период Украинской революции (1917–1921 гг.).**

В этой статье исследован опыт функционирования представительных органов власти во время становления украинской государственности – период Украинской революции (1917–1921 гг.), в частности проанализированы вопросы их правового статуса.

**Ключевые слова:** парламентаризм, правовой статус, представительные органы власти, Трудовой конгресс, украинская государственность, Украинская Национальная Рада, Украинская Центральная Рада, Украинский Сейм.

#### Summary

##### **Lisova K. The embodiment of the idea of parliamentarism during the Ukrainian revolution (1917–1921).**

This article investigates the experience of the functioning of representative bodies during the formation of Ukrainian statehood – the period of the Ukrainian revolution (1917–1921), in particular, analyzed the issues of their legal status.

**Key words:** parliamentary, legal status, representative bodies, the Labour Congress, the Ukrainian state and the Ukrainian national Rada, the Ukrainian Central Rada, the Ukrainian Parliament.

УДК 930.1(410):341.362.1

**В. М. МАЛИШКО**

*Валерій Миколайович Малишко, кандидат юридичних наук, доцент, юрист приватного підприємства «Світоч»*

## СУЧАСНИЙ СТАН БРИТАНСЬКОЇ ІСТОРІОГРАФІЇ ЕВОЛЮЦІЇ ПРАВОВОГО ТА ОРГАНІЗАЦІЙНОГО ІНСТИТУТУ ПРИВАТИРСТВА

Дослідження наукової проблеми, пов'язаної з відродженням давніх правових інститутів, зокрема рабства та піратства, здійснюється автором у межах планової тематики відділу історико-правових досліджень Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України «Проблеми становлення і розвитку українського права: наукознавчий аспект».

Розбудова незалежної української держави, яка намагається увійти до європейської спільноти, потребує розвиненої ринкової економіки. Проте зворотним боком цього явища здавна є пов'язана з ним злочинність,

зокрема – міжнародна. У сучасному світі відроджується піратство, яке в Україні віднесено до кримінальних злочинів проти держави. Це явище набуло великих масштабів за часів виникнення мануфактурного капіталізму. Воно супроводжувало процес первісного нагромадження капіталу, наслідком якого стало відсторонення безпосереднього виробника матеріальних благ, селянина і ремісника, від засобів виробництва і перетворення їх на капіталістичну приватну власність. Фундаментом протидії відродженню піратства повинен стати багатий досвід у цій царині США та Великої Британії як могутніх морських держав світу.

Орієнтири для наукових пошуків у галузі застосування піратства видатному американському історику Р. Моррісу та відомому історику права Д. Бурстину надали англійські вчені, які досліджували тюдорівське законодавство. За радянських часів зразком для вивчення проблеми піратства американістами СНД стали праці Л. Ю. Сльозкіна, а суттєві орієнтири для більш детального аналізу проблеми дає праця українського фахівця В. М. Калашникова «Радянська історіографія проблеми ранньої історії США (XVII ст. – 60-ті рр. XVIII ст.).

Проблеми каперства у ранніх «США» були обговорені на XXVI, XXVIII, XXIX, XXX, XXXI та XXXII конференціях Міжнародної асоціації істориків права, членом якої автор став у 2006 р. З розвідками автора в цій царині можна ознайомитися в багатьох фахових виданнях Харкова, Одеси, Львова, Донецька, Луганська, Запоріжжя та Ужгорода.

Сучасні історики держави і права США досить сором'язливо обходять цей бік власної історії. Вони намагаються «заховати» каперство за венчурний (науково-технічний або технологічний) бізнес. Метою статті є дослідження сучасного стану британської історіографії еволюції правового та організаційного інституту приватирства.

Процес нагромадження капіталу історично розподілявся між Іспанією, Португалією, Нідерландами, Францією і Англією. Ці держави досягли «успіхів» завдяки гнучкому використанню методів геополітичного бандитизму в світовому океані, особливо коли перейшли від примітивного піратства до використання такого комерційного промислу як каперство. На той час уряди всіх морських держав Європи зрозуміли, що слабкі військові флоти не в змозі одноосібно вирішувати завдання геополітичної боротьби за створення світової колоніальної імперії. Тому поряд із військовими кораблями для захисту океанських шляхів сполучення були залучені озброєні приватні судна, так звані капери.

Відомо, що під час розвитку процесу первісного нагромадження капіталу, який розпочався на межі переходу від пізнього середньовіччя до нового часу, власники каперських суден зберігали правове становище приватних осіб. Проте вони були зобов'язані підкорятися верховному командуванню держави прапора і могли виконувати свою місію лише під час війни і лише щодо суден держави, які перебували в стані війни з країною, що видала їм так зване каперське свідоцтво<sup>1</sup>. Цей документ відіграв роль цивільно-правової угоди між такими сторонами – державою прапора, володарем каперського судна і командою судна-капера. За відсутності належного свідоцтва, капер вважався піратом і підлягав суворому покаранню в усьому світі<sup>2</sup>.

Каперство було комерційним підприємством, орієнтованим на отримання прибутку від захоплення так званих призовів – тобто суден і вантажів ворожих держав. Питання, пов'язані з визначенням законності захоплення призовів, які регулювалися нормами міжнародного морського права, передусім – «*Il consolato del mare*» («Каталонський морський кодекс»), вирішували «Адміралтейські суди». Практика видачі каперських свідоцтв особливого поширення набула між 1692 та 1814 рр., але її остаточно скасували рішеннями Паризької міжнародної конференції 1856 р.<sup>3</sup> Основним приводом для такого рішення було те, що в середині XIX ст. внаслідок промислових революцій великі морські держави отримали можливості для створення могутніх військово-морських сил, які не потребували підтримки каперських флотилій.

Зрозуміло, що історія правового та організаційного інституту каперства, яке зародилося ще у XIII ст. як підґрунтя так званого права репресалій, завжди викликало інтерес у фахівців з міжнародного права. Цей інтерес набув академічного характеру з появою у першій половині XVII ст. наукових розробок видатного вченого Г. Гроція, якого можна вважати засновником науки історіографії історії міжнародного права. Дуже важливо розглядати еволюцію наук міжнародного права та історії держави і права з урахуванням еволюції історіографії відповідної проблематики. При цьому необхідно зазначити, що головна предметна особливість історичної науки полягає в тому, що історик вивчає події та процеси, унесені Рікою Часу в уже неіснуючу реальність. Отже, історик, на відміну від представників точних наук, не в змозі безпосередньо спостерігати і описувати вивчений об'єкт. Однак минуле доходить до нас у певних формах, що нагадують про нього. Ці форми зазвичай і називають історичними джерелами. Історичними джерелами служать рукописи, друковані книги, стародавні звичаї, елементи старої мови, що збереглися в мові, і т. ін. Одним словом – це будь-які залишки минулого історичного життя.

Історичне джерело – це носій історичної інформації, що виник як продукт розвитку природи і людини і відображає ту чи іншу сторону людської діяльності. Здійснення наукового історико-правового дослідження не можливе без використання історичних джерел. Якщо ж відсутні історичні джерела, то немає й історичної науки. Така аксіома традиційної історичної науки, яку іменують історіографією. Об'єктом дослідження в історіографії історії міжнародного права та історії держави і права має виступати історичне джерело як історична категорія, на якій будується пізнання та вивчення даних наук. Предметом дослідження є роль історичного джерела у вивченні історії правових наук та можливості його застосування під час розвідок з історії людства. Історичні джерела – весь комплекс документів, які безпосередньо відобразили історичний процес і закарбували окремі факти, на підставі яких відтворюється уявлення про ту чи іншу історичну епоху, висуваються гіпотези про причини або наслідки, які спричинили ті чи інші історичні події.

Варто зазначити, що і нині в історії будь-яких держав світу провідну роль відіграє історіографія всесвітньої історії, яка має давні традиції у нашій країні. У той же час сучасна вітчизняна та зарубіжна історіографія історії держави і права і міжнародного права розвинена досить слабо. Тому під час аналізу історичного розвитку інститутів держави і права будь-якої країни слід користуватися здобутками традиційної історіографії України та зарубіжних країн, яка може виступати каркасом історіографічних розвідок у галузі вивчення державно-правових інституцій, утворених різними народами світу<sup>4</sup>.

З вищенаведеного випливає, що історіографія – область історичних знань, яка займається дослідженням закономірностей і особливостей походження та функціонування в суспільстві історичних знань, розробляє методи аналізу та тлумачення історіографічних джерел. Ця наука є дисципліною про історію історичної думки, вужче, про історію правової думки в галузі наук міжнародного права та історії держави і права. У нашому випадку йдеться про історію правового та організаційного інституту каперства в Британській імперії, яка формально-юридично існувала в 1583–1998 рр., тобто від доби правління Єлизавети I Тюдор до переходу Гонконгу під юрисдикцію КНР. У цій імперії інститут каперства отримав назву приватирство. Йому було присвячено велику кількість наукових досліджень. При цьому за століття осягнення британськими вченими цієї системної реальності склалися певні традиції наукового пошуку, однак британській історіографії приватирства як спеціальної правової дисципліни ще й досі не існує.

У Великобританії вже на початку минулого століття створювалися праці історіографічного змісту, де аналізувався процес розвитку англійської історичної та історико-правової думки в галузі вивчення процесу історичного розвитку державно-правових інституцій. Проте історіографічна ситуація в англійській науці ще й досі виглядає «мозаїчно». Не дивно, що за таких умов залишається неперевершеним зразком британської історіографії праця Г. Баттерфілда «Вігська інтерпретація історії», яка вийшла з друку ще 1931 р. У ній Баттерфілд наполягав на тому, щоб історики аналізували події минулого крізь призму поглядів учасників цих явищ, адже так можна уникнути модернізації історичного процесу. Лише у такий спосіб, вважав Баттерфілд, існує можливість донести події минулого до тих англійців, які хочуть бути обізнаними в історії своєї країни за допомогою досвідчених учених.

Думки Баттерфілда з приводу розвитку історіографії Британської імперії лише суто формально були ліквідовані наприкінці минулого століття, однак продовжують існувати під владою королеви Єлизавети II у вигляді Британської співдружності. Вони так і залишилися не реалізованими його наступниками. Британська історіографія історії держави і права та історії міжнародного права як спеціальна наукова дисципліна ще й досі не утворена. Не можна розцінювати внеском до вказаної проблеми дослідження Дж. Елтона «Сучасні історики про британську історію у 485–1945 роках; критична бібліографія робіт 1945–1969 років» (1971)<sup>5</sup>. Ця праця належить перу не стільки історика держави і права, скільки професійного бібліографа, який допомагає правознавцям утворити список джерел і літератури до цікавої для них проблеми. Не можна також вважати дійсно професійним дослідженням статтю фахівця з історіографії приватирського промислу і піратства П. Джілберта, хоча його праця має багатообіцяючу назву: «Історіографія золотої доби англо-американського піратства в Атлантиці у 1680–1730 роках»<sup>6</sup>.

Джилберт зазначив, що «буде відслідковувати зміст низки праць історії, виготовлених за останніх 300 років, щоб вивчити, як історики підходили до цього питання і як їхні погляди змінилися за ці роки». Проте, всупереч поставленій меті, в його праці відсутній дійсно науковий аналіз історіографії «золотої доби» англо-американського піратства. Зауважимо, що у цій статті лише побіжно надані загальні характеристики змісту праць тільки п'ять авторів, що досліджували історію піратства і приватирства, а саме: Х. Есквемелина, Д. Дефо, О. Вінстона, В. Томаса і М. Редікера. На жаль, поверхова характеристика праць Есквемелина, зроблена Джилбертом, не має розцінюватися як доробок до історіографічної науки, оскільки праці Есквемелина і Дефо є скоріше наративними джерелами до історії піратства і приватирства. А праці Вінстона, Томаса і Редікера – це дослідження чистих істориків, які присвячені лише соціальним аспектам розвитку процесу первісного нагромадження капіталу через увагу до двох його складових – комерційних підприємств приватирів і океанського розбою піратів.

Однак між вітчизняною історіографією історії держави і права зарубіжних країн та історіографією цієї проблеми, яка розвивається у Великобританії та США існують суттєві відмінності. Їхня наявність пов'язана з тим, що протягом тривалого часу історіографічний процес у нашій країні розвивався в межах радянської історичної науки, яка виключала плюралізм думок у цій царині. Однак, незважаючи на стан британської історіографії проблеми еволюції правового та організаційного інституту приватирства, британські учені певним чином впливають на наукові доробки вітчизняних фахівців з даної проблеми. З методологічної точки зору, підходи британських істориків держави і права до приватирства краще за все охарактеризовано відомим англійським історіографом професором Дж. Тошаком. Курс лекцій з історіографії британської історії, утворений ним для студентів – правознавців, істориків і політологів, має досить цікаву назву – «Прагнення до істини. Як оволодіти майстерністю історика»<sup>7</sup>.

У праці Тошака зазначено, що історики британської держави – це майстри, які утворюють складну конструкцію – історичне дослідження. Стати майстром своєї справи вдається далеко не кожному, адже слід оволодіти відповідями на питання про те, якими методами вивчати історію, що таке історичний факт, які школи і напрями у вивченні історії британської держави існували в минулому і які з'явилися нещодавно? Тошак, як професійний історіограф британської державності, виходить з того, що фундаментальною передумовою історизму є повага до незалежності минулого, оскільки кожна епоха являє собою унікальний прояв людсь-

кого духу з притаманними їй культурою і цінностями. Якщо сучасний історик держави і права Англії хоче зрозуміти іншу епоху, він повинен усвідомити, що за минулий час умови життя і менталітет людей суттєво змінилися. Тому історик не є стражем вічних цінностей, а повинен прагнути зрозуміти кожну епоху в її власних категоріях, сприйняти її власні цінності та пріоритети, а не нав'язувати їй наші. Це і буде ключем до розуміння історії держави і права в уявленні учених різних епох<sup>8</sup>. Лише в такому випадку головним завданням історика стає з'ясування, чому люди минулого вчиняли так, а не інакше. Слід дивитися на світ їхніми очима і по можливості оцінювати його за їхніми стандартами<sup>9</sup>.

Дуже цінним є спостереження Тошака щодо того, що історична свідомість ґрунтується на трьох принципах. Перший з них – це розходження, тобто визнання, що нашу добу і всі попередні розділяє прірва, ніщо в історії не стоїть на місці, і час істотно змінив наш спосіб життя. Звідси випливає, що відповідальність історика в першу чергу складається з обліку відмінності між минулим і сьогоденням<sup>10</sup>. По-друге, очевидно, що предмет дослідження не можна виривати з навколишнього оточення. Це жорсткий стандарт, що вимагає великих знань. Саме цим професійний історик держави і права і відрізняється від любителя. Третій фундаментальний аспект історичної свідомості, на думку англійського професора, – це розуміння історії як процесу, зв'язку між подіями в часі, що надає їм більший сенс, ніж їхній розгляд в ізоляції<sup>11</sup>.

Вивчаючи погляди Тошака, ми мусимо відзначити, що в англійській історіографії держави і права Британської імперії, де упродовж століть існувало приватирство, від середини XIX ст. до нашого часу традиційно існують два провідних напрями: торійсько-консервативний й військово-ліберальний. Різняться вони в основному трактуванням й оцінками подій, особистостей, політичних рішень, які мали велике значення для країни в минулому. У широкому сенсі консервативний напрям схильний до провладних позицій, непохитності політичної ситуації в країні й критики радикальних перетворень. Водночас ліберальний напрям постійно виступає проти утисків влади і критично ставиться до її рішень. У процесі дослідження певних історичних подій між представниками двох основних напрямів британської історіографії існували більш конкретні розбіжності, однак у головному вони були єдині. Підсумовуючи, спільною особливістю основних напрямів британської історіографії проблеми було те, що в питаннях колоніальної політики Альбіону, інструментом якої упродовж століть було приватирство, представники офіційної науки історії держави і права дотримувалися схожих ідей.

Єдність істориків торійського і вігського напрямів науки історії держави і права Великобританії стала помітною в результаті краху Британської імперії, який розпочався після Другої світової війни. Тому саме тоді науковці історії держави і права Великобританії свідомо прагнули заново осмислити минуле і сьогодення, зокрема – розбіжницьку спадщину засновників Британської імперії<sup>12</sup>. Це добре простежується в єдності буржуазних учених щодо критичного підходу до фундаментального дослідження лідера англійських комуністів А. Л. Мортонна «Історія Англії» (1950)<sup>13</sup> та «Англійська утопія» (1956)<sup>14</sup>. Вони вважали за краще замовчувати це дослідження, де на широкій джерельній основі був розкритий грабіжницький характер приватирства як фундаменту первісного нагромадження капіталу, врегульованого загальним правом і особливо правом справедливості. Проте з Мортонном були згодні представники радикальної історіографії проблеми, які уособлювали інтереси дрібної британської буржуазії, що постраждали від краху Британської імперії. Саме це простежується в оцінці піратства, приватирства, контрабандного промислу і торгівлі рабами, яку надали Р. Гриффітс («Становлення династії Тюдорів»), Н. Девіс («Історія Європи»), Р. Іглз і Е. Діксон («Історія Англії»).

Зауважимо, що будь-які спроби вільнодумства в науковому середовищі Альбіону щодо великої історичної місії британського колоніалізму не дуже схвалюються тамтешнім політикумом. Частково це простежується в офіційних виданнях з історії держави і права Великобританії. Так, у дивній суміші публікації історико-правових джерел і досліджень з історії британських державно-правових інститутів, що вийшла під назвою «Англія: автобіографія», немає й натяку на грабіжницький характер британської колоніальної експансії та її знарядь – приватирства і піратства. Проте виразки британського капіталізму доби первісного нагромадження капіталу проявляють себе, коли йдеться про аналіз авторами даної публікації джерельного матеріалу. Вони все ж таки мають додержуватися певної об'єктивності в дослідженнях проблем еволюції державно-правових інститутів Британської імперії, зокрема – й приватирства. Задля цього фундаторам автобіографії Альбіону необхідно було підтримувати достовірність і репрезентативність джерельної основи дослідження у спосіб звернення до джерел з історії держави і права Альбіону, а це іноді дуже показово демонструє такі виразки британської історії, як піратство, приватирство, торгівля рабами, контрабандний промисел. Саме на цьому концентрує увагу науковий редактор автобіографії Англії Дж. Люїс-Стемпел: «Свідченням очевидців можливо бракує глибини аналізу, властивої історикам, проте їхні враження – барвисті, наочні, живі, що дозволяє долучитися до колишнього і відчутти себе учасником подій далекого і не настільки віддаленого минулого. Ця книга – не біографія, не погляд з боку. Це автобіографія, тобто погляд зсередини. Це автобіографія великої країни з великою історією, країни, що була в різні історичні епохи «охвістам Європи», «підступним Альбіоном», «володаркою морів», «імперією, над якою ніколи не заходить сонце», країни, що завжди залишалася Англією»<sup>15</sup>.

Кредо Люїс-Стемпела століттями формувалося у Британській імперії як ідейне підґрунтя колоніальної експансії, боротьби за геополітичне панування. Тому не дивно, що майже всі британські історики держави і права, за винятком марксистів, проігнорували погляди на приватирство зарубіжних колег з тих країн, які в минулому воювали проти Англії у світовому океані. Тому не дивно, що англійських науковців не засмучує будь-яка критика морського розбою британських приватирів і піратів, яка була подана у дослідженнях гол-

ландця Є. Бааша («Історія економічного розвитку Голландії в XVI–XVIII століттях», 1949), іспанця Р. Альтаміра-і-Кревеа («Історія Іспанії»; у 2-х томах», 1951), француза Ф. Броделя «Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм», у 3-х томах, 1986) чи шведа Є. Аннерса («Історія європейського права», 1999). Більше того, представники консервативного напрямку британської історіографії іноді вдавалися до фальсифікації певних сюжетів з минулого Великої Британії.

Серед інших консервативно налаштованих англійських дослідників, що будь-якими засобами, далекою від наукової доброчесності, захищали основи британської колоніальної політики, що спиралася на приватирство, найбільш відомим є Г'ю Тревор Ропер. Початок його академічної кар'єри був досить пристойним, що відчувається у програмній статті цього дослідника «Анатомія елизаветинської аристократії»<sup>16</sup>. У цій праці підхід до проблем піратства британських мореплавців у світовому океані під час боротьби за геополітичне панування був поміркованим і досить порядним. Проте цей академічний підхід до проблем піратства і приватирства змінився на діаметрально протилежний, коли під керівництвом королівського професора Оксфордського університету Г'ю Тревора Ропера 1968 р. була опублікована фундаментальна колективна монографія «Епоха експансії: Європа і цілий світ у 1559–1660 роках»<sup>17</sup>. У цій праці з суто охоронних позицій апологетів Британської імперії була подана історія каперського промислу.

За цю роботу Г'ю Тревора Ропера за поданням М. Тетчер 1979 р. було нагороджено титулом барона. Однак незабаром цей натхненник неокolonіалізму вдався до авантюри з підрубкою щоденників А. Гітлера. Після цього Ропера затаврували колеги, і невдовзі, спадщину цього вельми плодючого дослідника стали замовчувати. Такому розвитку подій сприяло те, що Ропер був вищим офіцером британської військово-морської розвідки, про діяльність якого не можна було занадто багато говорити. Тим більше, що як для попередників Тревора Ропера, так і для нього, впродовж століть було звичайним фальсифікувати історію власної держави заради її вищих імперських інтересів, які не розголошувалися ані в літературі, ані в історичній науці. Такий «охоронний підхід» до історії британського колоніалізму, зокрема – до правового та організаційного інституту приватирства, є звичайним для істориків держави і праві Великої Британії. Саме цим вимогам відповідають праці відомих англійських фахівців з історії приватирського промислу Ю. Беркмана («Злочини піратства», 1979), Д. Старкі («Британські приватирські підприємства у вісімнадцятому столітті», 1990) і Е. Черчилля («Закон моря», третє видання 1999).

Оцінюючи особливості розвитку англійської історіографії еволюції інституту приватирства, необхідно врахувати те, що після краху Британської імперії англійські історики на замовлення уряду Альбіону мали знайти коріння цієї геополітичної реальності. У підсумку вони зосередилися на добі правління Єлизавети I. При цьому, за малим виключенням, йдеться про звичайні біографії «морських собак» королеви, тоді як діяльність Таємної Ради Англії, яка виробляла організаційно-правові засади приватирства, завжди висвітлюється побіжно. У такому ракурсі створено низку монографічних досліджень представників консервативного напрямку британської історичної та історико-правової науки, а саме: Р. Бернгом («Після Армади. Єлизаветинська Англія і боротьба за Західну Європу в 1588–1605 роках», 1976), Б. Бівен («Великі мореплавці Єлизавети I», 1971), С. Біндофф («Тюдорівська Англія», 1952), С. Бретта («Вік Стюартів», 1964), Т. Віллан («Розвідки з елизаветинської іноземної торгівлі», 1959), Н. Вілліамс («Єлизавета, королева Англії», 1971), Дж. Елтон («Англія під владою Тюдорів», 1978), Е. Роуз («Релі та Трогмортон», 1962; «Експансія елизаветинської Англії», 1971) і П. Кроусон («Тюдорівська зовнішня політика», 1973).

Перераховані вище праці є суто науковими, але британська консервативна історіографія виробила дуже своєрідний підхід до викладання британської історії на шкільному і навіть університетському рівні освіти англійців. У даному разі йдеться про намагання британських істориків широко використовувати вплив науково-популярної літератури, такої як біографії найбільш відомих «морських собак» Єлизавети I. Вони адресовані широкому загалу британських читачів – від школярів до їхніх батьків. З цього приводу дуже корисним є аналіз змісту праць Дж. Блейка («Правління Єлизавети, 1558–1603», 1987), Д. Дикона («Джон Ді», 1968), Г. Келсі («Сер Джон Гокінс», 1968), Р. Лейсі («Сер Волтер Релі», 1965), Дж. Макдермотта («Мартін Фробішер», 2001), В. Воллеса («Сер Волтер Релі», 1959), Д. Закса («Мисливець за піратами: правдива історія капітана Кідда», 2002) і П. Хаммера («Єлизаветинські війни: війна, уряд і суспільство в тюдорівській Англії, 1544–1604», 2003). Зрозуміло, що біографії англійських приватирів і піратів у сучасній Великобританії відіграють важливу роль у вихованні підданих королеви Єлизавети II у такому ж розбійницькому дусі, як це було за часи правління Єлизавети I. Вони, скажімо, нещодавно сприяли «маленькій переможній війні» Великобританії проти Аргентини за володіння Фолклендськими (Мальвінськими) островами, яку ідеологічно обґрунтував у суто піратському дусі уряд М. Тетчер.

На відміну від консерваторів, представники неоліберального напрямку історіографії англійського приватирства намагалися підходити до цієї проблеми в контексті всієї зовнішньої політики Англії часів Тюдорів і Стюартів. Їх цікавили економічні наслідки цього явища для всієї Британської імперії, для розвитку процесу первісного нагромадження капіталу. Певної уваги організаційно-правовим засадам приватирства з позицій лібералізму, приділено в працях М. Левіса («Іспанська Армада», 1960), К. Мартіна і Дж. Паркера («Іспанська Армада», 1999), Дж. Меттінґлі («Розгром Іспанської Армади», 1961) і М. Левіса («Флот Британії. Історичний портрет», 1948).

Ще в більшому ступені намагання представників англійської неоліберальної історіографії поєднати сюжети з морського розбою британських приватирів з їхньою зацікавленістю у розвитку процесу первісного нагромадження капіталу притаманно працям К. Моргана («Брістоль і атлантична торгівля у вісімнадця-

тому столітті», 1993), Д. Старкі («Британські підприємства приватирів у вісімнадцятому столітті», 1990), Е. Торнтон («Вест-індська політика часів реставрації Стюартів», 1956), Н. Вільямса («Морські собаки: приватирство, грабунки і піратство в добу Єлизавети», 1975).

На початку нашого століття під впливом кризових явищ у світовій економіці історична та історико-правова наука Великобританії, подібно до науки інших країн світу, переживає нові трансформації. Це призводить до спроб англійських науковців у більшому ступені слідувати об'єктивним принципам розвитку історіографічного процесу та доведення його результатів до майбутніх юристів, істориків, політологів у процесі викладання в університетському середовищі. Тому до наукового обігу вводять великий масив раніше неопублікованих джерел, а юридичні факти з історії приватирства, що запозичені з цих публікацій, використовують під час написання нових досліджень з проблеми. Водночас представники британської історіографії приватирства мають синтезувати певні історичні концепції, залучати досягнення інших галузей наук. Це відповідає постмодерністським тенденціям часу.

Зазначені вище постмодерністські концепції розвитку інституту приватирства притаманні низці досліджень з історії Британської імперії. Одним із найбільш відомих фахівців британської науки історії держави і права в цій царині вважається Т. Бревертон. Він є автором модерної концепції перетворень піратів на приватирів і приватирів на піратів, що було основою зовнішньої політики Англії, спрямованої на світове геополітичне панування. Такий підхід до історії правового інституту приватирства притаманний його монографії «Адмірал сер Генрі Морган – король буканьєрів» (2005)<sup>18</sup>.

Останнім словом у британській історіографії правового інституту приватирства є монографія представника вігсько-ліберального напрямку дослідників історії держави і права Британської імперії М. Маккарті «Приватирство, піратство і британська політика в Іспанській Америці, 1810–1830» (2013)<sup>19</sup>.

Існує ще багато різноманітних сучасних видань, в яких певною мірою кожен автор намагається поновому дослідити питання становлення Британської імперії крізь призму процесу розвитку і скасування правового та організаційного інституту приватирства. І це є вельми плідним для наукових розвідок вітчизняних істориків держави і права, які аналізують процес виникнення, розвитку та занепаду Британської імперії.

<sup>1</sup> Лист Ф. Международное право в систематическом изложении / Ф. Лист. – Юрьев, 1912. – 180 с.

<sup>2</sup> Marque and Reprisal. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://legal-dictionary.the-free-dictionary.com/ Marque+and+reprisal>

<sup>3</sup> Волосов М. Е. Каперство / М. Е. Волосов // Энциклопедия юриста, 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://enc-dic.com/enc\\_lawyer/ Kaperstvo-2280.html](http://enc-dic.com/enc_lawyer/ Kaperstvo-2280.html)

<sup>4</sup> Исторические источники. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ru.wikipedia.org/wiki/%>

<sup>5</sup> Elton G. R. Modern historians on British history, 1485–1945; a Critical Bibliography, 1945–1969 / G. R. Elton. – Ithaca: Cornell University Press, 1971. – VIII, 239 p.

<sup>6</sup> Gilbert P. Historiography of the Golden Era of Anglo-american Piracy in the Atlantic, 1680–1730. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.titanic-nautical.com/Pirates-Historiography.html>

<sup>7</sup> Тошак Дж. Стремление к истине. Как овладеть мастерством историка / Дж. Тошак. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://klubsokol.wix.com/sokol#!istochnikovvedenie/c1gwv>

<sup>8</sup> Там само. С. 16.

<sup>9</sup> Там само. С. 17.

<sup>10</sup> Там само. С. 18.

<sup>11</sup> Там само. С. 19–20.

<sup>12</sup> Шаниро Л. Английская историография / Л. Шаниро. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://chitalka.net.ua/textbooks/123/7814.html>

<sup>13</sup> Мортон А. Л. Английская утопия / Пер. с англ. – М.: Иностран. лит.-ра, 1956. – 278 с.

<sup>14</sup> Мортон А. Л. История Англии / А. Л. Мортон; пер. с англ. Н. Чернявской; ред. и вступ. ст. А. Самойло. – М.: Иностран. лит.-ра, 1950. – 462 с.

<sup>15</sup> Англия. Автобиография: пер. с англ. / под ред. Дж. Льюиса-Стемпела. – М.: Эксмо; СПб.: Мидгард, 2008. – 623 с. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.prometeus.nsc.ru/acquisitions/10-02-02/cont25.ssi>

<sup>16</sup> Trevor-Roper H. The Elizabethan Aristocracy: An Anatomy Anatomized // Economic History Review. – 1951 3#3. – p. 279–298.

<sup>17</sup> The Age of Expansion, Europe and the World, 1559–1600, ed. Hugh Trevor-Roper 1968. New York: McGraw-Hill Book Co., 1968.

<sup>18</sup> Breverton T. Admiral Sir Henry Morgan: «King of the Buccaneers» / T. Breverton. — Gretna: La Pelican Publ., 2005. – 128 p.

<sup>19</sup> McCarthy M. Privateering, Piracy and British Policy in Spanish America, 1810–1830. – L.: Boydell and Brewer Press, 2013. – 194 p.

### Резюме

**Малишко В. М. Сучасний стан британської історіографії еволюції правового та організаційного інституту приватирства.**

У статті проаналізовано сучасний стан дослідницьких пошуків британських істориків держави і права, які зосередили свою увагу на вивченні особливостей еволюції правового та організаційного інституту приватирства, яке існувало у Британській імперії з другої половини XVI століття до скасування його рішенням Паризької мирної конференції 1856 р. У статті аналізуються погляди на проблему британських істориків держави і права, що належать до чотирьох наукових напрямів – торійсько-консервативного, вігсько-ліберального, радикально-демократичного та марксистського.

**Ключові слова:** Британська імперія, історіографія держави і права, приватирський промисел, методологія аналізу історії приватирства, історична свідомість.

## Резюме

**Мальшико В. Н.** Современное состояние британской историографии эволюции правового и организационного института приватизации.

В статье проанализировано современное состояние исследовательских поисков британских историков государства и права, сосредоточивших внимание на изучении особенностей эволюции правового и организационного института приватизации, существовавшего в Британской империи со второй половины XVI века до отмены его решением Парижской мирной конференции 1856 года. В рамках данной статьи анализируются взгляды на проблему британских историков государства и права, принадлежащих к четырем научным направлениям – торийско-консервативному, вигско-либеральному, радикально-демократическому и марксистскому.

**Ключевые слова:** Британская империя, историография государства и права, приватизационный промысел, методология анализа истории приватизации, историческое сознание.

## Summary

**Malyshko V.** The current status of the British historiography of evolution of legal and organizational institution of privateering.

The current status of research searches of the British historians of state and law, focusing their attention on studying the particularities of inception of legislation and organizational institute of privateering, existing in the British empire since the second half of the XVI century till its cancellation by the resolution of Paris peace conference in 1856. The views on the problem of the British historians of state and law, belonging to four scientific areas – torial-conservative, vig-liberal, radical-democratic and Marxist are analyzed.

**Key words:** British empire, historiography of state and law, privateering field, methodology of privateering history analysis, historical consciousness.

УДК 349.2 «1918»

## Г. В. ТЕРЕЛА

*Галина Василівна Терела, кандидат історичних наук, доцент ВНЗ Укоопспілки «Полтавський університет економіки і торгівлі»*

### ПРАВОВИЙ СТАТУС ІНСПЕКЦІЙ ПРАЦІ: ОБГОВОРЕННЯ ЗАКОНОПРОЕКТІВ УРЯДОВИМИ КОМІСІЯМИ ЗА ДОБИ ГЕТЬМАНАТУ (1918 р.)

Серед державних органів, які здійснюють контрольно-наглядові функції за додержанням законодавства про працю – органів прокуратури, екологічного, технологічного, санітарно-епідеміологічного нагляду – провідна роль в забезпеченні трудових прав громадян, як свідчить світова практика, відводиться інспекціям праці. Так, у статуті Міжнародної організації праці (далі – МОП) міститься вимога до всіх членів організації про заснування такого контролюючого органу, як гарантії забезпечення трудових прав. Уже в перший рік після створення, у 1919 р., була прийнята Рекомендація МОП № 5 про інспекцію праці (службу охорони здоров'я). А конвенцію МОП № 81 1947 р. «Про інспекцію праці у промисловості й торгівлі», ратифіковану 130 країнами-учасниками, Міжнародна конференція праці включила до десяти найважливіших.

У зв'язку із реформуванням контрольно-наглядових органів у сфері праці в сучасній Україні на фоні необхідності скорочення їх кількості і водночас підвищення ефективності діяльності актуальним є пошук оптимальної моделі інспекції праці, що як відповідала б міжнародним стандартам, так і враховувала національні особливості. З огляду на це звернення до вітчизняного історичного досвіду функціонування інспекцій праці загалом та до спроб закріплення їх правового статусу державними діями Гетьманату П. Скоропадського зокрема набуває особливої актуальності.

Дослідженню правового статусу інспекцій праці в УРСР та в сучасній Україні присвячено чимало наукових праць як істориків, так і юристів. Водночас особливості функціонування контрольно-наглядових органів у сфері найманої праці за доби національно-визвольних змагань, у тому числі в Українській Державі 1918 р., залишилися поза увагою фахівців. Окремі питання розглядалися вченими-істориками Б. І. Андрусишиним, П. П. Гай-Нижником. Утім законопроекти, підготовлені урядовцями Міністерства праці Української Держави щодо закріплення правового статусу інспекцій праці, потребують детального аналізу, чим і зумовлюється мета статті.

Як повідомлялося в Інформаційному бюлетені Міністерства праці 30 квітня 1918 р. – на другий день після приходу до влади П. Скоропадського – департамент охорони праці уже від початку утворення опікувався розробкою законопроекту про інспекцію праці<sup>1</sup>. Департамент був створений при Народному Міністерстві праці наприкінці правління Центральної Ради у березні 1918 року. Уже 17 травня 1918 р. на засіданні Ради при Міністерстві праці виконуючим обов'язки директора департаменту охорони праці Р. Войцеховським (у подальшому він був затверджений на даній посаді наказом Гетьмана від 29.05.1918 р.<sup>2</sup>) була висловлена позиція про те, що місцевими органами департаменту повинні стати інспекції праці.

Тимчасово до їх заснування такі функції поклалися на комісаріати праці, – органи, що діяли відповідно до постанови Тимчасового уряду від 11 липня 1917 року. Останні, за словами міністра праці Ю. Вагнера, озвученими на засіданні Ради двома днями раніше – 15 травня 1918 р. – «зараз... потрібні, позаяк нам треба якомога скоріш поширити свою діяльність на всю територію України»<sup>3</sup>. Такий підхід Міністерства до оперативного поширення своєї політики на місця за допомогою діючих органів був відображений у обіжнику від 18 травня 1918 р. № 2311 про те, що «...всі закони, обіжники, розпорядження і т. п. щодо робітничого питання, котрі були видані Тимчасовим Російським урядом і Українською Центральною Радою, коли вони не відмінені Урядом Української Держави, залишаються в силі і зараз»<sup>4</sup>.

На цій же нараді 17 травня було прийнято рішення про створення тимчасово (до заснування інспекцій праці) районних комісаріатів праці передусім у таких містах, як Київ, Харків, Катеринослав, Одеса, Ростов-на-Дону, Чернігів, Вінниця та Рівне<sup>5</sup>. Оскільки на місцях продовжували також свою діяльність фабричні інспектори та окружні інженери, Міністерством праці спільно із Міністерством торгівлі і промисловості була розроблена й видана «Інструкція фабричним інспекторам, окружним інженерам і місцевим комісарам Міністерства праці по догляду за виконанням законів по охороні праці у підприємствах, підлеглих догляду Фабричної інспекції і окружних інженерів, і про взаємовідносини між Фабричними інспекторами і окружними інженерами і місцевими комісарами Міністерства праці», яка тимчасово розмежовувала їх повноваження<sup>6</sup>. Водночас урядовці розпочали роботу над створенням законів, які б закріпили власну систему органів Міністерства праці у вигляді інспекцій праці та Головної і районних рад праці.

Відповідно до порядку розроблення законопроектів у разі ініціювання проекту закону тим чи іншим департаментом він спочатку проходив обговорення в Раді директорів департаментів при Міністерстві праці, де розроблялися його основні засадничі положення, після чого передавався до департаменту законодавчих внесень для написання тексту, потім надходив на розгляд міжвідомчої комісії для узгодження позицій представників різних відомств і, зрештою, поступав до Комітету праці – спеціально створеного органу при Міністерстві праці із представників уряду, промисловців та робітників для обговорення робітничих законопроектів. Пройшовши останню стадію, законопроект разом із протоколом засідання, що відображав пропозиції змін до нього, знову повертався для редагування до департаменту законодавчих внесень і лише після цього надходив до Ради міністрів для прийняття<sup>7</sup>.

27 травня 1918 р. при Міністерстві праці відбулася нарада, присвячена розмежуванню «компетенції між промисловою, фабрично-заводською та гірничою інспекцією і інспекцією праці». У її роботі взяли участь Ю. Вагнер, Р. Войцеховський, віце-директор Департаменту законодавчих внесень Е. Ванштейн, директор гірничого департаменту М. Паршин та директор фабрично-заводського департаменту В. Свірський (два останні директори представляли Міністерство торгівлі і промисловості). Р. Войцеховський висловив сподівання, що Міністерство торгівлі і промисловості розробить власний законопроект про промислову інспекцію. Отже, таким чином буде можливість узгодити підходи міністерств стосовно повноважень їх місцевих органів у сфері нагляду і контролю за додержанням законодавства про охорону праці. Попередньо передбачалося, що промислова інспекція здійснюватиме нагляд за безпекою праці, а інспекція праці, – за «охороною економічних інтересів працівників при різних умовах промислової праці»<sup>8</sup>.

Як з'ясувалося, представники Міністерства торгівлі і промисловості не мали можливості попередньо ознайомитися із законопроектами, розробленими Міністерством праці, тому нараду вирішили вважати інформаційною. Утім, важливе значення мали озвучені Е. Ванштейном організаційно-правові принципи, на яких повинна була ґрунтуватися діяльність інспекції праці. Найбільший інтерес та жваве обговорення викликав принцип паритетності (паритету). Сам термін «паритет» походить від латинського *paritas* (*paritatis*) – рівність та означає рівність (рівноправність), рівноцінність, рівне представництво сторін під час вирішення договірних актів, вирішення конфліктів (в тому числі трудових), розгляду питань, що стосуються двох або багатьох сторін та ін.<sup>9</sup>

Засідання наради засвідчило, що урядовцями розглядалася можливість реалізації двох основних підходів до формування складу інспекції праці. Один із яких – залучати до її роботи представників від працівників та роботодавців з метою прийняття спільних, узгоджених рішень, а другий, – запровадження інституту асистентів (помічників зі складу робітників) при інспекторах. Законопроект Міністерства праці передбачав спочатку запровадження асистентури, однак після Всеукраїнської конференції профспілок згідно з резолюцією останньої було вирішено включити до проекту положення про паритетний комітет. За словами Е. Ванштейна, який посилався на позитивний західноєвропейський досвід, «паритетність необхідна, щоб злагодити нерівності між робітниками і підприємцями»<sup>10</sup>. Втілення принципу паритету підтримував і Р. Войцеховський, оскільки, на його думку, для реалізації інституту асистентури немає «придатних для цього людей». Натомість В. Свірський скептично поставився до можливості організації роботи інспекції на засадах паритету, вважаючи, зокрема, неможливим складання протоколів членами паритетного комітету, адже це вимагає відповідних технічних знань та може бути реалізовано відповідно підготовленою особою, – інспектором, а не виборними представниками. Також він небезпідставно заявляв, що до паритетного комітету «...не піде ні один промисловець, він не покине свого діла»<sup>11</sup>.

5 червня 1918 р. відбулося засідання міжвідомчої комісії під головуванням Р. Войцеховського. На обговорення був винесений, з-поміж інших, розроблений Міністерством торгівлі і промисловості законопроект про розмежування компетенції між фінансовою інспекцією та інспекцією праці. Окрім того, розглядався так званий «Петроградський законопроект» про інспекцію праці Тимчасового уряду. Знову жваву дискусію



викликало обговорення варіантів організації роботи інспекції на засадах паритету або асистентури. Зрештою, було вирішено на засадах паритету побудувати діяльність районних та головної палат праці, а при інспекціях праці запровадити інститут асистентів<sup>12</sup>.

Як наголошувалось Міністерством праці у пояснювальній записці до законопроекту, на Міжнародному конгресі фабричних інспекторів з питань робітничого законодавства, який відбувся у Парижі ще в 1900 р., було визначено, що там, де при фабричних інспекціях є делегати від робітників, довіра до інспекцій швидко зростає<sup>13</sup>. Готуючи законопроект, представники Міністерства праці вивчали кращий західноєвропейський досвід. Так, наводилися дані про те, що в Англії у 1907 р. було лише 16 асистентів від робітників, але з кожним роком їх чисельність збільшувалась. У Бельгії у складі гірничої інспекції ще в 1908 р. було 39 делегатів від робітників, а в промисловій інспекції – 6.

На наступному засіданні міжвідомчої комісії, яке відбулося 8 червня 1918 р., увага була приділена запровадженню інституту інспектрис з огляду, по-перше, на позитивний досвід Заходу та, по-друге, на «...широку прикладність в промисловості України жіночої праці»<sup>14</sup>. Учасники засідання дійшли згоди і в питанні про виборність асистентів. Утім, питання про визначення переліку їх конкретних прав та обов'язків було відкладено. Обмежилися лише узгодженням редакції ст. 8 проекту, яка визначала їх основні повноваження, а саме: надавати допомогу місцевому інспекторові у здійсненні «догляду» (синонім терміна «нагляд», як визначає Академічний тлумачний словник української мови<sup>15</sup> – Г.Т.) за додержанням законів про охорону праці; доповідати інспекторові про виявлені ними порушення на підприємствах для подальшого ведення справи останнім та здійснювати супровід інспектора при здійсненні ним перевірок<sup>16</sup>. Підтримку одержала і редакція ст. 3 проекту, яку надав представник міністерства праці А. Околович, про призначення міністром праці на посаду інспекторів з числа кандидатів, запропонованих палатами праці, які склали відповідний екзамен та мали річний стаж роботи. Р. Войцеховський акцентував увагу на тому, що кандидати, рекомендовані палатами праці, будуть «користуватися більшим громадським авторитетом»<sup>17</sup>. Пропозиція представника Міністерства торгівлі і промисловості І. Гарбузова про вимогу трирічного стажу роботи до кандидатів на посади інспекторів, як це передбачав параграф 46 Петроградського проекту Тимчасового уряду, не знайшла підтримки з огляду на відсутність на практиці необхідної кількості фахівців, які б відповідали даній умові.

Уже наступного дня, 9 червня 1918 р., міжвідомчою комісією було узгоджено проект Статуту про інспекцію праці, розроблений Департаментом охорони праці, відповідно до ст. 1 якого інспекція праці повинна була здійснювати «...загальний догляд за виконанням законів про охорону праці в усіх промислових підприємствах, охорона праці в котрих передбачена існуючими в цій галузі взаконами»<sup>18</sup>. Привертає увагу вид нормативно-правового акта, проект якого було узгоджено комісією, а саме: статут, хоча під час обговорень в урядових комісіях йшлося про закон. Під статутом (у перекладі з латині - постанова, визначення, походить від латинських слів – ставити, встановлювати, вирішувати) розуміють назву нормативно-правового акта або установчого документа у внутрішньодержавному праві<sup>19</sup>. У тлумачному словнику С. І. Ожегова статут визначається як встановлене державою чи яким-небудь органом зведення правил, які регулюють ту чи іншу діяльність<sup>20</sup>. Ймовірно, урядовцями було застосовано таку назву нормативно-правового акта, як статут, з огляду на детальне реглантування ним порядку діяльності інспекції праці. Хоча у подальшому законопроект був доопрацьований департаментом законодавчих внесень та переданий до Комітету праці уже як проект закону про інспекцію праці.

Проект Статуту визначав адміністративно-правовий статус інспекцій праці. Її органами визнавалися призначені міністром праці районні та місцеві інспектори із числа кандидатів, запропонованих районними палатами праці, які склали фаховий іспит, а також асистенти від робітників (по два при кожному інспекторові), обрані на дворічний строк районними об'єднаними профспілковими організаціями з числа їх членів.

Згідно зі ст. 4 Статуту до основних повноважень районних інспекторів належали: головування в районних палатах праці та страхових комісіях із правом вирішального голосу; здійснення загального керівництва діяльністю «чинів» трудової інспекції району, нагляд за виконання останніми своїх обов'язків; загальний «надзір» (діалектний синонім нагляду<sup>21</sup>) за виконанням інструкцій та обов'язкових постанов, виданих на виконання законів про охорону праці Міністерством праці, Головною палатою праці і Страховою радою та присутствієм; порушення справ про притягнення до відповідальності винних осіб; збирання відомостей про умови праці, ведення робітничої статистики; надання заінтересованим особам інформації про чинне законодавство у сфері охорони праці; виконання доручень Міністерства праці, промислових судових установ, Головної палати праці та Страхової ради, складання та надання звітів до Міністерства праці; сприяння мирному вирішенню трудових конфліктів, допомога в організації мирових установ; участь у роботі урядових та громадських установ задля врегулювання питань охорони праці; участь у проведенні виборів до установ, передбачених законодавством про охорону праці.

Для реалізації наданих повноважень районні інспектори мали досить широкі права, які визначалися ст. 5 проекту Статуту, а саме: захищати в усіх установах «інтереси законодавства про охорону праці»; здійснювати огляд підприємств, викликати та опитувати підприємців, адміністрацію підприємств та робітників. При цьому інспектори були зобов'язані не розголошувати комерційної таємниці<sup>22</sup>.

Повноваження місцевих інспекторів були такими ж, як і районних, за винятком головування та здійснення загального керівництва й нагляду, які логічно належали до повноважень інспекторів вищого районного рівня. Місцеві інспектори користувалися також усіма правами районних, окрім права викликати і опитувати підприємців, робітників та адміністрацію.

Після розгляду міжвідомчою комісією проекти законів повинні були вноситися або до Комітету праці, або з урахуванням «особливих умов терміновості» безпосередньо до вищих законодавчих органів<sup>23</sup>. Законопроект про інспекцію праці разом із законопроектами про палати праці обговорювався під час другої сесії Комітету, яка розпочалася 16 вересня 1918 року. Так, на засіданні 20 вересня представником міністерства торгівлі і промисловості В. Варзаром було озвучено принципове положення про розмежування повноважень інспекцій праці як місцевих органів найнижчої ланки Міністерства праці і палат праці районного (другого) рівня та Головної палати праці (останні мали замінити діючі з часів Російської імперії присутствія по фабричних та гірничо-заводських справах), а саме: «нагляд загального характеру буде в віданні палати, безпосередній же нагляд буде лежати на інспекторах праці»<sup>24</sup>. Така позиція була відображена у ст. 1 проекту Закону про інспекції праці: «для безпосереднього нагляду за виконанням законів про охорону праці і про соціальне страхування засновуються посади районних і місцевих інспекторів праці і кандидатів в них при районних інспекторах...»<sup>25</sup>.

Порівняно із проектом Статуту проект Закону містив дещо інші вимоги як до заміщення посад інспекторів, та і до закріплення їх прав та обов'язків. Стали виділятися два розряди інспекторів районного рівня залежно від рівня промислового розвитку останнього. При районних інспекторах запроваджувалася посада кандидатів в інспектори. Як перші, так і другі посади були призначуваними. Основні вимоги до їх заміщення – наявність вищої освіти та проходження встановлених міністерством випробувань (останні не застосовувалися стосовно осіб, які займали посади фабричних інспекторів та кандидатів на них, однак їх повинні були пройти комісари праці, які раніше не працювали фабричними інспекторами). Позитивним положенням законопроекту стала запозичена із західноєвропейського досвіду можливість заміщення посад особами як чоловічої, так і жіночої статі. Однією з вимог встановлювалася наявність стажу роботи: для місцевого інспектора – не менше одного року на посаді кандидата або фабричного інспектора, для районного інспектора – не менше трьох років. Згідно зі ст. 7 законопроекту на інспекторів праці покладалася повноваження «безпосереднього нагляду за правильним виконанням законів про охорону праці, і виданих в розвиток цих законів обов'язкових розпоряджень, правил, циркулярів Міністерством праці, Головною і Районними палатами праці в межах їх компетенції, а також розпорядча діяльність в питаннях застосування цих законоположень...»<sup>26</sup>, зокрема: нагляд за виконанням правил, які визначають обов'язки підприємців і робітників, про розподіл і тривалість робочого часу, застосування праці жінок і підлітків; нагляд за дотриманням вимог техніки безпеки та санітарно-гігієнічних вимог; нагляд за виконанням постанов про навчання малолітніх робітників; «відвідування і огляд в будь-який час дня і ночі» підприємств, огляд на місцях облікових книг; ознайомлення з умовами праці з метою встановлення дійсного виконання всіх вимог щодо охорони праці; розгляд і затвердження табелів, розкладів, правил внутрішнього розпорядку; засвідчення розцінок заробітної плати; загальне спостереження за діяльністю бірж праці; сприяння врегулюванню спорів між підприємцями і робітниками, організація мирних установ і третейських судів; збирання статистичних відомостей про умови праці; складання протоколів про порушення законів, обов'язкових постанов і правил, підтримання обвинувачення порушників в суді; ознайомлення робітників і підприємців із законодавчими актами у сфері праці; щорічне надання звітів про діяльність Міністерству праці<sup>25</sup>. Згідно зі ст. 8 на районних інспекторів, окрім цього, покладалася обов'язки здійснювати «загальний нагляд і керівництво за діяльністю інспекторів праці і їх кандидатів» та головувати в районних платах праці і присутствіях у справах соціального страхування й надавати зведені звіти до Міністерства праці. Як бачимо, повноваження інспекторів істотно розширювалися.

Статтею 13 законопроекту встановлювалися обмеження щодо заміщення посад асистентів інспекторів та їх заступників, зокрема ними не могли стати такі особи: неповнолітні; засуджені судом до покарання у вигляді позбавлення або обмеження станових прав; звільнені зі служби; засуджені за крадіжки, шахрайство, привласнення або розтрату ввіреного майна, переховування викраденого, купівлю та прийняття під заставу краденого або отриманого шляхом обману майна, лихварство і спекуляцію; особи, які знаходилися під слідством за вказаними вище звинуваченнями, а також особи, обмежені судом у праві розпорядження своєю власністю.

Як зазначалося у пояснювальній записці Міністерства праці до розробленого ним законопроекту, воно планувало створити мережу органів, що складалася із трьох рівнів, – інспекцій праці, районних палат та Головної палати праці. Після тривалих дискусій, які супроводжували обговорення законопроектів в урядових комісіях, було закладено основні інституційні принципи функціонування інспекцій та палат праці. На паритетному принципі було вирішено організувати діяльність палат. Натомість роботу інспекцій, враховуючи західноєвропейський досвід, планувалось проводити із залученням до її діяльності асистентів, обраних профспілками. Такий склад органів, на переконання Міністерства праці, повинен був забезпечити їм «...найбільшу компетентність в питаннях, що стосуються умов праці і життя робітників...»<sup>27</sup>. При цьому посади інспекторів та кандидатів були призначуваними, а посади асистентів – виборними.

Водночас у пояснювальній записці підкреслювалось, що «...проектуючи цей складний план створення своїх органів, Міністерство усвідомлює усі труднощі, які зустрінуться на шляху до здійснення наміченого плану»<sup>28</sup>. Одна із проблем полягала у необхідності розмежування повноважень між майбутніми інспекторами праці та фабричними інспекторами, які продовжували виконувати цілий ряд функцій з охорони праці та підпорядковувалися Міністерству торгівлі і промисловості. Розуміючи складність ситуації, Міністерство праці планувало внести до Ради Міністрів окремих законопроект, який би врегулював перехідний період.

Таким чином, інспекції праці за часів Гетьманату практично так і не встигли запрацювати, натомість наглядові функції продовжували виконувати фабричні інспектори, окружні інженери та комісари праці.

Утім, законопроекти давали чітку картину інституційно-правових засад власної системи органів Міністерства праці Гетьманату та повинні були, за сподіваннями його очільників, як сприяти успішній реалізації політики останнього, так і здійснювати нагляд за виконанням робітничого законодавства. Серед цих органів інспекції праці визначалися низовою ланкою для забезпечення безпосереднього нагляду у сфері охорони праці.

- <sup>1</sup> Центральний державний архів вищих органів влади та управління України (далі – ЦДАВОВУ). – Ф. 2857. – Оп. 1. – Спр. 41. – Арк. 49.
- <sup>2</sup> Наказ Гетьмана // Державний вістник. – 1918. – № 12 (9 червня) – С. 1.
- <sup>3</sup> ЦДАВОВУ. – Ф. 2857. – Оп. 1. – Спр. 13. – Арк. 10.
- <sup>4</sup> Обіжник в справі законів, обіжників і розпоряджень Російського уряду і УЦР // Державний вістник. – 1918. – № 6. – 26 травня. – С. 3.
- <sup>5</sup> ЦДАВОВУ. – Ф. 2857. – Оп. 1. – Спр. 13. – Арк. 14.
- <sup>6</sup> Там само. – Спр. 49. – Арк. 1.
- <sup>7</sup> Хроника. Комитетет труда // Известия Протофиса. – 1918. – № 13–15. – С. 11.
- <sup>8</sup> ЦДАВОВУ. – Ф. 2857. – Оп. 1. – Спр. 48. – Арк. 56.
- <sup>9</sup> Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://leksika.com.ua/13590421/legal/paritet>
- <sup>10</sup> ЦДАВОВУ. – Ф. 2857. – Оп. 1. – Спр. 48. – Арк. 56 зв.
- <sup>11</sup> Там само. – Арк. 56.
- <sup>12</sup> Там само.
- <sup>13</sup> Там само. – Спр. 21. – Арк. 111.
- <sup>14</sup> Там само. – Спр. 48. – Арк. 59.
- <sup>15</sup> Словник української мови : в 11 т. / АН УРСР ; Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. – К. : Наукова думка, 1974. – Т. 5. – С. 49.
- <sup>16</sup> ЦДАВОВУ. – Ф. 2857. – Оп. 1. – Спр. 48. – Арк. 59.
- <sup>17</sup> Там само.
- <sup>18</sup> Там само. – Спр. 16. – Арк. 69.
- <sup>19</sup> Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://leksika.com.ua/13590421/legal/paritet>
- <sup>20</sup> Толковый словарь русского языка Ожегова С. И. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://ozhegov.textologia.ru/definit/ustav-znach-1/?q=742&n=185479>
- <sup>21</sup> Словник української мови : в 11 т. / АН УРСР ; Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. – К. : Наукова думка, 1974. – Т. 5. – С. 66.
- <sup>22</sup> ЦДАВОВУ. – Ф. 2857. – Оп. 1. – Спр. 16. – Арк. 69 зв.
- <sup>23</sup> Там само. – Спр. 5. – Арк. 5 зв.
- <sup>24</sup> Там само. – Спр. 24. – Арк. 215 зв.
- <sup>25</sup> Там само. – Спр. 21. – Арк. 83.
- <sup>26</sup> Там само.
- <sup>27</sup> Там само. – Арк. 85.
- <sup>28</sup> Там само.

#### Резюме

**Терела Г. В. Правовий статус інспекцій праці: обговорення законопроектів урядовими комісіями за доби Гетьманату (1918 р.).**

Стаття присвячена аналізу законопроектної діяльності щодо створення інспекцій праці як наглядових органів за додержанням законодавства про охорону праці за доби Гетьманату П. Скоропадського. Досліджується правовий статус інспекцій праці відповідно до розроблених законопроектів. Підкреслюється значення напрацювань урядовців стосовно спроб правового закріплення їх місця у системі наглядових органів за додержанням робітничого законодавства. Аналізуються організаційно-правові засади діяльності інспекцій праці, а саме принципи призначуваності й фаховості інспекторів та виборності асистентів.

**Ключові слова:** Гетьманат, нагляд, законопроектна діяльність, інспекція праці, районний інспектор праці, місцевий інспектор праці, асистент інспектора праці.

#### Резюме

**Терела Г. В. Правовой статус инспекций труда: обсуждение законопроектов правительственными комиссиями в эпоху Гетманщины (1918 г.).**

Статья посвящена анализу законопроектной деятельности по созданию инспекций труда как надзорных органов за соблюдением законодательства об охране труда в эпоху Гетманщины П. Скоропадского. Исследуется правовой статус инспекций труда в соответствии с разработанными законопроектами. Подчеркивается значение напработок правительства касательно попыток правового закрепления их места в системе надзорных органов за соблюдением рабочего законодательства. Анализируются организационно-правовые основы деятельности инспекций труда, а именно принципы назначаемости и профессионализма инспекторов и выборности ассистентов.

**Ключевые слова:** Гетманат, надзор, законопроектная деятельность, инспекция труда, районный инспектор труда, местный инспектор труда, ассистент инспектора труда.

Summary

*Terela G. The legal status of labour inspectorates: the bills discuss by government committees in the era of the Hetmanate (1918).*

The article analyzes the legislative activity about labour inspectorates creation as supervisors over the observance of legislation on labour protection in the era of the Hetmanate of P. Skoropadskyi. We investigate the legal status of labor inspectorates under the developed bills. The importance of works of government officials about attempts their legal implementation in the system of supervisors of the observance of labour legislation are emphasized. The organizational and legal bases of labour inspectorates are analyzed, namely the principles of appointment and professionalism of labour inspectors and elected assistants.

**Key words:** the Hetmanate, supervision, legislative activities, labour inspectorate, district labour inspector, local labor inspector, assistant of labour inspector.

УДК 340.134

**О. І. ЧАПЛЮК**

*Оксана Іванівна Чаплук, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

**СПІВВІДНОШЕННЯ СУБ'ЄКТІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ТА МІЖНАРОДНОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ: МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ЗДІЙСНЕННЯ**

Сучасні умови інтеграції суспільних відносин, інтенсивна міжнародна співпраця та розширення напрямів внутрішньої, зовнішньої політики держав зумовлюють динаміку здійснення національної та міжнародної правотворчості, і таким чином призводять до їх суттєвих змін, як у зовнішньому, так і внутрішньому аспектах. Екскурс в історію становлення та функціонування правотворчості стверджує про розширення особливостей її здійснення, що має місце як за розгалуженням різновидів правотворчості, так і за розширенням її процесуальних і суб'єктних складових. Суттєве значення в процесі формування сучасних норм національного та міжнародного права відіграють суб'єкти правотворчості. Слід зазначити, що на підставі суб'єктивного розуміння суспільних і природних закономірностей, тенденцій, спираючись на правову спадщину – всі новації в праві створюються зусиллями людського розуму для досягнення певних цілей<sup>1</sup>. Разом із тим, від належного суб'єктного забезпечення значною мірою залежить якість нормативно-правового акта.

Зокрема, існуючі наукові підходи щодо проблематики дослідження суб'єктного забезпечення правотворчості ускладнюються їх амбівалентним характером, адже формуванням сучасних норм права здійснюється в міжнародному та національному вимірах. Враховуючи останні тенденції розвитку правотворчості, в контексті синхронності формування норм національного та міжнародного права, саме суб'єкти національної та міжнародної правотворчості є тими центральними інституціями, від узгодженості дій яких залежить не лише реалізація механізму правотворчості, а й його кінцевий результат – якісна та ефективна система нормативно-правових актів. Також проблемні аспекти розуміння суб'єктів правотворчості породжують певні наукові дискусії щодо необхідності визначення конкретного кола суб'єктів правотворчості, що забезпечують формування сучасних норм національного та міжнародного права. За умови виокремлення чіткої системи суб'єктів, що наділені правотворчими повноваженнями, можливо говорити про їх природу, сутність та зміст діяльності. Окрім того, сучасна наукова література характеризується певною фрагментарністю досліджень та неоднозначністю підходів щодо розуміння суб'єктів правотворчості в цілому, і як наслідок відсутністю комплексної характеристики суб'єктів національної та міжнародної правотворчості. При цьому не аналізуються їх сутність, природа, поняття та інші теоретико-правові аспекти.

Тому площина окресленого наукового дослідження, по-перше, визначає принципову актуальність обраної автором тематики щодо пізнання суб'єктів національної та міжнародної правотворчості як єдиних засобів, що забезпечують єдність та узгодженість здійснення національної та міжнародної правотворчості; по-друге, ставить певні завдання, що передбачають виокремлення та аналіз факторів, що ускладнюють процес розуміння суб'єктів національної та міжнародної правотворчості, а також характеристика їх природи та сутності в процесі здійснення правотворчої діяльності. Реалізація зазначених завдань слугуватиме підставою для характеристики суб'єктів національної та міжнародної правотворчості шляхом виокремлення спільних та відмінних аспектів, а також особливостей їх взаємодії.

Зважаючи на неоднозначність наукових підходів щодо розуміння тих чи інших складових та інститутів правотворчості, можна стверджувати, що дослідження суб'єктів національної та міжнародної правотворчості ускладнюється певними факторами. По-перше, відсутністю єдиного наукового розуміння суб'єктів правотворчості, оскільки для розуміння цієї категорії науковцями часом використовуються різноманітні й не завжди тотожні терміни. Зокрема до осіб, що забезпечують здійснення правотворчості, застосовують терміни: суб'єкти, що мають право на участь в правотворчій діяльності<sup>2</sup>; учасники законодавчої діяльності<sup>3</sup>;

суб'єкти створення правових новацій<sup>4</sup>; уповноважені суб'єкти<sup>5</sup>; компетентні органи, що мають право створювати нормативні акти<sup>6</sup>.

По-друге, сутністю та природою національної і міжнародної правотворчості, адже незважаючи на їх похідний характер від правотворчості та наявність всіх необхідних елементів, що включає в себе остання, ці окремі різновиди характеризуються лише їм властивою сукупністю ознак, що надають змогу характеризувати їх як самостійні юридичні категорії. Тому наявність тих чи інших характерних особливостей національної чи міжнародної правотворчості визначає кількісний склад, правовий статус та компетенцію суб'єктів національної і міжнародної правотворчості.

По-третє, науковою невизначеністю суб'єктного забезпечення здійснення правотворчості на національному та міжнародному рівнях. Відомо, що процес формування норм права в сучасних умовах розвитку суспільних відносин набув рис демократизму, що в першу чергу проявилось в розгалуженні суб'єктів правотворчості, як у процесі формування норм національного права (інституційними складовими громадянського суспільства), так і норм міжнародного права (наділення правотворчими повноваженнями міжнародних організацій), а також розширенням меж їх взаємодії між собою. Саме це стало джерелом сучасних дискусій вчених щодо визначення кола суб'єктів, що наділяються правотворчими повноваженнями і дослідженням засад їх узгодженої взаємодії в процесі формування норм права на міжнародному та національному рівнях.

В. Сирих стверджує, що правотворчість є циклічним процесом, активну участь в якому беруть органи держави, політичні партії, громадські організації, громадяни й інші члени громадянського суспільства<sup>7</sup>. В. Кашаніна визначаючи суб'єктний склад правотворчості виокремлює: правотворчість народу; правотворчість державних органів; корпоративну правотворчість, яка є «найбільш масовою в підприємницьких корпораціях»<sup>8</sup>.

Здійснення подальшого наукового дослідження потребує певної авторської визначеності та конкретності у змісті виокремлених вище факторів. Щодо першого, то, на думку автора, з'ясування і систематизація наукових поглядів, а також розробка універсального підходу щодо визначення поняття суб'єктів (учасників) правотворчості національного й міжнародного рівня та співвідношення цього поняття з іншими суміжними категоріями є надзвичайно фундаментальною, тому потребує та заслуговує на подальше більш концептуальне дослідження на доктринальному рівні. Можна припустити, що наявність такої кількості термінологічних визначень, що мають не зовсім тотожний характер, у першу чергу, залежать від бачення автора, який досліджував окреслену проблематику, тому всі вищезазначені терміни мають пряме відношення та охоплюються поняттям «суб'єкт правотворчості», в цілому та «суб'єкти національної та міжнародної правотворчості», зокрема.

Значної уваги заслуговує характеристика другого фактору, адже вже акцентувалася увага на тому, що зміст національної та міжнародної правотворчості впливає на характер та особливості їх суб'єктного складу. Зокрема, досліджуючи межі здійснення національної та міжнародної правотворчості, Ю. Нічка, окрім нормативно-регламентованої процедури, предмету правотворчого регулювання, звертає увагу саме на наявність компетентного суб'єкта, як одного із елементів, що визначає якісну межу між національною та міжнародною правотворчістю<sup>9</sup>. Виходячи із наукового твердження, слід звернути увагу на те, що хоча науковець і не виокремлює різновиди суб'єктів національної та міжнародної правотворчості, однак передбачає їх самостійне існування, адже зміст їх компетенції є визначальним критерієм для розмежування національної та міжнародної правотворчості.

Виокремлення конкретного кола суб'єктів національної та міжнародної правотворчості, що ускладнюється змістом третього фактору, передбачає в першу чергу розмежування між собою суб'єктів національної та міжнародної правотворчості, що забезпечить визначення їх правового статусу та форм взаємодії між собою. Засновуючись на авторській позиції суб'єктами національної правотворчості є уповноважені особи, що характеризуються офіційністю, професійністю, цілеспрямованістю, одноособовістю, мають чітко визначений перелік повноважень та спрямовують свою діяльність на формування норм національного права. У свою чергу, суб'єктами міжнародної правотворчості можуть бути компетентні органи, які характеризуються ініціативністю, офіційністю, цілеспрямованістю, колегіальністю та відповідно до міжнародно-правового статусу володіють характерними особливостями, що надають їм можливість бути повноправними учасниками міжнародних відносин, що й передбачає пряму участь у створенні системи міжнародних юридичних документів.

Таким чином, можливо припустити, що суб'єкти національної та міжнародної правотворчості мають офіційний характер, оскільки володіють необхідним правовим статусом, тобто сукупністю прав та обов'язків, що забезпечують можливість формування норм національного та міжнародного права. Окрім того, саме наявність у них правового статусу, надає можливість стверджувати, що діяльність суб'єктів національної та міжнародної правотворчості засновується на нормах національного та міжнародного права. Це передбачає виокремлення та закріплення на нормативному рівні органів, що уповноважені на здійснення національної та міжнародної правотворчості. Залежно від функціональної направленості (національного чи міжнародного аспекту) спеціально уповноважених органів їх діяльність регламентується національним законодавством та нормами міжнародного права або ж виключно нормами міжнародного права, зокрема це стосується насамперед правотворчої діяльності міжнародних організацій як одного із суб'єктів міжнародної правотворчості.

Здійснення національної та міжнародної правотворчості базується виключно на процесуальних засадах адже їх наявність є запорукою узгодженого та ефективного механізму формування норм національного та міжнародного права. Зазначене передбачає, що суб'єкти національної та міжнародної правотворчості здійс-

нюють діяльність у чітко визначених процедурних формах, які визначаються внутрішніми актами відповідних суб'єктів (міжнародні організації – статuti), а також нормами національного права. Проте, слід акцентувати увагу на тому, що кількість та зміст стадій національної та міжнародної правотворчості між собою значно відрізняється, що, в свою чергу, передбачає відмінність правового статусу між суб'єктами національної та міжнародної правотворчості.

Природа національної правотворчості передбачає прийняття рішення про підготовку проекту нормативно-правового акта в одноособовому порядку органом, який наділений відповідною компетенцією, проте природа міжнародної правотворчості характеризується тим, що рішення про підготовку проекту міжнародного документа приймається колегіально, основою чого є сукупність волевиявлення держав та узгодження позицій суб'єктів міжнародної правотворчості. Це свідчить про наявність як одноособової, так і колегіальної природи суб'єктів національної та міжнародної правотворчості.

Ще однією важливою особливістю формування норм міжнародного права є те, що вони створюються внаслідок інтересу в суб'єкта міжнародного права, що зацікавлені у її прийнятті. Тому суб'єкти міжнародної правотворчості характеризуються певним ступенем ініціативності в цьому процесі, оскільки на основі виявлення необхідності забезпечення міжнародно-правовим регулюванням певної сфери суспільних відносин формується воля держав, яка і проявляється в процесі стадії ініціювання щодо творення норм міжнародного права.

Зазначені властивості суб'єктів національної та міжнародної правотворчості надають можливість виокремити їх спільні та відмінні аспекти, а також взаємодію.

Спільними аспектами суб'єктів національної та міжнародної правотворчості є такі:

1. Характеризуються єдністю мети (цілеспрямованістю), що зумовлює: по-перше, надання суспільним відносинам упорядкованого та стабільного характеру; по-друге, забезпечення визначення шляхів розвитку суспільства та держави, а також гармонійного рівня взаємодії між собою; по-третє, забезпечення належного та ефективного функціонування держави на внутрішньому і міжнародному рівнях шляхом формування норм національного і міжнародного права.

2. Діяльність суб'єктів національної та міжнародної правотворчості має організований характер, що передбачає формування норм національного та міжнародного права в передбачених на нормативному рівні певних процедурних формах. Це значною мірою забезпечує налагодженість та чіткість дій суб'єктів національної та міжнародної правотворчості.

3. Діяльність суб'єктів національної та міжнародної правотворчості характеризуються необхідним ступенем правової регламентації, тобто наявністю системи норм права, що визначають їх правовий статус та зміст діяльності в процесі формування норм права на національному та міжнародному рівнях.

4. Зміст діяльності суб'єктів національної та міжнародної правотворчості залежить від змісту і рівня розвитку суспільних відносин та стану міжнародної політики в економічній, фінансовій, культурній та інших сферах, що зумовлює необхідність їх правового регулювання та винайдення нових способів впорядкування.

Відмінні аспекти передбачають відображення конкретних особливостей статусу, напряму та змісту діяльності суб'єктів національної та міжнародної правотворчості:

1. Для суб'єктів національної правотворчості характерною є приналежність до конкретної держави, зокрема, яка уповноважує їх на здійснення відповідних правотворчих дій на національному рівні. Проте суб'єкти міжнародної правотворчості є самостійними суб'єктами міжнародного права і діють в міжнародній сфері, тобто спрямовують свою діяльність на формування норм міжнародного права.

2. Правовий статус та компетенція суб'єктів національної правотворчості визначається виключно національним законодавством держави. Діяльність суб'єктів міжнародної правотворчості регламентується нормами міжнародного права, статутними документами міжнародних організацій. Проте може мати місце і регламентація на національному рівні у випадку, коли національним законодавством уповноважуються органи від імені держави на формування норм права на міжнародному рівні.

3. Діяльність суб'єктів національної правотворчості спрямована виключно на формування норм національного права, що мають чітко визначені сфери поширення щодо території та громадян, а також обов'язковість їх поширення в територіальних межах. Проте суб'єкти міжнародної правотворчості формують виключно норми міжнародного права, що поширюються в процесі регламентування міжнародних відносин і мають добровільний характер застосування суб'єктами міжнародного права.

4. Суб'єкти міжнародної правотворчості здійснюють правотворчі функції в добровільному порядку, оскільки приймають рішення про формування норм міжнародного права, виходячи із національних потреб та інтересів. Однак суб'єкти національної правотворчості не мають самостійного характеру, оскільки діють лише з волі держави, що уповноважує їх на створення норм національного права.

Проте наявність суб'єктів національної та міжнародної правотворчості передбачає їх взаємодію, що визначається їх статусом та результатом діяльності. Це передбачає, що суб'єкти національної та міжнародної правотворчості є тими правовими інституціями, які здійснюють діяльність в одній правовій сфері, що й зумовлює їх характеристику як рівнозначних інститутів; наявність центрального суб'єкта національної та міжнародної правотворчості – держави, що забезпечує творення як норм національного права, так і норм міжнародного права; взаємодія суб'єктів національної та міжнародної правотворчості проявляється в їх кінцевому результаті, а саме – у прийнятих нормах національного та міжнародного права.

Вищезазначене вказує на можливість та необхідність існування суб'єктів національної та міжнародної правотворчості як самостійних, незалежних інституцій, що відіграють значну роль у правотворчому процесі на національному та міжнародному рівнях. Однак лише за умови їх взаємодії можливо розраховувати на необхідний, очікуваний результат у вигляді гармонійного співіснування норм національного права з міжнародним правом, що забезпечить стабільне функціонування і розвиток держав, суспільства та світового правопорядку в цілому.

<sup>1</sup> Шишко В. В. Культурологічні проблеми правотворчості : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 / Шишко Валерій Валерійович. – К., 2004. – С. 153.

<sup>2</sup> Ковачев Д. А. Механизм правотворчества социалистического государства. Вопросы теории / Д. А. Ковачев. – М. : Юридическая литература, 1977. – С. 75–83.

<sup>3</sup> Научные основы советского правотворчества : монография / отв. ред. д.ю.н., проф. Р. О. Халфина. – М. : Наука, 1981. – С. 138.

<sup>4</sup> Дробязко С. Г. Правообразование, правотворчество, правоустановление, их субъекты и принципы / С. Г. Дробязко // Право и демократия : сб. науч. тр. – Минск, 2003. – Вып. 14. – С. 17.

<sup>5</sup> Проблемы правотворчества субъектов Российской Федерации : науч.-метод. пособие / отв. ред. д.ю.н., проф. А. С. Пиголкин. – М. : Норма, 1998. – С. 68.

<sup>6</sup> Бобров Р. Л. Основные проблемы теории международного права / Бобров Р. Л. – М. : Международные отношения, 1968. – С. 271.

<sup>7</sup> Сырых В. М. Теория государства и права : [учеб. для вузов] / В. М. Сырых. – [5-е изд., стереотип.]. – М. : ЗАО Юстицинформ, 2006. – С. 392.

<sup>8</sup> Кашанина Т. В. Юридическая техника : [учеб.] / Т. В. Кашанина. – М. : Эксмо, 2007. – 437 с.

<sup>9</sup> Ничка Ю. В. Межі національної та міжнародної правотворчості: загальнотеоретичні аспекти (на матеріалах європейської практики) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Ю. В. Ничка. – Л., 2011. – С. 3–4.

#### Резюме

**Чаплик О. І. Співвідношення суб'єктів національної та міжнародної правотворчості: методологічні аспекти здійснення.**

У статті акцентовано увагу на неоднозначності підходів щодо розуміння суб'єктів правотворчості в цілому та відсутності наукових досліджень суб'єктів національної та міжнародної правотворчості. З'ясовано теоретико-правові особливості суб'єктів національної та міжнародної правотворчості, що надало змогу стверджувати про наявність спільних та відмінних аспектів між ними, а також пізнання їх як єдиних засобів, що забезпечують єдність та узгодженість процесуальних аспектів здійснення національної та міжнародної правотворчості.

**Ключові слова:** національна правотворчість, міжнародна правотворчість, суб'єкти національної правотворчості, суб'єкти міжнародної правотворчості.

#### Резюме

**Чаплик О. И. Соотношение субъектов национального и международного правотворчества: методологические аспекты осуществления.**

В статье акцентировано внимание на отсутствии единых подходов к пониманию субъектов правотворчества в целом и научных исследований субъектов национального и международного правотворчества. Исследование теоретико-правовых особенностей субъектов национального и международного правотворчества дало возможность утверждать о наличии общих и отличительных аспектов между ними, а также познания их как единых средств, обеспечивающих единство и согласованность процессуальных аспектов осуществления национального и международного правотворчества.

**Ключевые слова:** национальное правотворчество, международное правотворчество, субъекты национального правотворчества, субъекты международного правотворчества.

#### Summary

**Chapliuk O. Value subjects of national and international law-making process: methodological aspects of implementation.**

The article also focused on the places without a common approach to the understanding of the subjects of law-making process in general, and research subjects of national and international pravotvorchestva. Issledovanie theoretical-legal characteristics of subjects of national and international law-making process, given the opportunity to assert that there are similarities and differences between the two aspects, as well as knowledge them as a means of ensuring the unity and coherence of the procedural aspects of the implementation of national and international law-making process.

**Key words:** national lawmaking process, international lawmaking process, subjects of national law-making process, subjects of international law-making process.

О. А. МИНГЕЛА

*Олег Андреевич Мингела, аспирант Донецкого национального университета (г. Винница)*

## ЮРИДИЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: КРИТЕРИИ ОБОСОБЛЕНИЯ

Теории правовых систем, их структурной характеристике, в частности, юридической деятельности как части юридической практики, правовая наука уделяет немало внимания.

Так, методологические и теоретические аспекты юридической деятельности, её соотношение с правовой деятельностью исследует С. Д. Гусарев<sup>1</sup>; организационно-юридическую деятельность в структуре общей юридической деятельности обосновывает Б. В. Шагиев<sup>2</sup>; разграничение юридического и неюридического в социальной деятельности через критерий юстициальности анализируется в работах Г. Канторовича и Л. Фридмана<sup>3</sup>; юридическую квалификацию как основное содержание юридической деятельности и юридической практики рассматривает С. Д. Шапченко<sup>4</sup> и другие исследователи.

Вместе с тем, названные и многие другие направления исследования юридической деятельности, несомненно, имеющие весомое научное значение, всей её проблематики не исчерпывают.

В частности, к числу дискуссионных в правовой теории относятся вопросы, связанные с самим понятием юридической деятельности, её пределами, структурой, содержанием, субъектами, соотношением со смежными правовыми явлениями и т.д.

В этой связи целью настоящей статьи является уточнение понятия юридической деятельности и критериев её обособления.

Юридическая деятельность, как известно, ориентирована на противостояние хаосу в жизни общества в интересах защиты прав его членов и групп. Поэтому в социуме прежде всего формируется представление о том, что результат юридической деятельности достигается посредством реализации норм публичного (конституционного, административного, уголовного и т.д.) права с участием государства как некоей «надобщественной» структуры или же через осуществление своеобразного общественного компромисса. Однако реализации норм публичного права, как правило, предшествуют события, связанные с частным правом. Кроме того, последние далеко не всегда обуславливают необходимость привлечения публично-правовых норм. В этом смысле юридическая деятельность всегда означает определенный комплекс юридически значимых действий любых субъектов в сфере права, т.е. действий, осуществляемых правовыми средствами для достижения правового результата. Конечно, масштабность и характер этих действий весьма различаются. Например, правотворчество депутатов парламента, заключение гражданами гражданско-правовых сделок или субъектами хозяйствования – хозяйственных договоров, трудоустройство физических лиц, защита адвокатом подсудимого и т.д. Однако действия во всех случаях – это единственная деятельность, которая создает реальные связи между людьми и реализует человеческую множественность, особенность человеческого бытия в общественном пространстве<sup>5</sup>. При этом, «юридичность» юридической деятельности предопределяется отнюдь не субъектным составом, а обуславливается её уникальными качествами, отражающими природу, место, роль и назначение в правовой сфере<sup>6</sup>. «Юридичность» этой деятельности характеризуется прежде всего преимущественным использованием правовых средств при её осуществлении, определенной последовательностью действий (юридических процедур), наличием соответствующей программы действий и правовым значением этих действий и достигаемого результата. В литературе обоснованно отмечается, что результат деятельности, подтверждая её «юридичность», имеет двойственное значение. Во-первых, уже сами действия, составляющие деятельность, вносят определенные изменения, совершенствование в правовую сферу, во-вторых, в обществе складывается правопорядок, выстраивается система правоотношений, которые хотел бы видеть законодатель, принимая соответствующие правовые нормы<sup>7</sup>.

В американской доктрине еще в середине прошлого века был предложен иной критерий обоснования «юридичности» юридической деятельности. Г. Канторович назвал его юстициальностью, которая, по его мнению, выражает возможность принудительного правового решения, но не само реальное решение<sup>8</sup>.

Л. Фридман, конкретизируя указанный критерий, подчеркивает, что юридическая практика свидетельствует о большей эффективности угрозы судебного разбирательства по сравнению с самой судебной тяжбой. Это, в частности, подтверждается большим количеством мировых соглашений и подобных договоренностей частного порядка, поскольку все время, пока происходит «торг» по существу инцидента, в сознании сторон витает мысль о возможном решении суда, если стороны не достигают взаимного удовлетворительного соглашения<sup>9</sup>.

В этом смысле юстициальность выступает неким правовым оружием (своеобразным «Дамокловым мечом»), которое хранится в досягаемости до возникновения необходимости. Субъекты права, осознавая наличие данного «оружия», соблюдают правовой компромисс между интересами друг друга. Если же в отношении вступает субъект-правоприменитель, то его решения сопровождаются угрозой применения государственного принуждения. Конечно, на юридическом «поле» не происходит кровопролития, однако по



окончании судебного «спектакля» ответчик или подсудимый могут быть переданы «палачу» для реализации этого принуждения<sup>10</sup>.

В контексте изложенного юстициабельность, несомненно, предопределяет «юридичность» юридической деятельности, но вместе с тем юстициабельность вряд ли можно назвать единственным (или хотя бы основным) показателем юридического.

Так, многие отношения в частноправовой сфере не предполагают государственного принуждения, а утрачивают или не приобретают юридическую форму. Например, отсутствие соответствующей квалификации, необходимых медицинских показаний и т.п. приводят к невозможности трудоустройства физического лица на определенную должность; несогласие сторон о цене сделки делает невозможным её заключение и т.д. При этом и сам факт участия в отношениях сделки субъекта-правоприменителя не может быть сведен лишь к угрозе государственного принуждения, а может быть связан с необходимостью подтверждения соответствующих прав и обязанностей и их осуществления (каковым, в частности, является нотариальное удостоверение сделок и др.).

Кроме того, когда в правосознании формируется значение права как средства государственного воздействия на окружающую социальную среду, то в этом случае, собственно, содержание права как права субъективного теряется. Как отмечает Н. И. Матузов, без права, вне права свобода оказывается пустым звуком, нереализованной и незащищенной. Именно в качестве свободы, а не в качестве инструмента властвования и принуждения право необходимо человеку<sup>11</sup>.

В литературе также обосновывается необходимость структурной характеристики юридической деятельности. Так, Б. В. Шагиев выделяет из всего массива юридической деятельности «организационно-юридическую», исходя из специфического предмета последней. Специфика предмета организационно-юридической деятельности предопределяется её целью: организацией и контролем за всей остальной юридической деятельностью посредством принятия правовых норм и актов индивидуального характера. При этом к свойствам, обособляющим организационно-юридическую деятельность, по мнению автора, относятся:

- исключительный и уполномоченный субъект, действующий согласно наделенной компетенции;
- непосредственная или опосредованная связь с принятием юридического решения;
- юридически значимые результаты;
- публичность юридического решения;
- процессуальная последовательность;
- использование приемов и средств юридической техники<sup>12</sup>.

Приведенная точка зрения представляется спорной, поскольку обособление организационно-юридической деятельности согласно указанным её свойствам во многом совпадает с характеристикой юридической деятельности в целом.

Кроме того, принятие правовых норм по своей природе является правообеспечительной юридической деятельностью, и в силу этого не столько организует, сколько обеспечивает функционирование правовой системы, формируя основу для осуществления юридической практики. В этом контексте организующее начало заложено в профессиональной юридической деятельности, так как юристы содействуют правильному выбору соответствующих правовых средств и эффективному их использованию.

Принятие актов индивидуального характера по своей сути выражает правовое закрепление достигаемого субъектами юридической деятельности результата (например, гражданско-правовые договоры – это индивидуально-правовые акты), а в случае необходимости государственно-властного подтверждения этих результатов принимаются индивидуальные правоприменительные акты. Тем самым в обществе формируется система надлежащих правоотношений, правопорядок и социально-правовой опыт как сумма результатов юридической деятельности и реализованной юридической практики.

С этой точки зрения организация и контроль могут быть обозначены как функции профессиональной юридической деятельности, поскольку юристы, оказывая соответствующую правовую помощь (например, консалтинг) и непосредственно участвуя в юридических процессах (адвокаты, судьи и т.п.) поддерживают должное состояние правового пространства и корректирует правовую жизнь общества.

Таким образом, юридическая деятельность является самостоятельным видом социальной деятельности, осуществляется различными субъектами (в том числе юристами) в сфере права и представляет собой систему юридически значимых действий, направленных с помощью правовых средств на достижение правового результата.

Профессиональная юридическая деятельность опосредует всю юридическую деятельность, организует, содействует, контролирует, непосредственно участвует в решении юридических дел, ориентирует субъектов юридической практики на её эффективное осуществление и выполняет интегрирующую роль в функционировании целостной правовой системы.

<sup>1</sup> Гусарев С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти / С. Д. Гусарев. – К. : Знання, 2005. – 375 с.

<sup>2</sup> Шагиев Б. В. Юридическая деятельность в современном российском обществе (теоретико-правовой аспект) : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Шагиев Булат Васильевич. – М. : Российская правовая академия, 2003. – 154 с.

<sup>3</sup> Kantorowicz H. The Definition of Law / H. Kantorowicz. – Cambridge: Cambridge at the University Press, 1958. – 112 p.; Фридман Л. Введение в американское право / пер. с англ. под ред. М. Калантаровой. – М. : Прогресс, 1992. – 286 с.

<sup>4</sup> Шапченко С. Д. Юридична кваліфікація як соціально-правове явище та деякі її загальнотеоретичні аспекти / С. Д. Шапченко // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – № 1. – С. 135–138.

<sup>5</sup> Михалкин Н. В. Человек как субъект деятельности. Введение в обществознание : учеб. пособ. / В. П. Лютый, В. П. Лютый, Б. Н. Мальков, Н. В. Михалкин и др. – М. : Юрайт, 2002. – 262 с.

<sup>6</sup> Жалинский А. Э. Введение в специальность «Юриспруденция». Профессиональная деятельность юриста: учеб. / А. Э. Жалинский. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Проспект, 2009. – С. 40.

<sup>7</sup> Социология права : учеб. пособ. / В. М. Сырых, В. В. Глазырин, Ю. И. Гревцов и др.; под ред. В. М. Сырых. – М. : Юрид. дом «Юстицинформ», 2011. – С. 166–167.

<sup>8</sup> Kantorowicz H. Указ. соч. – С. 78.

<sup>9</sup> Фридман Л. Указ. соч. – С. 63–64.

<sup>10</sup> Пашин С. А. Проблемы доказательственного права / С. А. Пашин // Судебная реформа: юридический профессионализм и проблемы юридического образования. Дискуссион. – М. : Международный комитет содействия правовой реформе, 2005. – С. 69.

<sup>11</sup> Матузов Н. И. Право как мера свободы и ответственности личности / Н. И. Матузов // Атриум. – 2009. – № 1. – С. 21.

<sup>12</sup> Шагиев Б. В. Указ. соч. – С. 25–26.

#### Резюме

##### **Мингела О. А. Юридична діяльність: критерії відокремлення.**

У статті досліджуються питання визначення юридичної діяльності як відокремленого виду соціальної діяльності.

Уточнюються властивості (критерії), що обумовлюють таке відокремлення, обґрунтовується співвідношення «юридичності» діяльності та її юстиціабельності. Зазначається недостатність юстиціабельності, заснованої на державному примусі, для визначення діяльності як юридичної, підкреслюється значущість приватноправової сфери діяльності та її публічно-правової складової юридичної діяльності.

**Ключові слова:** правова система суспільства, юридична практика, юридична діяльність, організаційно-юридична діяльність, юридичність, юстиціабельність, державний примус.

#### Резюме

##### **Mingela O. A. Юридическая деятельность: критерии обособления.**

В статье исследуются вопросы определения юридической деятельности как обособленного вида социальной деятельности.

Уточняются свойства (критерии), обуславливающие такое обособление, обосновывается соотношение «юридичности» деятельности и её юстициабельности. Отмечается недостаточность юстициабельности, основанной на государственном принуждении, для определения деятельности как юридической, подчеркивается значимость частноправовой сферы деятельности и её публично-правовой составляющей юридической деятельности.

**Ключевые слова:** правовая система общества, юридическая практика, юридическая деятельность, организационно-юридическая деятельность, юридичность, юстициабельность, государственное принуждение.

#### Summary

##### **Mingela O. Legal activity: criteria of separation.**

The article examines the issues of determining the legal activity as a separate type of social activity.

The properties (criteria) of this separation are being defined, also there are arguments for connection between lawfulness and what one considers justiciable. The failure of justiciability determined through state coercion only is being stated; for determination matters of activity as legal an emphasis on the importance of private spheres of activity and its public law counterparts in legal activity is being made.

**Key words:** legal system of society, law practice, legal activities, organizing legal activities, lawfulness, justiciability, state coercion.

УДК 340.1

#### **М. В. ОСЯДЛА**

*Марія Володимирівна Осядла, аспірантка Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

### **ПРАВОВА СВОБОДА ЯК ФУНДАМЕНТАЛЬНА ЗАСАДА ПОБУДОВИ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА**

Свобода – це складне, багатоаспектне явище, що становить основу буття людини, прагнення до якої є одним з головних чинників генези свободи та права як суспільного інституту<sup>1</sup>. У науковій літературі свободі здебільшого розуміють як загальний спосіб прояву активності суб'єкта, що полягає у здійсненні особистого вибору цілей діяльності, а також засобів та способів їх реалізації<sup>2</sup>. Однак для належної (реальної), а не декларативної реалізації цілей (можливостей) людини виникає необхідність гарантування свободи правом.

© М. В. Осядла, 2015

Враховуючи зазначене вище важливо підкреслити взаємозв'язок свободи та права, де право визнає за особою певну визначену сферу свободи. У випадку порушення цих меж та незаконного обмеження свободи особа може звернутися за захистом. Таким чином, фактична свобода перетворюється на правову (захищену) свободу, за яким право виступає як міра (масштаб) свободи.

Зокрема, В. Нерсисянц зазначає, що правова форма свободи виражає внутрішню сутність правової формальності, всезагальності, як єдиного і рівного масштабу міри свободи та заперечення привілеїв. Така формальність – це внутрішньо необхідна, а не випадкова властивість права, зокрема, форма виступає як змістовний спосіб вираження суті відносин – як міра індивідів за єдиним масштабом. Таким чином право виміряє та оформлює саме свободу індивідів, свободу у відносинах. Дозволи і заборони права визначають собою нормативну структуру свободи в суспільних відносинах, межі між свободою і несвободою на відповідному етапі суспільного розвитку<sup>3</sup>. Отже, ми можемо визначити категорію «правова свобода» як простір для поведінки суб'єктів, нормативно визначений у правах та обов'язках, за яким право визначає межі свободи особи, суспільства і держави та встановлює механізм гарантування свободи.

М. Діденко та В. Селіванов визначають правову свободу як можливість особи здійснювати власний вибір відповідно до особистих інтересів за умови реалізації передбачених прав, дотримання обов'язків та покладення на цих осіб відповідальності<sup>4</sup>. Таким чином право фіксує свободу в суспільстві та встановлює її механізм захисту й гарантування.

Так, свобода індивіда та можливість бути самим собою, не ізольовано від суспільства, а саме завдяки його інститутам, перетворюється на реальність лише в межах правового простору. Відносини у суспільстві, громадянському суспільстві як соціальна взаємодія вимагають регулювання, гармонізації, впорядкування – неодмінною умовою чого є правова свобода, що передбачає накладення певних обмежень та встановлення гарантій.

Важливого значення має аналіз правової свободи у взаємозв'язку громадянським суспільством, що є однією з фундаментальних наукових проблем сьогодення. Вивченню питання прав та свобод людини в контексті громадянського суспільства присвячено наукові праці С. Бобровник, О. Зайчука, М. Козюбри, Д. Ллойда, О. Малька, Г. Мальцева, М. Марченка, М. Матузова, В. Нерсисянца, Н. Оніщенко, Н. Пархоменко, А. Полякова, Т. Тараконич, Ю. Шемшученка, О. Юшика та ін. Однак не применшуючи значення наукового доробку вказаних праць вчених, присвячених тим чи іншим аспектам зазначеної проблеми, необхідно зазначити, що в сучасній юридичній науці існує ряд питань, пов'язаних з теорією та практикою визначення й гарантування правової свободи крізь призму громадянського суспільства.

У зв'язку із зазначеним метою статті є поглиблення розуміння правової свободи у її взаємозв'язку з громадянським суспільством. Так, концепції та теорії громадянського суспільства беруть свій початок ще з античних часів. Праці античних філософів, Платон, Аристотель, Цицерон та інші заклали основи для вивчення ідеї громадянського суспільства. У праці Аристотеля «Політика» філософ зазначає, що «...перш ніж визначити, що є держава, необхідно дослідити поняття «громадянин», оскільки держава це ніщо інше, як сукупність громадян, громадянське суспільство»<sup>5</sup>.

Саме це і надає можливість характеризувати ідейно-теоретичні джерела поняття ще з античного періоду. У період середньовіччя громадянське суспільство відображало відмінність від релігійних інститутів, потім від природного стану (XVI ст.). І лише з XVII ст. ідея громадянського суспільства починає набувати риси, які характерні сучасному розумінню правової свободи.

Подальший розвиток і розробка концепції громадянського суспільства була здійснена в роботах вчених XVIII–XIX століть.

Так, Т. Гоббс зазначає, що всі люди наділені однаковими фізичними та розумовими здібностями, що робить їх рівними між собою. Вони від народження наділені свободою та у своїй діяльності керуються особистими інтересами, рухомою силою їх діяльності виступає досягнення життєвих благ. Однак виникає необхідність на основі «суспільного договору» і всезагальної волі створити погодження між людьми, де кожна людина підкорює свою волю всезагальній волі, на основі цього створюється об'єднання, яке називається державою або громадянським суспільством<sup>6</sup>.

У праці «Про суспільний договір» Ж.-Ж. Руссо фактично формулює поняття громадянського суспільства, зазначаючи, що суть політичного організму полягає в узгодженні покори і свободи. Зокрема, кожний індивід може мати окрему волю, протилежну або несхожу на спільну волю, яку він має як громадянин.

На думку філософа, завдяки суспільному договору людина втрачає свою природну свободу і необмежене право на все, чим вона може заволодіти, а отримує громадянську свободу і право власності на все, чим вона володіє. Однак необхідно чітко відокремлювати природну свободу, яка обмежена тільки силами індивіда, від свободи громадянської, яка обмежена загальною волею.

До активу громадянського суспільства Ж.-Ж. Руссо відносить також моральну свободу, яка, на його думку, тільки одна робить людину володарем над самим собою; оскільки «імпульс одного тільки потягу рівнозначний рабству, а покора закону, продиктованому самому собі, рівнозначна свободі»<sup>7</sup>.

Цікавою є думка Циппелюса, який зауважує, що поряд із іншими соціальними нормами правові також виконують соціальну функцію: у відносинах людей вони обмежують царину свободи й тим самим надають кожному простір для можливих законних дій. Тому правова свобода кожної окремої особистості завжди пов'язана із аналогічною свободою інших людей<sup>8</sup>.

Інтерес до громадянського суспільства значно зріс у середні XX ст., зокрема, його наукове обґрунтування здійснювалося у невід'ємному зв'язку зі становленням правової держави, в основі якої є правова сво-

бода. Адже для цивілізованого розвитку обох феноменів (громадянське суспільство та правова держава) необхідно створювати надійний механізм взаємодії та взаємозбагачення; формування громадянського суспільства є передумовою ставлення політичної демократії, обмеження всеохоплюючої ролі держави.

У новий час коло приватних інтересів і самостійність приватної особи все більше розширюється та починає поступово охоплювати відносини власності, виробництва, товарно-грошовий оборот, питання відношення до релігії, свободи совісті, свободи думки. Громадянське суспільство, як з цього приводу влучно зазначає В. Нерсесянц, орієнтовано на затвердження нового устрою (порядку), на визнання свободи та автономії приватної людини в якості природного та невідчужуваного права, на утворення держави, яке відповідає потребам і вимогам громадянського суспільства<sup>9</sup>.

У сучасній вітчизняній літературі громадянське суспільство має різноманітні визначення: як система недержавних відносин; як система суспільних зв'язків, що складаються зовні у сфері політики; як сукупність пов'язаних громадян виробничих відносин; як система горизонтальних соціальних зв'язків, суспільно-політичних орієнтацій і норм суспільної поведінки, що постають безпосередньо з відносин власності, але не зводяться до них<sup>10</sup>.

Однак однією з найважливіших особливостей сучасного громадянського суспільства є той факт, що інтереси людини, її свобода – найважливіша мета такого суспільства. Свобода людини може виявлятися як у сфері економіки (економічна свобода), так і у сфері політики (політична свобода) та у духовній сфері (моральна свобода). До того ж перед особою не стоїть питання про обов'язкове їх використання. Особа має право «бути чи не бути», тобто на підставі свободи волі самостійно приймати ті чи інші рішення, той чи інший варіант поведінки (юридична свобода)<sup>11</sup>.

Таким чином, суспільна взаємодія в рамках окремого колективу, громадянського суспільства і держави в цілому потребує впорядкування, організації та узгодження – неодмінною умовою чого є правова свобода, що передбачає накладення певних обмежень. Відповідно, анормативність, свобода поза юридичною формою – це відсутність будь-яких зв'язків, тобто несвобода.

Одним із ключовим елементів становлення, розвитку й функціонування громадянського суспільства виступає правова свобода як умова і спосіб людської самореалізації, яке забезпечується персональною відповідальністю. Тобто, свобода виступає (свобода дій, вчинків, думок тощо) як одвічна складова повноцінного розвитку людини<sup>12</sup>.

У рамках громадянського суспільства і його інститутів свобода проявляється не так, як в межах держави, де людина заявляє про себе як пасивна особа, оскільки вона об'єкт уваги і маніпуляції, клопотів та покарання. У громадянському суспільстві людина заявляє про себе як особа автономна і вільна. Людина рівна серед рівних, оскільки люди за своїм власним бажанням створили об'єднання та самі виробляють ціннісні орієнтири, норми й правила, яких і мають дотримуватися.

Тобто, в межах громадянського суспільства правова свобода визначає масштаб та міру свободи кожного. Міра свободи, а отже, і вибору в умовах громадянського суспільства є важливішою, ніж у відношеннях «громадянин – держава». Поки люди створюють свої об'єднання на рівні процесу, вони мають можливість активно втручатися у свою творчість. Однак як тільки ця творчість отримує певну форму, вона отримує відносну самостійність, незалежність від тих хто, його створив, оскільки у своєму розвитку вона підкорюється своїм законам, а не волі своїх творців<sup>13</sup>.

Водночас необхідно підкреслити, що правова свобода є неможливою, якщо вона певним чином не гарантована, зокрема, правом або державою. Адже міра свободи виявляється лише в діючому праві, яке наділяє суб'єктів відповідними правами та покладає на них обов'язки і, як наслідок, визначає становище і роль особистості в суспільстві.

В. Козловський пише, що свобода як стан непомітна, тому саме право, встановлюючи граничну її межу, безпосередньо вказує на неї, відділяючи не від чогось абстрактного, а від конкретної несвободи (особистої, економічної – залежно від конкретного порушення) індивіда або суспільства в цілому. З огляд на це сутність правової свободи полягає не лише у прагненні забезпечити поєднання індивіда зі світом, іншими людьми, а й у можливості віднайти зв'язок і здійснення світу в собі<sup>14</sup>.

Тобто, розвиненість громадянського суспільства визначається рівнем розвитку правової свободи, що визнається в цьому суспільстві і може бути використано як критерій типізації суспільства з урахуванням його політичних характеристик.

Реформування в Україні, що пов'язане з в процесами євроінтеграції, неможливе поза умов розбудови зрілого сучасного суспільства та держави. Зокрема, В. Цветков, І. Кресіна та А. Коваленко зазначають з цього приводу, що коли не буде громадянського суспільства, то не буде ефективної правової держави, ефективного державного управління, необхідних для подальшого розвитку українського суспільства<sup>15</sup>. Однак слід пам'ятати, що правова держава, громадянське суспільство не самоціль, а соціально-історичні обумовлені форми виразу, організації, впорядкування і захисту прав та свобод (правової свободи) в суспільних відносинах.

Правова свобода виступає центральним елементом побудови громадянського суспільства на основі демократичних принципів та інститутів. Однією з головних умов у цьому процесі є забезпечення правової свободи, яка може існувати лише тоді, коли члени громадянського суспільства мають високий рівень морального, соціального та інтелектуального розвитку, наділені внутрішньою свободою та здатні самостійно діяти в межах, які не просто існують абстрактно, а реалізуються в суб'єктивних правах та гарантовані правом.

- <sup>1</sup> Цимбалюк М. М. Онтологія правосвідомості: теорія та реальність : моногр. / М. М. Цимбалюк. – К. : Атіка, 2008. – С. 166.
- <sup>2</sup> Ющик А. И. Диалектика права / А. И. Ющик. – К. : Ред. журн. «Право України»; Ін Юре, 2013. – Кн. 1 : Общее учение о праве (Критический анализ общеправовых понятий). – Ч. I. – С. 257.
- <sup>3</sup> Проблемы общей теории права и государства : учеб. для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. – М. : Норма, 2008. – С. 168.
- <sup>4</sup> Диденко Н. Г. Право и свобода / Н. Г. Диденко, В. Н. Селиванов // Правоведение. – 2001. – № 3. – С. 9.
- <sup>5</sup> Аристотель. Политика / Аристотель. – М. : Советская энциклопедия, 1965. – С. 5.
- <sup>6</sup> Гоббс Т. Соч. : в 2 т. / Т. Гоббс. – М. : Советская энциклопедия, 1989. – С. 311.
- <sup>7</sup> Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре или принципы политического права / Ж. Ж. Руссо. – М., 1938. – С. 16–17.
- <sup>8</sup> Циппеліус Р. Філософія права : підруч. / Р. Циппеліус ; пер. з нім. – К. : Тандем, 2000. – С. 184.
- <sup>9</sup> Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства : учеб. для вузов / В. С. Нерсесянц. – М. : Норма, Инфра-М, 1999. – С. 279.
- <sup>10</sup> Красин Ю. Гражданское общество: путь к стабильности / Ю. Красин, А. Галкин // Диалог. – 1992. – № 3. – С. 73–76.
- <sup>11</sup> Орлова О. В. Гражданское общество и личность: политико-правовые аспекты / О. В. Орлова. – М. : Пресс, 2005. – С. 63.
- <sup>12</sup> Малахов В. А. Философия права. Академический проект / В. А. Малахов. – М., 2002. – С. 169.
- <sup>13</sup> Гаджиев К. С. Политическая наука / К. С. Гаджиев. – М. : Международные отношения, 1994. – С. 62.
- <sup>14</sup> Козловский В. В. Модернизация: от равенства к свободе / В. В. Козловский, А. И. Уткин, В. Г. Федотова ; Санкт-Петербург. гос. ун-т. – СПб. : Санкт-Петербург. гос. ун-т., 1995. – С. 265.
- <sup>15</sup> Цветков В. В. Суспільна трансформація і державне управління в Україні: політико-правові детермінанти : моногр. / В. В. Цветков, І. О. Кресіна, А. А. Коваленко. – К. : Видавничий Дім «ІНЮРЕ», 2003. – С. 7.

#### Резюме

**Осядла М. В. Правова свобода як фундаментальна засада побудови громадянського суспільства.**

У статті розглядається правова свобода як ідеологічна, так і практико-юридична засада для побудови громадянського суспільства, оскільки саме в правовій свободі концентруються загальнолюдські цінності, що сформовані в процесі розвитку суспільства.

Підкреслюється, що правова свобода виступає критерієм людського прогресу, розвитку суспільних відносин та місця особи в сучасному суспільстві.

**Ключові слова:** свобода, право, правова форма, правова свобода, гарантії, громадянське суспільство.

#### Резюме

**Осядла М. В. Правовая свобода как фундаментальная основа построения гражданского общества.**

В статье рассматривается правовая свобода как идеологическая, так и практико-юридическая основа построения гражданского общества, поскольку именно в правовой свободе концентрируются общечеловеческие ценности, сформированные в процессе развития общества.

Подчеркивается, что правовая свобода выступает критерием человеческого прогресса, развития общественных отношений и места человека в современном обществе.

**Ключевые слова:** свобода, право, правовая форма, правовая свобода, гарантии, гражданское общество.

#### Summary

**Osyadla M. Legal freedom as a fundamental basis of construction civil society.**

The article deals with the legal freedom both ideological and practical-legal basis for building a civil society, because it is concentrated in the legal freedom of human values, formed in the process of development of the society.

It is emphasized that the legal freedom to a criterion of human progress, the development of social relations and man's place in modern society.

**Key words:** freedom, law, legal form, legal freedom, guarantee civil society.

УДК 340.1

**Г. В. СВИРИДЕНКО**

*Ганна Вікторівна Свириденко, здобувач Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

## СОЦІАЛЬНО ЗНАЧУЩА ПОВЕДІНКА: ПІДХОДИ ДО ВИВЧЕННЯ

Людина – істота соціальна, суспільна. Для задоволення своїх потреб і інтересів вона щодня вступає в різні відносини з іншими людьми. Причому її участь у цих відносинах може мати різний ступінь соціальної значущості. Своєю поведінкою індивід може принести контрагентам як значну користь, так і істотну шкоду. У цьому зв'язку держава, як офіційний представник і гарант безпеки всіх членів суспільства, встановлює своєрідні межі соціально значущого поведінки своїх громадян, колективних об'єднань, посадових осіб<sup>1</sup>.

Оцінюючи вчинки людини крізь призму права, держава декретує три основних варіанти її поведінки – юридично байдужа, правомірна і неправомірна.

Більшість діянь у правовій сфері становлять правомірні вчинки. Вони визначають основу нормального функціонування суспільства. Про правомірну поведінку суб'єкта можна розмірковувати настільки, наскільки його дії збігаються з моделлю, яка зафіксована в правовій нормі, що слугує підставою і разом з тим критерієм правомірної поведінки.

Правомірна поведінка знаходить вираз як у позитивній дії, так і в позитивній бездіяльності, коли людина утримується від здійснення дій, небезпечних для тієї чи іншої соціальної спільноти чи конкретної особистості.

Соціальною основою правомірної поведінки є єдність, спільність найбільш значущих інтересів громадян.

У юридичній літературі правомірна поведінка найчастіше характеризується тільки як «суспільно корисна», «що одержала позитивну оцінку з боку суспільства і держави». Це не зовсім правильно. Залежно від ступеня соціальної значущості вона може бути як необхідною і бажаною, так і соціально допустимою. Необхідна поведінка відрізняється підвищеною соціальною значущістю. Потреба в її здійсненні стосується основи існування, життєздатності всього співтовариства. На необхідність для суспільства тих чи інших варіантів поведінки держава, як правило, вказує нормативними настановами, серед яких – обов'язки і заборони.

Бажані варіанти поведінки не мають такої високої соціальної значущості, тому що безпосередньо не торкаються основ життєздатності суспільства. Однак вони дуже істотно впливають на ефективність його функціонування, на мікроклімат, що складається, на рівень культури його членів тощо. Так, держава заінтересована в науковій, художній та іншій творчості громадян, у підвищенні їхньої професійної кваліфікації. У цьому зв'язку вона стимулює ці варіанти бажаної, правомірної поведінки за допомогою заохочувальних, рекомендаційних норм.

У суспільстві діють і такі варіанти поведінки індивідів, що не торкаються істотних інтересів всіх і кожного, не приносять відчутної користі чи шкоди для всього суспільства. Однак з їхньою допомогою задовольняються не суперечливі суспільному інтересу приватні інтереси певних соціальних груп. І держава за допомогою права забезпечує можливість задоволення цих специфічних інтересів. Для ілюстрації даного виду правомірної поведінки можна послатися на відправлення релігійних культів.

Юридична наука, як відомо, розрізняє також звичайну, активну і пасивну правомірну поведінку. Звичайна виражається в повсякденному службовому, побутовому й іншому житті людини, що відповідає правовим нормам. Активна поведінка – це цілеспрямована, ініціативна діяльність громадянина, пов'язана з додатковими витратами часу, енергії, матеріальних засобів. Пасивна поведінка виражається у відмові від використання приналежних індивіду прав і волевиявлення в цілому. Ці види правомірної поведінки по-різному використовуються політичною владою.

Держави з авторитарним політико-правовим режимом, регулюючи суспільні відносини, переважно за допомогою категоричних зобов'язуючих норм, що забороняють, заінтересовані в автоматичному сприйнятті правових вимог і пасивній правомірній поведінці.

Держави з демократичним політико-правовим режимом заінтересовані в активній життєвій позиції своїх громадян. У цьому зв'язку регулювання соціально значущих відносин здійснюється за допомогою різного роду дозволів, рекомендацій і заохочень, що стимулюють прояв розумної ініціативи, заповзятливості їхніх громадян при активній правомірній поведінці.

Правомірна поведінка стає нормою для абсолютної більшості громадян при стабільних політичних обставинах. В епоху соціальних зрушень грані між правомірною і неправомірною поведінкою виявляються розмитими. Розповсюдженим стає маргінальна, проміжна поведінка, що виражається в апатії, агресивності, невдоволенні.

У суспільних науках є чимало визначень цього поняття. У теорії права виокремлюють декілька: поведінка охоплює певні особливості діяльності й спілкування; поведінка характеризує лише такі діяльність і спілкування, які ззовні відбивають внутрішній стан людини; поведінка має бути соціально значущою; явище мусить бути виявлене ззовні та фіксоване відповідними суб'єктами правовідносин; поведінка обов'язково повинна контролюватися волею людини.

Серед ознак правової поведінки: соціальне значення поведінки, підконтрольність поведінки свідомості й волі людини; регламентованість поведінки правом; підконтрольність поведінки державі; властивість поведінки потягнути за собою юридичні наслідки.

До механізму правової поведінки слід, на наш погляд, віднести сукупність засобів, за допомогою яких здійснюється регулювання поведінки правом. Серед елементів механізму правової поведінки теоретики права виділяють і правові норми, що регулюють поведінку людини, юридичні факти, з якими закон пов'язує настання юридичних наслідків чи виникнення, зміну або припинення правовідносин; акти здійснення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків<sup>2</sup>. Універсальними засобами механізму правової поведінки є законність, правосвідомість і правова культура.

Деякі дослідники розглядають правову поведінку в якості родової характеристики щодо поняття діяльності<sup>3</sup>. Інші вбачають у правовій поведінці таку поведінку, цілі, засоби та результати якої не суперечать основним інтересам суспільства, вираженим у правовій нормі. Солідарність особи із правом означає, що правова поведінка сама по собі стає особистісно прийнятною цінністю, інтересом особи. Реалізація правових норм у реальній поведінці людини – складний соціально-психологічний та індивідуально-психологічний процес, в тому числі обумовлений процесами сприйняття права.

Правомірна поведінка – це певна правова цінність, їй властиві: суспільна корисність і масовість проявів, добровільність і усвідомленість, переконаність та відповідальність особи за свої вчинки, її активність у

виконанні обумовлених правом дій. Правомірна поведінка розглядається як найбільш масове суспільне явище. Законослухняна поведінка властива переважній кількості людей. Правомірна поведінка є об'єднувальним началом між правовою нормою і тим соціальним ефектом, на досягнення якого розрахована дана норма. Вона – результат втілення в життя вимог режиму законності, а сукупність всіх правомірних дій – це по суті втілення правового порядку в суспільстві.

Зовнішні вчинки людей – це лише перша необхідна умова правового регулювання. Аналізуючи їх, можна зрозуміти мотиви поведінки. Право, з одного боку, здатне впливати на думки і почуття людей, а з другого – мотиви поведінки є здебільшого вдалою, соціально корисною або, навпаки, спотвореною складовою щодо сприйняття правових норм<sup>4</sup>.

Таким чином, предмет права і правової науки не може бути обмежений лише поведінкою людей, а вимагає вивчення всієї діяльності людини (внутрішньої і зовнішньої), і особливо, тому – завдячуючи яким саме факторам людина обирає правомірну, соціально корисну поведінку, яку роль в цьому процесі відіграє сприйняття права, і від яких факторів у свою чергу воно залежить. Тому деякі правознавці використовують при вивченні юридично значущої поведінки поняття правової діяльності як соціальної активності, спрямованої на досягнення опосередкованого правом результату. Це допомагає більш чітко провести грань між двома сторонами діяльності й назвати ті зовнішні риси, які слугують необхідною умовою юридичної оцінки дій суб'єктів<sup>5</sup>.

Правова поведінка певною мірою обумовлена характером правової системи. У той же час мотиви багатьох актів правової поведінки – конкретних вчинків, що викликають юридичні наслідки, – далеко виходять за її рамки і визначаються економічними, соціальними та іншими факторами об'єктивного і суб'єктивного характеру. Правова поведінка – це соціальне значуща поведінка індивідуума чи колективних суб'єктів, підконтрольна їх свідомості та волі, передбачена нормами права і така, що спричиняє юридичні наслідки.

Правова поведінка громадян, їх колективів і соціальних груп по суті означає саморегуляцію, підкорення їх владним вимогам норм права, індивідуальним правовим рішенням державних органів і посадових осіб. Правова поведінка може виражатися як в діях, так і в бездіяльності. Правова діяльність здійснюється тільки за допомогою певних дій і операцій. Ця діяльність є важливим інструментом реалізації функцій правової системи, тому вона має складну структуру, високий рівень організації її основних компонентів, певну процесуальну форму. Як уже зазначалося, юридична професійна діяльність здійснюється за допомогою спеціальних професійних прийомів, способів, методів, які становлять юридичну техніку і тактику й накладають суттєвий відбиток на якісну характеристику всієї діяльності.

Правова активність слугує мірою і виразом високого ступеня правосвідомості, правової культури і професійної майстерності суб'єктів, одним з критеріїв правової діяльності в умовах сьогодення.

Вчені визначають соціально-правову активність особи як найбільш високий рівень правомірної поведінки, що знаходить прояв в суспільно корисній, схвалюваній державою і суспільством діяльності в правовій сфері. Це передусім ініціативна поведінка, яка може стати і нерідко стає суттєвим фактором в самій правовій системі. Соціально-правова активність визначається високим рівнем правосвідомості, глибокою правовою переконаністю, сформованою самостійністю, свідомою готовністю використовувати надані правом можливості, творчо керуватися ними в своїй повсякденній поведінці.

Сутнісною ознакою правової поведінки є цілеспрямованість, що визначається правосвідомістю, і не в останню чергу залежить від готовності та здатності сприймати право. Як зазначають вчені, правосвідомість надає загальну, правову оцінку соціальних фактів, крізь судження про їх відповідність ідеї правового і законного, крізь відчуття права і законності, й відповідну спрямованість людей<sup>6</sup>. Активні елементи в правосвідомості – вираз соціальної активності людей, їх колективів, груп суспільства в цілому. У ступені цієї активності віддзеркалюється природне право – необхідність і виправданість діяльності соціальних груп, інших спільностей, окремих осіб. Гуманістичні правові принципи стають власною основою буття діючої правової системи, опорою незалежної високозначущої правосудної діяльності, здатної забезпечити динамізм і дієвість права громадянського суспільства<sup>7</sup>.

Стосовно правової діяльності права свідомість є первинною, визначальним фактором. У цій діяльності люди керуються певними ідеями, концепціями, поглядами, почуттями. Активна роль правосвідомості в здійсненні юридичної діяльності полягає в тому, що розвиток пов'язаних між собою конкретних форм правосвідомості забезпечує перехід від розумової пізнавальної діяльності до практичної, в тому числі такої, що враховує індивідуальні та суспільні інтереси.

Нинішній етап демократичної трансформації суспільних, серед них юридичних відносин, в Україні передбачає насамперед врахування загальнолюдських соціальних цінностей, зокрема верховенства права, демократизму, право- і законотворення тощо, й вимагає їхнього наповнення новим змістом. Має враховуватися передусім і розмежування приватних та публічних потреб і інтересів сучасного, певним чином соціалізованого та колективізованого суспільства і їхню взаємодію.

Резюмуючи вищевикладене, слід зазначити, що зміст правосвідомості як наслідок сприйняття або навпаки, не сприйняття права є виразом синтеза і взаємозв'язку різних об'єктивних та суб'єктивних факторів, на яких пропонуємо зосередити увагу в наступному викладі.

Загальнолюдська цінність права полягає в тому, що воно спрямоване на встановлення справедливості в суспільстві, як суспільний інститут, воно покликано протистояти сваволі, хаосу з позиції справедливості і моральності, тому сучасне право виступає в суспільстві як стабілізуючий примирювальний фактор. Його

головне призначення – забезпечити згоду, громадянський мир в суспільстві з позиції прав людини. Якщо в суспільстві (у даному випадку йдеться про сучасне суспільство України) починають панувати ідеї, які не відповідають загальнолюдським цінностям, моралі, правам людини, то роль і значення права неминуче знецінюється. Історія людства має достатньо доказів того, що будь-яке суспільство може процвітати і оптимально розвиватися, лише спираючись на ідеї правової, справедливої організації життя, де визнано верховенство права. Людство усвідомило необхідність побудови правової держави, оскільки всі інші відомі історії типи держави і права (класові, расові, етнократичні, релігійні і ін.) не могли і не можуть забезпечити громадянський мир і злагоду.

Логіка розвитку і зміст всієї правової дійсності беззаперечно свідчать про те, що правові реформи, демократичні зміни в суспільстві в цілому є так чи інакше результатом сприйняття суб'єктами правовідносин певних правових норм, приписів права, правових настанов. Власне, одним із важливіших проявів цього об'єктивного процесу і є постійний розвиток та зміна правових уявлень, відповідних ним загальнообов'язкових правил поведінки в історично конкретних правових системах. І, мабуть, тільки в такому контексті всі правові юридичні явища можуть бути усвідомлені як прояв соціальної необхідності й соціальної закономірності, як об'єктивно обумовлений атрибут суспільного розвитку<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Гаврилюк Р. Правова природа суспільства: атропосоціокультурний підхід / Р. Гаврилюк // Право України. – 2015. – С. 110–120.

<sup>2</sup> Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні : моногр. / кол. авторів ; за заг. ред. Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчука. – К. : Юридична думка, 2007. – С. 237–659.

<sup>3</sup> Гусарев С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти. – К.: Знання, 2005. – С. 106–120.

<sup>4</sup> Інститут юридичної відповідальності у демократичних правових системах : моногр. // кол. авторів ; за заг. ред. Н. М. Оніщенко. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2009. – С. 5–24.

<sup>5</sup> Гусарев С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти / С. Д. Гусарев. – К. : Знання, 2005. – С. 73–100.

<sup>6</sup> Принцип рівності у праві: теорія і практика : моногр. / передмова акад. НАН України Ю. С. Шемшученка ; за заг. ред. Н. М. Оніщенко. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2014. – С. 206–223.

<sup>7</sup> Концепція удосконалення інституту юридичної відповідальності держав перед громадянським суспільством та особою в Україні. – К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2014. – С. 87–104.

<sup>8</sup> Дія права: інтегративний аспект : моногр. / кол. авторів, відп. ред. Н. М. Оніщенко – К. : Вид-во «Юридична думка», 2010. – С. 195–217.

### Резюме

#### **Свириденко Г. В. Соціально значуща поведінка: підходи до вивчення.**

Серед багатьох аспектів життєдіяльності людини її поведінка взагалі та правомірна, зокрема, посідають чільне місце в науковому юридичному доробку. Проблематика поведінкового аналізу привертала і привертає увагу філософів, соціологів, юристів, антропологів та представників інших сфер гуманітарних знань. Пошук способів та методів правового впливу на поведінку особистості, особливо в контексті її відповідності інтересам суспільства, стає лейтмотивом багатьох праць, проаналізованих у цій публікації. Особливий вектор вкладу присвячено соціально-активній поведінці особи.

**Ключові слова:** поведінка, правомірна поведінка, правова поведінка, соціально активна поведінка, громадянське суспільство.

### Резюме

#### **Свириденко А. В. Социально значимое поведение: подходы к изучению.**

Среди многих аспектов жизнедеятельности человека его поведение вообще и правомерное, в частности, занимают важное место в научном юридическом доработке. Проблематика поведенческого анализа привлекала и привлекает внимание философов, социологов, юристов, антропологов и представителей других сфер гуманитарных знаний. Изобретение способов и методов правового воздействия на поведение личности, особенно в контексте ее соответствия интересам общества, становится лейтмотивом многих работ, проанализированных в представленной публикации. Особый вектор вклада посвящен социально-активному поведению человека.

**Ключевые слова:** поведение, правомерное поведение, правовое поведение, социально активное поведение, гражданское общество.

### Summary

#### **Sviridenko H. Socially significant behavior: approaches to study.**

Among the many aspects of human life, its behavior is justified in general and, in particular, occupy a prominent place in the scientific legal reserve. Problems of behavioral analysis attracted and attracts the attention of philosophers, sociologists, lawyers, anthropologists and representatives of other spheres of human knowledge. Invention methods and methods of legal impact on individual behavior, especially in the context of its compliance with the interests of society becomes the leitmotif of many papers that analyzed in the presented publication. Special vector deposit – dedicated social behavior of the active person.

**Key words:** behavior, good behavior, legal behavior, socially-active behavior, civil society.



УДК 321.01; 342.2

**О. В. БАТАНОВ**

*Олександр Васильович Батанов, доктор юридичних наук, професор, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

### **ТЕРИТОРІЯ ЯК ІНСТИТУТ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА**

Поняття території є однією із центральних категорій у конституційно-правовій науці. З феноменом території синергетично пов'язані практично усі фундаментальні явища політико-правового та державно-управлінського життя сучасних суспільства і держави. Розглядаючи територію як одну із основних критеріальних ознак будь-якої держави, необхідно мати на увазі, що територія є також життєвим простором людей. Тому для кожної держави питання територіального устрою мають важливе, подекуди стратегічне, значення. Держава поділяється на адміністративно-територіальні одиниці, в яких утворюються та функціонують органи публічної влади, налагоджується управління цими територіями. У силу цього життєвий простір країни впорядковується у державний, геополітичний, господарсько-економічний, соціально-культурний, правовий, інформаційний та інший простір.

Саме тому територія держави завжди була і залишається одним із ключових ресурсів його розвитку, а територіальний потенціал – одним із основних показників для оцінки сучасних держав, раціональне використання якого є важливим чинником ефективного та безпечного розвитку будь-якої країни. Такого роду раціоналізації сприяє вироблення цілісної, об'єктивної, що відповідає сучасним потребам політико-правового та державно-управлінського розвитку наукової концепції територіального устрою сучасної держави, заснованої на пріоритеті розвитку й охорони державної території на благо та в інтересах суспільства.

Розробка та реалізація такої концепції спрямовані на формування моделі територіального устрою, адекватної завданням та функціям держави, її всебічного сталого розвитку й модернізації державно-управлінських інститутів. Адже територіальний устрій є одним із найважливіших інститутів державного ладу будь-якої держави. Цей інститут характеризує юридичні якості та властивості такого основного складового елемента держави, як її територія. Територіальний устрій є організацією території держави.

Слід підкреслити, що значне ускладнення механізму територіальної організації влади та управління в сучасній Європі, як і в цілому у світі, багаторівневість організаційних та функціональних моделей публічної влади, які пов'язані з втіленням принципів субсидіарності та децентралізації, в силу чого посилюються тенденції її наближення до населення, актуалізує аналіз як внутрішньосистемних зв'язків територіальних одиниць у рамках системи територіального устрою держави, так і особливостей їх міжнародної правосуб'єктності в умовах міждержавної інтеграції.

Не викликає сумнівів, що у будь-якій демократичній країні саме право, насамперед конституційне право, прагне проаналізувати загальне, особливе та одиничне у різних правових та адміністративно-політичних системах країн світу, виявити ті правові інститути, які відповідають загальнолюдським цінностям, та інші інститути, визначити, наскільки це можливо, причини їх своєрідності, вказати їхні позитивні та негативні сторони, визначити роль у суспільстві. Такий методологічний підхід має на меті не тільки розв'язання теоретичних завдань, а й носить прагматичний характер: визначити можливість та межі використання тих чи інших інститутів у тотожних або трансформаційних умовах у різних країнах.

На наше переконання, розглядаючи питання державної території та адміністративно-територіального устрою, вкрай необхідно враховувати державно-управлінський та, особливо, політико-стратегічний чинник, що полягає у раціональному використанні територіального ресурсу з метою забезпечення ефективного функціонування суверенних держав в умовах викликів глобалізації та міждержавної інтеграції. Територіальний ресурс, з одного боку, один із важливих компонентів процесу досягнення завдань, цілей та функцій держав, а з другого, – іманентна ознака та стратегічний елемент механізму реалізації їх суверенних прав.

В умовах глобалізації необхідно звернути увагу на просторовий фактор, пов'язаний з множинністю просторів держави, що вимагає інтеграції територіального і «позатериторіальних» просторів в систему заходів розвитку та охорони простору суверенних держав в умовах нової соціально-економічної, інформаційно-комунікативної та технологічної реальності. Адже, як зазначають деякі дослідники, в умовах сьогодення такі поняття, як «держава», «територія держави», «кордони держави» набувають нового змісту та відходять на другий план. В умовах глобалізації та «постсучасності» багатьма дослідниками і практиками на перший план висувуються індивіди поза громадянською належністю, території позадержавної належності й різні співтовариства без їх прив'язки до державних та адміністративних кордонів.

У зв'язку з цим об'єктивно виникають додаткові виклики і ризики в правовому забезпеченні територіального розвитку та функціонуванні адміністративно-територіального устрою суверенних держав. Об'єктивні реалії сучасного світу трансформують функції держави та її кордонів, нова технологічна реальність збільшує значення існуючих просторів (наприклад, інформаційний) і навіть формує нові «позатериторіальні» простори (наприклад, електронний). Агресивна інформаційна війна, яка передувала та супроводжує сьогодні збройну агресію Російської Федерації в Україні, є тому підтвердженням.

Ці тенденції вкрай небезпечно ігнорувати. Їх необхідно враховувати в нормативно-правовому регулюванні та процедурно-процесуальному забезпеченні устрою, охорони й захисту державної території. В умовах сучасних інформаційних технологій та потенційних можливостей кібернетичних атак державна безпека і недоторканність державної території може бути підірвана саме в електронному просторі, з подальшим переміщенням агресії вже в територіальний простір. Саме тому духовно-культурний потенціал суспільства та держави, моральна готовність і здатність народу захищати свою територію не менш важливі, ніж, наприклад, природоресурсний.

Слід зазначити, що територія є неодмінною умовою розвитку всього державного життя. Територія, поряд з категоріями «народ» та «влада», утворює триаду елементів, які формують державу<sup>1</sup>. По суті, територія держави уможлиблює саме виникнення, існування, організацію та функціонування держави. Саме тому традиційно під територією держави розуміють простір самовизначення народу, в межах якого держава здійснює свій суверенітет та свою юрисдикцію<sup>2</sup>, а її конституційно-правовим статусом – певне правове положення території у державі, яке включає її склад, функції, режим, а також правові принципи і гарантії даного статусу<sup>3</sup>.

Як правило, під територією (лат. *territorium* – область, територія, від terra – земля) розуміються різні простори Земної кулі з її сухопутною та водною поверхнями, надрами та повітряними просторами, а також космічний простір та небесні тіла, які знаходяться у ньому. Термін «територія» використовується для визначення різних категорій земного та позаземного простору, відмежованих від інших відповідних просторів певними поверхнями (кордонами), які мають той чи інший юридичний статус і відповідний правовий режим.

Предметом конституційно-правового регулювання є територія держави. Територія держави включає власне територію, тобто сушу або сухопутну територію, акваторію або водні простори (внутрішні морські води і територіальне море), повітряну територію (простір над сухопутною і водною територіями, умовно до космічного простору), а також підземну територію (простір під сухопутною і водною територіями до технічно доступної глибини).

Зазначимо, що проблема територіального устрою держави та статусу його складових є однією з найменш досліджених у конституційно-правовій науці. Більш детальний аналіз території в юридичній науці був зроблений юристами-міжнародниками. Водночас представники науки конституційного права, як правило, обмежуються розглядом окремих питань території, зокрема, особливостями територіальної організації державної влади та місцевого самоврядування, проблемами державного суверенітету, територіальної цілісності й недоторканності тощо. Значною мірою недостатня вивченість проблеми у сучасній Україні обумовлює труднощі у загальному розумінні таких феноменів, як унітаризм та унітарна держава, федералізм та федералізація, регіоналізм та регіоналізація, автономізація, децентралізація та деконцентрація тощо.

Слід звернути увагу й на те, що у сучасній літературі, присвяченій проблематиці державної території, територіальної організації державної влади та іншим питанням статусу території, попри амбіційність назв окремих публікацій та глобальність задумів з точки зору охоплення в них державно-територіальних проблем, далеко не завжди враховується складна, багатоаспектна природа території як конституційної та державно-управлінської категорії<sup>4</sup>. Безумовно, окремі дослідження проводилися. Так, принаймні упродовж останніх років досліджувалися проблеми політико-територіальної організації, державного устрою, адміністративно-територіального устрою України тощо<sup>5</sup>.

Варто вказати на те, що ні єдності точок зору з цих питань, ні чіткості відповідей щодо складних проблем територіального устрою та територіальної організації влади у конституційно-правовій науці немає. Значною мірою саме у силу цього факту не мала і не має сьогодні чіткого бачення з цих питань й українська держава. Внаслідок цього сучасна державна політика у сфері вдосконалення адміністративно-територіального устрою та територіальної організації влади України характеризується фактичною відсутністю довіри з боку населення до реформаторських дій з даного питання (поряд з відсутністю адекватного фундаментального наукового обґрунтування адміністративно-територіальної реформи), що по суті є основним бар'єром на шляху її реалізації.

Звернемо увагу на деякі теоретико-методологічні, гносеологічні та онтологічні проблеми територіальної організації сучасних держав.

Як зазначалося, державною є така територія, на яку розповсюджується її влада. Проте такий зв'язок між територією, державою та владою було визнано лише у процесі суспільного розвитку. Належне державі право на територію різко відрізняється від права власності на землю, яке належить приватним особам або державі в якості приватноправового суб'єкта. Право держави на дану територію полягає у виключному користуванні усіма державними правомочностями у межах цієї території. За античних часів держава розглядалася як громада (община) і не отожднювалася з її населенням. У Давньому Римі поширеною була ідея імперіуму, згідно з якою держава існувала там, де була наявна її влада. Водночас визнавалася публічна власність народу (власне держави) на землі, що, відповідно, вважалися підвладними. Згодом це право трансформувалося у право власності окремих індивідів на землю як річ (домініум). У середньовіччі, за умови повного злиття публічного й приватного права та нерозвиненості державних начал (у сучасному розумінні), користування державними правами у межах певної території було обумовлено фактичним володінням цією територією на праві приватного володіння. Державне право на територію вважалось додатком до права приватного. За часів феодалізму саме за речовим правом власності на землю визначалася природа державної влади. Територія, як і раніше, не виділялася як окремий інститут, а право феодала (насамперед абсолютного монарха) на відповідний простір сприймалося виключно як право власника на землю.

Поєднання права власності на землю і повноважень на державне владарювання певною мірою характеризувало погляди на державу і в наступні історичні періоди. Зокрема, прибічники ідеології природного права, розглядаючи в XVI–XVIII ст. державу як союз індивідів, фактично визнавали речовий характер територіального верховенства. З поширенням теорії народного суверенітету територію почали розглядати як об'єкт права власності народу, але згодом суб'єктом такого права фактично визначили державу.

На початку XIX ст. була сформульована концепція території як основи існування держави. Пізніше в юридичній літературі державу почали характеризувати як поєднання трьох елементів – території, населення і державної влади, а саму територію – як простір, у межах якого здійснюється державне владарювання над населенням. Співвідношення державної влади з територіально організованим населенням зумовлює призначення території як просторової сфери верховенства держави. Сама ж територія не є власністю держави, а право держави на територію – це по суті право на верховенство в її межах<sup>6</sup>.

Отже, у законодавстві сучасних держав право на територію строго відрізняється від права приватної власності. Тому у даний час немислимо відчуження державної території способами цивільного права та відповідно до його принципів, як це мало місце у середньовіччі. Навпаки, у сучасному конституційному праві чітко встановлений принцип невідчужуваності та неподільності державної території. Ключовим є принцип народного суверенітету, за яким джерелом влади в державі є народ. Як виняток можливе відчуження способами публічного права, тобто на підставі закону або міжнародного договору.

Територія в її конституційно-правовому та державно-управлінському смислі – це найбільш зрима іпостась держави. У ній найбільш емко відчувається така ознака системної організації, як цілісність. Цілісність виступає умовою існування держави як системи, вираженням всіх інших її ознак. І цілісність території, як елемент цілісності держави, є неодмінною умовою стабільності, стійкості відповідного суспільства. Проблема державної території та адміністративно-територіального устрою насамперед пов'язана з тим, що державна територія має складну структуру: по-перше, вона включає як сухопутну територію, так і територіальне море, внутрішні води, надра, повітряний простір; по-друге, державна територія має відповідну внутрішню організацію – вона поділяється на окремі територіальні (політико-територіальні, самоврядні чи адміністративно-територіальні) одиниці, система яких утворює адміністративно-територіальний поділ держави. При цьому до політико-територіальних можна віднести територіальні одиниці, що характеризуються визначеною політичною самостійністю, мають окремі атрибути державності (конституцію, власне законодавство, систему органів державної влади, громадянство і т.п.), що дає підстави визначати їхній статус як державно-подібних утворень (наприклад, суб'єкти федерації, політичні автономії). Самоврядними є такі територіальні одиниці, що слугують просторовою (територіальною) основою місцевого (регіонального) самоврядування, а адміністративно-територіальними – одиниці, що штучно створені центральною владою з метою визначення просторових кордонів для діяльності місцевих органів державної влади<sup>7</sup>.

У цілому територіальний устрій конкретної держави визначається її історичною й культурною еволюцією, становленням і розвитком економічної системи, політичних і правових інститутів. Він виступає в соціально-економічному розвитку суспільства одночасно і як чинник розвитку, і як результат цього розвитку. Формування території держави та її територіального устрою займає тривалий час та залежить від цілого ряду чинників: економічних – історично сформованих форм господарського зв'язку між територіями; демографічних – кількості населення, його складу, щільності населення; географічних – розмірів території і навіть клімату та ландшафту; історичних – спільності мови, культури, устрою життя; політичних – способу «збирання» земель (територій) у єдину державу (це могло бути добровільне об'єднання дрібних держав до складу єдиної великої держави, насильне приєднання та утримання певних територій – анексія та ін.). У сучасну епоху на вибір форми територіального устрою потужний вплив має і етнонаціональний чинник.

Історично проблема територіального устрою виникла після того, як збільшилися розміри території держави, що далеко вийшла за рамки міста з околицями, та виникла потреба у створенні спеціальних органів і установ для управління периферією. Не вдаючись далеко в історію, зазначимо, що в період абсолютизму центральна влада в особі монарха самостійно визначала адміністративно-територіальний поділ країни – систему одиниць, на які поділялася її територія та в яких діяли призначені з центру посадові особи чи органи

влади. Треба зазначити, що поділ у більшості випадків не був виключно штучним, не визначався довільно проведеними на карті лініями. Як правило, він будувався з урахуванням фактичного розселення людей, реальних зв'язків між поселеннями. Враховувалися при цьому й адміністративні завдання – інтереси оборони, поліцейського контролю, зручність стягнення податків тощо. У більш великих державах адміністративно-територіальний поділ ставав східчастим: дрібні одиниці, зберігаючи свою відособленість, включалися до великих, і чиновники, що управляли дрібними одиницями, знаходилися у підпорядкуванні чиновників, яким довірялося управління відповідними великими одиницями.

Об'єднання дрібних феодальних держав призводило до того, що деякі держави перетворювалися на територіальні одиниці нової великої держави, які тривалий час мали історичне значення. У подальшому більшість з них перестали бути державними одиницями, як скажімо, П'ємонт в Італії, Валахія в Румунії, Уельс у Великобританії, тоді як деякі інші зберегли певні державні ознаки (наприклад, Баварія у Німеччині, Сицилія в Італії).

У міру розкладання абсолютизму і переходу до індустріального ладу в низових територіальних одиницях – міських і сільських громадах – почало формуватися місцеве самоврядування (утім, деякі міста користувалися правами самоврядування й у феодальну епоху), а потім воно стало поширюватися і на більш великі територіальні одиниці. Відбувався, крім того, процес об'єднання держав, а також, що частіше, анексія, тобто насильницьке приєднання слабких держав до сильних зі збереженням іноді ознак державності перших.

Підкреслюючи значущість онтологічного та гносеологічного підходу у розумінні території як політико-правового та державно-управлінського феномена, вважаємо, що у концептуальному аспекті дуже важливою є її функціонально-телеологічна характеристика. Йдеться про завдання, мету та функції, які характеризують територію держави у динаміці, розвитку, а не в статичності. Вони синергетично пов'язані з об'єктивними потребами держави і суспільства, встановлюються залежно від виду території, основних викликів, що стоять перед державою та суспільством на різних етапах їх історичного розвитку.

Так, телеологічна спрямованість, тобто цілі державної території, оптимально розкриваються через характеристику загальних стратегічних напрямів та видів діяльності держави, що охоплюють всі чи більшість сфер державного життя. У завданнях державної території проявляється її соціальне призначення. Вони мають вихідне значення щодо функцій території, є їх безпосередньою передумовою та являють собою динамічне начало в їх здійсненні і розвитку, служать вдосконаленню, збагаченню їх змісту. Саме завдання зумовлюють наявність функцій державної території, детермінують їх зміст та впливають на форми й методи їх здійснення. Тільки соціальним призначенням території можна пояснити той неповторний комплекс функцій державної території. Вони виражають зміст роботи державного організму, характер його життєдіяльності, функціонування.

У силу цього глибоке розуміння функцій державної території розкриває як напрями і види державної діяльності, так і сукупність засобів розв'язання державних завдань і досягнення цілей держави, практичний прояв її соціального призначення. Лише в межах державної території держава та органи публічної влади можуть найбільш оптимально вирішувати відповідні проблеми державного значення. Тобто, у функціях проявляються як соціально обумовлена роль, яку покликана виконувати територія на тому чи іншому історичному етапі свого розвитку, так і напрями й види державної діяльності. Саме тому деякі функції території обумовлені загальними функціями держави. Так, наприклад, функцію захисту прав і свобод людини і громадянина, забезпечення правопорядку покликані виконувати так чи інакше всі органи держави, її найбільш повній реалізації повинен бути підпорядкований весь механізм держави. Тим часом, функція території, пов'язана із забезпеченням та захистом прав і свобод громадян, може проявлятися у створенні територій зі спеціальним правовим статусом, таких як території проживання національних меншин та корінних народів, утворення відповідних територіальних автономій, територій консульських округів тощо, в межах яких встановлюються певні гарантії та пільги для певних груп громадян.

Свої функціональні особливості мають території з різними правовими режимами, наприклад, території закритих адміністративно-територіальних одиниць, території введення надзвичайного або воєнного стану; території прикордонних зон; території проведення антитерористичних операцій; природоохоронні території тощо, створення яких, у свою чергу, детерміновано необхідністю здійснення певних функцій держави.

Тому функції території доцільно визначати як основні напрями або види (форми) використання та реалізації геополітичного, господарсько-економічного, духовно-культурного, інформаційного та іншого потенціалів території як цілісної системи, необхідні для розв'язання певних завдань та досягнення цілей, поставлених суспільством перед державою в даний момент і на перспективу.

До числа основних функцій території держави доцільно відносити геополітичну, господарсько-економічну, соціальну, духовно-культурну, екологічну функції (з числа її об'єктних функцій); захисту державного суверенітету і національної безпеки, забезпечення та захисту життєдіяльності населення, прав та основоположних свобод людини і громадянина, організації діяльності органів публічної влади (з числа її суб'єктних функцій); інформаційну, комунікативну, забезпечення простору для дії нормативно-правових актів, стабілізаційну, контрольну та інші функції (з числа її технологічних функцій) тощо.

На наше переконання, тільки у своїй єдності означені та інші аспекти у розумінні сутності державної території дають змогу говорити про існування даного феномена як фундаментального інституту конституційного права, який має аксіологічні, гносеологічні, онтологічні, цивілізаційні, інституціональні, конститутивні, нормативні, функціонально-телеологічні, історичні та інші параметри.

<sup>1</sup> Сысоева Е. А. Категория «территория» в правовой теории и практике законодательного регулирования федеративного устройства современной России : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права ; история учений о праве и государстве» / Е. А. Сысоева. – Ростов-на-Дону, 2006. – С. 3.

<sup>2</sup> Бабурин С. Н. Территория государства : Теоретико-правовые проблемы : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория права и государства ; история права и государства ; история правовых и политических учений» / С. Н. Бабурин. – М., 1998. – С. 6.

<sup>3</sup> Быстрова Д. А. Территория в конституционном праве Российской Федерации : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право ; муниципальное право» / Д. А. Быстрова. – М., 2010. – С. 12.

<sup>4</sup> Бабурин С. Н. Территория государства: правовые и геополитические проблемы / С. Н. Бабурин – М. : Изд-во Московского университета, 1997. – 480 с.; Грачев Н. И. Государственный суверенитет и формы территориальной организации современного государства : основные закономерности и тенденции развития : моногр. / Н. И. Грачев. – М. ; Волгоград : Книгодел : Волгоградский институт экономики, социологии и права, 2009. – 468 с.; Лексин В. Н. Государство и регионы : Теория и практика государственного регулирования территориального развития / В. Н. Лексин, А. Н. Швецов. – 3-е изд., стер. – М. : УРСС, 2000. – 368 с. та ін.

<sup>5</sup> Адміністративно-територіальна реформа в Україні : оптимальна модель / за заг. ред. О. І. Соскіна. – К. : Вид-во «Інститут трансформації суспільства», 2007. – 288 с.; Адміністративно-територіальна реформа в Україні: політико-правові проблеми : моногр. / І. О. Кресіна [та ін.]; ред. І. О. Кресіна. – К. : Логос, 2009. – 480 с.; Адміністративно-територіальний устрій України. Історія. Сучасність. Перспективи : моногр. / В. С. Куйбіда [та ін.]; заг. ред. О. В. Турчинов. – К. : Геопринт, 2009. – 615 с.; Верменич Я. В. Адміністративно-територіальний устрій України: еволюція, сучасний стан, проблеми реформування : у 2 ч. / Я. В. Верменич. – К. : Нац. акад. наук України, Ін-т історії України, Центр теоретико-метод. проблем історичної регіоналістики, 2009. – Ч. 1. – К. : [б. в.], 2009. – 364 с.; Ч. 2. – К. : [б. в.], 2009. – 370 с.; Іщенко О. П. Конституційно-правові основи адміністративно-територіального устрою України : моногр. / О. П. Іщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2014. – 224 с.; Правові засади оптимізації адміністративно-територіального устрою : моногр. / І. О. Кресіна, (керівник авт. кол.); Д. І. Грицяк, А. А. Коваленко, О. В. Кукуруз та ін. / за ред. І. О. Кресіної. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Вид-во «Юридична думка», 2013. – 327 с. та ін.

<sup>6</sup> Шаповал В. М. Територія держави / В. М. Шаповал // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 2004. – Т. 6: Т–Я. – С. 43–44.

<sup>7</sup> Кравченко В. В. Конституційне право України : навч. посіб. / В. В. Кравченко. – 4-те вид., виправл. та доповн. – К. : Атіка, 2006. – С. 372.

#### Резюме

##### **Батанов О. В. Територія як інститут конституційного права.**

У статті розкриваються сутнісні та змістовні характеристики території як інституту конституційного права. Доводиться, що з феноменом території синергетично пов'язані практично усі фундаментальні явища політико-правового та державно-управлінського життя сучасних суспільства і держави. Територіальний ресурс, з одного боку, один із важливих компонентів процесу досягнення завдань, цілей та функцій держави, а з другого, – іманентна ознака та стратегічний елемент механізму реалізації її суверенних прав. На думку автора, у своїй єдності, розглянуті у статті аспекти у розумінні сутності державної території дають змогу говорити про існування даного феномена як фундаментального інституту конституційного права, що має аксіологічні, гносеологічні, онтологічні, цивілізаційні, інституціональні, конститутивні, нормативні, функціонально-телеологічні, історичні та інші параметри.

**Ключові слова:** територія, держава, державний устрій, державний кордон, функції території.

#### Резюме

##### **Батанов А. В. Территория как институт конституционного права.**

В статье раскрываются сущностные и содержательные характеристики территории как института конституционного права. Доказывается, что с феноменом территории синергетически связаны практически все фундаментальные явления политико-правовой и государственно-управленческой жизни современных общества и государства. Территориальный ресурс, с одной стороны, один из важных компонентов процесса достижения задач, целей и функций государства, а с другой, – имманентный признак и стратегический элемент механизма реализации его суверенных прав. По мнению автора, в своем единстве, рассмотренные в статье аспекты в понимании сущности государственной территории, позволяют говорить о существовании данного феномена как фундаментального института конституционного права, имеющего аксиологические, гносеологические, онтологические, цивилизационные, институциональные, конститутивные, нормативные, функционально-телеологические, исторические и другие параметры.

**Ключевые слова:** территория, государство, государственное устройство, государственная граница, функции территории.

#### Summary

##### **Batanov O. The territory as an institution of constitutional law.**

The article describes the essential and substantial characteristics of the territory as an institution of constitutional law. It is proved that the phenomenon of the territory synergistically linked to virtually all of the fundamental phenomena of political and legal and public administrative life of modern society and the state. Territorial resources, on the one hand, an important component of the process of achieving goals, objectives and functions of the state, and on the other – a sign of an immanent and strategic element of the mechanism of realization of its sovereign rights. According to the author, in its unity, are discussed in the article aspects in understanding the essence of the state territory, allow to speak about the existence of this phenomenon as a fundamental institution of constitutional law that has axiological, epistemological, ontological, civilization, institutional, constitutive, regulatory, functional and teleological, historical and other parameters.

**Key words:** territory, state, state structure, state border, the function of the territory.

**О. М. БОРИСЛАВСЬКА**

*Олена Марківна Бориславська, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

## **ЗАГАЛЬНОЄВРОПЕЙСЬКІ КОНСТИТУЦІЙНІ ЦІННОСТІ ЯК ОСНОВА ЄВРОПЕЙСЬКОЇ МОДЕЛІ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ**

Нині на території Європи налічується понад 40 національних правових систем, що відрізняються своїми юридичними параметрами і традиціями. Поряд із цим, тут сформувалась самотутня «правова цивілізація», котра здобула поширення на низку країн по всьому світу. Сучасна правова карта Європи зазнала суттєвих змін у XX столітті під впливом двох світових воєн та в результаті розпаду системи соціалізму<sup>1</sup>. Проте прийняті у цей період національні конституції, а також міждержавні декларації та інші міжнародні акти посилялися на єдині цінності, що поступово формували загальноєвропейську концепцію свободи та демократії. Саме спільні конституційні цінності (людська гідність, права людини, верховенство права тощо) стали тією відправною точкою, з якої розпочалася уніфікація конституційних правопорядків європейських держав, що відсунула на задній план існуючі відмінності та вплинула на зміст їхнього конституціоналізму.

Конституціоналізм як феномен має складну природу та охоплює три основні зрізи: ідеологію, філософсько-правову доктрину та конституційний механізм владарювання (конституційну систему правління). У широкому значенні він є системою взаємовідносин між людиною, суспільством та державою, у яких реально забезпечені права та свободи людини і громадянина, суспільство є вільним, а державна влада реально обмежена конституційними засобами. У вузькому значенні він зводиться до конституційної системи правління (механізму владарювання), що є системою суб'єктів, інститутів, форм, засобів та методів правління у державі, заснованих на ідеях свободи, верховенства права, демократії та обмеженого правління.

У той час як ідеологічні та доктринальні основи конституціоналізму мають універсальний характер, конституційна система правління є явищем національним. Кожній державі притаманний власний конституційний механізм владарювання, що охоплює своєрідний набір елементів, таких як жорсткий чи гнучкий розподіл влади, парламентаризм чи президенталізм, федералізм чи унітаризм, референдум як активна чи пасивна форма народовладдя і прийняття рішень тощо. Такий набір елементів не є випадковим, він має бути збалансованим та забезпечувати функціонування відповідної системи відповідно до вказаних засад, враховуючи національно-культурні та ментальні особливості кожного народу.

Вихідною ідеєю конституціоналізму, що визначає мету його існування, є забезпечення свободи людини, гарантування її основоположних прав, а засобом досягнення цієї мети є обмеження свавілля держави, введення державної влади у певні юридичні рамки її функціонування, що убезпечать її від надмірного втручання у сферу свободи індивіда.

Розглядаючи конституціоналізм як доктрину і практику обмеженого правління, можна виокремити три моделі конституціоналізму: американську, англійську та європейську (континентальну). Кожна із них передбачає своєрідне втілення універсальних засад конституціоналізму посередництвом власних інструментів та механізмів із відповідним доктринальним супроводом. Окрім розглянутих вище відмінних ідеологічних основ, доктринальних особливостей, згадані моделі конституціоналізму володіють певними властивими їм рисами, специфічною структурою та різним практичним втіленням у вигляді відповідних конституційних систем: конституційного президенталізму, монархічного чи республіканського парламентаризму, змішаного президентського чи парламентського правління.

Виокремлення європейської моделі конституціоналізму пов'язане із виявленням у конституційних правопорядках різних держав схожих рис, характеристик, що зумовлені спільними ціннісно-ідеологічними основами, та поширенням позитивного досвіду конституціоналізму на інші держави. Окрім цього, в європейських державах чітко простежується тенденція до уніфікації конституційних правопорядків, що дає підстави ставити питання про формування європейської конституційної ідентичності. Це зовсім інший рівень ідентичності, аніж національний, що є важливою рисою сучасної політичної нації. Національна ідентичність, за визначенням Монсеррат Гібернау, – це колективне чуття, що спирається на віру в належність до однієї нації і спільність більшості атрибутів, які роблять її відмінною від інших націй<sup>2</sup>.

Національна конституційна ідентичність формується як результат відчуття спільності індивідів на основі загального визнання конституційних принципів, формування спільних конституційних цінностей, що складають «дух» конституції. Саме із цього загального визнання випливає обов'язковість принципів конституції та особлива роль органів конституційної юрисдикції у їхньому захисті. Національна конституційна ідентичність проявляється у відповідній національній системі конституціоналізму, тоді як окремі спільні риси та особливості конституціоналізму групи держав, об'єднані єдиними цінностями, ідеологією та доктринальними особливостями, становлять модель конституціоналізму.

Держави західної Європи сформували свою конституційну ідентичність у процесі тривалого (подекуди більш ніж двохсотлітнього) конституційного розвитку. Цьому сприяло утворення національних держав, визнання сувереном політичної нації (причому як у республіках, так і в монархіях). Адже саме нація як політичний суб'єкт є джерелом та водночас носієм конституційних цінностей та ідеології, яка за посередництвом політико-правових інструментів та механізмів втілюється в конституційну систему правління. Американський конституціоналіст Д. Елі джерелами конституційних цінностей, зокрема, вважає природне право, суспільну згоду, республіканську традицію та наступність демократії<sup>3</sup>. Передумовою утворення європейської моделі конституціоналізму стало формування єдиної ціннісної основи та узгодження ідеологічної її складової.

На відміну від тих держав, які сформували власну конституційну ідентичність у XVIII–XIX століттях (Франція, Німеччина, Данія, Нідерланди, Люксембург та інші) та які могли слугувати зразком для інших держав, такі країни, як Норвегія, Швеція, Ірландія (початок XX століття), частково виступали реципієнтом тих конституційних цінностей та механізмів, які уже функціонували в сусідніх державах, адже з виникненням європейської моделі конституціоналізму з'явилася потреба узгоджувати з нею національні демократичні стандарти<sup>4</sup>. Після становлення національних систем конституціоналізму в цих державах, вони приєдналися до європейських інтеграційних процесів, заснованих на спільному визнанні верховенства права і демократії, що в результаті призвело до утворення у 1949 році Ради Європи (перелічені держави увійшли до десятки її засновників). А держави так званого постсоціалістичного табору, які долучилися до цих процесів у кінці XX століття, ще далі територіально поширили європейську модель конституціоналізму.

На існуванні спільних цінностей європейських держав наголошується у преамбулі Статуту Ради Європи: «... підтверджуючи свою відданість духовним та моральним цінностям, які є спільним надбанням їхніх народів і справжнім джерелом особистої свободи, політичної свободи та верховенства права, принципам, які становлять підвалини кожної справжньої демократії», та з урахуванням того, що «інтереси збереження та подальшого втілення в життя цих ідеалів... потребують більш тісного єднання між всіма європейськими країнами, які сповнені одними й тими ж ідеалами»<sup>5</sup>, уряди держав-засновниць вирішили створити Раду Європи.

Із спільними конституційними цінностями пов'язане ще одне поняття, що часто застосовується у документах Ради Європи та її органів, – конституційна спадщина. Так, у преамбулі Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. сказано, що європейські країни мають спільну спадщину в політичних традиціях, ідеалах, свободі і верховенстві права<sup>6</sup>. Більший розвиток це поняття отримало в діяльності та актах Європейської комісії Ради Європи за демократію через право (Венеційської комісії), яка, власне кажучи, й спрямована на збереження європейської конституційної спадщини.

Венеційська комісія як орган Ради Європи свою діяльність спрямовує на підтримку та поширення європейських стандартів у сфері функціонування демократичних інститутів, захисту прав людини, виборчого права і конституційного судочинства. За роки свого існування вона надала понад 500 висновків для понад 40 країн, Європейський Суд з прав людини посилався на Венеційську комісію більш як у 50 справах<sup>7</sup>. Свої висновки та рекомендації Комісія розробляє на основі загальноєвропейських принципів, що відображені в документах Ради Європи. У Статуті Комісії вказується, що її діяльність спрямована на поширення фундаментальних цінностей – **верховенства права, прав людини та демократії**, а пріоритетними питаннями, з якими пов'язана її діяльність, відповідно, є: конституційні, законодавчі та адміністративні принципи та техніки, що служать ефективності демократичних інститутів, верховенству права та їхньому посиленню; фундаментальні права та свободи, у тому числі ті, що забезпечують участь громадян у політичному житті; внесок місцевого та регіонального самоврядування у зміцнення демократії<sup>8</sup>.

Водночас, зміст окремих загальноєвропейських конституційних цінностей конкретизовано в низці документів Ради Європи та її органів. Так, у Звіті про верховенство права Венеційської комісії сказано, що верховенство права є основоположною цінністю, яка охоплює сукупність таких формальних та матеріальних ознак, які передбачають консенсус верховенства права і правової держави: 1) законність (що включає прозорий, підзвітний і демократичний процес прийняття законів); 2) правова визначеність; 3) заборона свавілля; 4) доступ до правосуддя (яке здійснюється незалежними і неупередженими судами, у тому числі судовий перегляд адміністративних актів); 5) дотримання прав людини; 6) недискримінація і рівність перед законом<sup>9</sup>.

У Резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи від 1 липня 1983 року про принципи демократії серед таких визначено: управління народом народом, верховенство права та поділ влади, обмеження дій уряду нормами права із судовим контролем за дотриманням цього правила, вільні вибори на основі загального виборчого права та таємного голосування, пропорційність між ефективністю діяльності уряду та захищеністю прав і свобод людини і громадянина, повага більшості до прав меншості, баланс публічних інтересів та індивідуальними правами людини тощо<sup>10</sup>.

Важливе положення з точки зору загальноєвропейських конституційних цінностей міститься у преамбулі Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, де підтверджено «глибоку віру в ті основоположні свободи, які становлять підвалини справедливості та миру в усьому світі і які найкращим чином забезпечуються, з одного боку, завдяки дієвій політичній демократії, а з іншого боку, завдяки спільному розумінню і додержанню прав людини, від яких вони залежать»<sup>11</sup>. Таким чином, основоположні свободи не просто розглядаються в якості конституційної цінності поряд із справедливістю та миром, а визначені як їхня основа, фундамент, а демократія є інституційною гарантією їхнього забезпечення.

У Документі Копенгагенської наради Конференції з людського виміру ОБСЄ сказано, що захист прав людини і основоположних свобод є однією із головних завдань правління, а визнання таких прав є основою **свободи, справедливості та миру**. Більше того, в Документі визначено основні елементи «справедливості», що необхідні для забезпечення **людської гідності, рівних та невід'ємних прав** усіх людей: вільні вибори, що проводяться через розумні проміжки часу шляхом таємного голосування чи рівноцінної процедури вільного голосування в умовах, що гарантують вільне вираження думки виборців; представницька за своїм змістом форма правління, при якій виконавча влада відповідальна перед виборним законодавчим органом або виборцями; обов'язок уряду і державної влади дотримуватись конституції і діяти у відповідності до закону; чіткий поділ між державою та політичними партіями (які не повинні зливатися із державою); діяльність влади та адміністрації, а також судових органів здійснюється у відповідності із системою, встановленою законом (повага до такої системи має бути гарантованою); збройні сили та поліція перебувають під контролем цивільної влади і підзвітні перед нею; права людини та основоположні свободи гарантовані законом і відповідають зобов'язанням за міжнародним правом; право на справедливий і відкритий розгляд компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону при розгляді будь-якого кримінального обвинувачення або при визначенні прав і обов'язків у будь-якому цивільному процесі; право захищати себе особисто чи через посередництво захисника; ніхто не буде звинувачений, засуджений за будь-який кримінальний злочин, якщо він непередбачений законом, який чітко визначає елементи цього злочину; кожен вважається невинуватим, поки його винуватість не буде доведена згідно із законом та інші<sup>12</sup>.

Характерною відмінною рисою європейського конституціоналізму є широке трактування справедливості, яке охоплює й соціальний її аспект. У преамбулі Європейської соціальної хартії (переглянутої) 1996 року міститься посилання на Конференцію з прав людини на рівні міністрів (5 листопада 1990 р.), де було наголошено на необхідності збереження невід'ємного характеру всіх прав людини, як громадянських, політичних (які гарантовані в тому числі й Конвенцією 1950 р.), так і економічних, соціальних та культурних<sup>13</sup>. Сама Хартія містить положення, спрямовані на гарантування соціальної справедливості, зокрема слово «справедливий» зустрічається у контексті права на справедливі умови праці (п.2 ч. I; ст. 2) та на справедливу винагороду (п.4 ч. I). Поряд із цим, цією засадою проникнутий увесь документ, у якому відображено досить широкий перелік соціальних та економічних прав: право на працю, на справедливі, безпечні та здорові умови праці, на справедливу винагороду, соціальне забезпечення, охорону здоров'я, соціальну та медичну допомогу, право дітей та підлітків на захист, право працюючих жінок на охорону материнства, право інвалідів на самостійність, соціальну інтеграцію та участь у житті суспільства та інші.

Таким чином, конституціоналізм у його європейському варіанті характеризується тим, що окрім національних гарантій та інструментів обмеження державного правління на користь прав та свобод людини і громадянина, існують наднаціональні механізми, які досить дієво захищають права та основоположні свободи, а також гарантують соціальні та економічні права, чим ставлять державу в певні юридичні рамки, тим самим реально обмежуючи її. Варто лише ознайомитися із кількістю прийнятих Європейським судом з прав людини рішень, щоб переконатися у цьому. Так, за період з 1959 (рік заснування ЄСПЛ) до кінця 2014 року Судом було прийнято близько 18 тисяч рішень, близько половини із яких стосувалися п'яти держав: Туреччини, Італії, Росії, Румунії та Польщі. З усієї кількості рішень, що були постановлені Судом з 1959 року, у 84 % із них було виявлено порушення щонайменше однієї статті Конвенції<sup>14</sup>.

Відображені в документах Ради Європи принципи зазвичай апробовані окремими європейськими державами у їхніх конституційних практиках, відтак визнання їх у якості загальноєвропейських передувало успішне впровадження цих засад у національних конституціях та конституційних правопорядках окремих держав. Більше того, деякі конституційні принципи не відображені в конвенційних актах, проте є загально-визнаними європейським співтовариством. Зокрема, принцип рівності безпосередньо не передбачений Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, проте проголошений у більшості національних конституцій держав Європи.

Отже, передумовою формування європейської моделі конституціоналізму стало виникнення на основі досвіду функціонування конституційних правопорядків окремих держав Західної Європи уніфікованої системи конституційних цінностей, які відображені як у національних конституціях, так і в документах Ради Європи. Передусім, це людська гідність, свобода людини та її права, верховенство права, демократія, справедливість, рівність, мир. Поширення цих цінностей на держави Центральної та Східної Європи суттєво вплинуло на формування їхньої конституційної ідентичності та визначило напрям їхнього конституційного розвитку на основі європейської моделі конституціоналізму.

Про існування європейської моделі конституціоналізму свідчать спільні риси конституціоналізму окремих європейських держав, які спочатку з'явилися у Західній Європі, а згодом були поширені на схід. Такими рисами, зокрема, є: наявність кодифікованої жорсткої конституції, існування спеціалізованого органу конституційної юрисдикції, парламентаризм (із реальною владою парламентської більшості у сфері виконавчої влади), територіальна організація влади на основі принципу субсидіарності, децентралізація влади. Звичайно, такі спільні риси можна виокремити лише умовно, адже в національних конституційних правопорядках існують серйозні відмінності, наприклад у ставленні до національних референдумів (така практика не характерна для ФРН, але притаманна Франції, Італії, Іспанії, Данії); у взаємовідносинах глави держави, законодавчої та виконавчої влади (реальна влада глави держави у Франції та переважно представницькі і церемоніальні функції – в Бельгії, Данії, Іспанії, Нідерландах, Норвегії, Швеції); в організації децентралі-



зованої територіальної системи влади (федерації – Австрія, Бельгія, Боснія і Герцеговина, Німеччина, Швейцарія та унітарні децентралізовані держави – Болгарія, Ірландія, Іспанія, Італія, Литва, Нідерланди, Польща, Словаччина та інші). Утім, сукупність спільних принципів та ознак конституціоналізму формують, так би мовити, певну «ідеальну» його модель у європейському розумінні, до якої прагнуть усі європейські держави, у першу чергу – так званої «молодої демократії».

<sup>1</sup> Лазарев В. В. Проблемы общей теории jus: учебник для магистрантов юридических вузов / В. В. Лазарев, С. В. Липень, А. Х. Саидов; отв. ред. В. В. Лазарев. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. – 656 с. – С. 596.

<sup>2</sup> Гібернау М. Ідентичність націй. – К.: Темпора, 2012. – 304 с. – С. 20.

<sup>3</sup> John Hart Ely. Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review // Valparaiso University Law Review, Vol. 15, No. 3 [1981], Art. 6, pp. 639–641.

<sup>4</sup> Lavaux Ph. Existe-t-il un modèle constitutionnel européen ? // Droits. 1991. № 14. – P. 56.

<sup>5</sup> Статут Ради Європи (Лондон, 5 травня 1949 р.) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_001](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_001)

<sup>6</sup> Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. // Голос України. – 10.01.2001. – № 3.

<sup>7</sup> Речицький В. Європейський конституціоналізм та його властивості // Вісник Конституційної Асамблеї. – 2013. – № 1. – С. 66–74. – С. 73.

<sup>8</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). Resolution RES (2002) 3 adopting the Revised Statute of the European Commission for Democracy Through Law. Strasbourg, 27 February 2002. CDL (2002) 27 (article 1) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL\(2002\)027-e](http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL(2002)027-e)

<sup>9</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). Report on the Rule of Law Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011), CDL-AD(2011)003rev (article 41) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e)

<sup>10</sup> Parliamentary Assembly. Resolution 800 (1983) on the principles of democracy // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta83/ERES800.htm>

<sup>11</sup> Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. // Голос України. – 10.01.2001. – № 3.

<sup>12</sup> Детальніше див.: Document of the Copenhagen meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE, Copenhagen, 29 June 1990 // [Електронний ресурс] Режим доступу: <http://www.oscepa.org/publications/reports/special-reports/election-observation-reports/documents/1344-osce-copenhagen-document-1990-eng/file>

<sup>13</sup> Європейська соціальна хартія (переглянута). Страсбург, 3 травня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 51.

<sup>14</sup> Overview 1959–2014 ECHR, European Court of Human Rights, February 2015 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.echr.coe.int/Documents/Overview\\_19592014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592014_ENG.pdf)

#### Резюме

**Бориславська О. М. Загальноєвропейські конституційні цінності як основа європейської моделі конституціоналізму.**

Стаття присвячена дослідженню загальноєвропейських конституційних цінностей, які склали основу для виникнення європейської моделі конституціоналізму. Розуміючи під конституціоналізмом доктрину та практику конституційно обмеженого правління, метою якого є гарантування свободи людини та її прав, автор виокремлює три моделі конституціоналізму: європейську, англійську та американську. У статті доведено, що особливості європейської моделі конституціоналізму походять із специфічного трактування загальноєвропейських конституційних цінностей. Передусім, це людська гідність, свобода людини та її основоположні права, верховенство права, демократія, справедливість, рівність, мир. Поширення цих цінностей на держави Центральної та Східної Європи суттєво вплинуло на формування їхньої конституційної ідентичності та визначило напрям їхнього конституційного розвитку на основі європейської моделі конституціоналізму.

**Ключові слова:** конституціоналізм, європейська модель, конституційні цінності.

#### Резюме

**Бориславская Е. М. Общеєвропейские конституционные ценности как основа европейской модели конституционализма.**

Статья посвящена исследованию общеєвропейских конституционных ценностей, которые составили основу для возникновения европейской модели конституционализма. Понимая под конституционализмом доктрину и практику конституционно ограниченного правления, целью которого является обеспечение свободы человека и его прав, автор выделяет три модели конституционализма: европейскую, английскую и американскую. В статье доказано, что особенности европейской модели конституционализма происходят из специфического трактования общеєвропейских конституционных ценностей. Прежде всего это – человеческое достоинство, свобода человека и его основоположные права, верховенство права, демократия, справедливость, равенство, мир. Распространение этих ценностей на государства Центральной и Восточной Европы существенно повлияло на формирование их конституционной идентичности и определило направление их конституционного развития на основе европейской модели конституционализма.

**Ключевые слова:** конституционализм, европейская модель, конституционные ценности.

#### Summary

**Boryslavska O. Common European constitutional values as the basis for the European model of constitutionalism.**

The article investigates common European constitutional values that formed the basis for the emergence of the European model of constitutionalism. Considering constitutionalism as an ideology, doctrine and practice of constitutionally limited government, designed to ensure the freedoms and fundamental human rights, the author distinguishes the European model of constitutionalism,

which has a number of distinctive features. A prerequisite for the formation of the European model of constitutionalism was the emergence of the unified system of constitutional values on the experience of the constitutional legal orders of some Western European countries, which was reflected in national constitutions and in the documents of the Council of Europe. First of all it contains human dignity, human freedom and rights, rule of law, democracy, justice, equality, peace. The spread of these values in the Central and Eastern Europe significantly influenced the formation of their constitutional identities and determined the direction of their constitutional development based on the European model of constitutionalism.

**Key words:** constitutionalism, European model, constitutional values.

УДК 341.24

**П. С. КОРНІЄНКО**

*Петро Сергійович Корнієнко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національної академії статистики, обліку та аудиту*

### МІЖНАРОДНІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ АКТИ ЯК ДЖЕРЕЛО ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОЗАХИСНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Станом на сьогоднішній день Український народ продовжує відбудовувати свою державу. Цей процес відбувається не завжди вдало, але, незважаючи на це, залишається унікальним політичним і організаційним досягненням, якого важко віднайти в історії інших народів. Державотворчі процеси в більшості іноземних країн є значно менш яскравими, здійсненими в більш сприятливих внутрішніх та зовнішніх обставинах, проте мають у світі визнання і славу найвищих здобутків.

Усвідомлення даного факту національною елітою, на протигагу розвинутому комплексу меншовартості, за умови готовності до цілеспрямованої праці в науковій, політичній, економічній та інших сферах, допоможе належно організувати народ для утвердження України в числі провідних держав світу. Основною запорукою цьому має стати відповідне застосування та імплементація міжнародних нормативно-правових актів.

Відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надається Верховною Радою України, є частиною національного законодавства нашої країни. Стаття 55 Конституції України надає право кожному після використання усіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

Таким чином, конституційні норми визначають місце міжнародно-правових актів у системі права держави, регламентують право кожного звертатися до міжнародних організацій для захисту своїх прав, окреслюють межі дії міжнародно-правових гарантій.

Діяльність з міжнародного захисту прав людини полягає у створенні загальних рекомендацій щодо того, які саме права людини і основні свободи підлягають універсальному дотриманню й повазі; в розробленні міжнародних угод у цій сфері; у створенні спеціального механізму з виконання державами своїх міжнародних зобов'язань щодо прав людини.

Серед міжнародних механізмів захисту прав людини виділяють: 1) міжнародні органи, які діють у рамках угод з прав людини, складаються з незалежних експертів або представників урядів та приймають загальні рекомендації; 2) міжнародні несудові органи для контролю за дотриманням угод щодо прав людини, які складаються з експертів як фахівців і приймають конкретні рекомендації, обов'язковість яких базується на моральному авторитеті міжнародного органу; 3) міжнародні юрисдикційні органи несудового чи судового характеру щодо захисту прав людини, які виносять обов'язкові рішення і можуть забезпечити виконання цих рішень.

До міжнародно-правових засобів, призначених для забезпечення і захисту основних прав людини, відносять: а) міжнародно-правові акти, які вміщують правила діяльності, формулюють права і обов'язки відповідних суб'єктів (конвенції, пакти, угоди, договори тощо), а також міжнародні документи, які норм, правил поведінки зазвичай не вміщують, прав і обов'язків безпосередньо не формулюють (зокрема, декларації, заяви, меморандуми) і б) міжнародні органи зі спостереження, контролю за дотриманням основних прав людини (комісії, комітети) та захисту цих прав (суди, трибунали).

Серед міжнародно-правових актів, які формулюють основи правозахисної діяльності, в свою чергу, можна виділити як загальні чи відносно загальні (Загальна декларація прав людини, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права), так і вузькоспеціалізовані, зокрема ті, що стосуються проблем апартеїду, геноциду, прав працівників тощо.

Відповідно до ст. 2 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, прийнятого 16 грудня 1966 р. Генеральною Асамблеєю ООН, ратифікованого Указом Президії ВР Української РСР № 2148-08 від 19 жовтня 1973 р., кожна держава зобов'язується забезпечити будь-якій особі, права і свободи якої порушені, ефективний засіб правового захисту і розвивати можливості судового захисту<sup>1</sup>.

Право на правову допомогу, гарантоване Конвенцією про захист прав і основних свобод людини, прийнято 11 квітня 1950 р. Радою Європи, ратифікованою Україною 17 липня 1997 р., передбачає, що кожний обвинувачений у скоєні кримінального злочину має право захищати себе особисто або через обраного ним захисника, а якщо у нього немає достатніх коштів для оплати послуг захисника, мати призначеного йому захисника безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя<sup>2</sup>.

У рішенні у справі Пакеллі проти Федеративної Республіки Німеччина Європейський суд зазначив, що це положення Конвенції гарантує особі, обвинуваченій у скоєні кримінального злочину, три права: захищати себе особисто; мати обраного ним самим представника і, за визначених умов, мати призначеного йому захисника безоплатно. Таким чином, дане конституційне право закріплюється Європейською Конвенцією як одне із прав обвинуваченого у скоєні злочину<sup>3</sup>.

Разом із тим дія права на правову допомогу не обмежується тільки сферою кримінального судочинства. Права, передбачені п. 3 статті Європейської конвенції, є елементом загального поняття справедливого судового розгляду, а воно охоплює і випадки «визначення цивільних прав і обов'язків». Враховуючи це, Європейський суд у ряді рішень викладає більш широке трактування прав на правову допомогу, ніж у пп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції.

Основним елементом права на юридичну допомогу є право на вільний вибір захисника. Європейський суд підкреслює, що обвинувачений має право користуватися послугами захисника на свій вибір, якщо він має достатні для цього фінансові засоби. У коментарях до Конвенції зазначається, що право на вибір адвоката існує тільки у тих випадках, коли обвинувачений має достатні кошти для оплати послуг захисника. Разом із тим право на вибір захисника не є абсолютним, оскільки держава має право регламентувати доступ адвокатів до суду, а у ряді випадків – забороняти це окремим особам.

Виходячи із того, що Конвенція про захист прав людини і основних свобод є частиною національного законодавства України, можна зробити висновок, що відповідно до взятих міжнародно-правових зобов'язань Україна повинна забезпечувати кожній особі правову допомогу як під час провадження за кримінальними справами, так і під час судового провадження за іншими категоріями судових справ (адміністративним, цивільним тощо).

Окрім того, Україна повинна гарантувати дотримання конституційного права на правову допомогу з метою сприяння особі у реалізації нею всього комплексу прав та свобод, визначених законодавством.

Не останню роль в удосконаленні конституційного законодавства України з цього питання має відіграти досвід набуття чинності та функціонування міжнародних загальноправових актів із прав людини у високорозвинених державах світу.

Відповідно до ст. 13 Конвенції про захист прав людини та основних свобод кожен, чий права та свободи, закріплені в Конвенції, порушуються, має право на ефективний засіб правового захисту в державному органі, навіть якщо це порушення було скоєно особами, які діяли в офіційній якості.

Безоплатну правову допомогу можна отримати лише при провадженні у кримінальних справах від адвокатів, які представляють адвокатські об'єднання. Але у цьому випадку фактично позбавляються права на безоплатну правову допомогу особи, які проживають у місцевостях, де немає жодного адвокатського об'єднання.

Але потреба у правовій допомозі (у тому числі безоплатній) виникає не лише під час провадження у кримінальній справі, а й у багатьох інших життєвих ситуаціях. Українське законодавство не передбачає надання безоплатної допомоги у цивільному та адміністративному процесі. Це не узгоджується із прецедентною практикою Європейського суду із прав людини, європейськими та світовими стандартами. До того ж, відсутня законодавчо визначена система механізмів та організації надання безоплатної правової допомоги.

Багато країн світу намагаються віднайти рівновагу між правовою допомогою за плату і безкоштовною, зрівняти їх у якості. Для того, щоб визначитися, які правові приписи слід закріпити в українському законодавстві, звернемося до міжнародного досвіду.

Світові критерії, відповідно до яких надається безоплатна правова допомога, умовно можна класифікувати таким чином:

- фінансовий критерій, тобто відсутність достатніх засобів для використання послуг захисника;
- юридичний критерій (критерій «інтереси правосуддя»), що передбачає потенційну загрозу тривалого або довічного тюремного ув'язнення; юридичну або фактичну складність справи; нездатність обвинуваченого із причин об'єктивного характеру захищати себе самостійно<sup>4</sup>.

У більшості країн світу зміст поняття безоплатної правової допомоги включає її надання за рахунок державного бюджету повністю або частково залежно від рівня доходів заявника і його родини, у тому числі доходів від належного йому майна. Враховується також склад сім'ї, наявність неповнолітніх дітей, дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, які знаходяться під опікою та на утриманні особи, що потребує правової допомоги.

Зважаючи на положення ст. 22 Конституції України, відповідно до якого не допускається звуження змісту та обсягу уже встановлених прав і свобод, право на рівнозначну правову допомогу мають одержувати усі категорії громадян, незалежно від рівня їх фінансового забезпечення. Виходячи з цього, цілком логічним є те, що першочерговим завданням Української держави є створення дієвого механізму надання безоплатної правової допомоги малозабезпеченим верствам населення.

У справі «Загородній проти України» Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) зазначив, що обмеження у виборі захисника лише серед осіб, які мають статус адвоката, саме по собі не є порушенням

Європейської Конвенції з прав людини. Тим не менш, ЄСПЛ вказав, що таке обмеження було визнано неконституційним ще в 2000 році. Тому ЄСПЛ у справі «Загородній проти України» фактично звернув увагу Україні на нездатність української влади привести національне законодавство у відповідність з Рішенням Конституційного Суду від 16 листопада 2000 року. Понад 10 років термін «інші фахівці у галузі права» залишається невизначеним<sup>5</sup>.

Згадана вище постанова Пленуму Верховного Суду України не забезпечила однакового і послідовного застосування законодавства з цього питання. Враховуючи, що практика ЄСПЛ є обов'язковою для застосування українськими судами, рішення у справі «Загородній проти України» має стимулювати український парламент законодавчо визначити, хто ж є «фахівцем у галузі права». А до того часу суди повинні допускати до участі в кримінальних справах не тільки осіб, які мають статус адвоката»<sup>6</sup>.

У даній справі заявник скаржився на те, що національні органи незаконно відмовили йому у праві вільного вибору захисника та що, відповідно, судовий розгляд у його справі був несправедливим на порушення п. 1 та підпункту «с» п. 3 ст. 6 Конвенції із захисту прав людини і основоположних свобод, відповідні положення яких передбачають таке:

Кожен має право на справедливий розгляд його справи судом, який встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права: захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя.

Суд вказав, що хоча право кожної особи, обвинувачуваної у вчиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист адвокатом не є абсолютним, воно становить одну з головних підвалін справедливого судового розгляду. Особа, проти якої висунуті кримінальні обвинувачення, яка не бажає захищатись особисто, повинна бути в змозі скористатись юридичною допомогою за власним вибором. Проте це останнє право також не може вважатись абсолютним. Таким чином, національні суди можуть не прийняти вибір особи, коли існують відповідні та достатні підстави вважати, що того вимагають інтереси правосуддя. Більш того, законодавча вимога щодо наявності у захисника юридичної освіти не є порушенням вищезазначеного положення.

У цій справі право заявника на вільний вибір свого захисника було обмежене, оскільки захисник за його вибором був юристом, але не мав свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю. На думку Суду, таке обмеження права на вільний вибір захисника само по собі не порушує питання за підпунктом «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, оскільки певна юридична кваліфікація може вимагатись для забезпечення ефективного захисту особи та безперешкодного функціонування системи правосуддя. Однак, як стверджував заявник, вже у листопаді 2000 р. таке обмеження було визнано неконституційним і відповідне національне законодавство мало бути приведене у відповідність з рішенням Конституційного Суду.

Отже, ключовим елементом міжнародного права в сфері правового захисту є право на вільний вибір захисника. Європейський суд з прав людини підкреслив, що обвинувачений має право користуватись послугами захисника на свій вибір, якщо він має достатні для цього фінансові засоби. У коментарях до Конвенції зазначається, що право на вибір адвоката існує тільки у тих випадках, коли обвинувачений має достатні кошти для оплати послуг захисника. Разом із тим право на вибір захисника не є абсолютним, оскільки держава має право регламентувати доступ адвокатів до суду, а в ряді випадків забороняти це окремим особам.

Незважаючи на вищевикладене, слід також окремо підкреслити, що в сучасному конституційному процесі не маємо права зводити наші наукові пошуки та практичну роботу в правозахисній сфері до механічної ретрансляції зарубіжних(міжнародних) підходів та стандартів.

Відтак не буде проблемою відмова України від імплементації окремих положень міжнародних документів, що не відповідають її національним інтересам. Позиція сильної держави, якою, безперечно, прагне стати Україна, не у тому, щоб «відповідати світовим стандартам», а у тому, щоб, урахувавши національні потреби та інтереси, на підставі застосування механізму імплементації бути повноправним членом світового співтовариства, входити до нього, зберігаючи як внутрішню самобутність, так і зовнішню самостійність. Сила полягає не в однаковості, а в спільності та прихильності основним принципам світобудови і мирного співіснування<sup>7</sup>.

На конституційному рівні вищевикладені питання потребують більш уважного та виваженого вирішення. Завдання сучасних науковців – звести основні конституційно-правові положення та національні інтереси до спільного знаменника. Маємо бути впевнені, що наука конституційного права України зробить свій очікуваний внесок у національні конституційний та державотворчий процеси, що дасть змогу гарантувати суворе дотримання усіма суб'єктами вітчизняних суспільних відносин прав і свобод людини і громадянина, підняти на належний рівень підходи до здійснення правозахисної діяльності.

<sup>1</sup> Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19 жовтня 1973 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_043)

<sup>2</sup> Конвенція із захисту прав людини і основоположних свобод : ратифіковано Законом № 475/97-ВР від 17 липня 1997 р. // Урядовий кур'єр. – 2010. – № 215.

<sup>3</sup> Ягунов Д. В. Практика Європейського суду з прав людини (прецеденти та коментарі з питань кримінального судочинства) / Д. В. Ягунов ; за ред. та зі вступ. словом Й. Л. Бронза. – Одеса : Фенікс, 2010. – 230 с. – С. 66.

<sup>4</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. // Офіційний вісник України. – 2012. – № 37. – Ст. 1370.

<sup>5</sup> Ягунов Д. В. Вказана праця. – С. 85.

<sup>6</sup> Там само. – С. 34.

<sup>7</sup> Ліпкан В. А. Національна безпека України : навч. посіб. – 2-ге вид. / В. А. Ліпкан. – К. : КНТ, 2009.

#### Резюме

**Корнієнко П. С. Міжнародні нормативно-правові акти як джерело здійснення правозахисної діяльності в Україні.**

Стаття присвячена проблемі розуміння та здійснення правозахисної функції в Україні. Обґрунтовується практична необхідність виведення питань, пов'язаних з правозахисною діяльністю, з розряду дискусійних. Проведено аналіз наукового матеріалу, законодавчих та інших нормативно-правових актів, рішень Конституційного Суду України у даному контексті. Наводяться пропозиції щодо вирішення порушеної проблематики на теоретичному й практичному рівнях.

**Ключові слова:** правозахисна діяльність, правоохоронна діяльність, права і свободи людини і громадянина, гарантії прав і свобод людини і громадянина, суб'єкти правозахисної діяльності.

#### Резюме

**Корниенко П. С. Международные нормативно-правовые акты как источник осуществления правозащитной деятельности в Украине.**

Статья посвящена проблеме понимания и осуществления правозащитной функции в Украине. Обосновывается практическая необходимость вывода вопросов, связанных с правозащитной деятельностью, из разряда дискуссионных. Проведен анализ научного материала, законодательных и других нормативно-правовых актов, решений Конституционного Суда Украины в данном контексте. Приводятся предложения по решению затронутой проблематики на теоретическом и практическом уровнях.

**Ключевые слова:** правозащитная деятельность, правоохранительная деятельность, права и свободы человека и гражданина, гарантии прав и свобод человека и гражданина, субъекты правозащитной деятельности.

#### Summary

**Kornienko P. International Regulations as a Source Implementation of Advocacy in Ukraine.**

The article is devoted to the understanding and implementation of human rights functions in Ukraine. Grounded practical necessity withdrawal issues related to human rights activities from the category of discussion. The analysis of scientific material, laws and other legal acts, decisions of the Constitutional Court of Ukraine in this context. We give proposals for solutions to the problems of impaired theoretical and practical levels.

**Key words:** human rights activities, the rights and freedoms of man and citizen, guarantees of the rights and freedoms of man and citizen.

УДК 340.1

**М. В. КОТЕНКО**

*Микола Віталійович Котенко, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## РОЛЬ СИСТЕМНОГО ТЛУМАЧЕННЯ В ПРАВОІНТЕРПРЕТАЦІЙНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

В умовах реформування правової системи України, розбудови її державності, розвитку інститутів громадянського суспільства як ніколи гостро стоїть проблема підвищення ефективності правового регулювання, вдосконалення тих правових інституцій, які забезпечують якість правового регулювання, досягнення тих правових результатів, що закладені правотворцем у змісті правових норм.

Виходячи з того, що право є насамперед явищем системним, відповідно ключову роль в процесі тлумачення правових норм відіграють ті способи тлумачення, які за основу їх застосування беруть системні характеристики права, проводячи аналіз правових норм як явищ, що є елементами загальної системи – системи права. З огляду на це системний спосіб тлумачення правових норм займає центральне місце в системі способів тлумачення, надаючи змогу розкрити зміст та смисл правової норми, виходячи з системних характеристик права.

Системний спосіб тлумачення правових норм недоцільно розглядати виключно в теоретико-правовому або практичному плані, оскільки ці аспекти є взаємопов'язаними між собою та обумовлені загальними засадами взаємодії юридичної науки і практики. Така взаємодія сьогодні зводиться до того, що теоретичні дослідження повинні задовольняти потреби практики, базуватися на її матеріалах, а практика, у свою чергу, – спиратися на науково обґрунтовані рекомендації і висновки.

Стан наукового дослідження системного способу тлумачення правових норм як правового явища характеризується міждисциплінарністю такого вивчення, що обумовлюється складністю самого явища та можливістю його прояву в різноманітних сферах правового регулювання суспільних відносин. Окремі аспекти системного способу тлумачення як явища теоретико-правового плану досліджувались С. Алексєєвим, С. Бобровник, Ю. Власовим, С. Гусаревим, Н. Дворниковим, Ж. Дзейко, О. Зайчуком, М. Козюброю, В. Котюком, О. Мурашиним, П. Недбайлом, Н. Оніщенко, Н. Пархоменко, П. Рабіновичем, О. Скакун, Ю. Шемшученком та іншими.

Оскільки проблематика тлумачення норм права має міждисциплінарний характер наукового дослідження, це зумовило плюралістичний, певною мірою різновекторний характер розвитку наукових поглядів на проблематику поняття, сутності, природи, значення, системного способу тлумачення норм права. Тому наукове дослідження системного способу тлумачення правових норм як явища теоретико-правового плану має актуальний характер, що повинно забезпечити переосмислення теоретико-правових аспектів тлумачення норм прав, результати якого мають методологічний та системоутворюючий характер для подальшого дослідження тлумачення норм права на теоретико-правовому та галузевому рівнях юридичної науки.

Метою цієї публікації є визначення ролі системного способу тлумачення правових норм в судовій практиці Конституційного Суду України.

Тлумачення правових норм, в тому числі і з використанням системного способу, є правовим явищем не лише теоретико-правового плану, а й практичного, оскільки фактично становить зміст самостійного напрямку юридичної діяльності – правоінтерпретаційного. Дослідження системного способу тлумачення правових норм лише в теоретико-правовому аспекті буде неповним, якщо не встановити і не проаналізувати практичні аспекти цього явища на прикладі роботи тих або інших органів державної влади. Найбільш цікавою та багатопроивною з наукової точки зору є правоінтерпретаційна діяльність судових органів влади, особливістю якої є тлумачення правових норм з метою їх подальшого застосування.

Встановлення особливостей здійснення системного тлумачення в Україні на прикладі практики діяльності Конституційного Суду України та системи судів загальної юрисдикції надало змогу визначити стан системного тлумачення в діяльності судових органів, виявити недоліки його здійснення, а також виокремити напрями вдосконалення практики здійснення системного тлумачення в Україні.

Конституційний Суд як суб'єкт правоінтерпретаційної діяльності наділяється відповідними правотлумачними повноваженнями в силу ролі та значення Конституції держави як Основного Закону та законодавчих актів, які регулюють найважливіші суспільні відносини.

В юридичній літературі підкреслюється складність та багатоаспектність норм і положень конституції і тих законів, тлумачення яких здійснює Конституційний Суд, що зумовлює необхідність вироблення системи способів тлумачення та виокремлення відповідних видів тлумачення, котрі забезпечать всебічність та комплексність з'ясування змісту цих норм і приписів, а також повне відображення волі суб'єкта, котрий прийняв (схвалив) конституційний акт, в результатах такого тлумачення. На підставі аналізу практики правоінтерпретаційної діяльності органів конституційної юрисдикції та стану наукової розробки питань тлумачення норм права Конституційним Судом доходимо справедливого висновку про те, що на сьогодні правова доктрина не виробила однозначного підходу до характеристики способів тлумачення, що застосовуються Конституційним Судом. Зокрема, йдеться про буквальне тлумачення, розширене та обмежене тлумачення, використання граматичного, логічного, системного, історико-політичного та телеологічного способів тлумачення<sup>1</sup>.

Кожен з наведених способів має свою специфіку (об'єкт, предмет, правила, прийоми дослідження), а використання кожного з них допомагає розкрити окремі аспекти норми, яка тлумачиться. При цьому комплексне застосування виділених способів тлумачення дає змогу найбільш повно визначити зміст правового припису<sup>2</sup>. З огляду на це зазначимо, що застосування системного способу тлумачення у виключному порядку, тобто без застосування інших способів тлумачення, не завжди є виправданим, оскільки таке тлумачення не зможе повноцінно забезпечити всебічність інтерпретації норми права. Це підтверджує і практика діяльності Конституційного Суду України.

Відповідно до Конституції України, Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів Конституції України і дає офіційне тлумачення Конституції України та законів України<sup>3</sup> (ч. 2 ст. 147). Стаття 150 Конституції України в якості повноважень Конституційного Суду України визначає:

1) вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність): законів та інших правових актів Верховної Ради України; актів Президента України; актів Кабінету Міністрів України; правових актів Автономної Республіки Крим. Ці питання розглядаються за зверненнями: Президента України; не менш як сорока п'яти народних депутатів; Верховного Суду України; Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; Верховної Ради Автономної Республіки Крим;

2) офіційне тлумачення Конституції України та законів України.

Окрім того, ст. 151 Конституції України закріплює за Конституційним Судом повноваження, які стосуються наступного:

1) за зверненням Президента України або Кабінету Міністрів України дає висновки про відповідність Конституції України чинним міжнародним договорам України або тим міжнародним договорам, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість (ч. 1 ст. 151 Конституції України);

2) за зверненням Верховної Ради України Конституційний Суд України дає висновок щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту (ч. 2 ст. 151 Конституції України).

Таким чином, Конституцією України за Конституційним Судом України закріплені ті повноваження, які характеризують його як орган конституційної юрисдикції. В частині застосування системного способу тлумачення в діяльності Конституційного Суду України слід зазначити, що безпосередньо умови та порядок застосування цього способу в законодавстві України не регламентовано, проте Конституцією України встановлено повноваження Конституційного Суду України загального плану щодо здійснення «офіційного тлумачення Конституції України та законів України». Такий підхід законодавця до правового регулювання повноважень Конституційного Суду України надав можливість останньому використовувати будь-який спосіб тлумачення правових норм в процесі здійснення такого тлумачення, в тому числі й системного способу.

З позиції правил законодавчої техніки викладення змісту цього положення Конституції України викликає певні зауваження. Справа в тому, що в даному випадку йдеться про здійснення офіційного тлумачення всієї Конституції України та законів України, у той же час практика офіційного тлумачення, що здійснювалась Конституційним Судом України, свідчить про те, що тлумачення, як правило, стосується окремого положення або декількох положень Конституції України та/або того чи іншого Закону України. Так само йдеться про тлумачення Конституції України та законів України як цілісних документів, хоча, як ми з'ясували, тлумачення стосується правових норм, які закріплені в тому або іншому нормативно-правовому акті, нормативному договорі тощо. Проте, взагалі ми не відкидаємо можливість Конституційного Суду України здійснювати тлумачення конституції України або певного закону України в цілому як самостійного нормативно-правового акта. Також слід підкреслити й те, що здійснення Конституційним Судом України офіційного тлумачення Конституції України та законів України, що закріплено в Конституції України, підкреслює саме офіційний статус тих актів тлумачення, які приймаються Конституційним Судом України, однак це не виключає того, що при здійсненні інших повноважень Конституційний Суд України не здійснює тлумачення положень Конституції України і законів України. Навпаки, тлумачення положень Конституції України та законів України, як правило, здійснюється при вирішенні питань про відповідність Конституції України (конституційність): законів та інших правових актів Верховної Ради України; актів Президента України; актів Кабінету Міністрів України; правових актів Автономної Республіки Крим, а також за зверненням Президента України або Кабінету Міністрів України при наданні висновків про відповідність Конституції України чинним міжнародним договорам України або тим міжнародним договорам, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість. На нашу думку, здійснення цих повноважень Конституційним Судом України неможливе без здійснення тлумачення правових норм, ключове місце в якому займає системний спосіб тлумачення, що надає змогу:

– по-перше, шляхом встановлення зв'язку між відповідним положенням (положеннями) Конституції України та положенням (положеннями) законів, інших правових актів Верховної Ради України; актів Президента України; актів Кабінету Міністрів України; правових актів Автономної Республіки Крим, щодо яких здійснюється перевірка на відповідність положенням Конституції, їх аналізу та формулювання обґрунтованого висновку, з'ясувати його відповідність або невідповідність Конституції України;

– по-друге, шляхом встановлення зв'язку між відповідним положенням (положеннями) Конституції України та положенням (положеннями) чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість, щодо яких здійснюється перевірка на відповідність положенням Конституції, їх аналізу та формулювання обґрунтованого висновку, з'ясувати його відповідність або невідповідність Конституції України.

У рішеннях Конституційного Суду України, які стосуються офіційного тлумачення Конституції та законів України, у їх описовій та мотивувальній частинах містяться окремі посилання на ті способи тлумачення права, які ним застосовані, зокрема: логіко-граматичний спосіб тлумачення, граматичний спосіб тлумачення, історичний спосіб тлумачення, логічний спосіб, телеологічний спосіб тлумачення.

Зазначені способи тлумачення, котрі застосовані Конституційним Судом України, як правило, використовувались у їх поєднанні між собою, що надало змогу всесторонньо встановити зміст тих положень, які тлумачаться. Комбінація цих способів тлумачення залежить від розсуду суддів Конституційного Суду України, причому в частинах окремих рішень Конституційного Суду України, де викладена окрема думка, суддями висловлюються власні міркування щодо застосування того або іншого способу тлумачення, на підставі чого обґрунтовується власне бачення змісту офіційного тлумачення того або іншого положення Конституції або законів України.

На підставі аналізу рішень Конституційного Суду України, в яких здійснено тлумачення положень Конституції та законів України, ми встановили, що питома вага логічного, граматичного, телеологічного та історичного способів тлумачення, які були застосовані Конституційним Судом України в процесі здійснення офіційного тлумачення, є відносно невелика. Чого не скажеш про рішення Конституційного Суду України, в яких «акцент» зроблено на використання системного способу тлумачення правових норм. Окремо слід звернути увагу на практику застосування системного способу тлумачення правових норм у практиці Конституційного Суду України. Практика діяльності Конституційного Суду України доводить той факт, що застосування системного способу тлумачення правових норм є досить поширеним. Тут так само можемо зазначити, що відсутність чіткого посилання у змісті акта Конституційного Суду України про застосування

системного способу тлумачення правових норм, не виключає факт застосування вказаного способу в якості допоміжного засобу для здійснення Конституційним Судом України іншої (окрім правоінтерпретаційної) діяльності<sup>4</sup>.

Аналізуючи зміст актів офіційного тлумачення Конституції та законів України, де застосовано системний спосіб тлумачення, ми дійшли висновку, що умови та порядок застосування системного способу тлумачення норм права в практиці діяльності Конституційного Суду України мають досить неоднозначний та неусталений характер. Тому вважаємо за доцільне узагальнити існуючу практику правоінтерпретаційної діяльності Конституційного Суду України, де застосовано системний спосіб тлумачення. Таке узагальнення спробуємо провести, засновуючись на результатах групування зв'язків між нормами права, які мають бути враховані в процесі тлумачення правових норм. Насамперед слід вказати на те, що всі акти офіційного тлумачення, прийняті Конституційним Судом України, можливо поділити на:

– ті, що у своїй назві зазначають факт застосування системного способу тлумачення, який становить основу для здійснення офіційного тлумачення<sup>5</sup>. Аналізуючи зміст цих рішень Конституційного Суду України, ми дійшли висновку, що таке формулювання назви самого рішення Суду із посиланням на те, що застосовано системний спосіб тлумачення, зумовлено тим, що інші способи тлумачення правових норм при тлумаченні відповідних положень Конституції або законів України не застосовувались. Знову ж, такий вибір системного способу тлумачення правових норм залишається на розсуд суддів Конституційного Суду України;

– ті, що у своїй назві не зазначають факт застосування системного способу тлумачення, проте у змісті самого рішення цей спосіб визнано як основний або один зі способів тлумачення, котрий був застосований<sup>6</sup> тощо. Аналізуючи зміст цих рішень Конституційного Суду України, ми дійшли висновку, що таке формулювання назви самого рішення Суду без посилання на те, що застосовано системний спосіб тлумачення, зумовлено тим, що цей спосіб тлумачення правових норм використано разом з іншими способами тлумачення, або він застосований епізодично, для вирішення окремих питань (наприклад, тлумачення суміжних правових положень) у процесі здійснення тлумачення відповідного положення Конституції або законів України. Знову ж, такий вибір способів тлумачення правових норм та порядку їх застосування залишається на розсуд суддів Конституційного Суду України.

Окрім того, рішення Конституційного Суду України, в яких зазначено про застосування системного способу тлумачення правових норм, мають більш поширений характер порівняно з попередніми рішеннями. Це, на нашу думку, зумовлено складністю системи права та системи законодавства України, які мають на сьогодні тенденцію до ускладнення й розгалуження. Так само слід звернути увагу на певну термінологічну невизначеність, яка присутня в актах офіційного тлумачення Конституції та законів України, що здійснюється Конституційним Судом України. Зокрема, у змісті рішень Конституційного Суду України вживаються такі поняття, як системний аналіз<sup>7</sup>; визначення системних зв'язків<sup>8</sup>, системний спосіб тлумачення<sup>9</sup> тощо.

Ми навели найбільш типові приклади системного способу тлумачення в практиці роботи Конституційного Суду України, що відображає його особливий статус як суб'єкта конституційної юрисдикції. Незважаючи на відсутність належного правового регулювання порядку застосування способів тлумачення правових норм, необхідного методичного та інформаційного забезпечення офіційного тлумачення, котре здійснюється Конституційним Судом України, слід зазначити, що: 1) практика правотлумачної діяльності Конституційного Суду України доводить, що вибір кола способів тлумачення правових норм та їх безпосереднє застосування залежить від особливості питань, які надаються на вирішення Конституційному Суду України, та залишається на розсуд суддів Конституційного Суду України; 2) застосування того або іншого способу тлумачення правових норм у практиці Конституційного Суду України засновується на доктринальних засадах та традиційній практиці тлумачення, яка склалася за роки функціонування Конституційного Суду України; 3) офіційне тлумачення положень Конституції та законів України Конституційним Судом України здійснюється як безпосередньо, шляхом проведення правотлумачної діяльності, або опосередковано – при здійсненні інших своїх повноважень, де офіційне тлумачення тих або інших положень Конституції або законів України виконує допоміжну роль, що забезпечує реалізацію інших своїх повноважень; 4) в цілому у змісті актів Конституційного Суду України, що стосуються офіційного тлумачення положень Конституції і законів України, Конституційним Судом України, як правило, детально розкрито причини обрання способів тлумачення правових норм, обґрунтовуються особливості поєднання того чи іншого способу тлумачення норм права, розкривається порядок застосування відповідного способу тлумачення правових норм, визначається його роль у змісті сформульованого висновку, що є частиною Рішення Конституційного Суду України; 5) офіційне тлумачення положень Конституції та законів України оформлюється Конституційним Судом України у вигляді відповідних рішень, які мають офіційний характер та набувають в подальшому загальнообов'язковий статус; 6) особливостями застосування системного способу тлумачення правових норм в практиці правоінтерпретаційної діяльності Конституційного Суду України є наступні: а) всі акти офіційного тлумачення, прийняті Конституційним Судом України, в яких застосовано системний спосіб тлумачення правових норм, можливо поділити на: ті, що у своїй назві зазначають факт застосування системного способу тлумачення, який становить основу для здійснення офіційного тлумачення, та ті, що у своїй назві не зазначають факт застосування системного способу тлумачення, проте у змісті самого рішення цей спосіб визнано як основний або один зі способів тлумачення, котрий був застосований; б) системний спосіб тлумачення правових норм у правоінтерпретаційній діяльності Конституційного Суду України має найбільш поширений характер порівняно з іншими способами тлумачення правових норм, що викликано самим фактом системності права і законодав-



ства як такого, що потребує застосування системного способу тлумачення правових норм в процесі їх тлумачення; в) слід звернути увагу на певну термінологічну невизначеність, яка присутня в актах офіційного тлумачення Конституції та законів України, що здійснюється Конституційним Судом України. Зокрема, у змісті рішень Конституційного Суду України вживаються такі поняття, як системний аналіз, системний спосіб тлумачення, офіційне тлумачення положень у їх системному зв'язку; г) узагальнюючи практику правоінтерпретаційної діяльності Конституційного Суду України, де застосовано системний спосіб тлумачення правових норм, встановлено, що в роботі Конституційного Суду України враховуються наступні види зв'язків між нормами права: зв'язки між нормами права одного інституту (субінституту) права, що стосуються регулювання суспільних відносин одного виду; зв'язки між нормами права однієї галузі (підгалузі) права, які регламентують суспільні відносини певної сфери; зв'язки між нормами права різних інститутів (субінститутів), галузей (підгалузей) права, які регулюють різноманітні суспільні відносини; зв'язки між нормами права, які закріплені в одному нормативно-правовому акті або в нормативно-правових актах однакової юридичної сили; зв'язки між нормами міжнародного та національного права; зв'язки між матеріальними нормами права, якими встановлюються права та обов'язки суб'єкта права; зв'язки між процесуальними та матеріальними нормами права; зв'язки норми права з нормою, що змінює або доповнює її; зв'язки норми права з нормою-принципом; зв'язки норми права з декларативною-нормою; зв'язки норми права з дефінітивною нормою; зв'язки норми права, одна з яких має колізійний характер; зв'язки норми права з нормою, до якої відсилає норма права, що тлумачиться, коли елементи правової норми не розкриваються повністю в одній статті, а дається посилання на інші статті цього ж нормативного акту; зв'язки норми права з нормою, яка конкретизує норму права, що тлумачиться, яка розміщена у положеннях інших нормативних актів.

Хотілось би надати і окремі рекомендації щодо вдосконалення правоінтерпретаційної діяльності Конституційного Суду України в контексті застосування системного способу тлумачення правових норм. По-перше, доцільно було б вдосконалити правове регулювання правоінтерпретаційної діяльності, зокрема привести у відповідність до норм Конституції України та узгодити між собою зміст ст. 13, 61, 62 Закону України «Про Конституційний Суд України»; по-друге, не допускати термінологічну невизначеність, яка присутня в актах офіційного тлумачення Конституції та законів України, що здійснюється Конституційним Судом України; по-третє, вважаємо за доцільне вдосконалити зміст рішень Конституційного Суду України, зокрема у вступній частині рішень Конституційного Суду України, де вживається системний спосіб тлумачення, обов'язково вказувати про застосування саме системного способу тлумачення; у назві цих рішень зазначати про офіційне тлумачення тих або інших положень у системному зв'язку між ними; в описовій частині рішення вказувати про зміст такого системного зв'язку між положеннями, які тлумачаться; в заключній частині рішень вказувати про результати офіційного тлумачення положень законодавчих актів у їх зв'язку між собою; по-четверте, покласти на Конституційний Суд України обов'язок застосування системного способу тлумачення правових норм при застосуванні будь-яких інших способів тлумачення в їх поєднанні та закріпити цей обов'язок на правовому рівні; по-п'яте, посилити науково-інформаційне забезпечення діяльності Конституційного Суду України в частині узагальнення практики застосування системного способу тлумачення правових норм.

Враховуючи вищевикладене та беручи за основу повноваження Конституційного Суду України, вважаємо, що роль системного тлумачення Конституційного Суду в правоінтерпретаційній діяльності полягає в наступному:

- 1) конституційна роль, що пов'язана із закріпленням за Конституційним Судом України виключних повноважень щодо здійснення офіційного тлумачення Конституції України та законів України;
- 2) офіційно-нормативна роль, яка полягає в тому, що правоінтерпретаційна діяльність Конституційного Суду України здійснюється офіційно відповідно до чинного законодавства України, а сам акт тлумачення, що приймається Конституційним Судом України, наділений офіційним статусом, має загальнообов'язковий формально визначений характер;
- 3) орієнтаційна роль, змістом якої є вплив положень актів тлумачення Конституційного Суду України на юридичну практику в Україні, правову свідомість та правову культуру суспільства і його громадян;
- 4) пізнавально-роз'яснювальна роль, що полягає у з'ясуванні змісту і смислу норм Конституції України та законів України, а також у їх роз'ясненні у вигляді відповідних актів тлумачення;
- 5) ціннісна роль, яка надає змогу акумулювати ціннісні орієнтири права як соціокультурного явища, їх переосмислити та здійснити тлумачення правових норм у контексті їх співвіднесення з відповідними ціннісними орієнтирами права;
- 6) гуманістична роль, що полягає у забезпеченні прав і свобод людини при з'ясуванні та роз'ясненні змісту і смислу норм права, котрі тлумачаться;
- 7) системоутворююча роль, змістом якої є здійснення тлумачення Конституції України та законів України в контексті єдності правових норм, які в них закріплені, де результати тлумачення матимуть загальнообов'язковий характер для подальшої правотлумачної та правозастосовної діяльності, яка здійснюється іншими суб'єктами права.

<sup>1</sup> Худoley К. М. Толкование Конституции и уставов субъектов РФ Конституционными (Уставными) судами : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / К. М. Худoley. – Тюмень, 2007. – С. 11.

<sup>2</sup> Долголенко Т. Н. Аксиологический и формально-юридический смысл толкования права : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Т. Н. Долголенко. – Казань, 2012. – С. 19.

<sup>3</sup> Конституція України № 254к/96-ВР від 28 червня 1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>4</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 202 Регламенту Верховної Ради України : затвердженого Законом України «Про Регламент Верховної Ради України», у редакції Закону України «Про внесення зміни до Регламенту Верховної Ради України» (справа про законодавчу ініціативу) від 30 травня 2012 р. № 12-рп/2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-12?nreg=v012p71012&find=1&text=%F1%E8%F1%F2%E5%EC%ED+%F1%EF%EE%F1&x=10&y=7#w11> ;

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 2 частини першої статті 7, пункту 2 розділу VIII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 13 березня 2012 р. № 6-рп/2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-12?nreg=v006p710-12&find=1&text=%F1%E8%F1%F2%E5%EC%ED+%F1%EF%EE%F1&x=11&y=4#w12> ;

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 1, частини першої статті 7, статей 8, 9, 10, частини четвертої статті 14, статті 17, частини першої статті 20, частини третьої статті 29 Закону України «Про прокуратуру» (справа про повноваження прокуратури відповідно до пункту 9 розділу XV «Перехідні положення» Конституції України) від 10 вересня 2008 р. № 15-рп/2008 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v015p71008?nreg=v015p71008&find=1&text=%F1%E8%F1%F2%E5%EC%ED+%F1%EF%EE%F1&x=11&y=10#w12>

<sup>5</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Суботи Артема Анатолійовича щодо офіційного тлумачення положень частини п'ятої статті 127 Конституції України у системному зв'язку з частиною третьою цієї статті, статті 65 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 12 червня 2013 р. № 4-рп/2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/main> ;

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України від 25 січня 2012 р. № 3-рп/2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-12> ;

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положення частини восьмої статті 83 Конституції України у системному зв'язку з положеннями частин шостої, сьомої статті 83, пункту 9 частини першої статті 106, частин третьої, четвертої статті 114 Конституції України від 28 квітня 2009 р. № 8-рп/2009 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/main>

<sup>6</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Кузьменка Віталія Борисовича щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 364 Кримінального кодексу України (справа щодо застосування кваліфікуючої ознаки «працівник правоохоронного органу» до працівника державної виконавчої служби) від 18 квітня 2012 р. № 10-рп/2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/main> ;

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням акціонерної компанії «Харківобленерго» щодо офіційного тлумачення положень пункту 2 частини другої статті 17, пункту 8 частини першої статті 26, частини першої статті 50 Закону України «Про виконавче провадження» від 26 червня 2013 р. № 5-рп/2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/main> ;

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Суботи Артема Анатолійовича щодо офіційного тлумачення положень частини п'ятої статті 127 Конституції України у системному зв'язку з частиною третьою цієї статті, статті 65 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 12 червня 2013 р. № 4-рп/2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/main> ;

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Ліхтер Бетон Львів» щодо офіційного тлумачення положень частини четвертої статті 58, частини першої статті 64 Закону України «Про господарські товариства» від 5 лютого 2013 р. № 1-рп/2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/main> ;

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 202 Регламенту Верховної Ради України, затвердженого Законом України «Про Регламент Верховної Ради України», у редакції Закону України «Про внесення зміни до Регламенту Верховної Ради України» (справа про законодавчу ініціативу) від 30 травня 2012 р. № 12-рп/2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-12?nreg=v012p710-12&find=1&text=%F1%E8%F1%F2%E5%EC%ED+%F1%EF%EE%F1&x=10&y=7#w11>

<sup>7</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України від 20 січня 2012 р. № 2-рп/2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v002p71012?nreg=v002p71012&find=1&text=%F1%E8%F1%F2%E5%EC%ED+%F2%EB%F3%EC%E0%F7&x=7&y=2#w13> ;

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Кузьменка Віталія Борисовича щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 364 Кримінального кодексу України (справа щодо застосування кваліфікуючої ознаки «працівник правоохоронного органу» до працівника державної виконавчої служби) від 18 квітня 2012 р. № 10-рп/2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/main> ;

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо офіційного тлумачення поняття «щомісячне довічне грошове утримання», що міститься у підпункті «е» підпункту 165.1.1 пункту 165.1 статті 165 Податкового кодексу України від 14 грудня 2011 р. № 18-рп/2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-11?nreg=v018p710-11&find=1&text=%F1%E8%F1%F2%E5%EC%ED+%F2%EB%F3%EC%E0%F7&x=3&y=3#w12>

<sup>8</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Суботи Артема Анатолійовича щодо офіційного тлумачення положень частини п'ятої статті 127 Конституції України у системному зв'язку з частиною третьою цієї статті, статті 65 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 12 червня 2013 р. № 4-рп/2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/main> ;

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України від 25 січня 2012 р. № 3-рп/2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-12>

<sup>9</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Президента України про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої статті 5, статті 69, частини другої статті 72, статті 74, частини другої статті 94, частини першої статті 156 Конституції України (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі) від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-08> ;

Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин другої, третьої, четвертої статті 219 Регламенту Верховної Ради України (справа про Регламент Верховної Ради України) від 1 квітня 2008 р. № 4-рп/2008 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-08>

#### Резюме

**Котенко М. В. Роль системного тлумачення в правоінтерпретаційній діяльності Конституційного Суду України.**

Аналізуються особливості, значення та роль системного способу тлумачення в правоінтерпретаційній діяльності Конституційного Суду України. Визначено стан застосування системного способу тлумачення у судовій практиці Конституційного Суду та шляхи її вдосконалення.

**Ключові слова:** Конституційний Суд України, судова практика, тлумачення, системний спосіб.

#### Резюме

**Котенко Н. В. Роль системного толкования в правоинтерпретационной деятельности Конституционного Суда Украины.**

Анализируются особенности, значение и роль системного способа толкования в правоинтерпретационной деятельности Конституционного Суда Украины. Определено состояние применения системного способа толкования в судебной практике и пути ее совершенствования.

**Ключевые слова:** Конституционный Суд Украины, судебная практика, толкование, системный способ.

#### Summary

**Kotenko M. Systematic interpretation and its role in the law-interpretational activities of the Constitutional Court of Ukraine**

In the article author analyses the characteristics and value of the systematic method of interpretation and its role in the law-interpretational activities of the Constitutional Court of Ukraine. Defined state using the systematic method of interpretation in judicial practice and ways to improve it.

**Key words:** Constitutional Court of Ukraine, jurisprudence, interpretation, systematic method.

УДК 342.534: 342 534.2 (477)

#### В. В. ГЕЦКО

*Вікторія Василівна Гецько, аспірантка Ужгородського національного університету*

### ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ З ПИТАНЬ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕПУТАТІВ

У сучасних умовах функціонування парламентаризму проблеми конституційно-правової відповідальності депутатів набувають особливої ваги і значення. Це зумовлено передусім характером політичних, економічних, соціальних та цілим рядом інших процесів у державі.

Питаннями конституційно-правової відповідальності займалися багато вчених – як правознавців, так і політологів, філософів, соціологів. Втім, проблематика й досі залишається актуальною, оскільки серед вчених немає одностайності щодо природи та сутності самої конституційно-правової відповідальності, визначення поняття і ознак, підстав настання та санкцій тощо.

Проблеми конституційно-правової відповідальності в юридичній науці досліджувалися вченими України та зарубіжних країн. Зокрема, це П. Е. Недбайло, М. В. Вітрук, М. А. Боброва, Т. Д. Зражевська,

Д. Т. Шон, М. М. Колосова, Ю. М. Тодика, Д. А. Липінський, М. В. Баглай, Ю. Г. Барабаш, С. А. Авакян, В. М. Шаповал, Л. Р. Наливако, В. В. Бойцова та ін.

Майже всі науковці, що займалися дослідженням проблем конституційно-правової відповідальності, особливо підкреслюють основне її призначення – захист Конституції та конституційного ладу. Наприклад, М. В. Баглай ще окремо виділяє, що у демократичній правовій державі конституційно-правова відповідальність постає не тільки елементом захисту основного закону суспільства та держави, а й реальною гарантією від концентрації влади й зловживанням нею<sup>1</sup>.

Варто підкреслити, що роль та значення Конституційного Суду України як органу конституційної юрисдикції значно посилюється виключною важливістю розв'язання завдання щодо створення ефективного правового механізму захисту Конституції, особливе місце в якому займає конституційно-правова відповідальність.

Основним джерелом конституційного права є Конституція України, що закріплює основи юридичної відповідальності в цілому, які потім знаходять своє вираження, конкретизацію й розвиток у нормах галузевого законодавства.

На сьогодні конституційно-правова відповідальність народних депутатів в Основному Законі закріплена вкрай фрагментарно, що, в свою чергу, створює враження про відсутність законодавчого закріплення даного виду відповідальності на найвищому рівні. Так, на рівні Конституції України передбачена, зокрема, така відповідальність депутатів:

- відповідальність народних депутатів України, яка впливає із депутатської недоторканності та депутатського індемнітету (ст. 80);
- вимоги щодо несумісності депутатського мандата (ст. 78);
- дострокове припинення повноважень Верховної Ради України (ст. 90);
- дострокове припинення повноважень народних депутатів України (частина друга ст. 81);
- відповідальність народних депутатів України, яка впливає із обов'язку особистої участі у голосуванні (ст. 84) тощо.

Варто зазначити, що в сучасних умовах конституційних перетворень (конституційної реформи) конституційно-правова відповідальність депутатів є необхідним інститутом конституційного права України як провідної галузі в системі національного права України, оскільки реальне функціонування інституту відповідальності має забезпечувати конституційність застосування конституційно-правових норм, гарантувати захист загальнодемократичних засад.

За таких умов конституційні норми щодо конституційно-правової відповідальності потребують деталізації та конкретизації на рівні законів України. Окремі положення щодо конституційно-правової відповідальності народних депутатів України та депутатів місцевих рад містяться у Законах України «Про статус народного депутата України»<sup>2</sup> та «Про статус депутатів місцевих рад»<sup>3</sup>. Зокрема, частиною третьою ст. 7 Закону України «Про статус народного депутата України» встановлено, що народний депутат відповідальний за свою депутатську діяльність перед Українським народом як уповноважений ним представник у Верховній Раді України. Характеристика народного депутата України як представника Українського народу означає, що українські парламентарії мають вільний мандат, який передбачає, що народний депутат України є представником усього народу і ніхто не має права надавати йому зобов'язуючі накази. Відповідно до частини третьою ст. 1 Закону України «Про статус народного депутата України» при виконанні своїх повноважень народний депутат керується Конституцією України, законами України та загальновизнаними нормами моралі.

Поряд із тим Конституцією України гарантовано право територіальної громади щодо здійснення місцевого самоврядування. Місцеве самоврядування здійснюється територіальною громадою в порядку, встановленому законом, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування: сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи (ст. 140 Конституції України). Відповідно до положень ст. 2 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад» депутат місцевої ради є представником інтересів територіальної громади, виборців свого виборчого округу. Депутат місцевої ради зобов'язаний виражати і захищати інтереси відповідної територіальної громади та її частини – виборців свого виборчого округу, виконувати їх доручення в межах своїх повноважень, наданих законом, брати активну участь у здійсненні місцевого самоврядування. Статтями 6, 7, 8 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад» передбачені вимоги щодо поєднання депутатської діяльності з виконанням виробничих або службових обов'язків, несумісність статусу депутата місцевої ради з деякими посадами та видами діяльності, а також необхідність дотримання правил депутатської етики. У ст. 7 зазначеного Закону встановлено, що депутат місцевої ради не може мати іншого представницького мандата.

Варто зазначити, що в рішеннях Конституційного Суду України з питань конституційно-правової відповідальності формуються важливі правові позиції, які уточнюють, конкретизують положення законів, в яких містяться положення про конституційно-правову відповідальність депутатів. Як зауважують правознавці, правові позиції, вироблені Конституційним Судом України, повинні засвоюватись юридичною практикою. Так, В. Я. Тацій і Ю. М. Тодика розглядають правову позицію Конституційного Суду України як висновок загального характеру, здійснений на підставі, в межах повноважень і способом, передбаченим Конституцією і законами України, як результат тлумачення правових норм або їх сукупності, унаслідок чого долається невизначеність в розумінні норм Конституції і законів України, що стали предметом тлумачення<sup>4</sup>.

Заслуговує на увагу також судження науковців про те, що правові позиції органу конституційної юрисдикції є не тільки результатом нормативного і казуального тлумачення правових норм, а й виявляють конституційно-правовий зміст чинних законів та інших нормативно-правових актів, усуваючи їх правову невизначеність.

Відповідно до рішень Конституційного Суду України втрачають чинність закони та інші правові акти, якими у неконституційний спосіб врегульовано правовідносини у будь-якій галузі суспільного життя, а після надання органом конституційного контролю офіційного тлумачення Конституції та законів України, положення правових актів, якими врегульовані певні правовідносини, повинні застосовуватись виключно згідно з правовою позицією Конституційного Суду України. Правові позиції органу конституційної юрисдикції є не тільки результатом нормативного та казуального тлумачення правових норм, а й виявляють конституційно-правовий зміст чинних законів та інших нормативно-правових актів, усуваючи правову невизначеність у певній сфері суспільних відносин<sup>5</sup>.

Розглянемо окремі правові позиції Конституційного Суду України щодо конституційно-правової відповідальності народних депутатів України та депутатів місцевих рад. При цьому слід мати на увазі, що за галузями права кримінальна та адміністративна відповідальність є окремими видами юридичної відповідальності, відмінними від конституційно-правової. Однак в Конституції України зазначено особливий порядок притягнення народних депутатів до кримінальної відповідальності, затримання та арешт. Виходячи із широкого розуміння конституційно-правової відповідальності, правові позиції Конституційного Суду України, що роз'яснюють порядок застосування кримінальної та адміністративної відповідальності депутатів, не можуть бути проігноровані в рамках теми дослідження.

*Правові позиції Конституційного Суду України щодо відповідальності народних депутатів, яка впливає із депутатської недоторканності та депутатського індемнітету (ст. 80 Конституції України, ст. 27 Закону України «Про статус народного депутата України»).* У теорії конституційного права в якості елементів правової природи депутатського мандату виділяють імунітет (депутатська недоторканність) та індемнітет (привілей свободи слова). Статтею 80 Конституції України встановлено, що народним депутатам України гарантується депутатська недоторканність. Народні депутати України не несуть юридичної відповідальності за результати голосування або висловлювання у парламенті та його органах, за винятком відповідальності за образу чи наклеп. Народні депутати України не можуть бути без згоди Верховної Ради України притягнені до кримінальної відповідальності, затримані чи заарештовані.

Слід зазначити, що тлумаченню поняття недоторканності присвячено такі рішення Конституційного Суду України: 1) Рішення у справі про депутатську недоторканність від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99<sup>6</sup>; 2) Рішення у справі про гарантії діяльності народного депутата України від 10 квітня 2003 р. № 7-рп/2003<sup>7</sup>; 3) Рішення у справі про гарантії депутатської недоторканності від 26 червня 2003 р. № 12-рп/2003<sup>8</sup>.

Як зазначалось раніше, частина третя ст. 80 Конституції України передбачає, що народні депутати України не можуть бути без згоди Верховної Ради України притягнуті до кримінальної відповідальності, затримані чи заарештовані. Ця норма була розтлумачена Конституційним Судом України у Рішенні від 27 жовтня 1999 р. № 9-рп/99 (справа про депутатську недоторканність), де було сказано, що депутатська недоторканність поширюється на народного депутата України з моменту визнання його обраним за рішенням відповідної виборчої комісії і до моменту припинення повноважень народного депутата України. Кримінальна відповідальність настає з моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду. Притягнення до кримінальної відповідальності, як стадія кримінального переслідування, починається з моменту пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину. Згода Верховної Ради України на притягнення народного депутата України до кримінальної відповідальності має бути одержана до пред'явлення йому обвинувачення у вчиненні злочину відповідно до чинного Кримінально-процесуального кодексу України. У разі пред'явлення громадянину України обвинувачення у вчиненні злочину та/або його арешту до обрання народним депутатом України подальше провадження у кримінальній справі стосовно такого депутата може бути продовжено за наявності згоди Верховної Ради України на його притягнення до кримінальної відповідальності та/або перебування під вартою.

Крім того, частина перша ст. 80 Основного Закону гарантує народним депутатам України депутатську недоторканність. Конституційний Суд України в своєму Рішенні від 26 червня 2003 р. № 12-рп/2003 (справа про гарантії депутатської недоторканності) роз'яснив, що депутатська недоторканність – це конституційна гарантія безперешкодного та ефективного здійснення народним депутатом України своїх повноважень, що передбачає звільнення його від кримінальної відповідальності у визначених Конституцією України випадках. Порядок притягнення члена парламенту до кримінальної відповідальності, його затримання як тимчасовий запобіжний кримінально-процесуальний та адміністративно-процесуальний заходи і арешт (взяття під варту) як кримінально-процесуальний запобіжний захід та як адміністративне стягнення за вчинене правопорушення може бути застосоване лише за згодою Верховної Ради України і на підставі та в порядку встановлених Конституцією і законами України. Затримання чи арешт народного депутата можливі за згодою парламенту незалежно від наявності його згоди на притягнення цього парламентарія до кримінальної відповідальності.

Також, що стосується відповідальності народного депутата України, яке впливає з депутатської недоторканності, то Конституційний Суд України в своєму Рішенні від 10 квітня 2003 р. № 7-рп/2003 (справа про гарантії діяльності народного депутата України) роз'яснив, що народний депутат України може бути без згоди Верховної Ради України притягнений до адміністративної відповідальності, якщо можливі запобіжні заходи чи стягнення за вчинене правопорушення не пов'язані із затриманням чи арештом народного депутата України.

Порядок розгляду питань про згоду на притягнення до кримінальної відповідальності, затримання чи арешт народного депутата України визначається главою 35 Регламенту Верховної Ради України, затвердженого Законом України від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI.

Разом із тим, відповідно до ст. 78 Конституції України народні депутати України здійснюють свої повноваження на постійній основі. Народні депутати України не можуть мати іншого представницького мандата, бути на державній службі, обіймати інші оплачувані посади, займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю (крім викладацької, наукової та творчої діяльності), входити до складу керівного органу чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку. Вимоги щодо несумісності депутатського мандата з іншими видами діяльності встановлюються законом. У разі виникнення обставин, що порушують вимоги щодо несумісності депутатського мандата з іншими видами діяльності, народний депутат України у двадцятиденний строк з дня виникнення таких обставин припиняє таку діяльність або подає особисто заяву про складення повноважень народного депутата України.

Частиною першою ст. 3 Закону України «Про статус народного депутата України» встановлено, що народний депутат не має права: 1) бути членом Кабінету Міністрів України, керівником центрального органу виконавчої влади; 2) мати інший представницький мандат чи одночасно бути на державній службі; 3) обіймати посаду міського, сільського, селищного голови; 4) займатися будь-якою, крім депутатської, оплачуваною роботою, за винятком викладацької, наукової та творчої діяльності, а також медичної практики у вільний від виконання обов'язків народного депутата час; 5) залучатись як експерт органами у кримінальному провадженні, а також займатися адвокатською діяльністю; 6) входити до складу керівництва, правління чи ради підприємства, установи, організації, що має на меті одержання прибутку.

*Правові позиції Конституційного Суду України щодо відповідальності народних депутатів України стосовно їх обов'язку особистої участі у голосуванні (ст. 84 Конституції України, ст. 10 Закону України «Про статус народного депутата України»).* Відповідно до частин другої, третьої ст. 84 Конституції України рішення Верховної Ради України приймаються виключно на її пленарних засіданнях шляхом голосування. Голосування на засіданнях Верховної Ради України здійснюється народним депутатом України особисто. Народний депутат бере особисту участь у засіданнях Верховної Ради України чи її органів, до складу яких його обрано (ст. 10 Закону України «Про статус народного депутата України»).

Відповідно до Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 1998 р. № 11-рп/98 (справа щодо порядку голосування та повторного розгляду законів Верховною Радою України)<sup>9</sup> положення частини другої ст. 84 Конституції України треба розуміти так, що рішення Верховної Ради України, зокрема закони, постанови, інші акти, а також рішення Верховної Ради України щодо прийняття (відхилення) постанов, постановок, поправок до них приймаються лише на пленарному засіданні Верховної Ради України за умови особистої участі народних депутатів України в голосуванні та набрання встановленої Конституцією України, Регламентом Верховної Ради України кількості голосів на їх підтримку.

Положення частини третьої ст. 84 Конституції України щодо здійснення народним депутатом України голосування на засіданнях Верховної Ради України означає безпосереднє волевиявлення незалежно від способу голосування, тобто народний депутат України не має права голосувати за інших народних депутатів України на засіданнях Верховної Ради України. Порушення встановленої Конституцією України процедури ухвалення законів та інших правових актів Верховною Радою України є підставою для визнання їх неконституційними (частина перша ст. 152 Конституції України).

Згідно з Рішенням Конституційного Суду України від 17 жовтня 2002 р. № 17-рп/2002<sup>10</sup> (щодо повноважності Верховної Ради України) положення частин другої, третьої ст. 84 та ст. 91 Конституції України щодо участі народних депутатів України у прийнятті Верховною Радою України рішень треба розуміти так, що коли за пропонуване рішення проголосувала визначена Конституцією України кількість народних депутатів України, воно вважається прийнятим незалежно від того, скільки народних депутатів України не брали участі у голосуванні. Неучасть певної кількості народних депутатів України у голосуванні не є складовою процесу прийняття рішень Верховною Радою України.

При цьому Конституційний Суд України зазначив, що питання щодо прийняття відповідного рішення необхідною кількістю голосів «за» порівнюється саме з Конституційним складом Верховної Ради, а не з кількістю народних депутатів України, присутніх на її засіданні. Присутність і особиста участь народного депутата України у засіданнях Верховної Ради України та її органів, до складу яких його обрано, не є питанням вільного рішення (вибору) народного депутата України, а, відповідно, є обов'язком. Це стосується будь-якого засідання парламенту, в тому числі й урочистого засідання, на якому голосування не відбувається і рішення не приймаються. Верховна Рада України правомочна приймати закони за умови присутності на її пленарних засіданнях на момент голосування не менше тієї кількості народних депутатів України, яка згідно з Конституцією України необхідна для прийняття відповідного рішення. Водночас Конституція України не передбачає можливості неучасті народного депутата України у голосуванні. Конституційний Суд України у Рішенні від 7 липня 1998 р. № 11-рп/98 зазначив: «Виконання народним депутатом України своїх обов'язків в інтересах усіх співвітчизників впливає із змісту присяги, яку складає народний депутат України перед Верховною Радою України (частина перша ст. 79 Конституції України)».

Враховуючи положення Конституції України та правові позиції Конституційного Суду України, можна дійти висновку, що народні депутати України особисто не несуть конституційно-правову відповідальність за неучасть у голосуванні, хоч їх до цього зобов'язує Конституція України, присяга народного депутата України

та обов'язок перед народом. Відповідна колегіальна відповідальність настає лише у випадку, коли відсутність народних депутатів України з будь-яких причин спричиняє неповноважність Верховної Ради України та у випадку відсутності кворуму (необхідної кількості голосів) для прийняття відповідного рішення. Жодний народний депутат України не притягнений до відповідальності «за неособисте» голосування, тобто голосування за іншого депутата на засіданнях парламенту, хоч наслідком такого голосування має бути визнання неконституційним відповідного рішення через порушення процедури його прийняття.

Також народні депутати України не несуть будь-якої відповідальності за відсутність більшої частини часу на засідання Верховної Ради України, хоч їх особиста участь є обов'язковою. За таких обставин, вважаємо, що у випадку встановлення обов'язків народного депутата України має бути відповідальність за їх невиконання.

*Правові позиції Конституційного Суду України щодо конституційно-правової відповідальності депутатів місцевих рад.* Відповідно до п. 4, 5 частини першої ст. 5 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад» повноваження депутата місцевої ради припиняються достроково, зокрема, без прийняття рішення відповідної ради у разі: обрання або призначення його на посаду, зайняття якої згідно з Конституцією України і законом несумісне з виконанням депутатських повноважень; обрання його депутатом іншої місцевої ради. З приводу підстав дострокового припинення повноважень депутатів місцевої ради Конституційний Суд України висловився у своїх правових позиціях у Рішенні від 13 травня 1998 р. № 1-15/98<sup>11</sup>, а саме: депутат місцевої ради, який перебуває на посаді керівника місцевого органу виконавчої влади чи на будь-якій іншій посаді, на яку поширюється дія Конституції України і законів щодо обмеження сумісництва, не може поєднувати свою службову діяльність з такими посадами, як сільський, селищний, міський голова, секретар сільської, селищної, міської ради чи з будь-якою іншою роботою на постійній основі в радах, їх виконавчих органах та в апараті рад.

Висловлені правові позиції стосувалися положень Закону України «Про статус депутатів місцевих Рад народних депутатів», який втратив чинність з дня набрання чинності Законом України «Про статус депутатів місцевих рад». Відповідні правові позиції Конституційного Суду України, згідно з їх властивостями, були враховані законодавцем при прийнятті Закону України «Про статус депутатів місцевих рад», а саме: відобразились в положеннях частини другої ст. 6 та частини першої ст. 7 зазначеного Закону.

На підставі вищевикладеного слід наголосити на тому, що офіційне тлумачення законів, визнання Конституційним Судом України неконституційними повністю або в окремі частині положень законів та інших нормативно-правових актів свідчить про вагомий внесок єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні у процес формування законодавчої бази держави в цілому. Правові акти та їх окремі положення, які суперечать Конституції України, виводяться за межі конституційного поля, що сприяє становленню України як демократичної, правової держави, вдосконаленню її законодавства, утвердженню принципу верховенства права, захисту прав і свобод людини і громадянина. Хоча внаслідок цього маємо й ситуації, коли у багатьох галузях права закони продовжують виконувати свою регуляторну функцію, за винятком норм, визнаних неконституційними. Згідно з доктринами конституційного контролю ці норми не можуть бути поновлені або іншим шляхом дезавульовані парламентом у разі прийняття нових редакцій законів чи розробки нових законопроектів у цій самій галузі права<sup>12</sup>.

Роль та значення правових позицій Конституційного Суду України у правовому забезпеченні конституційно-правової відповідальності народних депутатів України та депутатів місцевих рад є досить важливим з огляду на такі сучасні реалії, як помітне відставання чинного законодавства від потреб часу, повільність реформування сучасного законодавства про конституційно-правову відповідальність суб'єктів. Зважаючи на необхідність демократизації подальшого розвитку суспільства та держави, підвищення рівня конституційності та законності як основ конституційного ладу, необхідно на рівні норм Конституції України встановити підстави конституційно-правової відповідальності й конституційні санкції в разі недотримання чи порушення норм Конституції України та законів України в процесі здійснення функцій та повноважень як парламенту України та місцевих рад, так і депутатів.

<sup>1</sup> Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации / М. В. Баглай. – М. : Норма, 1998. – 800 с.

<sup>2</sup> Про статус народного депутата України : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2790-12>

<sup>3</sup> Про статус депутатів місцевих рад : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/93-15>

<sup>4</sup> Тацій В. Я. Межі тлумачення Конституційним Судом України Конституції і законів України / В. Я. Тацій, Ю. М. Тодика // Актуальні проблеми конституційної юрисдикції: сучасність і перспективи розвитку. – К., 2002. – С. 64.

<sup>5</sup> Витрук Н. В. Конституционное правосудие в России (1991–2001): очерки теории и практики / Н. В. Витрук. – М., 2001. – С.111.

<sup>6</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність) від 27 жовтня 1999 року № 9-рп/99 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-99>

<sup>7</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої статті 17, частини другої статті 27 Закону України «Про статус народного депутата

України» (справа про гарантії діяльності народного депутата України) від 10 квітня 2003 р. № 7-рп/2003 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-03>

<sup>8</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 56 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частин першої, третьої статті 80 Конституції України, частини першої статті 26, частин першої, другої, третьої статті 27 Закону України «Про статус народного депутата України» та за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 80 Конституції України стосовно затримання народного депутата України (справа про гарантії депутатської недоторканності) від 26 червня 2003 р. № 12-рп/2003 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-03>

<sup>9</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення частин другої і третьої статті 84 та частин другої і четвертої статті 94 Конституції України (справа щодо порядку голосування та повторного розгляду законів Верховною Радою України) від 7 липня 1998 р. № 11-рп/98 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-98>

<sup>10</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статей 75, 82, 84, 91, 104 Конституції України (щодо повноважності Верховної Ради України) від 17 жовтня 2002 р. № 17-рп/2002 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-02>

<sup>11</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статей 3 та 5 Закону України «Про статус депутатів місцевих Рад народних депутатів» (справа щодо статусу депутатів рад) від 13 травня 1998 р. №1-15/98 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-98>

<sup>12</sup> Тацій В. Я. Межі тлумачення Конституційним Судом Конституції і законів / В. Я. Тацій, Ю. М. Тодика // Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – № 2. – С. 63.

### Резюме

**Гецько В. В. Правові позиції Конституційного Суду України з питань конституційно-правової відповідальності депутатів.**

У статті автор досліджує значення рішень Конституційного Суду України у сфері конституційно-правової відповідальності народних депутатів України та депутатів місцевих рад. Зокрема, автор аналізує акти Конституційного Суду України щодо окремих аспектів конституційно-правової відповідальності та зазначає, що висловлені правові позиції Конституційного Суду України є досить важливими з огляду на такі сучасні реалії, як помітне відставання чинного законодавства від потреб часу, повільність реформування сучасного законодавства про конституційно-правову відповідальність народних депутатів України та депутатів місцевих рад.

**Ключові слова:** конституційно-правова відповідальність, Конституція України, Конституційний Суд України, народний депутат України, депутат місцевої ради.

### Резюме

**Гецько В. В. Правовые позиции Конституционного Суда Украины по вопросам конституционно-правовой ответственности депутатов.**

В статье автор исследует значение решений Конституционного Суда Украины по вопросам конституционно-правовой ответственности народных депутатов Украины и депутатов местных советов. В частности, автор отмечает, что правовые позиции Конституционного Суда Украины являются достаточно важными, учитывая такие современные реалии, как заметное отставание действующего законодательства от потребностей времени, необходимость реформирования современного законодательства о конституционно-правовой ответственности народных депутатов Украины и депутатов местных советов.

**Ключевые слова:** конституционно-правовая ответственность, Конституция Украины, Конституционный Суд Украины, народный депутат Украины, депутат местного совета.

### Summary

**Hetsko V. The Legal Stance of the Constitutional Court of Ukraine concerning Deputies' Constitutional and Legal Responsibility.**

The article investigates the Constitutional Court of Ukraine's decision importance in the sphere of People's Deputies of Ukraine and of local councils' constitutional and legal responsibility. Particularly, the author analyses the Constitutional Court of Ukraine acts on certain aspects of constitutional and legal responsibility, claiming that the Constitutional Court of Ukraine's expressed legal stance is extremely significant, taking into consideration such modern phenomena as the current legislation being evidently out of date, slow reforming of the current legislation on People's Deputies of Ukraine and of local councils' constitutional and legal responsibility.

**Key words:** constitutional and legal responsibility, the Constitution of Ukraine, the Constitutional Court of Ukraine, People's Deputy of Ukraine, the local council's deputy.



**Н. В. КОВАЛЬ**

*Наталія Вікторівна Коваль, аспірантка Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

## **ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ КООРДИНАЦІЙНИХ, КОНСУЛЬТАТИВНИХ, ДОРАДЧИХ ТА ІНШИХ ДОПОМІЖНИХ ОРГАНІВ І СЛУЖБ ПРИ ПРЕЗИДЕНТОВІ УКРАЇНИ**

У силу різноманітних об'єктивних причин перед будь-якою державною структурою рано чи пізно постають невідкладні завдання щодо удосконалення її організації і діяльності.

Така потреба може бути зумовлена різними чинниками, зокрема такими, як нове розуміння функціонального призначення органу чи служби на певному історичному етапі, оптимізація структури, підвищення ефективності діяльності тощо.

У науковій літературі обґрунтовано наголошувалося на тому, що основною та найбільш надійною основою для оцінки діяльності допоміжних органів при главі держави є стійкість і відтворюваність державної системи, а також її послідовний поступальний розвиток відповідно до властивої саме їй природи<sup>1</sup>.

Перспективи стабільного виконання главою держави визначених Конституцією України повноважень безпосередньо залежать від рівня забезпечення високоєфективного функціонування координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при Президентові України.

Особливої актуальності це питання набуває з огляду на реальний макроекономічний стан держави та нагальну необхідність раціонального використання коштів державного бюджету, більшість допоміжних органів і служб діє виключно на громадських засадах. Тому використання Президентом України такого організаційно-інтелектуального ресурсу логічно вписується в рамки сучасної економічної політики держави як додаткова складова підвищення ефективності системи державного управління.

На наш погляд, удосконалення організації і діяльності допоміжних органів при Президентові України має бути забезпечене не лише за рахунок відповідних ініціатив глави держави, а й взаємною скоординованою діяльністю самих цих органів, передусім тих, що діють на постійній професійній основі, або, як зазначають деякі науковці, «на засадах державної служби»<sup>2</sup> (наприклад, Адміністрація Президента України). У кінцевому результаті це відповідатиме меті їхнього створення та функціональному призначенню.

Як одну з основних таких проблем, що набуває першочергового значення в сучасних умовах, можна виділити **проблему запровадження та здійснення постійного й жорсткого контролю за ефективністю діяльності утворених главою держави допоміжних органів і служб**.

Це питання об'єктивно ускладнюється тим, що єдиним суб'єктом здійснення такого контролю є Президент України, однак ця контрольна функція реалізується ним опосередковано, зокрема, через:

– допоміжні органи і служби (наприклад, відповідно до Положення про Адміністрацію Президента України, затвердженого Указом Президента України від 2 квітня 2010 р. № 504/2010<sup>3</sup>, Адміністрація бере участь в опрацюванні пропозицій щодо виконання главою держави повноважень Голови РНБО України, контролю за реалізацією заходів у цій сфері, забезпечує здійснення повноважень у сфері контролю за діяльністю Збройних Сил України, інших військових формувань, контроль за виконанням указів, розпоряджень, доручень Президента України);

– структурні підрозділи допоміжних органів і служб (наприклад, відповідно до Указу Президента України «Питання Адміністрації Президента України» від 14 липня 2014 р. № 592/2014<sup>4</sup> – через головний контрольний департамент Адміністрації Президента України);

– спеціально уповноважених главою держави осіб, наприклад, Уповноваженого Президента України з питань контролю за діяльністю Служби безпеки України, посада якого відповідно до Указу Президента України «Про повноваження та гарантії здійснення постійного контролю за діяльністю Служби безпеки України» від 18 травня 2007 р. № 427/2007<sup>5</sup> була запроваджена з метою здійснення постійного контролю за дотриманням конституційних прав громадян і законодавства в оперативно-розшуковій роботі та діяльності у сфері охорони державної таємниці органів і підрозділів Служби безпеки України, а також контролю за відповідністю виданих Службою безпеки України положень, наказів, розпоряджень.

На наш погляд, наразі є актуальною **проблема кадрового забезпечення** зазначених органів.

Російський науковець Д. М. Петровський звертає увагу на те, що відмінність служби в допоміжних органах при главі держави від служби в інших державних органах полягає як у тому, що для службовців відбір і призначення на службу, її проходження та припинення пов'язані передусім з волею глави держави і його перебуванням на своєму посту, а не з проходженням через формальні процедури та перевіркою на професійну відповідність займаній посаді, так і в тому, що вона значно меншою мірою, ніж служба кар'єрного чиновництва, закріплюється та визначається нормативними правовими актами<sup>6</sup>. Вважаємо, що з таким

твердженням можна погодитися лише частково, адже, наприклад, в Україні проходження служби в допоміжних органах на постійній професійній основі відбувається з обов'язковим дотриманням вимог Закону України «Про державну службу»<sup>7</sup>, у т.ч. і щодо необхідності попереднього одержання претендентом на зайняття посади відповідної освіти і професійної підготовки та проходження у встановленому порядку конкурсного відбору, або за іншою процедурою, передбаченою Кабінетом Міністрів України.

Ще одну проблему становить **включення до складу колегіальних органів на засадах членства діючих суддів**.

Так, Указом Президента України «Питання Ради з питань судової реформи» від 27 жовтня 2014 р. № 826/2014<sup>8</sup> до персонального складу зазначеної Ради за згодою було введено голів Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ Б. І. Гулька, Вищого господарського суду України Б. Ю. Львова, Вищого адміністративного суду України О. М. Нечитайла, Верховного Суду України Я. М. Романюка, Конституційного Суду України Ю. В. Бауліна.

Одним із ключових у роботі Ради є, зокрема, питання щодо кількості ланок судової системи України у найближчому майбутньому. Водночас погляд на цю проблему у очільників вищих спеціалізованих судів та Верховного Суду України кардинально різниться. Так, якщо представники судів касаційної інстанції виступають за збереження чотириланкової системи (зокрема, Б. І. Гулько<sup>9</sup>), то концептуальна позиція Верховного Суду України полягає у тому, що в Україні має бути відновлено триланкову систему судів загальної юрисдикції, до якої входитимуть Верховний Суд України, апеляційні та місцеві суди (абз. 1 п. 4 Пропозицій Верховного Суду України Тимчасовій спеціальній комісії Верховної Ради України з питань підготовки законопроекту про внесення змін до Конституції України, схвалених постановою Пленуму Верховного Суду України від 11 квітня 2014 р. № 1<sup>10</sup>). Ідею повернення до триланкової судової системи підтримує й Голова Верховного Суду України Я. М. Романюк<sup>11</sup>.

Відповідно до п. 9 Положення про Раду з питань судової реформи, затвердженого Указом Президента України «Питання Ради з питань судової реформи» від 27 жовтня 2014 р. № 826/2014<sup>12</sup>, рішення Ради приймаються більшістю голосів присутніх на засіданні членів Ради. Рішення Ради в разі необхідності реалізуються шляхом видання в установленому порядку актів Президента України, внесення Президентом України на розгляд Верховної Ради України відповідних законопроектів.

Зауважимо, що згідно зі стандартами Ради Європи суддям має бути дозволено брати участь у певних обговореннях, що стосуються національної судової політики. З ними повинні радитися і вони мають відігравати активну роль при підготовці законодавства, що стосується статусу суддів та загальних питань функціонування судової системи. Робота в різноманітних сферах надає суддям можливість розширити свій кругозір та дізнатися про проблеми суспільства, що є доповненням до знань, отриманих від роботи за професією. Разом із тим це може спричинити невинуватий ризик: така робота може розглядатися як така, що суперечить принципу розподілу влад і може послабити впевненість суспільства у незалежності та безсторонності суддів<sup>13</sup>.

Потенційно не можна виключити можливості того, що акт Президента України щодо реалізації рішення Ради (як, власне, і будь-якого іншого допоміжного органу) або прийнятий парламентом закон, проект якого було внесено главою держави, можуть стати предметом судової перевірки на предмет відповідності закону або Конституції України.

До того ж, з огляду на положення ч. 1 ст. 149 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. № 2453-VI<sup>14</sup>, ч. 1 ст. 32 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 р. № 422/96-ВР<sup>15</sup> організаційне забезпечення роботи суду загальної юрисдикції здійснює його апарат; організаційне, науково-експертне, інформаційно-довідкове та інше забезпечення діяльності Конституційного Суду України здійснює Секретаріат Конституційного Суду України. Отже, зазначені органи, як такі, що забезпечують діяльність судів та суддів, не повинні навіть опосередковано перетворюватися на «допоміжні органи допоміжних органів» при главі держави.

На нашу думку, для належного виконання Радою покладених на неї завдань з одночасним збереженням нейтралітету у її взаєминах з органами судової влади в рамках чинного законодавства цілком достатньо права Ради запитувати та одержувати, зокрема від державних органів, установ, інших організацій необхідні інформацію, документи і матеріали (підп. 1 п. 4 Положення про Раду з питань судової реформи, затвердженого Указом Президента України «Питання Ради з питань судової реформи» від 27 жовтня 2014 р. № 826/2014<sup>16</sup>). До того ж, наприклад, згідно з п. 4 ч. 2 ст. 46 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. № 2453-VI<sup>17</sup> до компетенції Пленуму Верховного Суду України віднесено надання висновків щодо проектів законодавчих актів, які стосуються судової системи та діяльності Верховного Суду України.

З урахуванням наведеного вище вважаємо сумнівною доцільність залучення діючих суддів як загальної, так і конституційної юрисдикції (окрім суддів, що перебувають у відставці або на пенсії) до участі у роботі координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при Президентові України, у т.ч. і у складі Ради з питань судової реформи – органу, який є підзвітним главі держави. На наш погляд, винятком з цього правила може бути входження до персонального складу РНБО України Голови Верховного Суду України як посадової особи, яка репрезентує найвищий судовий орган у системі судів загальної юрисдикції. Наприклад, Указом Президента України «Про зміну у складі Ради національної безпеки і оборони України» від 9 жовтня 2014 р. № 763/2014<sup>18</sup> до складу РНБО України було введено Голову Верховного Суду України Я. М. Романюка за його згодою (див. також Указ Президента України «Про склад

Ради національної безпеки і оборони України» від 15 грудня 2014 р. № 929/2014<sup>19</sup>). На користь такого підходу, на нашу думку, може свідчити необхідність забезпечення державою гарантій дотримання права кожного на справедливий суд.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 64 Конституції України в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. Не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені, зокрема, ст. 55 Основного Закону України, ч. 1 та ч. 2 якої визначено, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

В умовах тимчасової часткової окупації України Російською Федерацією забезпечення зазначених гарантій набуває особливої актуальності. Підтвердженням цьому можуть слугувати, наприклад, положення ч. 1 ст. 12, ст. 16 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014 р. № 1207-VII<sup>20</sup>. Зазначеними нормами в рамках визначення заходів правового реагування на тимчасово окупованій території: у зв'язку з неможливістю здійснювати правосуддя судами АРК та м. Севастополя змінено територіальну підсудність судових справ, підсудних цим судам, та визначено суди материкової частини держави, які мають забезпечити розгляд відповідних судових справ; встановлено порядок вирішення питань, що належать до повноважень слідчого судді, у кримінальних провадженнях, які перебувають на стадії досудового розслідування і здійснюються на території АРК та м. Севастополя (розглядаються слідчими суддями районних судів м. Києва, визначеними Апеляційним судом м. Києва); встановлено порядок передачі справ, що перебувають у провадженні судів, розташованих на території АРК та м. Севастополя, та розгляд яких не закінчено (передаються судам відповідно до встановленої цим Законом підсудності, протягом десяти робочих днів з дня набрання ним чинності або з дня встановлення такої підсудності); гарантовано право на переведення на посаду судді до суду на іншій території України суддям, які працювали в судах України на території АРК та м. Севастополя і виявили бажання переїхати у зв'язку з її тимчасовою окупацією.

З певною часткою умовності можна зазначити, що традиційна для України практика одночасного функціонування значної кількості допоміжних органів при главі держави, що діють на громадських засадах, може свідчити про потребу посилення уваги до професійного рівня та оптимізації структури тих органів, що працюють на постійній основі і працівники яких є державними службовцями, наприклад, Адміністрації Президента України.

Серед низки проблем, пов'язаних з потребою удосконалення діяльності координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при Президентові України, не можна не згадати про **рівень організації нормативно-правового забезпечення їхньої діяльності**.

Вітчизняні експерти Центру політико-правових реформ звертали увагу на те, що інститут глави держави в існуючому механізмі державної влади має низку суттєвих недоліків, які не дають змоги Президенту України ефективно виконувати функції глави держави. Його конституційні повноваження не повністю відповідають зафіксованому у ст. 102 Конституції України статусу глави держави, відсутність законодавчої деталізації здійснення повноважень Президентом України породжує суперечки всередині влади та дає можливість главі держави діяти подекуди без належного врахування громадської думки й мотивування своїх рішень. Виходячи з цього, було запропоновано деталізувати межі і спосіб реалізації повноважень Президента України як глави держави в Конституції України. У розвиток конституційних положень необхідно прийняти Закон «Про Президента України» (або «Про забезпечення діяльності Президента України»), який повинен детально розвивати відповідні конституційні положення. Незалежно від ухвалення конституційних новел у законі необхідно визначити статус апарату (секретаріату) Президента України, консультативних, дорадчих та допоміжних органів і служб при Президентові України, а також статус його працівників. У цьому компоненті важливо визначити, які посади у допоміжних органах глави держави належать до посад державної служби, а які – до політичних<sup>21</sup>.

На цю ж проблему звертає увагу українська дослідниця Н. О. Рибалка. Зокрема, вона вказує на те, що з боку парламенту, уряду, політичних сил та громадськості окремі адміністративно-управлінські й адміністративно-правові дії викликають несприйняття та осуд за перевищення главою держави своїх повноважень або втручання в компетенцію центральних органів виконавчої влади. З метою уникнення подібного в майбутньому авторка обґрунтовує необхідність прийняття Закону України «Про допоміжні органи і служби Президента України»<sup>22</sup>.

Науковці наголошували на доречності забезпечення підвищеної стабільності організаційно-правових основ формування системи допоміжних органів Президента України, що й зумовлює застосування законодавчого способу регулювання даних відносин, зазначаючи при цьому, що вказане не слід розглядати як певне обмеження передбаченого п. 28 ч. 1 ст. 106 Конституції України права Президента України на формування своїх допоміжних органів, позаяк предметом такого законодавчого регулювання виступатиме не організація усіх конкретних допоміжних органів, а лише загальні засади їхньої системності<sup>23</sup>.

На наш погляд, нормативне регулювання діяльності допоміжних органів при Президентові України повинно мати диференційований характер, що давало б змогу враховувати ту чи іншу їхню специфіку, місце та роль у забезпеченні діяльності глави держави, а також особливості їх координації та взаємодії.

Зауважимо, що правове регулювання діяльності цих органів на рівні Конституції України або законів України є запорукою стабільності правового статусу, однак має свої недоліки. Зокрема, у такому разі значно

ускладнюється процедура внесення оперативних змін до законодавчих актів. До того ж, теоретично не виключена можливість свідомого блокування парламентом запровадження таких змін у разі політичного протистояння главі держави.

Проілюструємо цю тезу на такому прикладі: ст. 139 Конституції України передбачено, що в АРК діє Представництво Президента України, статус якого визначається законом. Відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України від 2 березня 2000 р. № 1524-III «Про Представництво Президента України в Автономній Республіці Крим»<sup>24</sup> зазначений державний орган утворюється Президентом України, однак цей Закон не передбачає жодних повноважень глави держави щодо його ліквідації. Якщо гіпотетично припустити, що АРК матиме установлений Законом України від 15 квітня 2014 р. № 1207-VII «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України»<sup>25</sup> правовий статус тимчасово окупованої території України невизначено тривалий час, то може постати питання про ліквідацію Представництва. Очевидно, якби законом таким повноваженням було наділено главу держави, то процедурно реалізувати його шляхом видання підзаконного нормативного акта було б значно легше порівняно з прийняттям відповідного закону парламентом.

На наш погляд, удосконалення правового регулювання інституту допоміжних органів Президента України полягає не стільки у розробці та прийнятті законів, скільки у нормотворчій діяльності глави держави, насамперед для внутрішнього упорядкування структури цих органів та забезпечення їх ефективної взаємодії.

На основі аналізу проблем удосконалення діяльності координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при Президентові України можна дійти таких висновків.

1. Перспективи стабільного виконання главою держави визначених Конституцією України повноважень безпосередньо залежать від рівня забезпечення високоефективного функціонування координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при Президентові України.

2. Удосконалення організації і діяльності допоміжних органів при Президентові України має бути забезпечене не лише за рахунок відповідних ініціатив глави держави, а й взаємною скоординованою діяльністю самих цих органів, насамперед тих, що діють на постійній професійній основі.

3. Серед основних проблем у сфері діяльності координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при Президентові України можна виділити такі:

- запровадження та здійснення постійного й жорсткого контролю за ефективністю діяльності утворених главою держави допоміжних органів і служб;
- кадрове забезпечення зазначених органів;
- забезпечення сталої роботи допоміжних органів при главі держави, утворених на засадах членства;
- включення до складу колегіальних допоміжних органів, що діють на засадах членства, діючих суддів;
- нормативно-правове забезпечення діяльності допоміжних органів і служб при Президентові України;
- недостатньо чітке врегулювання правового статусу окремих допоміжних органів, створених Президентом України.

4. Нормативне регулювання діяльності допоміжних органів і служб при Президентові України повинно мати диференційований характер, що давало б змогу враховувати ту чи іншу їхню специфіку, місце та роль у забезпеченні діяльності глави держави, враховувати особливості їх координації та взаємодії.

Правове регулювання діяльності цих органів на рівні Конституції України або законів України є запорукою стабільності правового статусу, однак має свої недоліки, зокрема з огляду на те, що значно складнішою є процедура внесення оперативних змін до законодавчих актів у разі такої потреби.

5. Виключною прерогативою Президента України має залишатися можливість на власний розсуд оперативно визначитися щодо зміни пріоритетності та структури завдань його допоміжного апарату шляхом здійснення главою держави нормотворчої діяльності, а саме – видання відповідних власних підзаконних актів.

6. Теоретична можливість реалізації або практичне втілення в життя передбаченого чинним законодавством України повноваження глави держави створювати ті чи інші державні органи і установи не надає їм автоматично статусу консультативного, дорадчого або іншого допоміжного органу чи служби, які створюються Президентом України на підставі п. 28 ч. 1 ст. 106 Конституції України для здійснення його повноважень.

7. Трансформаційний процес удосконалення діяльності координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при Президентові України повинен мати чітку мету – забезпечити організаційну та функціональну єдність допоміжного апарату глави держави, модернізацію його структури, підвищення ефективності їхньої роботи та здійснення її виключно в рамках повноважень глави держави.

<sup>1</sup> Петровський Д. Н. Понятие, признаки, виды и значение вспомогательных органов при главе государства / Д. Н. Петровский: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://thsp.ru/issues/issue0207/020705.htm>

<sup>2</sup> Зозуля О. І. Особливості організації охорони праці в допоміжних органах Президента України / О. І. Зозуля // Право і суспільство. – 2012. – № 2. – С. 118–122. – С. 118.

<sup>3</sup> Про Положення про Адміністрацію Президента : України Указ Президента України від 2 квітня 2010 р. № 504/2010 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 25. – Ст. 978. – С. 21.

<sup>4</sup> Питання Адміністрації Президента України : Указ Президента України від 14 липня 2014 р. № 592/2014 // Офіційний вісник Президента України. – 2014. – № 30. – Ст. 1435. – С. 3.

- <sup>5</sup> Про повноваження та гарантії здійснення постійного контролю за діяльністю Служби безпеки України : Указ Президента України від 18 травня 2007 р. № 427/2007 // Офіційний вісник Президента України. – 2007. – № 7. – Ст. 162. – С. 53.
- <sup>6</sup> Петровський Д. Н. Вказана праця.
- <sup>7</sup> Про державну службу : Закон України від 16 грудня 1993 р. № 3723-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490.
- <sup>8</sup> Питання Ради з питань судової реформи від 27 жовтня 2014 р. № 826/2014 // Офіційний вісник Президента України. – 2014. – № 42. – Ст. 1811. – С. 26.
- <sup>9</sup> Гулько Б. Ликвидация высших специализированных судов сделает невозможной надлежащую реализацию права на кассационное обжалование / Б. Гулько: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://sc.gov.ua/ua/publikacj\\_za\\_i\\_pivrichchja\\_2014\\_roku/likvidacii\\_specsudov\\_byt/print.html](http://sc.gov.ua/ua/publikacj_za_i_pivrichchja_2014_roku/likvidacii_specsudov_byt/print.html)
- <sup>10</sup> Про пропозиції Верховного Суду України Тимчасовій спеціальній комісії Верховної Ради України з питань підготовки законопроекту про внесення змін до Конституції України : постанова Пленуму Верховного Суду України від 11 квітня 2014 р. № 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0001700-14>
- <sup>11</sup> Романюк Я. М. Придерживаюсь мнения, что в процессе судебной реформы нам вообще следует отказаться от системы специализированных судов / Я. М. Романюк // Судебно-юридическая газета. – 2014. – № 40.
- <sup>12</sup> Питання Ради з питань судової реформи : Указ Президента України від 27 жовтня 2014 р. № 826/2014 // Офіційний вісник Президента України. – 2014. – № 42. – Ст. 1811. – С. 26.
- <sup>13</sup> О принципах и правилах, регулирующих профессиональное поведение судей, в частности этические нормы, несовместимое с должностью поведение и беспристрастность : заключение Консультативного совета европейских судей от 19 ноября 2002 г. ССЖЕ (2002) Ор. 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1050737&Site=COE>
- <sup>14</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI // Офіційний вісник України. – 2010. – № 55/1. – Ст. 1900. – С. 7.
- <sup>15</sup> Про Конституційний Суд України : Закон України від 16 жовтня 1996 р. № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.
- <sup>16</sup> Питання Ради з питань судової реформи від 27 жовтня 2014 р. № 826/2014 // Офіційний вісник Президента України. – 2014. – № 42. – Ст. 1811. – С. 26.
- <sup>17</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI // Офіційний вісник України. – 2010. – № 55/1. – Ст. 1900. – С. 7 (в редакції Закону від 12 лютого 2015 р. № 192-VII // ВВР. – 2015. – № 18. – № 19–20. – Ст. 132).
- <sup>18</sup> Про зміну у складі Ради національної безпеки і оборони України : Указ Президент України від 9 жовтня 2014 р. № 763/2014 // Офіційний вісник Президента України. – 2014. – № 41. – Ст. 1704. – С. 20.
- <sup>19</sup> Про склад Ради національної безпеки і оборони України : Указ Президента України від 15 грудня 2014 р. № 929/2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/18528.html>
- <sup>20</sup> Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон України від 15 квітня 2014 р. № 1207-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 26. – Ст. 892.
- <sup>21</sup> Рекомендації щодо законодавчого забезпечення конституційної, адміністративної та судової реформ // Центр політико-правових реформ. – К., 2007. – 52 с. – С. 6–8.
- <sup>22</sup> Рибалка Н. О. Адміністративно-правові аспекти діяльності Президента України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Н. О. Рибалка. – Академія управління Міністерства внутрішніх справ України. – К., 2009. – 20 с. – С. 12.
- <sup>23</sup> Зозуля О. І. Шляхи вдосконалення організації та діяльності допоміжних органів Президента України / О. І. Зозуля // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 2. – С. 116–126. – С. 121.
- <sup>24</sup> Про Представництво Президента України в Автономній Республіці Крим : Закон України від 2 березня 2000 р. № 1524-III // Офіційний вісник України. – 2000. – № 14. – Ст. 552. – С. 1.
- <sup>25</sup> Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон України від 15 квітня 2014 р. № 1207-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 26. – Ст. 892.

#### Резюме

**Коваль Н. В. Проблеми удосконалення діяльності координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при Президентові України.**

Дана стаття розкриває основні проблеми удосконалення стабільного функціонування координаційних, консультативних, дорадчих та інших допоміжних органів і служб при Президентові України і шляхи їх вирішення.

**Ключові слова:** допоміжні органи, Президент України.

#### Резюме

**Коваль Н. В. Проблемы усовершенствования деятельности координационных, консультативных, совещательных и других вспомогательных органов и служб при Президенте Украины.**

Данная статья раскрывает основные проблемы совершенствования стабильного функционирования координационных, консультативных, совещательных и других вспомогательных органов и служб при Президенте Украины и пути их решения.

**Ключевые слова:** вспомогательные органы, Президент Украины.

#### Summary

**Koval N. Problems of improving coordination, consultative, advisory and other subsidiary bodies and services of the President of Ukraine.**

This article reveals the basic problems of improving the stable functioning coordination, consultative, advisory and other subsidiary bodies and services of the President of Ukraine and their solutions.

**Key words:** subsidiary bodies, President of Ukraine.

**М. О. ЛЮБЧЕНКО**

*Марія Олександрівна Любченко, суддя Господарського суду міста Києва*

## **ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ВІЛЬНО ЗАЛИШАТИ ТЕРИТОРІЮ УКРАЇНИ**

Право вільно залишати будь-яку країну, включаючи свою власну, є одним із суттєвих елементів конституційно-правового статусу, а також індивідуальної свободи людини і громадянина. Його належне законодавче забезпечення є важливим завданням будь-якої демократичної держави. В Україні створена певна нормативна база з цього питання, однак вона є недосконалою, оскільки формувалася значною мірою стихійно, в умовах відсутності науково обґрунтованої концепції державної політики України у сфері свободи пересування.

Проблема вдосконалення законодавчого забезпечення права вільно залишати територію України потребує глибокої наукової проробки. У вітчизняній конституційно-правовій літературі їй приділялася увага у дослідженнях Ю. М. Тодики<sup>1</sup>, М. І. Хавронюка<sup>2</sup>, С. Б. Чеховича<sup>3</sup>, О. Ф. Динька<sup>4</sup> тощо. Однак зазначені та деякі інші науковці аналізували лише окремі аспекти цієї проблеми. Їхні наукові дослідження було здійснено до внесення численних змін до Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» та прийняття нової редакції Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства». Поза увагою дослідників залишилися питання співвідношення вимог до суб'єктів зазначеного права і підстав його обмеження в Конституції України та міжнародно-правових актах з прав людини, досвід інших держав щодо конституційного регулювання цього права тощо.

Викладене актуалізує необхідність дослідження зазначеної проблеми. Основною метою цієї статті є здійснення аналізу теоретичних аспектів законодавчого забезпечення права вільно залишати територію України та обґрунтування пропозицій щодо його вдосконалення.

У національному законодавстві право особи залишити свою країну вперше було закріплено у Великій Хартії Вільностей 1215 року, ст. 41 якої гарантувала усім купцям, зокрема, право вільно і безпечно виїздити з Англії.

Спроби закріпити це право вживалися й на міжнародному рівні. Зокрема, на Женевській конференції з питань режиму іноземців, що проходила в 1929 р. під егідою Ліги Націй, пропонувалося включити в одну з міжнародних конвенцій право іноземців залишати територію безперешкодно, за виключенням індивідуальних випадків заборони виїзду компетентною владою, відповідно до законів країни та міжнародного права<sup>5</sup>. Однак ця пропозиція того часу не була реалізована.

Першим міжнародним актом, що проголосив право кожної людини залишати будь-яку країну, включаючи свою власну, стала Загальна декларація прав від 10 грудня 1948 року. Надалі воно знайшло своє закріплення в універсальних та регіональних міжнародно-правових актах з прав людини: Міжнародному пакті про громадянські та політичні права від 16 грудня 1966 р. (ст. 12), Протоколі № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. (ст. 2), Американській конвенції з прав людини від 22 листопада 1969 р. (ст. 22) тощо.

Так, відповідно до п. 2 ст. 12 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права кожна людина має право покидати будь-яку країну, включаючи свою власну. За п. 2 ст. 2 Протоколу № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожен є вільним залишати будь-яку країну, включно зі своєю власною.

Україна приєдналася до зазначених Пакту та Протоколу, які стали частиною її національного законодавства. Разом із тим, у внутрішньому законодавстві право кожної людини залишати будь-яку країну, включаючи свою власну, було належним чином закріплено лише після проголошення нею незалежності. У законодавстві СРСР зазначене право мало дозвільний характер і суттєво обмежувалося.

До розробки відповідного національного законодавства питання виїзду з України регулювалися із застосуванням правових актів СРСР<sup>6</sup>.

Україна після проголошення незалежності приділила значну увагу нормативно-правовому врегулюванню права на вільне залишення її території. Кабінет Міністрів України прийняв постанову від 9 жовтня 1991 р. № 247 «Про порядок оформлення документів на право виїзду за кордон», якою запровадив з 15 жовтня 1991 р. єдиний порядок оформлення документів на право виїзду за кордон.

Кабінетом Міністрів України 31 грудня 1992 р. була прийнята постанова № 738 «Про першочергові заходи щодо вирішення питань виїзду громадян України за кордон», в якій з метою спрощення порядку виїзду громадян України за її межі, зокрема передбачалося, що виїзд громадян України за кордон проводиться за паспортами, дійсними для зарубіжних поїздок, без внесення в них дозвільних записів, за наявності візи держави, до якої прямує громадянин, або запрошення встановленого зразка, якщо інше не передбачене міжнародним договором України.

Наступним кроком у розвитку національного законодавства з питань виїзду з країни було прийняття Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» від 21 січня 1994 року. Насамперед варто відзначити, що в його ст. 1 вперше на законодавчому рівні було закріплено право громадянина України виїхати з України, крім випадків, передбачених цим Законом. Закон чітко визначив порядок видачі документів громадян України для закордонних поїздок, а також встановив вичерпний перелік тимчасових обмежень у праві виїзду за кордон.

Прийняття зазначених урядових постанов та Закону було спрямоване на приведення національного законодавства України з питань виїзду з країни до міжнародних стандартів. Однак у них йшлося лише про громадян України. Лібералізація законодавства про виїзд іноземців та осіб без громадянства з України відбувалася значно повільніше. Так, майже одночасно із Законом України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» був прийнятий Закон України «Про правовий статус іноземців» від 4 лютого 1994 року, у ст. 26 якого передбачалося, що іноземці виїжджають з України за дійсними національними паспортами, або документами, які їх замінюють (під іноземцями за Законом розумілися іноземні громадяни та особи без громадянства – авт.). При цьому вони повинні були одержати у встановленому порядку виїзну візу, якщо інше не передбачено законодавством України.

Отже, цей Закон закріпив лише можливість, а не право на вільне залишення зазначеними особами України. Подібні ж положення містилися і в Правилах в'їзду іноземців в Україну, їх виїзду з України і транзитного проїзду через її територію, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 29 грудня 1995 р. № 1074.

Обов'язок для іноземців та осіб без громадянства одержати у встановленому порядку виїзну візу для виїзду з України був скасований лише Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про правовий статус іноземців» від 6 лютого 2003 року.

Важливою віхою конституційно-правового регулювання права на вільне залишення території України стало прийняття Конституції України 28 червня 1996 року. Так, відповідно до ч.1 ст. 33 кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується право вільно залишати територію України, за винятком обмежень, які встановлюються законом. Оскільки в наведеному положенні вживається термін «кожному», це означає, що суб'єктами цього права є громадяни України, іноземці та особи без громадянства.

У ст. 33 Основного Закону України право вільно залишати територію України поєднується з правом на свободу пересування та вільний вибір місця проживання на території України. У конституціях інших держав це питання вирішується неоднаково.

Так, наприклад, у Конституції Словенії (ст. 32), Конституції Республіки Болгарія (ст. 35), Конституції Литовської Республіки (ст. 32) право вільно залишати територію країни також закріплюється разом із правом на свободу пересування та вільний вибір місця проживання на її території.

У Конституції Республіки Хорватія (ст. 32), Союзній Конституції Швейцарської Конфедерації (ст. 24), Конституції Італійської Республіки (ст. 16), Конституції Португальської Республіки (ст. 44) тощо право вільно залишати територію країни поєднується з правом на в'їзд до неї.

У Конституції Республіки Вірменія (ст. 25), Конституції Республіки Кіпр (ст. 13), Конституції Фінляндії (§ 9), Конституції Республіки Польща (ст. 52), Конституції Словацької Республіки (ст. 23) тощо право вільно залишати територію країни закріплено окремо від інших складових свободи пересування. Такий підхід до конституційного закріплення зазначеного права узгоджується з міжнародними стандартами, оскільки у ст. 12 Міжнародного пакту про громадянські та політичні та ст. 2 Протоколу № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод право залишати будь-яку країну, включаючи свою власну, також закріплено в окремих пунктах.

Варто зауважити, що в конституціях Болгарії, Словенії, Грузії, Хорватії, Вірменії, Кіпру, Фінляндії, Польщі, Словаччини, як і в Конституції України, право залишити країну закріплюється за кожним, а в конституціях Литви, Швейцарії, Італії, Португалії – лише за громадянами цих держав.

Слід зазначити ще одну відмінність щодо закріплення зазначеного права в міжнародно-правових актах і Конституції України. У Міжнародному пакті про громадянські та політичні права та Протоколі № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод воно не зумовлюється законністю підстав перебування особи на території країни виїзду. А в Основному Законі України таку умову передбачено. Можливо, це пояснюється тим, що, як зазначалося, в Конституції України право «вільно залишати територію України», на відміну від Пакту та Протоколу, об'єднано в одній частині статті з правами на свободу пересування та вільний вибір місця проживання, щодо яких у цих міжнародно-правових актах законність підстав перебування особи на території країни вимагається.

Видається доцільним під час здійснення конституційної реформи узгодити конституційне положення з цього питання із загальновизнаними нормами міжнародного права.

Варто зауважити, що в Конституції України, на відміну від Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України», вживається термін «залишати» замість «виїзд». Деякі науковці вважають, що поняття «залишення» є більш містким та змістовним у порівнянні зі звуженими «виїзд»<sup>7</sup>. На нашу думку, висловлена позиція видається спірною, адже термін «залишення» вживається, як правило, тоді, коли повернення особи не передбачається, на відміну від поняття «виїзд». Водночас у національному законодавстві України ці терміни вживаються як синоніми.

Вагомим кроком у законодавчому забезпеченні права іноземців та осіб без громадянства на вільне залишення території України було прийняття чинного нині Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22 вересня 2011 року. Відповідно до ч.1 ст. 22 цього закону іноземці та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають в Україні, мають право в установленому порядку вільно залишити територію України, крім випадків, встановлених законом. Закон встановив порядок їх виїзду з України, перелік документів для виїзду іноземців та осіб без громадянства з України, та підстави, за наявності виїзд з України їм не дозволяється.

Зазначений Закон не передбачає особливостей права вільного залишення території України неповнолітніми громадянами України. Про них йдеться у ч.3 ст. 313 Цивільного кодексу України, відповідно до якої фізична особа, яка досягла шістнадцяти років, має право на вільний самостійний виїзд за межі України. Фізична особа, яка не досягла шістнадцяти років, має право на виїзд за межі України лише за згодою батьків (усиновлювачів), піклувальників та в їхньому супроводі або в супроводі осіб, які уповноважені ними.

Подібна норма міститься і в п. 3 Правил перетинання державного кордону громадянами України, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 27 січня 1995 р. № 57 (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 25 серпня 2010 р. № 724), згідно з яким виїзд з України громадян, які не досягли 16-річного віку, здійснюється за згодою обох батьків (усиновлювачів) та в їх супроводі або в супроводі осіб, уповноважених ними, які на момент виїзду з України досягли 18-річного віку.

Гадаємо, що така норма має бути, насамперед, закріплена в Законі України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства».

Для реалізації права на вільне залишення території України особі необхідно пред'явити відповідні документи. Держава має забезпечити своїх громадян, а також осіб без громадянства, які постійно проживають на їх території, та осіб, визнаних біженцями або особами, які потребують додаткового захисту, документами, що підтверджують їх право на вільне залишення держави. У науковій літературі слушно відзначалося, що оскільки у більшості держав володіння проїзним документом є умовою для в'їзду в іншу країну, відмова у видачі такого документа буде рівнозначною відмові у здійсненні поїздки як такої. Володіння такими проїзними документами є складовою частиною права залишати країну, і вони повинні бути доступними за розумну плату й у межах розумного періоду часу<sup>8</sup>.

Важливим для реалізації права вільного залишення території України є питання щодо можливості його обмеження. Така можливість ґрунтується на нормах міжнародного права. Зокрема, відповідно до п. 3 Протоколу № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод на здійснення права вільно залишати будь-яку країну, включно зі своєю власною не можуть бути встановлені жодні обмеження, крім тих, що передбачені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної чи громадської безпеки, для підтримання публічного порядку, запобігання злочину, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб.

У п. 3 ст. 12 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права передбачено дещо вужчий перелік можливих обмежень цього права. Зазначається, що це право не може бути об'єктом ніяких обмежень, крім тих, що передбачено законом, які є необхідними для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення або прав та свобод інших і є сумісними з іншими правами, визначеними в цьому Пакті.

Наведені обмеження права вільно залишати будь-яку країну, включно зі своєю власною, передбачені зазначеними міжнародно-правовими актами, є вичерпними, а жодна держава відповідно до п. 1 ст. 5 Пакту та ст. 17 Конвенції не має права на його обмеження у більшій мірі, ніж передбачається в цих актах.

Згідно з ч. 1 ст. 33 Конституції України кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується, зокрема, право вільно залишати територію України, за винятком обмежень, які встановлюються законом. Отже, на відміну від згаданих міжнародних актів Конституція України взагалі не встановлює підстави обмеження цього права.

Зауважимо, що в конституціях багатьох інших держав такі підстави передбачено, наприклад, у Конституції Республіки Болгарія (ст. 35), Конституції Литовської Республіки (ст. 32), Конституції Республіки Македонія (ст. 27), Конституції Фінляндії (§ 9) тощо.

На нашу думку, вичерпне закріплення підстав обмеження права вільно залишати територію України в Конституції України стало б важливою конституційною гарантією його належного законодавчого забезпечення.

За ч. 2 ст. 6 Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» громадянинові України, який має паспорт, може бути тимчасово відмовлено у виїзді за кордон у випадках, якщо: він обізнаний з відомостями, які становлять державну таємницю; діють нерегульовані аліментні, договірні чи інші невиконані зобов'язання; стосовно нього у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством, застосовано запобіжний захід, за умовами якого йому заборонено виїжджати за кордон; він засуджений за вчинення кримінального правопорушення; він ухиляється від виконання зобов'язань, покладених на нього судовим рішенням, рішенням іншого органу (посадової особи); він свідомо сповістив про себе неправдиві відомості; щодо нього подано цивільний позов до суду; він перебуває під адміністративним наглядом міліції.

Відзначимо, що наведені обмеження мають тимчасовий характер і діють протягом встановленого строку або зникнення підстав їх встановлення.



Відповідно до ч. 2 ст. 22 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» виїзд з України іноземцю або особі без громадянства не дозволяється, якщо: йому повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення або кримінальна справа розглядається судом – до закінчення кримінального провадження; його засуджено за вчинення кримінального правопорушення – до відбування покарання або звільнення від покарання; його виїзд суперечить інтересам забезпечення національної безпеки України – до припинення обставин, що перешкоджають виїзду.

Із наведеного положення вбачається, що обмеження права іноземців та осіб без громадянства вільно залишити територію України також мають тимчасовий характер.

Зазначимо, що право особи вільно залишати країну свого громадянства безпосередньо залежить від можливості в'їхати в іншу країну. Зокрема, ст. 1 Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» передбачає, що порядок в'їзду до іноземної держави регулюється законодавством відповідної держави.

Деякі науковці звернули увагу на те, що п'ята складова права на свободу пересування – право виїзду в іншу країну, не свою власну (прав на в'їзд, чи право імміграції), хоча й дискутувалося під час попереднього обговорення, але підтримки не знайшла і до ст. 13 Загальної декларації прав людини не потрапила<sup>9</sup>.

У науковій літературі слушно відзначалося, що реалізація громадянами України права вільно залишати свою країну ускладнюється у зв'язку з необхідністю отримання віз для в'їзду в інші країни. Нерідкими є відмови в отриманні ними в'їзних віз<sup>10</sup>.

На забезпечення реалізації права громадян України вільно залишати її територію спрямовані угоди про безвізові поїздки громадян, які наша держава, уклала з рядом інших держав. Нині нею здійснюються заходи, спрямовані на отримання безвізового режиму з державами, що входять до Європейського Союзу.

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що в Україні приділяється увага конституційно-правовому регулюванню права громадянина України на в'їзд в Україну. Водночас у цьому питанні є певні недоліки. Має місце неузгодженість термінів, що вживаються у внутрішніх законодавчих актах, між собою, а також з термінами, що застосовуються у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права та Протоколі № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Різняться вимоги до суб'єктів зазначеного права у Конституції України та міжнародно-правових актах з прав людини. На відміну від останніх, Основний Закон України не встановлює підстави обмеження цього права.

Подальше вдосконалення законодавчого забезпечення права вільно залишати Україну із врахуванням викладених вище пропозицій сприятиме, на наш погляд, приведенню національного законодавства з цього питання та практики його застосування у відповідність до загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права.

<sup>1</sup> Тодыка Ю. Н., Тодыка О. Ю. Конституционно-правовой статус человека и гражданина в Украине / Ю. Н. Тодыка, О. Ю. Тодыка – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2004. – 368 с.

<sup>2</sup> Порядок виїзду з України і в'їзду в Україну. Правовий статус іноземців: Науково-практичні коментарі та нормативно-правові акти. (Хавронюк М. І., Пращаєв Б. В., Марченко М. І., Трофимов С. Г.). – К.: Правові джерела, 1998. – 448 с.

<sup>3</sup> Чехович С. Б. Юридичні аспекти міграційних процесів в Україні / С. Б. Чехович. – К.: ЗАТ «ВІПОЛ». – 2001. – 288 с.

<sup>4</sup> Динько О. Ф. Правова природа та зміст категорії «свобода пересування» // Держава і право. Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Випуск 10. Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України / О. Ф. Динько. – К., 2002. – С. 162–166.

<sup>5</sup> Свобода передвижения. Рабочий документ по праву на свободу передвижения и связанным вопросам, подготовленный г-ном Владимиром Буткевичем во исполнение решения 1996/109 Подкомиссии по предупреждению дискриминации и защите меньшинств Комиссии по правам человека Экономического и Социального Совета ООН // E/CN.4/Sub.2/1997/22 21 July 1997. – 29 p. – P. 4.

<sup>6</sup> Піскун О. І. Основи міграційного права : порівняльний аналіз / О. І. Піскун. – К.: МП Леся, 1998. – 360 с. – С. 218.

<sup>7</sup> Максименко С. В. Міжнародно-правове регулювання права на свободу пересування і вибір місця проживання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.11 – міжнародне право / С. В. Максименко. – К., 2006. – 18 с. – С. 9–10.

<sup>8</sup> Динько О. Ф. Зміст і гарантії забезпечення реалізації свободи пересування людини та громадянина в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 – конституційне право / О. Ф. Динько. – К., 2003. – 18 с. – С. 8.

<sup>9</sup> Піскун О. І. Основи міграційного права : порівняльний аналіз / О. І. Піскун. – К.: МП Леся, 1998. – 360 с. – С. 6.

<sup>10</sup> Бритченко С. П., Чехович С. Б. Науково-практичний коментар Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» / С. П. Бритченко, С. Б. Чехович. – К.: Алерта, 2005. – 164 с. – С. 26.

## Резюме

### **Любченко М. О. Законодавче забезпечення права вільно залишати територію України.**

У статті аналізується національне законодавство України, що регулює право вільно залишати територію України, та його відповідність положенням міжнародно-правових актів з цього питання. Розглядаються документи, необхідні для реалізації зазначеного права, аналізуються норми права щодо можливості його обмеження. Наголошується на залежності права громадян України вільно залишати її територію від права на в'їзд в іншу державу. Обґрунтовуються пропозиції щодо вдосконалення законодавчого забезпечення права кожного вільно залишати територію України.

**Ключові слова:** свобода пересування, територія України, виїзд з країни, залишення країни, громадянин України, іноземець, особа без громадянства, національне законодавство, міжнародно-правові акти.

### Резюме

**Любченко М. А. Законодательное обеспечение права свободно оставлять территорию Украины.**

В статье анализируется национальное законодательство, регулирующее право свободно оставлять территорию Украины и его соответствие положениям международно-правовых актов по данному вопросу. Рассматриваются документы, необходимые для реализации данного права, анализируются нормы права о возможности его ограничения. Акцентируется на зависимости права граждан Украины свободно оставлять ее территорию от права на въезд в другое государство. Обосновываются предложения по совершенствованию законодательного обеспечения каждого свободно оставлять территорию Украины.

**Ключевые слова:** свобода передвижения, территория Украины, выезд с территории страны, оставление территории страны, гражданин Украины, иностранец, лицо без гражданства, национальное законодательство, международно-правовые акты.

### Summary

**Liubchenko M. Legislative provision of the right freely to leave the territory of Ukraine.**

This article analyzes the national legislation regulating the right to freely leave the territory of Ukraine and its conformity with international instruments on the subject. Examines the documents required for the implementation of this law, examines the law of capabilities of its limitations. Focuses on dependencies right of Ukrainian citizens to freely leave its territory of the right to enter another State. Justified proposals for improving legislative support each freely to leave the territory of Ukraine.

**Key words:** freedom of movement, the territory of Ukraine, departure from the national territory, leaving the territory of the country, a Ukrainian citizen, foreigner, individual without citizenship, national legislation, international legal acts.

УДК: 347.73:336.221.4:338.24.021.8

**Д. А. ГЕТМАНЦЕВ**

*Данил Александрович Гетманцев, доктор юридических наук, профессор Киевского национального университета имени Тараса Шевченко*

### **РЕФОРМА НАЛОГОВОЙ СИСТЕМЫ. ТОП-10 КЛЮЧЕВЫХ АСПЕКТОВ**

Мы с вами живем в удивительное время. В определенном смысле слова нам с вами повезло с эпохой. Конечно, она дала нам неуверенность в завтрашнем дне, не проходящее чувство беспокойства, но и надежду, радость действия, и самое главное – возможность! Возможность наполнить наше существование содержанием, а жизнь – смыслом. Понять, кем мы есть, стать ближе к Богу или дальше от него. Но сделать все это по своей собственной воле, руководствуясь своим выбором.

В отличие от прошлых, послевоенных поколений, возвращенных в теплых, хотя и не всегда мягких руках советской системы, напроочь лишившей человека основной отличительной черты личности – свободы выбора и ответственности за него, нам ведом страх поражения и горький вкус победы. Мы мыслим смерть не как абстракцию, но как близкую реальность, но реальность не цепенящую душу, а понуждающую к движению, к труду, который также для многих из нас за последние несколько лет перестал быть процессом, превратившись в средство достижения результата. Без всякого сомнения, наши шансы не пройти до конца долгий жизненный путь от детских памперсов до стариковской колоноскопии намного выше, чем у наших европейских соседей.

Но не в этом ли и прелесть нашего бытия, дающего нам шанс превратить существование в жизнь, стирая грани между ними? Дар Божий, наделяющий нас волей и ответственностью, снимающий с нас такую милую сердцу многих наших сограждан роль жертвы, полностью зависящей от воли государства. Да, именно ответственность за себя, за свои действия и тех, кто тебе дорог, является не нашим бременем, а нашим даром, заставляющим нас преодолеть инфантилизм и безответственность, присущую предыдущим поколениям, пробуждающим нас от литургического сна младенца, который у многих длится до старости. Ведь невиновность, освобождение от ответственности, в том числе за свою судьбу – удел детей, но еще идиотов и рабов<sup>1</sup>, а народ побежденный в равной степени виновен в своем поражении, как и народ-победитель – в своей победе.

Мне кажется, вменяемость, способность осознавать свои действия и отвечать за их последствия – самое главное, что открылось многим из нас вследствие последних трагических событий в нашей стране. Многим, но не всем. Большая часть общества, прочно усевшись на иглу популизма, алчет, как и ранее, простых решений сложных вопросов, требуя от правительства, в лучших традициях патернализма, сказки, которая должна стать явью по мановению волшебной палочки.

Украина требует скорых и безболезненных изменений в налогообложении, под которыми понимает исключительно уменьшение налогового давления в разных формах (от уменьшения количества налогов и размера ставок до упрощения отчетности), одновременно настаивая на улучшении качества жизни. Но ведь разве не очевидно, что это взаимоисключающие цели? Разве не понятно, что существование третьей группы плательщиков единого налога, которая призвана обеспечить возможность уклонения от налогообложения широким слоем украинского бизнеса под 2–4 %, не сопрягается с задачей по легализации зарплат в конверте и вообще по сколько-нибудь существенному уменьшению теневого сектора экономики? Разве не понятно всякому, имеющему глаза и уши, что введение регистраторов расчетных операций для частных предпринимателей является обязательным условием построения цивилизованной системы учета движения налички, что в сегодняшних реалиях – основное предусловие легализации украинской экономики?

Рискну предположить, что это понимают все – от Яценюка до Азарова (оба пытались ввести РРО для ЧП). Где-то в душе это понимают и сами предприниматели, люто негодующие перспективе обзавестись новенькими РРО с 1 июля сего года. Но абсолютно природный конфликт интересов между налогоплатель-

щиком и государством разрешается не исходя из долгосрочных перспектив «просвещенного интереса», состоящего в осознании взаимной необходимости справедливого и умеренного налогообложения как для государства, так и для налогоплательщика, а исходя из зыбкого баланса сиюминутных пожеланий капризной толпы, идущего у нее на поводу популизма правительства и интересов бизнес-групп, ловащих в мутной воде украинских налоговых реформ свою золотую рыбку. Собственный интерес заинтересованного в себе «я» возобладает над сложными и туманными перспективами интереса «мы» даже на краю экономической пропасти, призванной отрезвить и объединить стейкхолдеров налоговых «реформ».

И здесь мы возвращаемся к вопросу ответственности. Кто виноват в провале налоговых реформы в государстве после Майдана? Скажем больше, кто виноват в том, что Януковичем-Азаровым-Клименко налоговая система реформирована значительно больше и глубже, чем «правительством-камикадзе»? Какая крыса перегрызла шланг топливного насоса в двигателе снабженного взрывчаткой реформ самолета, так и не долетевшего до основания старой налоговой системы государства? Простой стандартный ответ, к которому готовы все – народ опять обманули, недалекие или ушлые политики вновь не смогли (не захотели) построить налоговый коммунизм в отдельно взятом государстве Восточной Европы. Но я бы не был так однозначен. И не только потому, что любой народ достоин своих политиков. Оправдывать власть предрержащих нельзя только в силу того, что они сами, по своей воле, взяли на себя бремя власти. Однако в равной степени ответственность за провал лежит и на народе, на нас с вами, гражданах этого государства, не могущих пожертвовать своими сиюминутными интересами ради интересов всего общества в среднесрочной перспективе.

Это ведь мы тихо радуемся возможности платить 2–4 % единый налог вместо 15–20 % подоходного! Это мы выходим на забастовки с требованием отмены введения РРО! Это ведь мы предполагаем совместить свою «хату з краю» с асфальтированной дорогой к этой же хате, построенной за счет государства, и требуем все это сделать не завтра, но сегодня. А не получая искомого видим причину в чем угодно, кроме собственной глупости.

Меня всегда удивлял тот факт, насколько разное положение в мире занимают схожие по своему природному и демографическому потенциалу страны. Украина близка по основным параметрам к Франции и Испании. Однако мы, находясь в трезвом уме, даже представить не можем себя на одном уровне с мировыми лидерами. Почему? И если все остальные параметры примерно равны, то, возможно, дело как раз в нас самих, нашем отношении к себе и своим соседям, желании думать и брать на себя ответственность, жертвуя частным для достижения общего? Возможно, дело в представлении народом себя как единого целого, связанного в веках и в веках бессмертного. Бессмертного, в отличие от каждого отдельного члена общества, с индивидуалистических позиций которого сиюминутное уклонение от налогообложения, конечно, лучше построения качественной и эффективной налоговой системы.

Слепая детская вера в иллюзии, как и вера в то, что одному может быть хорошо там, где всем плохо, не может сопрягаться с сущностью сильного, т.е. того, кем мы не только хотим, имеем право, но и обязаны себя мыслить. Обязаны не перед собой, но перед своими детьми. Ведь это им мы имеем все шансы оставить в наследство нищую, раздираемую внутренними противоречиями и разорванную войной страну третьего мира! Страну надолго, если не навсегда, отброшенную соседями на обочину цивилизации, ответственность за что лежит исключительно на нас с вами.

Сегодняшний мир, как и мир вчерашний, пребывает в условия жесткой конкуренции – войны без правил. Это его обычное, природное состояние, в котором выживают, крепнут, развиваются только самые сильные этносы, ассимилируя или просто уничтожая конкурентов. Как сказал известный американский философ Али Мазруи, «тенденция «мы» против «них» почти повсеместна на политической арене»<sup>2</sup>. Именно поэтому, если мы (все мы) хотим исправить ситуацию, если мы действительно созрели для мышления не в масштабах семьи, фирмы, небольшой группы, но в масштабах этноса, страны, мы должны отказаться от права на иллюзии, воспринять мир таким, каков он есть на самом деле, принять и разделить заезженную мудрость лорда Палмерстона, произнесенную им в английском парламенте еще в 1848 г.: «У нас нет неизменных союзников, у нас нет вечных врагов. Лишь наши интересы неизменны и вечны, и наш долг – следовать им».

Тем более у нас нет права на иллюзии в экономике и финансах, в той сфере, где все стоит на четких математических расчетах. Налоги – отражение всего, что происходит в стране и обществе. Они являются причиной многих общественных явлений, скрываясь за ними, как за ширмой. Они являются и следствием того, что происходит в обществе, насквозь пронизывая современную общественную жизнь.

Налоги, являясь легкими государственных финансов, что насыщают кровеносную систему страны денежным кислородом, объективно не могут не рефлексировать на болезнь других жизненно важных органов системы. В первую очередь, конечно, ее мозга. Однако биологические метафоры не всегда уместны при характеристике и реформировании институтов социальных и правовых. И болезнь украинской государственной системы в целом абсолютно не исключает возможность ее исцеления через вживление здоровых клеток в отдельно взятые финансовые органы и институты. И, возможно, начало реформирования украинского государства произойдет через реформирование украинской системы налогообложения.

Но при этом важно учитывать несколько принципиальных моментов, без которых реформировать налоговую систему не удастся.

Во-первых, мы должны согласиться с тем, что обустройство налоговой системы – сложные двусторонние отношения между налогоплательщиками и государством, направленные на поиск компромиссов в дальней перспективе, а не исходя из сиюминутных целей и интересов. Это взаимная ответственность, которую

берут на себя как государство, так и общество. И в этом нет пафоса громких слов! Эти отношения подобны отношениям по съему квартиры. Квартиросъемщик заинтересован в уменьшении квартплаты при сохранении или увеличении качества услуг, арендодатель – в противоположном. Исходя из необходимости удовлетворения сиюминутных интересов, их противоречия не разрешатся. Не разрешатся, если стороны будут рассчитывать на удовлетворение своих интересов завтра. Однако, если стороны учтут, что дополнительная арендная плата, уплаченная сегодня, в долгосрочной перспективе позволит увеличить качество сервиса, они поймут, что и повышение оплаты, и повышение качества сервиса соответствуют интересам обеих сторон. Кроме того, само по себе увеличение оплаты дает право квартиросъемщику требовать повышения сервиса, контролировать его качество. Поэтому залог успеха налоговых реформ – в понимании налогоплательщиком необходимости не только требовать, но и думать!

Во-вторых, мы должны понять и согласиться с тем, что на сложные вопросы отсутствуют простые и быстрые ответы. А потому реформирование налоговой системы, как революция, у которой есть начало, но нет конца – процесс длительный и растянутый во времени, процесс, который не дает и не может дать быстрых результатов, процесс крайне кропотливый, в основе которого лежит каждодневная скрупулёзная работа с мелочами. Процесс, в который должны быть вовлечены в первую очередь специалисты, профессионалы, лишённые политических амбиций, а во вторую, если не в третью – народные избранники и трибуны, меняющие свое мнение подобно старому флигелю, установленному на ветхой крыше сарая.

Именно в этом контексте мы должны принять то, что не могло быть принято ни одним украинским правительством, включая сегодняшнее. Речь идет о многострадальном принципе стабильности налогообложения, закрепленном в п. 4.1.9 ст. 4 НК Украины<sup>1</sup>. Он гласит о том, что все существенные изменения в налоговый закон вступают в силу только со следующего бюджетного периода. Казалось бы, такая простая норма, ни разу не соблюдалась на протяжении всей украинской Независимости, что напрочь лишало бизнес возможности какого-либо налогового планирования. Без всякого сомнения, подобная ситуация является неприемлемой для налоговой системы, претендующей на звание цивилизованной.

Работа над налогами – процесс скучный и неинтересный обывателю, его сложно понять, а уж проследить за ним еще сложнее. Именно поэтому он должен быть, с одной стороны, максимально прозрачен для специалистов (чтобы избежать злоупотреблений), но с другой, – максимально лишен популизма. Следовательно, мы должны исключить любые решения в сфере налогообложения, продиктованные желанием угодить избирателю сегодня (например, резко сократить количество налогов). И, конечно, отдать налоги в руки специалистов!

В-третьих, мы не должны слепо следовать зарубежному опыту. Даже самых успешных стран. Риску нарваться на волну критики, отмечая, что в сфере налогового строительства, как и государственного строительства в целом, у нас свой путь, обусловленный историческими, экономическими и другими особенностями. Мы не можем и не должны взять налоговую систему США, Франции или Польши и перенести на украинскую почву. Это не только невозможно, но и неправильно, т.к. налоговые системы развитых западных демократий обладают целым рядом глубоких системных недостатков, лишь отчасти компенсируемых их достоинствами. Именно эти налоговые системы составляют основной элемент т.н. западных бюрократических тираний, власти Никто (о которых в свое время писала еще Ханна Арендт)<sup>4</sup>, не только финансово питают западные бюрократии, но и предоставляя им необходимый инструментарий для контроля над обществом. Боюсь, никто из тех, кто стоял на Майдане, не планировал заниматься сексом меньше, чем заполнением налоговых деклараций (как это имеет место, согласно данным социологических исследований, в США).

Таким образом, мы не должны строить похожую налоговую систему. Мы должны строить лучшую налоговую систему. Систему, которой будут следовать наши соседи! И это вполне в наших силах. Однако путь этот состоит в анализе и кропотливой работе над опытом налогового регулирования зарубежных стран, но в первую очередь – и над собственным опытом внедрения механизмов налогообложения и налоговых норм. Мы не должны игнорировать зарубежный опыт. Так, без всякого сомнения, он может быть нам полезен в работе над трансфертным ценообразованием, институтом налоговой ответственности, налогом на недвижимость и еще многими институтами, которые, очевидно, отличаются от развитых налоговых систем не в лучшую сторону. Однако заимствование налоговых механизмов не может быть слепым.

Единичным позитивным примером подобного подхода можно назвать систему электронного администрирования НДС, которая, несмотря на достаточно большое количество замечаний, все-таки представляет собой значительный шаг вперед на пути к реформированию налога. Таким образом, в сфере налоговой политики мы должны демонстрировать разумный, современный национализм, без «шароварщины», флагов и прочих старинных атрибутов, однако последовательно и четко направленный на защиту наших (и государства, и общества) интересов, поиск разумных компромиссов на дальнюю перспективу. Кстати, о компромиссах. Введенный в налоговую систему институт налогового компромисса, без сомнения, является негативным примером наследования зарубежного опыта.

В-четвертых, кризис и война никогда не были препятствиями для налоговых реформ и не могут быть оправданием их отсутствия. Более того, война всегда была поводом для введения новых, ранее неизвестных налоговых конструкций. Это, возможно, удивит кого-то, но за всю историю человечества периоды войн длились дольше периодов мира. И именно кризис и война, занижая надежды общества на собственное благосостояние, создают предпосылки для принятия непопулярных, но эффективных в долгосрочной перспективе решений.

В-пятых, юридическая техника, т.е. качество налогового закона. Это не только однозначное и бескомпромиссное требование Европейского суда по правам человека, считающего невозможным возникновение налоговой обязанности на основании нечеткого, двусмысленного или противоречивого налогового закона. Это выходит за пределы права. Это вопрос самоуважения, т.е. уважения к самим себе, которое не позволяет, извините, «косичить», конструируя правовые нормы, требует от нас десятки раз вычитывать продукт своего творчества, даже не перед тем, как его (Боже упаси!) принимать, но перед тем, как просто показывать кому-то. Это, собственно, то, что отделяет профессионала от дилетанта. Мы ничуть не преувеличиваем значение качества закона! Оно огромно! Некачественно выписанный закон может похоронить любую, даже самую взвешенную и прогрессивную налоговую инициативу. Такими примерами изобилует новейшая история украинского налоговотворчества.

В-шестых (по порядку, но не по значению), мы должны понимать, что залог успеха налоговых реформ лежит не столько в плоскости законотворчества, сколько в плоскости налоговой политики. Если проще – тех задач, которые ставятся руководством страны перед налоговым ведомством и руководством налогового ведомства перед налоговыми чиновниками. Той идеологии, которая пронизывает очень чуткий к неформальным посылам налоговый организм. Ведь налоговое ведомство, как никакое другое, привыкло на протяжении двух последних десятилетий жить и работать в параллельных реальностях. Не самое плохое налоговое законодательство, принятое во времена Януковича, искажалось до неузнаваемости правоприменительной практикой, откровенно репрессивной по отношению к налогоплательщику, позволяющей толковать даже бесспорные нормы налогового права не в его пользу.

Разруха не в клозетах, разруха в головах – говорил классик. Поэтому и вопрос налоговой реформы – это вопрос правосознания налоговиков, которое можно и должно изменить собственным примером четкого законопослушного поведения высшего руководства ведомства и нивелированием второй, чуждой закону налоговой реальности. Дайте посыл налоговикам в том, что теперь единственное руководство к их действиям – это закон, без неформальных указаний, планов по недоимкам и нормативам налогового давления. Система мгновенно воспримет такое руководство к действию! Это касается и коррупционной составляющей, ставшей неотъемлемым признаком налогового контроля. Однако, как показывает практика налоговых «реформ» последних полутора лет, руководство налоговой службы пока к такому повороту несколько не готово.

С этим связан и следующий ключевой момент налоговой реформы. Кадровый. Мы безнадежно далеки от предложения распространить опыт увольнения полного состава государственных учреждений, успешно реализованного в некоторых странах с населением меньше населения Киевской области, на государственный аппарат Украины. Популярное ныне махание шашкой, выгоняющее на улицу лучших государственных служащих, на подготовку которых пошли десятилетия, влекущее за собой отсутствие преемственности и банальной аппаратной памяти – худшее из возможных кадровых решений. Однако, не формальная (как это имело место), но реальная аттестация налоговиков в совокупности с постепенным, плановым, но достаточно массовым привлечением в структуру фискальной службы молодежи, жизненно необходима. Следует в рамках существующих законных процедур провести ревизию кадрового потенциала службы, начав процесс ее масштабного омоложения.

Восьмым ключевым вопросом налоговой реформы является общение налогового ведомства со специалистами в сфере налогообложения. Отношения в сфере налогообложения сложились таким образом, что большинство специалистов тут находятся вне налогового ведомства. Они разбросаны как по государственным органам (Минфин, ВР, суды), учебным заведениям, так и коммерческим структурам. Диалог между ними не организован, что прямо отображается как на качестве законодательных инициатив, так и на авторитете и Министерства финансов, и Государственной фискальной службы. Вспомним Мартина Хайдеггера, который считал любую власть, в т.ч. и государственную, не способностью достичь результата насильем, но «совместным бытием», явлением «сообщества говорящих и слушающих» (по Аристотелю)<sup>5</sup>. Ведь власть никогда не бывает принадлежностью индивида, она всегда принадлежит группе и действует до тех пор, пока ею принимается.

Поэтому без обеспечения такого диалога качественное реформирование невозможно. И речь идет не о создании очередного форума, ассоциации или рады, успешно осваивающей пусть даже скромные государственные бюджеты. Речь идет о на самом деле эффективном современном инструменте, внедренном с использованием новых интернет-технологий, на базе которых возможно организовать наиболее широкий диалог специалистов в формате а-ля Википедия. Следовательно, речь идет не о существующем сегодня разъяснении действующих норм ГФС с очевидным фискальным акцентом, а именно о диалоге со специалистами, бизнесом, юристами, в процессе которого находятся ответы, компромиссы относительно различных вопросов правоприменения и доработки закона.

Одним из самых важных моментов, которые касаются реформы, является, естественно, содержание налогового закона. Работа над ним должна осуществляться в двух направлениях. Во-первых, работа над ошибками, доработка существующих годами норм НК, до которых, кажется, нет никому дела. Любой студент-второкурсник назовет до двадцати таких пробелов/противоречий, не замечаемых при каждой очередной доработке НК, но приносящих на практике налогоплательщикам существенные убытки. Игнорирование законодателем своих очередных просчетов на протяжении долгих лет неприемлемо. Однако и учесть все недоработки единоразово не удастся. Поэтому работа над ошибками и мелкими корректировками налогового закона должна идти постоянно, не останавливаясь ни на минуту. Но начаться она должна именно сейчас в связи с реформированием налоговой системы в целом.

Вторым направлением работы является системное реформирование целых налоговых институтов, к которым относятся единый налог (в части устранения возможности его использования для уклонения от налогообложения среднего и крупного бизнеса), институт ответственности (в части виновности в совершении правонарушения и доработки некоторых составов – ст. 123, ст. 128-1 и т.д.), институт администрирования налогов (в части ограничения возможности злоупотребления своими полномочиями со стороны контролирующих органов), институт налогового агента (в части уточнения его статуса), налог на недвижимость (целый ряд вопросов касательно каждого элемента налога), институт налоговой переквалификации и доктрина деловой цели (отсутствующая сейчас в налоговом законодательстве), институт отчетности и декларирования (в части введения всеобщего декларирования доходов) и многие другие. Здесь доработка должна осуществлять относительно института в целом, с последующим доведением новых норм до совершенства.

И еще одним элементом налоговой реформы, без которого невозможно представить ее успешную реализацию, является налоговая амнистия доходов и капиталов. Объем «черных» доходов, накопившийся у украинских налогоплательщиков за годы независимости, настолько велик, что, с одной стороны, представляет собой значительный потенциал для экономического роста страны, а с другой, – может стать серьезным препятствием на пути к последующей легализации доходов и их администрированию. Однако этот сложный и капризный инструмент, как показывает практика зарубежных стран, не работает в условиях кризиса. Недоверие к правительству – основное препятствие на пути к успешной налоговой амнистии. Поэтому ее проведение в краткосрочной перспективе нецелесообразно. Однако, в любом случае, налоговая амнистия должна быть вписана в дорожную карту налоговой реформы.

Об украинских налоговых реформах не говорит только ленивый. Порою со злостью, иногда с разочарованием, но все чаще с сарказмом, констатируя очевидные неудачи последних полутора лет «реформ». Но в данном случае сарказм может быть уместным только тогда, когда он обращен к нам самим, ведь ответственность за состояние сегодняшней налоговой несем мы все вместе, как те, кто принимает откровенно репрессивные налоговые нормы, как те, кто злоупотребляет налоговыми правами, так и те, кто соглашается на налоговую взятку от правительства в виде возможности легального уклонения от налогообложения с помощью единого налога. Но несмотря на это мы убеждены, что потеряно не все, что налоговую систему можно и нужно реформировать, осуществляя реформу совместными усилиями, сделав реформу задачей всего общества, подойдя к вопросу без лишнего пафоса, популизма и лукавства, искренне пытаясь достичь компромисса интересов всех членов общества, направив свои действия на создание качественной и современной налоговой системы, системы, которую будут воспринимать как образец, ставить в пример, хотеть следовать!

<sup>1</sup> Налоговый Кодекс : Закон от 2 декабря 2010 р. № 2755-VI // Ведомости Верховной Рады Украины (ВВР). – 2011. – № 13–14, № 15–16, № 17. – П. 4.1.9. – Ст. 4.

<sup>2</sup> Брюкнер Паскаль. Тирания покаяния. Эссе о западном мазохизме. – СПб.: Изд-во Ивана Лимбаха, 2009.

<sup>3</sup> Ali Al-Amin Mazrui, Cultural Forces in World Politics (London: James Currey, 1990). – P. 13.

<sup>4</sup> Арендт Х. О насилии. – Мораль в политике. Хрестоматия. – М.: Изд-во МГУ, 2004.

<sup>5</sup> Философия Мартина Хайдеггера и современность / ред. Н. В. Мотрошилова. – М.: Наука, 1991.

#### Резюме

##### **Гетманцев Д. О. Реформа податкової системи. ТОП – 10 ключових аспектів.**

Автор у даній статті здійснює поглиблений аналіз взаємовідносин держави та суспільства на шляху до вирішення всезагальної проблеми реформування податкової системи України. Зокрема, звертає увагу на причини, що призвели до неефективності вже проведених реформ, а також визначає основоположні принципи, котрі, у випадку їх дотримання, приведуть до успіху реформуванню в майбутньому податкову систему України.

**Ключові слова:** самосвідомість, відповідальність, правосвідомість, податкова реформа, податкова система, податкова політика.

#### Резюме

##### **Гетманцев Д. А. Реформа налоговой системы. ТОП-10 ключевых аспектов.**

Автор в данной статье осуществляет углубленный анализ взаимоотношений государства и общества на пути к решению всеобщей проблемы реформирования налоговой системы Украины. В частности, обращает внимание на причины, повлекшие за собой неэффективность уже проведенных реформ, а также определяет основоположные направления, которые, в случае их соблюдения, приведут к успеху реформированную в будущем налоговую систему Украины.

**Ключевые слова:** самосознание, ответственность, правосознание, налоговая реформа, налоговая система, налоговая политика.

#### Summary

##### **Getmantsev D. Tax System Reform. Top 10 key aspects.**

The author performs fundamental analysis of the State-society relationship on the way to solving the universal issue of Ukrainian taxation system restructuring. In particular, the author focuses on the reasons that implicated inefficiency of the reforms that took place in the country and defines basic directions to be followed in order to carry out successful reform policies of Ukrainian taxation system in the future.

**Key words:** consciousness, responsibility, legal awareness, tax reform, tax system, tax policy.

Л. Л. КІНАЩУК

*Лариса Леонідівна Кінащук, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Київського університету права НАН України*

## АУДИТОР ЯК СУБ'ЄКТ АУДИТОРСЬКОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ

В Україні аудит спочатку виникає під впливом соціальних факторів у відповідь на фінансово-правове замовлення для підтвердження звітності клієнтів. Із розвитком ринкових відносин все частіше існує потреба в ефективному обліку та мінімізації витрат. Відомий американський економіст Герберт Н. Кесон у книзі «Як робити і зберігати гроші», посилаючись на результати соціологічних досліджень стверджує, що 97 % бізнесменів, розбагатівши, через деякий час втратили свої гроші тому, що вони вчилися бізнесу – мистецтву робити гроші й не вчилися фінансам – мистецтву зберегти ці гроші<sup>1</sup>. Тому сьогодні є необхідність у консультаціях фахівців, які чітко орієнтуються, як у питаннях обліку, так і в чинному фінансовому законодавстві. За допомогою аудиту підтримується стабільне функціонування ринкових відносин у країні, що, в свою чергу, надає професії незалежного аудитора як такою, що здійснює захист публічних інтересів державного значення. Хоча динаміка чисельності аудиторів та аудиторських фірм свідчить про відсутність тенденції до їх збільшення.

З прийняттям Закону України «Про аудиторську діяльність», тобто з 1993 року, у державі розпочався новий етап розвитку аудиту. Потрібно зазначити, що цей нормативний документ поклав початок формування аудиторської діяльності в нашій країні. Хоча в аудиторів з'явився юридичний фундамент, проте сьогодні необхідно розробити стандарти практичної діяльності, а також створити систему підготовки майбутніх аудиторів. Потреба в удосконаленні законодавчого забезпечення аудиторської діяльності викликана розвитком аудиту, необхідністю розширення сфери аудиторських послуг, які мають публічний характер. Нормативна база організації та здійснення аудиту в Україні не досконала. Вона фактично складається з Закону України «Про аудиторську діяльність» та Стандартів аудиту. Це негативно впливає на створення аудиторських структур, аудиторська діяльність відстає за рядом істотних позицій від реального життя. Сьогодні в Україні аудит здійснюють аудитори, контролери, ревізори, інспектори, тобто відбувається підміна термінів і понять, спостерігається нерозуміння самого поняття «аудит», його сутності, а відповідно і функцій аудиторів та аудиторських фірм, їх правового призначення.

Аудиторська діяльність змінювалася під впливом наукової думки, розвитку економіки та суспільних відносин, з формуванням відповідних державних інститутів. Не розуміючи їх історичну сутність і не володіючи напрацюваннями минулих поколінь неможливо предметно орієнтуватися у фінансових проблемах, визначити напрями подальшого розвитку та вдосконалення контролю. Тому теоретичною базою статті стали наукові праці представників юридичної й економічної науки різних періодів, які зверталися до проблем аудиту, аудиторської діяльності. Беззаперечний вплив на формування авторської позиції мали праці М. А. Гурвіча, О. Ю. Грачової, В. О. Лебедева, І. Т. Тарасова, І. І. Янжула, які висвітлювали проблеми виникнення, організації фінансового контролю, діяльності контрольних органів. Принципове значення в концептуальному плані для опрацювання означеної теми статті мали праці відомих представників науки фінансового права: Д. А. Бекерської, Л. К. Воронової, Н. Д. Еріашвілі, Н. І. Хімичевої та інших. Окремі висновки нами зроблені із використанням положень представників економічної науки і практикуючих аудиторів таких, як: М. Т. Білуха, Ф. Ф. Бутинець, Н. І. Дорош, С. Б. Ільїна, І. Б. Стефанюк та інші. Досить широко представлені праці з аудиту і фінансів у зарубіжних авторів (А. Роджер, А. Елвін, Дж. Лоббек, К. Сазерленд та інші), до яких обумовлено звернення поставленою проблемою. Наявність дискусійних питань щодо правового статусу, прав і обов'язків аудиторів як суб'єктів аудиторського фінансового контролю, відсутність комплексного дослідження цієї проблеми підкреслює актуальність обраної тематики статті, її важливе наукове та практичне значення.

**Метою даної публікації** є дослідження сутності аудитора як суб'єкта аудиторського контролю в Україні, на основі аналізу наукової літератури і вивчення різних поглядів та думок науковців сформулювати авторське визначення поняття аудитора, запропонувати низку заходів щодо покращення законодавства України у сфері діяльності аудиторів у процесі проведення аудиторського фінансового контролю.

Варто зазначити, що назви професії в національному законодавстві відрізняються від міжнародної практики. Основні назви професії в практиці аудита, які виділені в навчальному посібнику Аудит Монтгомері, – «присяжний бухгалтер», «присяжний внутрішній аудитор» і «присяжний аудитор інформаційних систем»<sup>2</sup>. Як свідчить зарубіжний досвід, багато користувачів фінансової звітності плутають аудит (auditing) і бухгалтерський облік (accounting)<sup>3</sup>.

Непорозуміння виникає тому, що в більшості випадків аудит пов'язаний із бухгалтерською інформацією. Плутанина існує ще й тому, що особи, які виконують основну частину аудиту, називаються присяжними бухгалтерами або дипломованими суспільними бухгалтерами. Отже, організація та управління аудиторсь-



кою діяльністю вимагає узагальнення існуючої практики аудиторства з метою вдосконалення правового регулювання діяльності аудиторів та аудиторських фірм як специфічних, своєрідних суб'єктів аудиторського фінансового контролю.

Відносини у сфері аудиторського фінансового контролю регулюються фінансово-правовими нормами. Тобто аудиторський фінансовий контроль, а отже й аудит, відноситься до фінансового права. У системі аудиторського фінансового контролю важливе місце посідають суб'єкти аудиторської діяльності, які є носіями фінансово-контрольних функцій, мають певні права й обов'язки. Для організації чіткої роботи суб'єктів аудиторського фінансового контролю слід визначити їх правовий статус, права і обов'язки, їх місце в системі суб'єктів фінансового контролю та шляхи взаємодії з суб'єктами державного фінансового контролю.

Нагадаємо, що суб'єктом контролю в контрольному процесі виступають носії прав і обов'язків, а саме, особи та органи, що мають повноваження на здійснення контролю за виробничою та фінансовою діяльністю суб'єкта господарювання, а також право втручатися в його оперативну діяльність (припиняти або обмежувати діяльність, усувати від роботи певних осіб) та самостійно притягувати винних до відповідальності<sup>4</sup>. Згідно з положеннями фінансово-правової науки, суб'єкт – це особа, учасник фінансових відносин, яка за своїми властивостями фактично може бути носієм суб'єктивних прав і обов'язків<sup>5</sup>. Суб'єкти фінансових правовідносин, пише О. П. Орлюк, це – юридичні та фізичні особи, які можуть бути носіями суб'єктивних юридичних прав та обов'язків<sup>6</sup>.

Суб'єктами фінансових правовідносин, авторський колектив підручника «Фінансове право» та Є. О. Алісов вважають осіб, які на підставі фінансово-правових норм є реальними їх учасниками<sup>7</sup>.

Суб'єктами проведення аудиту, зазначає Ф. Ф. Бутинець, виступають аудиторські фірми, приватно-практикуючі аудитори. Суб'єктами аудиту, пише далі автор, є фізичні (аудитори) та юридичні особи (аудиторські фірми), діяльність яких спрямована на здійснення на договірних засадах контролю за достовірністю фінансової звітності підприємств, що оприлюднюється з метою встановлення відповідності її законодавству, нормативам, внутрішнім положенням та надання результатів дослідження зацікавленим користувачам<sup>8</sup>. Суб'єктами аудиту, на думку Л. Кулаковської та Ю. Пічі, виступають фізичні особи та їх організації (аудиторські фірми), діяльність котрих направлена на здійснення незалежного контролю та оцінки свідчень про економічні дії й події з метою встановлення ступеня відповідності цих тверджень встановленим критеріям, надання результатів перевірки зацікавленим користувачам<sup>9</sup>. Суб'єктами організації аудиторської діяльності можуть бути лише аудиторські фірми або приватні аудитори, що мають право на здійснення аудиту, пише С. Б. Ільїна<sup>10</sup>. У якості суб'єктів незалежного контролю, як зазначає Л. В. Дікань, виступають незалежні аудитори та аудиторські фірми, які перевіряють стан обліку діяльності суб'єктів господарювання, відповідність звітності даних обліку, правильність утворення прибутку і своєчасність розрахунків із державним бюджетом, а також розподіл прибутку по акціях, розмір внесеного капіталу й інших джерел, передбачених статутними документами і фінансовим планом певного підприємства<sup>11</sup>.

Як видно із зазначеного вище, при формулюванні визначення суб'єктів науковці вживають різні терміни: «суб'єкти проведення аудиту», «суб'єкти аудиту», «суб'єкти організації аудиторської діяльності», «суб'єкти незалежного контролю».

Основним нормативно-правовим актом, що встановлює правові основи діяльності суб'єктів аудиторських відносин, є Закон України «Про аудиторську діяльність», який концептуально позначив правовий простір аудиту і значно розширив можливості професійних аудиторських об'єднань щодо вирішення організаційних питань аудиторської діяльності. У Законі України «Про аудиторську діяльність» визначено лише, хто може бути аудитором, але самого визначення поняття суб'єктів аудиту немає.

На наш погляд, враховуючи існування аудиторського фінансового контролю, суб'єктів, які його здійснюють, слід називати «суб'єктами аудиторського фінансового контролю». Якщо дотримуватися позиції про те, що аудит – це метод аудиторського фінансового контролю, то доцільно вживати термін «суб'єкт аудиту», яким є аудитор, що здійснює аудит. Суб'єктами аудиторського фінансового контролю, на відміну від державного фінансового контролю, який здійснюють від імені держави різні контрольні органи, є незалежні особи (аудитори), які мають кваліфікаційний сертифікат про право займатися аудиторською діяльністю і ліцензію (дозвіл), або аудиторські фірми (організації будь-якої форми власності), які мають ліцензію на право здійснення аудиторської діяльності на території України займаються виключно проведенням аудиту та наданням аудиторських послуг. Основним базовим елементом системи аудиторського фінансового контролю є сертифіковані аудитори, які на підставі ліцензії від свого імені чи від імені аудиторської фірми здійснюють аудиторську діяльність. Вважаємо за доцільне запропонованими уточненнями «суб'єкт аудиторського фінансового контролю», «суб'єкт аудиту» доповнити статтю 4 Закону України «Про аудиторську діяльність» та включити до проекту Закону України «Про аудиторський фінансовий контроль».

Відповідно до Закону України «Про аудиторську діяльність»<sup>12</sup> аудит здійснюється незалежними особами (аудиторами), аудиторськими фірмами, які уповноважені суб'єктами господарювання на його проведення. Згідно зі статтею 361 Господарського кодексу України аудитором може бути громадянин України, який має кваліфікаційний сертифікат про право на здійснення аудиторської діяльності на території України<sup>13</sup>. Відповідно до статті 4 Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про аудиторську діяльність», аудитором може бути фізична особа, яка має сертифікат, що визначає її кваліфікаційну придатність на заняття аудиторською діяльністю на території України<sup>14</sup>. Проте, положення Закону України «Про аудиторську діяльність» не містять чіткого визначення поняття аудитора.

Науковці у своїх роботах, присвячених аудиту, визначення поняття аудитора не наводять, за певним винятком. Так, Ф. Ф. Бутинець вважає, що аудитор – це спеціаліст, який застосовує свої знання на практиці, тобто має навички дослідження документів та операцій, уміє виявляти недоліки та факти відхилень у діяльності господарюючого суб'єкта та уповноважений висловлювати думку про ступінь достовірності фінансової звітності<sup>15</sup>. Аудитори, пише С. Б. Ільїна, – це висококваліфіковані фахівці в галузі обліку, контролю, аналізу, фінансів, які мають сертифікат і ліцензію на право ведення аудиторської діяльності<sup>16</sup>. Такі визначення лише частково розкривають сутність даної категорії.

На нашу думку, істотною перевагою аудиту є професіоналізм аудиторів, що сприяє підвищенню якості перевірок. Професія аудитора вимагає надання послуг, що відповідають найвищим вимогам, взяття на себе відповідальності щодо результатів перевірки клієнтів, які розраховують на об'єктивність і чесність професійних аудиторів. Послуги, що надає аудитор, пов'язані з відповідальністю аудитора, а також дотримання ним вимог норм і правил, що регулюють аудиторську практику. Визначальною рисою професії незалежного аудитора є визнання ним відповідальності перед державними органами, роботодавцями, клієнтами, кредиторами, інвесторами, підприємцями та іншими суб'єктами. Проте в Україні спостерігається й брак досвіду аудиторської діяльності та недостатня кількість кваліфікованих аудиторських кадрів. Як правильно зазначає Н. І. Дорош, сьогодні ряди атестованих аудиторів поповнюються в основному за рахунок колишніх бухгалтерів, які працювали на вузьких ланках бухгалтерій великих підприємств, і економістів економічних відділів колишніх міністерств і відомств<sup>17</sup>. На сьогодні відсутні стандарти з освіти аудиторів, значна кількість практикуючих аудиторів не має спеціальної вищої освіти, що спричиняє не досить високий професійний рівень аудиторів. Крім того, перелік питань на іспиті при отриманні сертифіката аудитора включає питання з бухгалтерського обліку й звітності в банківській сфері; питання з бухгалтерського обліку й звітності в небанківській сфері; питання з аудиту. Існуючі вимоги і процедури атестації аудиторів, на нашу думку, є недостатніми. Адже перелік предметів, що вивчається, є вузьким, а обсяг питань, які виносяться на іспит, не дозволяють повною мірою оцінити рівень знань і навичок. Тому не варто звужувати коло потенційних аудиторів, надаючи при атестації пріоритет людям з економічною освітою. Фізичні особи, які здобули вищу освіту, певні знання з питань аудиту та досвід роботи не менше трьох років підряд на посадах аудитора, ревізора, бухгалтера, юриста, фінансиста або економіста, мають право на отримання сертифіката.

З урахуванням проведеного аналізу наукової літератури і вивчення різних поглядів та думок науковців, вважаємо за доцільне сформулювати власне визначення поняття «аудитор», яким доповнити відповідні статті Закону України «Про аудиторську діяльність», а надалі закріпити його в проекті Закону України «Про аудиторський фінансовий контроль». На наш погляд, аудитор – це фізична особа, яка має сертифікат, що визначає її кваліфікаційну придатність на проведення аудиту публічної фінансової звітності, обліку первинних документів, іншої документації, що містить інформацію про фінансову діяльність суб'єктів господарювання з метою визначення достовірності та повноти фінансової звітності, відповідності її чинному законодавству і встановленим нормативам, а також на надання публічних аудиторських послуг.

<sup>1</sup> Лапішко М. Л. Основи фінансово-статистичного аналізу економічних процесів: підручник [для підготовки молодших спеціалістів] / М. Л. Лапішко. – Л.: Світ, 1995. – 327 с. – С. 4.

<sup>2</sup> Аудит Монтгомери = Montgomery's AUDITING: учебное пособие / Филип Дефлиз, Генри Дженик, Винсент О'Рейлли, Маррей Хирш; Пер. с англ. под ред. Я. В. Соколова. – М.: Аудит: ЮНИТИ, 1997. – 541 с. – С. 48.

<sup>3</sup> Арнс Элвин. Аудит: [Пер. с англ.] / Элвин Арнс, Джеймс Лоббек; Ред. Я. В. Соколов. – М.: Финансы и статистика, 1995. – 558 с. – С. 10.

<sup>4</sup> Дікань Л. В. Контроль і ревізія: навчальний посібник / Л. В. Дікань. – К.: Центр навчальної літератури, 2004. – 245 с. – С. 62.

<sup>5</sup> Кулаковська Л. Основи аудиту: навч. посібник [для студентів вузів I–IV рівнів акредитації] / Л. Кулаковська, Ю. Піча. – [2-е вид., перероб. і доп.]. – К.: Каравела; Л.: Новий Світ, – 2002. – 500 с. – С. 36.

<sup>6</sup> Орлюк О. П. Фінансове право: навч. посібник / О. П. Орлюк. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 528 с. – С. 521.

<sup>7</sup> Бех Г. В. Фінансове право України: підручник / Г. В. Бех, О. О. Дмитрик, І. Є. Криницький, за ред. М. П. Кучерявенка. – К.: Хрінком Інтер, 2004. – 320 с. – С. 28; Алісов Е. А. Финансовое право Украины: учебное пособие / Евгений Алисов. – Х.: фирма «Эспада», 2000. – 288 с. – С. 43.

<sup>8</sup> Бутинець Ф. Ф. Аудит: підручник [для студентів спеціальності «Облік і аудит» вищих навчальних закладів] / Ф. Ф. Бутинець. – [3-тє вид., доп. і перероб.]. – Житомир: ПП «Рута», 2006. – 512 с. – С. 103–104.

<sup>9</sup> Кулаковська Л. Вказана праця. – С. 36.

<sup>10</sup> Ільїна С. Б. Основи аудиту: навчально-практичний посібник [для студентів вищих навчальних закладів] / Світлана Ільїна. – К.: Кондор, 2006. – 377 с. – С. 45.

<sup>11</sup> Дікань Л. В. Контроль і ревізія: навчальний посібник / Л. В. Дікань. – К.: Центр навчальної літератури, 2004. – 245 с. – С. 63.

<sup>12</sup> Про аудиторську діяльність: закон України від 22.04.1993 р. № 3125-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 23. – Ст. 243. (зі змінами).

<sup>13</sup> Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 14. – Ст. 168.

<sup>14</sup> Про аудиторську діяльність: закон України від 22.04.1993 р. № 3125-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 23. – Ст. 243. (зі змінами).

<sup>15</sup> Бутинець Ф. Ф. Вказана праця. – С. 104.

<sup>16</sup> Ільїна С. Б. Вказана праця. – С. 97.

<sup>17</sup> Дорош Н. І. Аудит: методологія і організація. монографія / Н. І. Дорош. – К.: Знання, 2001. – 402 с. – С. 79.

#### Резюме

**Кінащук Л. Л. Аудитор як суб'єкт аудиторського фінансового контролю.**

На основі аналізу наукової літератури і дослідження різних поглядів та думок науковців у статті сформульовано авторське визначення поняття аудитора. Розкрито сутність аудитора як суб'єкта аудиторського контролю в Україні. Автором запропоновано низку заходів щодо покращення законодавства України у сфері діяльності аудиторів в процесі проведення аудиторського фінансового контролю.

**Ключові слова:** аудиторська діяльність, аудиторський фінансовий контроль, аудит, аудитор, аудиторська фірма.

#### Резюме

**Кінащук Л. Л. Аудитор как субъект аудиторского финансового контроля.**

На основе анализа научной литературы и исследования различных взглядов и мнений ученых в статье сформулировано авторское определение понятия аудитора. Раскрыта сущность аудитора как субъекта аудиторского контроля в Украине. Автором предложен ряд мер по улучшению законодательства Украины в сфере деятельности аудиторов в процессе проведения аудиторского финансового контроля.

**Ключевые слова:** аудиторская деятельность, аудиторский финансовый контроль, аудит, аудитор, аудиторская фирма.

#### Summary

**Kinaschuk L. Auditor as an audit financial control.**

Based on the analysis of scientific literature and studies of different views and opinions of scientists in articles are written in the author's definition of auditor. The essence of the subject auditor as an audit financial control in Ukraine. The author proposed a number of measures for improving the legislation of Ukraine in the sphere of auditors to conduct the audit of financial control.

**Key words:** auditing, audit financial control, audit, auditor, audit firm.

УДК:342.95

### І. С. ВОЙТЕНКО

*Ірина Сергіївна Войтенко, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету ДПС України*

## ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ РИЗИКООРІЄНТОВАНОЇ СИСТЕМИ МИТНОГО ТА ПОДАТКОВОГО КОНТРОЛЮ

Ризики відіграють важливу роль у теорії та практиці діяльності фіскальних органів, що зумовлює необхідність управління ризиками з боку державних органів, зокрема мінімізацією ризиків. Актуальність теми дослідження зумовлена відсутністю єдиного підходу до визначення поняття та правового регулювання ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю, недостатньою оцінкою важливості запровадження вказаної системи у практиці фіскальних органів, насамперед Державної фіскальної служби України.

**Мета статті** полягає у висвітленні основних проблемних питань, пов'язаних із визначенням поняття ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю, аналізом нормативно-правового регулювання розглядуваної системи, а також у формулюванні висновків та пропозицій щодо удосконалення чинного митного та податкового законодавства.

Для досягнення поставленої мети слід розв'язати наступні завдання: проаналізувати правові позиції вчених щодо поняття, правової природи та правового регулювання ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю; висвітлити основні історичні етапи розвитку та запровадження вказаної системи у законодавство України; здійснити аналіз нормативно-правових актів, що стосуються ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю, включаючи міжнародні та національні; дослідити проблеми, пов'язані із визначенням терміна «ризикоорієнтована система митного та податкового контролю».

Аналізу ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю в українській правовій науці було присвячено праці таких дослідників, як Д. О. Беззубов, І. Г. Бережнюк, В. М. Горбачук, О. Ф. Запорожець, Ю. О. Костенко, А. А. Микитюк, П. В. Пашко, О. Г. Руренко, С. С. Терещенко, Д. В. Тиновський, О. І. Черевко та інших.

Позитивно оцінюючи здобутки цих та інших авторів, все ж варто виділити, що безліч проблем ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю лишилися невирішеними.

В економічній теорії, теорії управління, у доктрині права та суміжних науках існують різні підходи щодо визначення природи ризику. Поняття «ризик» має багато значень, в українській мові одне із основних значень цього терміна – «... усвідомлена можливість небезпеки, сміливий, ініціативний вчинок, дія із сподіванням щастя, успіху, позитивного результату»<sup>1</sup>. Протягом тривалого часу ризик, у т.ч. й у правознавстві,

в основному асоціювався з усвідомленням небезпеки, загрози, ненадійності, невизначеності, непевності, вірогідності збитку<sup>2</sup>. Ризик не лише пов'язувався з багатозначними негативними проявами життєвих ситуацій, а й часто використовувався як їх синонім. Проте ризик охоплює багато аспектів життя людини, які не відносяться до негативу. Так, без ризику неможливе підприємництво, адже це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність (ст. 42 Господарського кодексу України<sup>3</sup>).

Поняття «ризик» можна визначити як імовірність виникнення небезпеки втрати ресурсів або недоотримання доходів порівняно з варіантом, розрахованим на раціональне використання ресурсів. Разом із тим ризик завжди позначає імовірнісний характер результату. При цьому під словом «ризик» найчастіше розуміють вірогідність здобуття несприятливого результату (втрат), але його можна описати і як вірогідність отримати результат, відмінний від очікуваного. У цьому сенсі стає можливим говорити і про ризик збитків, і про ризик надприбутку<sup>4</sup>.

Уперше в світі стандарт з управління ризиками в митній службі був створений у 1995 році в Австрії. Саме із цим документом і пов'язують активізацію використання в практиці митного контролю такого поняття, як «митний ризик»<sup>5</sup>.

У міжнародно-правовому регулюванні ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю насамперед варто виділити Міжнародну конвенцію про спрощення і гармонізацію митних процедур – Переглянута Кіотська конвенція (у змінній редакції на 26 червня 1999 року<sup>6</sup>). Україна приєдналась до вказаної Конвенції відповідно до Закону України «Про приєднання України до Міжнародної конвенції про спрощення і гармонізацію митних процедур у змінній редакції згідно з Додатком I до Протоколу про внесення змін до Міжнародної конвенції про спрощення та гармонізацію митних процедур» від 5 жовтня 2006 року № 227-V (в редакції Закону України від 15 лютого 2011 року № 3018-VI)<sup>7</sup>. Одним із основних принципів цієї Конвенції є затвердження сучасних методів роботи, таких як система аналізу ризиків й методу контролю, який базується на аудиті, а також максимальне практичне використання інформаційних технологій (преамбула). Відповідно до розділу 6 Конвенції митний контроль обмежується мінімумом, необхідним для забезпечення дотримання митного законодавства; при застосуванні митного контролю використовується система управління ризиками; митна служба застосовує метод аналізу ризиків для визначення осіб та товарів, у тому числі транспортних засобів, що підлягають перевірці, та ступеня такої перевірки; для підтримки системи управління ризиками, митна служба приймає стратегію, яка базується на системі засобів оцінки ймовірності недотримання законодавства; система митного контролю містить у собі контроль на основі методів аудиту тощо. Як зазначають дослідники, ключовими елементами переглянутої Кіотської конвенції, які запроваджуватимуться митними адміністраціями, є, поряд з іншими: максимальне використання автоматизованих систем; технології управління ризиками (включаючи оцінку ризику та вибірковість контролю)<sup>8</sup>.

1 червня 2005 року Радою Митного Співробітництва були прийняті Рамкові стандарти безпеки та полегшення всесвітньої торгівлі Всесвітньої митної організації<sup>9</sup>. Серед інших норм Стандарти передбачають, що огляд кожної партії вантажів являє собою неприйнятний і непотрібний тягар. Фактично, огляд кожної партії вантажів просто паралізує світову торгівлю. Тому сучасні митні адміністрації використовують автоматизовані системи управління ризиками, зумовленими різними чинниками. У зв'язку з цим відповідно до Рамкових стандартів у ланцюжку комплексного митного контролю митний контроль і оцінка ризиків в цілях забезпечення безпеки являють собою постійний спільний процес, що починається в момент підготовки вантажів експортером до експорту з постійною перевіркою цілісності вантажів при недопущенні непотрібного дублювання заходів контролю. Для того, щоб зробити можливим таке взаємне визнання заходів контролю, митні служби повинні домовитися про стандарти контролю та управління ризиками, що узгоджуються між собою, про обмін розвідувальними даними та даними по профілізації ризиків, а також про обмін митними даними з урахуванням роботи, яка була проведена у контексті Глобальної інформаційно-розвідувальної стратегії СОТ. Такі угоди повинні передбачати можливість спільного моніторингу або контролю якості з метою відстеження дотримання стандартів.

Також у розглядуваному аспекті в сучасних умовах особливого значення набуває діяльність Всесвітньої митної організації (ВМО) у сфері забезпечення митної безпеки, здійснення зовнішньоторгівельних операцій, насамперед безпеки ланцюгів постачання, спрощення митних процедур і прийняття сучасних методів контролю, які базуються на оцінці ризиків. Наразі ВМО наголошує на необхідності внесення широкомасштабних змін у питаннях, що окреслені в Рамкових стандартах безпеки<sup>10</sup>.

У Модернізованому митному кодексі ЄС<sup>11</sup> (п. 7 ст. 4) митний ризик трактується як імовірність випадку, який може виникнути щодо ввезення, вивезення, транзиту, передачі або випуску для внутрішнього споживання товарів, що переміщуються між митною територією Співтовариства та країнами та територіями за межами цієї території і щодо наявності товарів, що не мають статусу товарів, що походять з Спільноти, який може мати один з наступних результатів: (а) вони можуть перешкодити правильному застосуванню заходів, прийнятих на рівні Співтовариства або на національному рівні; (б) вони можуть піддати ризику фінансові інтереси Співтовариства та країн-учасниць; (с) вони можуть представляти загрозу безпеки і захисту суспільства та його резидентів, здоров'ю людей, тварин або рослин, навколишнього природного середовища або споживачів.

У нашій державі одна з перших згадок про ризикоорієнтовану систему діяльності Державної податкової адміністрації України була у Програмі модернізації державної податкової служби України, затвердженій 5 червня 2003 року (набула чинності 31 грудня 2003 року)<sup>12</sup>, де однією з основних ініціатив з реформування

було передбачено початок сегментації управління ризиками та платників податків (створення Спеціалізованої державної податкової інспекції по роботі з великими платниками податків).

Відповідно до ст. 2 Двостороннього робочого плану на 2006–2007 роки, підписаного Державною податковою адміністрацією України та Податковою та митною адміністрацією Нідерландів 20 листопада 2006 року<sup>13</sup> співробітництво між ДПА України та ПМА Нідерландів у 2006 та 2007 роках зосереджувалося поряд із іншим навколо управління ризиками при обслуговуванні платників податків.

Національним планом дій з поліпшення адміністрування податків, затвердженим Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 14 жовтня 2009 року № 1217-р<sup>14</sup> було запроваджено періодичний перегляд критеріїв ризику діяльності платників податків, які використовуються під час планування перевірок, з метою удосконалення ризикоорієнтованої системи адміністрування податків та адекватного реагування на нові ризики, що з'являються в період економічної кризи.

Обмін інформацією в рамках системи управління митними ризиками передбачено у Протоколі між Державною митною службою України та Державним митним комітетом Республіки Білорусь про обмін інформацією в рамках системи управління ризиками від 28 листопада 2011 року<sup>15</sup>. З метою реалізації цього Протоколу Сторони використовують наявні інформаційні ресурси та розробляють Технічні умови інформаційного обміну в рамках системи управління ризиками, що визначають порядок обміну інформацією, вимоги до складу інформації, переліку електронних повідомлень, формату і структури даних, що підлягають обміну, а також до програмно-технічних засобів захисту інформації.

Відповідно до норм Податкового кодексу України<sup>16</sup> ризик – це ймовірність недекларування (неповного декларування) платником податків податкових зобов'язань, невиконання платником податків іншого законодавства, контроль за яким покладено на контролюючі органи (підпункт 14.1.223 п. 14.1 ст. 14). Контролюючі органи мають право проводити аналіз та здійснювати управління ризиками з метою визначення форм та обсягів податкового і митного контролю (ст. 20 ПК України). Періодичність проведення документальних планових перевірок платників податків визначається залежно від ступеня ризику в діяльності таких платників податків, який поділяється на високий, середній та незначний. Платники податків з незначним ступенем ризику включаються до плану-графіка не частіше, ніж раз на три календарних роки, середнім – не частіше ніж раз на два календарних роки, високим – не частіше одного разу на календарний рік (ст. 77 ПК України).

Згідно зі ст. 320 Митного кодексу України<sup>17</sup> форми та обсяги контролю, достатнього для забезпечення додержання законодавства з питань державної митної справи та міжнародних договорів України при митному оформленні, обираються митницями (митними постами) на підставі результатів застосування системи управління ризиками. Якщо за результатами застосування системи управління ризиками не визначено необхідності проведення митного огляду товарів, транспортних засобів комерційного призначення, митне оформлення та випуск цих товарів, транспортних засобів за рішенням митниці (митного посту) можуть бути здійснені без пред'явлення зазначених товарів, транспортних засобів митниці (митному посту) або з пред'явленням, але без проведення їх митного огляду.

На основі норм ПК України та МК України було прийнято низку підзаконних нормативних актів, які регулюють ті чи інші аспекти ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю.

Зокрема, у податковій сфері було прийнято Методичні рекомендації по моніторингу податкових ризиків, затверджені наказом Державної податкової адміністрації України від 28 жовтня 2001 року № 428<sup>18</sup>, Методичні рекомендації щодо порядку розподілу платників податків за категоріями уваги, затверджені наказом Державної податкової адміністрації України від 30 червня 2006 року № 373<sup>19</sup>, Порядок подання платником податків заяви про проведення документальної невідної позапланової електронної перевірки та прийняття рішення територіальним органом Міністерства доходів і зборів України про проведення такої перевірки, затверджений наказом Міністерства доходів і зборів України від 3 червня 2013 року № 143<sup>20</sup> та інші акти, у митній сфері – Порядок застосування автоматизованої системи аналізу та управління ризиками під час митного контролю та митного оформлення товарів із застосуванням вантажної митної декларації, затверджений наказом Державної митної служби України від 13 грудня 2010 року № 1467<sup>21</sup>, Порядок розроблення профілів ризику, затверджений наказом Державної митної служби України від 22 грудня 2010 року № 1514 (в редакції наказу Держмитслужби від 11 січня 2012 року № 22)<sup>22</sup>, Критерії, за якими оцінюється ступінь ризику від провадження діяльності митного брокера та визначається періодичність проведення планових заходів державного нагляду (контролю), затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 21 березня 2012 року № 219<sup>23</sup>, Порядок здійснення аналізу та оцінки ризиків, розроблення і реалізації заходів з управління ризиками в митній службі України, затверджений наказом Міністерства фінансів України від 24 травня 2012 року № 597<sup>24</sup>, наказ Державної митної служби України «Про експлуатацію модуля АСАУР в пунктах пропуску через державний кордон для автомобільного сполучення» від 28 листопада 2012 року № 683<sup>25</sup> та інші акти. Відповідно до підпункту 29 пункту 4 Положення про Державну фіскальну службу України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 21 травня 2014 року № 236 вказана служба проводить аналіз та здійснює управління ризиками з метою визначення форм і обсягів митного та податкового контролю.

У юридичній літературі не так багато визначень ризику, що належать саме до ризику, пов'язаного з проведенням митного та податкового контролю.

Так, С. С. Терещенко визначає митний ризик як ймовірність наявності контрабандних товарів або порушень митних правил під час здійснення процедур митного контролю та митного оформлення вантажів<sup>26</sup>.

Автори монографії «Управління ризиками в митній справі: зарубіжний досвід та вітчизняна практика» вважають, що поняття «митний ризик» слід трактувати як вірогідність недодержання або порушення норм вітчизняного митного законодавства і порядку ведення операцій зовнішньоекономічної діяльності суб'єктами господарювання, що спричиняє виникнення митної шкоди, при цьому відзначаючи, що розуміння сутності митного ризику безпосередньо пов'язано з виявленням функцій, які він виконує при здійсненні митного контролю; відсутність єдиного тлумачення категорій «ризик» та «митний ризик» зумовлено в першу чергу їх функціональними ознаками, оскільки функція ризику – це зовнішній прояв дії ризику на параметри соціально-економічної системи і її окремі складові<sup>27</sup>. «Митна енциклопедія» визначає ризик у митній справі як ймовірність недотримання вимог законодавства України з питань державної митної справи. Таке визначення по суті відповідає підходу щодо загального визначення ризику як можливості не досягнення поставлених цілей управління, адже одним з основних завдань органів доходів і зборів, у тому числі й в Україні, є контроль за додержанням законодавства з питань митної справи<sup>28</sup>. О. Ф. Запорожець підкреслює, що застосування методів управління ризиками дозволяє підвищити ефективність митного контролю шляхом його зосередження на найбільш ризикованих переміщеннях товарів, і в результаті досягти спрощення і прискорення митного оформлення для сумнівних підконтрольних суб'єктів, що є основною метою використання системи управління ризиками. Існують випадки, коли при аналізі митної декларації відсутні профілі ризику, але це не свідчить, що ризик відсутній. Виникає потреба в підвищенні інформативності роботи модуля аналізу ризиків, гнучкому та диференційованому визначенні його індикаторів на підставі практичного досвіду зарубіжних країн та вдосконалення методичних підходів до наукового обґрунтування розрахунків під час проведення оцінки сукупності ризиків у складі підсистеми в процесі адміністрування митних платежів<sup>29</sup>.

Податковий ризик автори посібника «Податкова система» визначають як теоретичну ймовірність того, що внаслідок певних дій платника податку певні платежі до бюджету можуть надійти не в повному обсязі або несвоєчасно<sup>30</sup>. Податкові ризики, на думку Ю. О. Костенко, являють собою вірогідну можливість порушень податкового законодавства, які і є критеріями відбору для проведення планової документальної перевірки<sup>31</sup>. Податковий ризик держави розглядають як категорію, яка характеризує невизначеність кінцевого результату діяльності щодо забезпечення надходжень коштів до бюджетів усіх рівнів, державних цільових фондів внаслідок можливого впливу (дії) низки об'єктивних та/або суб'єктивних факторів, неефективного адміністрування податків і порушень податкового законодавства<sup>32</sup>. Іншими словами, це ймовірність не отримати взагалі або ж недоотримати повною мірою чи отримати несвоєчасно всі заплановані податкові надходження. Для платника ж податків податковий ризик – це можливе настання несприятливих правових наслідків у результаті дій (бездіяльності) фіскальних органів у частині оподаткування. Д. В. Тиновський зазначає, що при планових виїзних перевірках платники податків відбираються за системою раннього виявлення й припинення діяльності тіншового сектора економіки та руйнування схем мінімізації податків, яка передбачає дистанційний аудит загроз ухилення від оподаткування через аналіз наявних баз даних за допомогою спеціальних комп'ютерних програм («ризикоорієнтованою системою»)<sup>33</sup>, основним критерієм відбору за якою є ризик скоєння суб'єктом господарювання податкових порушень<sup>34</sup>. На погляд А. А. Микитюка, характерною особливістю податкового аудиту є його ризикоорієнтована направленість, тобто попередні аналітичні процедури спрямовані на виявлення податкових ризиків (вірогідності порушення податкового законодавства), а документальні, постдокументальні контрольні процедури мають на меті встановлення та фіксацію доказів таких порушень<sup>35</sup>.

**Висновки.** Таким чином, на основі аналізу визначення понять у законодавстві та науковій літературі, що відносяться до ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю, вказану систему можна визначити як сукупність вибіркової дій фіскальних органів з метою проведення вказаних видів контролю, спрямовану на визначення ступеня надійності підконтрольного суб'єкта.

Перспективами подальших розвідок у вказаному напрямі можна запропонувати розробку нових Методичних рекомендацій щодо порядку формування плану-графіка проведення документальних планових перевірок платників податків.

<sup>1</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) [Текст] / [укладачі: В. Т. Бусел, М. Д. Василега-Дерibas, О. В. Дмитрієв та ін.; кер. проекту та голов. ред. В. Т. Бусел]. – К., Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – С. 1221.

<sup>2</sup> Беззубов Д. О. Про тлумачення «ризикознавства» в юридичній науці України [Текст] / Д. О. Беззубов // Держава і право. Юридичні і політичні науки: Зб. наук. праць / [ред. колегія: Ю. С. Шемшученко (голова), І. О. Кресіна (голов. ред.), О. М. Костенко (заст. голов. ред.) та ін.]. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2009. – Вип. 45. – С. 227.

<sup>3</sup> Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року [Текст] // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22. – Ст. 144.

<sup>4</sup> Митна політика та митна безпека України [Текст]: [моногр.] / [П. В. Пашко, І. Г. Бережнюк, О. П. Гребельник та ін.]; за заг. ред. П. В. Пашка, І. Г. Бережнюка. – Хмельницький: ПП Мельник А. А., 2013. – С. 13.

<sup>5</sup> Управління ризиками в митній справі: зарубіжний досвід та вітчизняна практика [Текст]: [моногр.] / [І. Г. Бережнюк, А. І. Брендак, В. В. Булана та ін.]; за заг. ред. І. Г. Бережнюка. – Хмельницький: ПП Мельник А. А., 2014. – С. 21.

<sup>6</sup> Міжнародна конвенція про спрощення і гармонізацію митних процедур (у змінений редакції на 26 червня 1999 року) [Текст] // Офіційний вісник України. – 2011. – № 71. – Ст. 727.

<sup>7</sup> Про приєднання України до Міжнародної конвенції про спрощення і гармонізацію митних процедур у змінений редакції згідно з Додатком I до Протоколу про внесення змін до Міжнародної конвенції про спрощення та гармонізацію митних про-

цедур [Текст]: Закон України від 5 жовтня 2006 року № 227-V (в редакції Закону України від 15 лютого 2011 року № 3018-VI) // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 35. – Ст. 347.

<sup>8</sup> Митне регулювання в ЄС та Україні: порівняльно-правове дослідження [Текст]: [наук.-практ. посіб.] / [В. Мароха, Н. Олійник, О. Омельченко та ін.]; за наук. ред. А. В. Мазура. – К.: ТОВ «Ніка-Прінт», 2005. – С. 41.

<sup>9</sup> Рамкові стандарти безпеки та полегшення всесвітньої торгівлі Всесвітньої митної організації. Прийняті Радою Митного Співробітництва 1 червня 2005 року // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/976\\_003](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/976_003)

<sup>10</sup> Руренко О. Г. Митна безпека України в умовах глобалізації [Текст] / О. Г. Руренко, В. М. Горбачук // Митна безпека. Серія: Економіка. – 2010. – № 1. – С. 56–57.

<sup>11</sup> Таможенный кодекс Европейского Сообщества [Електронний ресурс]: Регламент утвержден Европейским Парламентом и Советом (ЕС) 23 апреля 2008 года № 450. – Режим доступа: <https://girinazw9.files.wordpress.com/2010/09/zkeu-russ.doc>

<sup>12</sup> Програма модернізації державної податкової служби України. Затверджена 5 червня 2003 року. Набула чинності 31 грудня 2003 року [Електронний ресурс] // Група Всесвітнього банку. – Режим доступу: <http://siteresources.worldbank.org/UKRAINE/UKRAINIANEXTN/Resources/STSMPPProjectbriefv4u.pdf>

<sup>13</sup> Двосторонній робочий план на 2006–2007 роки. Підписаний Державною податковою адміністрацією України та Податковою та митною адміністрацією Нідерландів 20 листопада 2006 року [Текст] // Офіційний вісник України. – 2007. – № 30. – Ст. 1243.

<sup>14</sup> Про затвердження Національного плану дій з поліпшення адміністрування податків [Текст]: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 14 жовтня 2009 року № 1217-р // Урядовий кур'єр. – 2009. – № 191. – 16 жовтня.

<sup>15</sup> Протокол між Державною митною службою України та Державним митним комітетом Республіки Білорусь про обмін інформацією в рамках системи управління ризиками від 28 листопада 2011 року [Текст] // Офіційний вісник України. – 2011. – № 98. – Ст. 3596.

<sup>16</sup> Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 року [Текст] // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13–14, № 15–16. – Ст. 112.

<sup>17</sup> Митний кодекс України від 13 березня 2012 року [Текст] // Офіційний вісник України. – 2012. – № 32. – Ст. 1175.

<sup>18</sup> Про затвердження Методичних рекомендацій по моніторингу податкових ризиків [Електронний ресурс]: Наказ Державної податкової адміністрації України від 28 жовтня 2001 року № 428. – Режим доступу: [http://tc.nusta.com.ua/Kursi\\_2013/8\\_SQL/sqldk/01/temu/Nakaz/5c.htm](http://tc.nusta.com.ua/Kursi_2013/8_SQL/sqldk/01/temu/Nakaz/5c.htm)

<sup>19</sup> Про затвердження Методичних рекомендацій щодо порядку розподілу платників податків за категоріями уваги [Електронний ресурс]: Наказ Державної податкової адміністрації України від 30 червня 2006 року № 373 // ЛІГА: ЗАКОН. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/GDPI7866.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GDPI7866.html)

<sup>20</sup> Про затвердження Порядку подання платником податків заяви про проведення документальної невізної позапланової електронної перевірки та прийняття рішення територіальним органом Міністерства доходів і зборів України про проведення такої перевірки [Текст]: Наказ Міністерства доходів і зборів України від 3 червня 2013 року № 143. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 13 червня 2013 року за № 950/23482 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 47. – Ст. 1702.

<sup>21</sup> Про затвердження Порядку застосування автоматизованої системи аналізу та управління ризиками під час митного контролю та митного оформлення товарів із застосуванням вантажної митної декларації [Текст]: Наказ Державної митної служби України від 13 грудня 2010 року № 1467. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 11 лютого 2011 року за № 180/18918 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 12. – Ст. 533.

<sup>22</sup> Про затвердження Порядку розроблення профілів ризику [Електронний ресурс]: Наказ Державної митної служби України від 22 грудня 2010 року № 1514 (в редакції наказу Держмитслужби від 11 січня 2012 року № 22) // ЛІГА: ЗАКОН. – Режим доступу: <http://document.ua/pro-vnesennja-zmin-do-nakazu-derzhmitsluzhbi-vid-22.12.2010-doc83993.html>

<sup>23</sup> Про затвердження критеріїв, за якими оцінюється ступінь ризику від провадження діяльності митного брокера та визначається періодичність проведення планових заходів державного нагляду (контролю) [Текст]: Постанова Кабінету Міністрів України від 21 березня 2012 року № 219 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 22. – Ст. 839.

<sup>24</sup> Про затвердження Порядку здійснення аналізу та оцінки ризиків, розроблення і реалізації заходів з управління ризиками в митній службі України [Текст]: Наказ Міністерства фінансів України від 24 травня 2012 року № 597. Зареєстрований в Міністерстві юстиції України 1 червня 2012 року за № 882/21194 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 45. – Ст. 1792.

<sup>25</sup> Про експлуатацію модуля АСАУР в пунктах пропуску через державний кордон для автомобільного сполучення [Електронний ресурс]: Наказ Державної митної служби України від 28 листопада 2012 року № 683 // ЛІГА: ЗАКОН. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/MK120854.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MK120854.html)

<sup>26</sup> Терещенко С. С. Митний контроль. Алгоритм аналізу факторів ризику під час митного контролю. Основні методи шахрайства під час транзиту [Текст] / С. С. Терещенко // Вісник Академії митної служби України. – 2000. – № 3. – С. 3–12.

<sup>27</sup> Управління ризиками в митній справі: зарубіжний досвід та вітчизняна практика [Текст]: [моногр.] / [І. Г. Бережнюк, А. І. Брендак, В. В. Булана та ін.]; за заг. ред. І. Г. Бережнюка. – Хмельницький: ПП. Мельник А. А., 2014. – С. 25.

<sup>28</sup> Митна енциклопедія [Текст]: У 2-х тт. Т. 2 / [І. Г. Бережнюк, П. В. Пашко, Д. А. Арзянцева та ін.]; редкол.: І. Г. Бережнюк (відп. ред.), П. В. Пашко (заст. відп. ред.), О. М. Вакульчик та ін. – Хмельницький: ПП Мельник А. А., 2013. – С. 330.

<sup>29</sup> Запорожець О. Ф. Методичні підходи до формування та розвитку Національної ризикоорієнтованої системи адміністрування митних платежів [Текст] / О. Ф. Запорожець // Митна безпека. – 2013. – № 1. – С. 56.

<sup>30</sup> Податкова система [Текст]: [навч. посіб.] / [В. Г. Баранова, О. Ю. Дубовик, В. П. Хомутенко та ін.]; за ред. В. Г. Баранової. – Одеса: ВМВ, 2014. – С. 296.

<sup>31</sup> Костенко Ю. О. Щодо ризикоорієнтованої системи відбору платників податків до податкових перевірок [Електронний ресурс] / Ю. О. Костенко. – Режим доступу: [http://finconf.nusta.com.ua/docs/6b54315fd45487c4d629784251256d7b/tez/kostenko\\_tezi.doc.doc](http://finconf.nusta.com.ua/docs/6b54315fd45487c4d629784251256d7b/tez/kostenko_tezi.doc.doc)

<sup>32</sup> Черевко О. І. Аналіз механізмів управління ризиками в сфері оподаткування [Текст] / О. І. Черевко // Вісник Чернівецького торговельно-економічного інституту. Економічні науки. – 2013. – Вип. 3. – С. 300.

<sup>33</sup> Тинювський Д. В. Методи відбору платників податків для проведення візних податкових перевірок [Текст] / Д. В. Тинювський // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 3. – С. 284–285.

<sup>34</sup> *Тиновський Д. В.* Правові та організаційні засади здійснення виїзних податкових перевірок [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / Д. В. Тиновський; Держ. НДІ М-ва внутр. справ України. – К., 2012. – С. 8.

<sup>35</sup> *Микитюк А. А.* Правові та організаційні засади здійснення податкового аудиту державною податковою службою України [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / А. А. Микитюк; Нац. ун-т держ. податк. служби України. – Ірпінь, 2010. – С. 17.

#### Резюме

**Войтенко І. С. Поняття та правове регулювання ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю.**

Стаття присвячена питанням правового регулювання ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю. Висвітлено нормативно-правові акти, які регулюють вказане питання. Аргументовано необхідність подальшого запровадження ризикоорієнтованої системи митного та податкового контролю у законодавство України. Запропоновано авторське визначення ризикоорієнтованої системи. Визначено шляхи подальших розвідок у вказаному напрямі.

**Ключові слова:** ризик, митний ризик, податковий ризик, ризикоорієнтована система, митний контроль, податковий контроль.

#### Резюме

**Войтенко И. С. Понятие и правовое регулирование рискоориентированной системы таможенного и налогового контроля.**

Статья посвящена вопросам правового регулирования рискоориентированной системы таможенного и налогового контроля. Освещены нормативно-правовые акты, которые регулируют указанный вопрос. Аргументирована необходимость дальнейшего внедрения рискоориентированной системы таможенного и налогового контроля в законодательство Украины. Предложено авторское определение рискоориентированной системы. Определены пути дальнейших исследований в указанном направлении.

**Ключевые слова:** риск, таможенный риск, налоговый риск, рискоориентированная система, таможенный контроль, налоговый контроль.

#### Summary

**Voitenko I. Definition and regulation of risk-oriented system of customs and tax control.**

The article is devoted to problems of legal regulation of risk-oriented system of customs and tax control. Deals with the regulations governing the specified question. The necessity of further introducing risk-oriented system of customs and tax control legislation in Ukraine. The author definition of risk-oriented system. Ways of further work in the specified direction.

**Key words:** risk, risk of customs, tax risk, risk-oriented system, customs, tax control.

УДК 336.2

### О. В. ГЕДЗЮК

*Олена Вікторівна Гедзюк, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ДЕЯКІ ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ДОХОДУ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ ЯК ДОДАТКОВОГО БЛАГА В ЦІЛЯХ ОПОДАТКУВАННЯ ПОДАТКОМ НА ДОХОДИ ФІЗИЧНИХ ОСІБ\*

Податок на доходи фізичних осіб (далі – ПДФО) охоплює широкі верстви населення та практично всі види доходів, які отримують фізичні особи. Одним із видів доходів, що включаються до загального місячного (річного) оподаткованого доходу платника податків, є дохід, отриманий платником податку як додаткове благо. Що саме потрібно розуміти під «додатковим благом» законодавець розкриває у пп. 14.1.47 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України (далі – ПК України), під яким розуміються кошти, матеріальні чи нематеріальні цінності, послуги, інші види доходу, що виплачуються (надаються) платнику податку податковим агентом, якщо такий дохід не є заробітною платою та не пов'язаний з виконанням обов'язків трудового найму або не є винагородою за цивільно-правовими договорами (угодами), укладеними з таким платником податку (крім випадків, прямо передбачених нормами розділу IV цього Кодексу). Отже, для того, щоб дохід кваліфікувався як «додаткове благо», він повинен:

**1. Виплачуватись податковим агентом,** яким відповідно до пп.14.1.180. п. 14.1 ст. 14 ПК України є юридична особа (її філія, відділення, інший відокремлений підрозділ), самозайнята особа, представництво нерезидента – юридичної особи, інвестор (оператор) за угодою про розподіл продукції, які незалежно від організаційно-правового статусу та способу оподаткування іншими податками та/або форми нарахування (виплати, надання) доходу (у грошовій або негрошовій формі) *зобов'язані нараховувати, утримувати та*

© О. В. Гедзюк, 2015

\* Підготовлено за результатами роботи податкових студій ЮК «Jurimex»



сплачувати податок, передбачений розділом IV цього Кодексу, до бюджету від імені та за рахунок фізичної особи з доходів, що виплачуються такій особі, вести податковий облік, подавати податкову звітність контролюючим органам та нести відповідальність за порушення його норм в порядку, передбаченому ст. 18 та розділом IV ПК України.

**2. Не бути заробітною платою** (відповідно до пп. 14.1.48. п. 14.1. ст. 14 ПК України заробітна плата для цілей розділу IV цього Кодексу – основна та додаткова заробітна плата, інші заохочувальні та компенсаційні виплати, які виплачуються (надаються) платнику податку у зв'язку з відносинами трудового найму згідно із законом).

**3. Не бути пов'язаним з виконанням обов'язків трудового найму або не бути винагородою за цивільно-правовими договорами** (угодами), укладеними з таким платником податку. Особливістю додаткового блага як доходу фізичної особи є те, що він має задовольняти інтереси саме працівника, а не його роботодавця, тобто не бути пов'язаним з виконанням трудової функції. Правозастосовна практика також виходить з цього. Для прикладу візьмемо постанову Київського Апеляційного Адміністративного суду 21 жовтня 2014 р. у справі № 810/2648/14<sup>1</sup>. Так, «Колегією суддів встановлено, що всупереч висновкам відповідача, працівники позивача ОСОБА\_4 та ОСОБА\_5 не отримували від останнього додаткових благ, адже виплати цим працівникам були спрямовані на відшкодування понесених ними витрат при вчиненні дії в інтересах позивача, а саме: отримання довідки з ЄДРПОУ для Господарського суду Дніпропетровської області, де відбувався судовий процес, стороною в якому було ДП «МА «Бориспіль», та отримання витягів з Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна та Державного реєстру обтяжень рухомого майна з метою подання їх до Міністерства природи України у складі документів на отримання підприємством спеціального дозволу (ліцензії) на користування надрами (підземними прісними водами)». Крім того, щоб дохід можна було визначити як додаткове благо, необхідно ідентифікувати особу, яка отримує дохід (див., наприклад, ухвалу Житомирського апеляційного адміністративного суду від 16 липня 2014 р. № 806/1575/14 – дохід виникає в разі ідентифікації особи<sup>2</sup>).

Визначення, надане у ст. 14 ПК України, є загальним, однак розділ IV ПК України встановлює особливості щодо оподаткування доходів як додаткового блага. Як випливає з пп. 164.2.17 п. 164.2 ст. 164 ПК України, дохід, отриманий як додаткове благо, може бути різним. Під час визначення того, як можна кваліфікувати той чи інший дохід фізичної особи та чи буде він додатковим благом, необхідно аналізувати пп. 164.2.17 п. 164.2 ст. 164 ПК України у сукупності зі ст. 165 ПК України, адже деякі доходи, котрі на перший погляд можна розцінити як додаткове благо, відповідно до ст. 165 ПК України взагалі не включаються до розрахунку загального місячного (річного) оподатковуваного платника податку. З огляду на це, далі на прикладі розкриємо деякі з таких доходів.

**Путівки на відпочинок.** Варто розмежувати пп. «е» пп. 164.2.17 п. 164.2 ст. 164 від пп. 165.1.35 п. 165.1 ст. 165 ПК України, відповідно до якого до складу загального місячного (річного) оподатковуваного доходу не включають вартість путівок на відпочинок, оздоровлення та лікування, у тому числі на реабілітацію інвалідів, на території України платника податку та/або його дітей віком до 18 років, які надаються йому безоплатно або зі знижкою (у розмірі такої знижки) професійною спілкою, до якої зараховуються профспілкові внески платника податку – члена такої професійної спілки, створеної відповідно до законодавства України, або за рахунок коштів відповідного фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування.

ДПС України у листі від 1 лютого 2012 р. № 1959/6/17-1115 роз'яснила, що вартість профспілкової путівки, яка надається платнику податків на оздоровлення членів сім'ї віком після 18 років, оподатковується податком на доходи фізичних осіб, як додаткове благо, за ставкою, встановленою п. 167.1 ст. 167 Кодексу. Сімейна профспілкова путівка надана платнику податків, до якої включається і вартість оздоровлення члена сім'ї після 18 років, оподатковується у розмірі частини отриманого доходу на оздоровлення такого члена сім'ї.

У постанові Львівського Окружного Адміністративного суду від 21 квітня 2011 р. № 2а-4882/10/1370<sup>3</sup> зазначено: «В Акті перевірки вказано, що ВАТ «Львівський холодокомбінат» не нарахувало і не сплатило до бюджету податок з доходів фізичних осіб при наданні своїм працівникам путівок на відпочинок на відпочинковій базі «Полярон» у м. Одеса. В обґрунтування такого висновку відповідачем зроблено посилання на те, що путівка, яка була оплачена за рахунок коштів профспілкової організації, була надана працівникам підприємства не профспілкою, а самим підприємством. Відповідно, відсутні підстави для застосування пільги, передбаченої п. 4.3.24. Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб». При цьому не враховано, що підприємство не здійснювало виплати доходу своїм працівникам, а продало їм послуги по організації відпочинку (путівки) по повній вартості. Те, що частково вартість путівок була оплачена Профспілковою організацією ВАТ «Львівський холодокомбінат» – не має ніякого значення для ведення обліку та нарахування податків на ВАТ «Львівський холодокомбінат»... Враховуючи вищевказане, а також те, що путівки були надані фізичним особам працедавцем – ВАТ «Львівський холодокомбінат», підстав для застосування пільги, передбаченої підпунктом 4.3.24 пункту 4.3 статті 4 Закону № 889, немає. Оподаткування податком з доходів фізичних осіб вартості путівок (50 %) відбувається на загальних підставах. Отже, ВАТ «Львівський холодокомбінат» із наданих додаткових благ, що були надані у негрошовій формі (вартості путівок погашеної шляхом проведення заліку з профкомом із застосуванням натурального коефіцієнта) не нарахувало та не перерахувало податок з доходів фізичних осіб в сумі 12239.77 грн. ...Відповідно до абзацу п.п. 4.3.24 п. 4.3. ст. 4 Закону № 889-IV до складу загального місячного або річного оподатковуваного доходу платника податку не включаються такі доходи (що не підлягають відображенню в його річній податковій декларації), зокрема,

вартість путівок на відпочинок, оздоровлення та лікування на території України платника податку або його дітей віком до 18 років, які надаються йому безоплатно або із знижкою (у розмірі такої знижки) професійною спілкою, до якої зараховуються профспілкові внески такого платника податку – члена такої професійної спілки, створеної за законодавством України, або за рахунок коштів відповідного фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування. ... Враховуючи вищевикладене, суд вважає, що підстав для застосування пільги, передбаченої підпунктом 4.3.24 пункту 4.3 статті 4 Закону № 889, ВАТ «Львівський холодокомбінат» немає. Оподаткування податком з доходів фізичних осіб вартості путівок (50 %) відбувається на загальних підставах, однак з Довідки № 2708 про включення до Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України вбачається, що Первинна профспілкова організація ВАТ «Львівський холодокомбінат» зареєстрований в якості окремої юридичної особи і їй наданий ідентифікаційний код 20827463. Форма фінансування за рахунок членських внесків. Таким чином суд вважає, що вимоги ДПП сплатити податок з доходів фізичних осіб за отримане від профспілкової організації часткове відшкодування вартості путівок є неправомірними».

Підсумовуючи вищевикладене зазначимо, що звільняється від оподаткування вартість путівки, наданої для платника податків та/або його дітей до 18 років професійною спілкою або за рахунок коштів відповідного фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування. Проте у випадку, якщо роботодавець вирішить придбати путівку для свого працівника або оплатити частину такої путівки, то, відповідно, її вартість або частина вартості будуть оподатковуватись ПДФО. Крім того, вартість навіть профспілкової путівки, проте яка надається платнику податків на оздоровлення членів сім'ї віком після 18 років, також оподатковується податком на доходи фізичних осіб, як додаткове благо.

**Надане працівникові житло.** Додатковим благом, відповідно до пп. «а» пп. 164.1.17 п. 164.1 ст. 164 ПК України, є вартість використання житла, інших об'єктів матеріального або нематеріального майна, що належать роботодавцю, наданих платнику податку в безоплатне користування, або компенсації вартості такого використання, крім випадків, коли таке надання зумовлено виконанням платником податку трудової функції згідно з трудовим договором (контрактом) чи передбачено нормами колективного договору або законом в установлених ними межах.

Можна виділити такі критерії віднесення доходу до додаткового блага в розумінні пп. «а» пп. 162.2.7 п. 164.2 ст. 164 ПК України: майно (житло, інші об'єкти матеріального або нематеріального майна) повинно (а) належати роботодавцю і працівник безкоштовно користується таким майном або (б) працівник отримує компенсацію за таке використання (винятками є випадки, коли таке надання зумовлено виконанням платником податку трудової функції відповідно до трудового договору (контракту) чи передбачено нормами колективного договору або відповідно до закону в установлених ними межах).

В ухвалі Київського Апеляційного адміністративного суду від 9 квітня 2014 р. у справі № 810/2093/13-а<sup>4</sup> (предметом розгляду було проведення планової виїзної перевірки ДП ВАТ «ПТЕМ «Обухівське монтажне управління» з питань дотримання вимог податкового та іншого законодавства за період з 1 січня 2010 р. по 30 червня 2012 р.) зазначено таке: «З аналізу норм чинного законодавства вбачається, що роботодавець, у випадках надання власним працівникам у безоплатне користування житла, зобов'язаний утримувати з доходів таких працівників відсоток від вартості використання житла як податок на доходи фізичних осіб. Проте, у випадках, коли надання житла роботодавцем своїм працівникам пов'язане з виконанням трудових функцій, такий податок не утримується. Як вбачається з матеріалів справи, позивач орендував у фізичних осіб приміщення (будинки, кімнати) для проживання своїх працівників, проте податок з доходів цих працівників за їх проживання у вказаних приміщеннях позивачем, як роботодавцем, утримано не було. Водночас, судом першої інстанції встановлено, що житло винаймалось позивачем з метою забезпечення трудової діяльності власних працівників, а саме, під час перебування останніх у відрядженнях. Зазначений факт підтверджується наявними в матеріалах справи наказами на відрядження та договорами оренди нерухомого майна. За таких обставин, колегія суддів погоджується з висновком суду першої інстанції, що в даному випадку мав місце найм житла під час виконання працівниками їх трудової функції за межами основного робочого місяця, а відтак, відповідно до положень статті 164 Податкового кодексу, вартість використання такого житла до оподаткованого доходу не включається». Тобто, суд у своїй позиції виходив з того, що оскільки житло використовувалось для забезпечення трудової діяльності власних працівників, навіть не зважаючи на те, що воно орендувалось роботодавцем, вартість використання такого житла до оподаткованого доходу не включається.

Проте контролюючі органи дещо по-іншому дивляться на це питання. Позиція фіскалів наразі зводиться до того, що у випадку, коли юридична особа орендує нерухомість (житло) для свого працівника, оскільки це передбачено трудовою угодою, і сплачує орендну плату за таку нерухомість орендодавцю, то такий дохід для працівника є додатковим благом та підлягає оподаткуванню податком на доходи фізичних осіб відповідно до п. 167.1 ст. 167 ПКУ за ставкою 15 (20) відсотків бази оподаткування. Так, наприклад у Загальнодоступному інформаційно-довідковому ресурсі<sup>5</sup> на запитання «Чи підлягає оподаткуванню ПДФО компенсація вартості використання нерухомості для проживання працівником, якщо така компенсація відшкодовується роботодавцем та передбачена трудовим договором з працівником?» контролери відповіли: якщо роботодавець компенсує вартість використання нерухомості для проживання працівником, то такий дохід для працівника є додатковим благом та підлягає оподаткуванню податком на доходи фізичних осіб за ставкою 15 та/або 17 (на сьогодні – це 20) відсотків від бази оподаткування. Таким чином, позиція контролюючих органів зводиться до того, що оренда житла для працівника не буде вважатися додатковим благом лише у

випадку, коли вона зумовлена трудовою функцією, а саме житло належить роботодавцю. У випадку, якщо працівник самостійно орендує житло у третьої особи, а роботодавець здійснює компенсацію таких витрат, або роботодавець орендує у третьої особи таке майно для працівника, навіть якщо його використання зумовлено трудовою функцією останнього, виникає оподатковуваний дохід у вигляді додаткового блага. Хоча, на нашу думку, ця позиція контролерів не повною мірою відповідає вимогам ПК України, адже у досліджуваному пункті йдеться не лише про майно, що належить роботодавцю, надане платнику податку в безоплатне користування, проте й про «компенсацію вартості такого використання», що не виключає оренду житла.

Варто зазначити, що у редакції ПК України станом на дату набуття чинності, по-іншому визначався такий дохід, зокрема, була відсутня вказівка на «*майно, що належить роботодавцю*». Так, у Листі Державної податкової служби України від 30 березня 2012 р. № 4602/5/17-1115 «Щодо оподаткування прибутків у вигляді орендної плати» контролюючий орган наголошував, що не є об'єктом оподаткування для працівника підприємства вартість орендної плати, якщо нерухоме майно (житловий) належить даній юридичній особі на праві власності. У своїй позиції фіскальний орган виходив з такого: якщо підприємство наймає нерухоме майно (квартиру) для свого працівника і сплачує орендну плату за нього орендодавцю, то такий дохід для працівника є додатковим благом і підлягає оподаткуванню відповідно до п. 167.1 ст. 167 ПКУ. На даний час цей документ є чинним, хоча й був виданий до внесення змін до пп. «а» 162.2.7 п. 164.2 ст. 164 ПК України (Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо удосконалення деяких податкових норм» від 24 травня 2012 р. № 4834-VI). У цьому випадку відбувається зміна законодавства, проте позиція фіскальних органів «стабільна».

Повертаючись до визначення поняття додаткового блага, яке наводиться у пп. 14.1.47. п. 14.1 ст. 14 ПК України, звертаємо увагу, що додатковим благом є доходи, які виплачуються (надаються) платнику податку податковим агентом, якщо такий дохід не є заробітною платою. Що потрібно розуміти під заробітною платою, ПК України тлумачить у пп. 14.1.48. п. 14.1. ст. 14: заробітна плата для цілей розділу IV цього Кодексу – основна та додаткова заробітна плата, інші заохочувальні та компенсаційні виплати, які виплачуються (надаються) платнику податку у зв'язку з відносинами трудового найму згідно із законом. Більш загальне розуміння заробітної плати дає спеціальне законодавство, а саме Закон України «Про оплату праці», відповідно до ст. 1 якого заробітна плата – це винагорода, обчислена, як правило, у грошовому виразі, яку за трудовим договором роботодавець виплачує працівникові за виконану ним роботу. ПК України фактично дає не визначення поняття, а перераховує структуру заробітної плати. Адже відповідно до ст. 2 Закон України «Про оплату праці» до структури заробітної плати включаються основна заробітна плата, додаткова заробітна плата, інші заохочувальні та компенсаційні виплати. До останніх закон відносить виплати у формі винагород за підсумками роботи за рік, премії за спеціальними системами й положеннями, компенсаційні та інші грошові і матеріальні виплати, які не передбачені актами чинного законодавства або які провадяться понад встановлені зазначеними актами норми.

Інструкція зі статистики заробітної плати, затверджена наказом Державного комітету статистики України від 13 січня 2004 р. № 5, до «інших заохочувальних та компенсаційних виплат» включає виплати, що мають індивідуальний характер (оплата квартири та найманого житла, гуртожитків, товарів, продуктових замовлень, абонементів у групи здоров'я, передплати на газети та журнали, протезування, суми компенсації вартості виданого працівникам палива у випадках, не передбачених чинним законодавством). Отже, податкове законодавство виходить з того, що додаткове благо не є доходом, отриманим у вигляді заробітної плати. Разом із тим спеціальне законодавство до заробітної плати відносить, крім іншого, заохочувальні компенсації у вигляді, наприклад, оплати квартири та найму житла. З огляду на це вважаємо: якщо включати оплату квартир або найм житла для працівника до складу фонду оплати праці, то дохід буде оподатковуватись ПДФО як заробітна плата.

Стосовно суб'єктів таких відносин, то ними має бути працівник та роботодавець. Наприклад, в ухвалі Харківського апеляційного адміністративного суду від 18 лютого 2015 р., справа № 818/2559/14<sup>6</sup>, зазначено: «... з аналізу наведених норм слідує, що додаткові блага надаються платнику податків податковим агентом, який зобов'язаний нараховувати, утримувати та сплачувати податок до бюджету від імені та за рахунок фізичної особи з доходів, що виплачуються такій особі. ОСОБА\_2 та ОСОБА\_4 є самозайнятими фізичними особами-підприємцями, які не перебувають у підпорядкуванні один одного, а тому по відношенню один до одного не є податковими агентами та не можуть надавати один одному додаткове благо. Отже, висновки податкового органу, що розмір орендної плати, який, на думку відповідача, позивачем не був сплачений за договором оренди з ФОП ОСОБА\_4 та який повинен був бути включений позивачем до доходу позивача як додаткове благо, є безпідставними».

**Використання власного автомобіля при виконанні службових обов'язків.** На практиці часто трапляються ситуації коли працівник використовує власний автомобіль для виконання трудової функції. Як бути у такому випадку?

Для того, щоб дохід був кваліфікований як додаткове благо, він не має бути винагородою за цивільно-правовими договорами (угодами), укладеними з таким платником податку. Згідно з п. 1 ст. 759 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), за договором найму (оренди) наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно у користування за плату на певний строк. Головне управління Міндоходів у м. Києві у своєму листі від 22 серпня 2014 р. № 7720/10/26-1517-01-07 «Про використання підприємством автомобіля найманого працівника» зазначило, що компенсація, яка виплачується юридичною особою найманому пра-

цівнику за використання ним під час здійснення службових обов'язків власного автомобіля, що не перебуває в оренді у юридичної особи, може здійснюватися за рішенням керівника підприємства та буде вважатися додатковим благом найманого працівника. Враховуючи вищевикладене, сума компенсації, яка виплачується юридичною особою найманому працівнику за використання власного автомобіля, що не перебуває в оренді у юридичної особи, при виконанні службових обов'язків є додатковим благом такого працівника і оподатковується податком на доходи фізичних осіб на підставі пп. «а» та пп. «г» пп. 164.2.17 п. 164.2 ст. 164 Кодексу та відображається у податковому розрахунку за ф. № 1ДФ з ознакою доходу «126».

У випадку, якщо роботодавець орендує автомобіль, юридична особа – орендар при виплаті доходу фізичній особі – орендодавцю зобов'язана нарахувати, утримати та сплатити до бюджету податок на доходи фізичних осіб за ставкою, визначеною п. 167.1 ст. 167 Кодексу та відобразити дану виплату у податковому розрахунку за ф. № 1ДФ за ознакою доходу «102» (див. наказ Мінфіну від 13 січня 2015 р. № 4 Про затвердження форми Податкового розрахунку сум доходу, нарахованого (сплаченого) на користь фізичних осіб, і сум утриманого з них податку (форма № 1ДФ) та Порядку заповнення та подання податковими агентами Податкового розрахунку сум доходу, нарахованого (сплаченого) на користь фізичних осіб, і сум утриманого з них податку). У цьому аспекті варто наголосити, що відповідно до ст. 799 ЦКУ договір оренди транспортного засобу укладається в письмовій формі, а якщо однією зі сторін є фізична особа, він має бути ще й нотаріально посвідчений.

Ми зупинились лише на деяких особливостях кваліфікації доходу фізичної особи як додаткового блага. У кожному конкретному випадку потрібно досліджувати всі обставини справи, адже законодавець встановлює умови для того, аби дохід не включався до загального місячного (річного) оподаткованого доходу платника податків, або навпаки, був кваліфікований як додаткове благо та підлягав оподаткуванню за ставкою, визначеною у п.167.1 ст. 167 ПК України, а саме – 15 (20) %. Крім того, потрібно пам'ятати про вимоги ПК України щодо оподаткування доходу, отриманого у негрошовій формі. Адже базою оподаткування є вартість такого доходу, розрахована за звичайними цінами, помножена на коефіцієнт ( $K = 100 : (100 - Cn)$ ), де  $K$  – коефіцієнт;  $Cn$  – ставка податку, встановлена для таких доходів на момент їх нарахування).

<sup>1</sup> Постанова Київського Апеляційного Адміністративного суду 21 жовтня 2014 р. у справі № 810/2648/1414 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41083985>

<sup>2</sup> Ухвала Житомирського апеляційного адміністративного суду від 16 липня 2014 р. № 806/1575/14 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу Житомирського апеляційного адміністративного суду від 16 липня 2014 р. № 806/1575/14 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39788717>

<sup>3</sup> Постанова Львівського Окружного Адміністративного суду від 21 квітня 2011 р. № 2а-4882/10/1370 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16069822>

<sup>4</sup> Ухвала Київського Апеляційного адміністративного суду від 9 квітня 2014 р. у справі № 810/2093/13-а : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38318700>

<sup>5</sup> Загальнодоступний інформаційно-довідковий ресурс : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zir.minrd.gov.ua/>

<sup>6</sup> Ухвала Харківського апеляційного адміністративного суду від 18 лютого 2015 р., справа № 818/2559/14 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42926909>

#### Резюме

**Гедзюк О. В. Деякі питання кваліфікації доходу фізичної особи як додаткового блага в цілях оподаткування податком на доходи фізичних осіб.**

У статті розглядається питання кваліфікації доходу фізичної особи в цілях оподаткування податком на доходи фізичних осіб. Досліджено «додаткове благо» як дохід фізичної особи, який включається до загального місячного (річного) оподаткованого доходу, а також деякі види доходів, що не включаються до оподаткованого доходу.

**Ключові слова:** дохід, податок на доходи фізичних осіб, додаткове благо, податкових агент.

#### Резюме

**Гедзюк Е. В. Некоторые вопросы квалификации дохода физического лица как дополнительного блага в целях налогообложения налогом на доходы физических лиц.**

В статье рассматривается вопрос квалификации дохода физического лица в целях налогообложения налогом на доходы физических лиц. Исследовано «дополнительное благо» как доход физического лица, который включается в общий месячный (годовой) налогооблагаемый доход, а также некоторые виды доходов, которые не включаются в налогооблагаемый доход.

**Ключевые слова:** доход, налог на доходы физических лиц, дополнительное благо, налоговых агент.

#### Summary

**Гедзюк О. Some issues regarding qualifications of personal incomes as an additional benefits for the purpose of taxation.**

The article deals with the qualification of an individual income for the purpose of taxation. It is devoted to «an additional benefit» as individual income, which is included in the total monthly (annual) taxable income, and some types of income that are not included in taxable income.

**Key words:** income, income tax, an additional benefit, the tax agent.

**Я. С. КАЛМИКОВА**

*Яна Сергіївна Калмикова, кандидат юридичних наук, молодший науковий співробітник Науково-дослідного інституту Державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України, асистент кафедри Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**АКСІОЛОГІЯ ФАКТІВ У ДОКАЗОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ  
В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ**

Аксіома щодо ціннісного значення факту в теорії доказового права є безапеляційною. Без існування фактів не тільки неможливий сам процес доказування, а це взагалі нівелює встановлення об'єктивної істини у справі. Актуальність даної теми полягає у з'ясуванні ролі фактів у доказовій діяльності під час вирішення публічно-правових спорів. Метою статті є визначення ціннісного значення фактів шляхом дослідження їх природи під час вирішення справи у порядку адміністративного судочинства.

Якщо звернутися до етимологічного походження слова «факт», то від латинського «factum» означає зроблене, досягнуте. Факт – це: 1) істина, подія, результат; 2) щось реальне в порівнянні з вигаданим; 3) конкретне, одиничне в залежності від абстрактного та загального; 4) положення, яке фіксує емпіричне знання, яке протиставлять теорії.

Відповідно до ч. 1 ст. 138 КАС України предметом доказування є обставини (факти), якими обґрунтовуються позовні вимоги чи заперечення або які мають інше значення для вирішення справи (причини пропуску строку для звернення до суду, розмір судових витрат тощо) та які належить встановити при ухваленні судового рішення у справі. Такі вчені, як Є. В. Васьковський, Ю. М. Грошевий, Є. Ф. Демський, С. В. Курильов, О. М. Нечитайло, О. І. Трусов, С. А. Шейфер та ін. розкривали зміст доказів як фактів.

С. А. Шейфер трактує поняття докази як факт, істину, знання<sup>1</sup>. На думку О. І. Трусова, докази – це факти, які відбиваючись у нашій свідомості, пізнанні, набувають форму логічного доведення, аргумента<sup>2</sup>. При цьому відомі явища, за допомогою яких суд, ґрунтуючись на знанні об'єктивних зв'язків, явищ, пізнає невідоме, слугує засобом встановлення об'єктивної істини, наявності чи відсутності шуканих фактів, тобто доказами. Проте, дана точка зору не одержала підтримки серед вчених, оскільки самі по собі факти без процесуальних засобів доказування не можуть бути покладені в основу висновків відповідних органів без їх ретельної перевірки та оцінки у сукупності з усіма іншими доказами у справі.

Юридичні факти класифікують як самостійний елемент механізму правового регулювання, який приводить його в дію. У цьому механізмі вони виступають зв'язуючою ланкою між нормою права і суб'єктивними правами конкретного суб'єкта, становлять умову переведення норм права в реальні правовідносини і призводять до виникнення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків<sup>3</sup>.

У юридичній науці традиційно поділяють факти на дії та події. Юридичні факти – це сформульовані в гіпотезах правових норм життєві обставини, з якими закон пов'язує виникнення, існування, зміну чи припинення правових відносин. За Є. В. Васьковським, юридичні факти можуть бути створені волею заінтересованої особи або походити незалежно від неї<sup>4</sup>. В. С. Нерсесянс визначає юридичні факти як факти (фактичні обставини), які мають юридичне значення в якості правової основи, що необхідно для реалізації норми<sup>5</sup>.

*Юридичні факти як дії.* Дії – це обставини, які залежать від волі людей (акти органів). Дії можуть бути правомірними та неправомірними. У складі юридичних актів виділяють юридичні вчинки (наприклад, складання протоколу про результати виборів народних депутатів України). Неправомірні юридичні факти – це правопорушення, які призводять до настання юридичної відповідальності (наприклад, порушення виборчого законодавства – недостовірного встановлення підсумків голосування та результатів виборів). Події – обставини, які існують незалежно від волі людей (наприклад, надзвичайна подія, пов'язана із загибеллю й травмуванням особового складу). У даному аспекті виділяють два види фактів: 1) факти як явища дійсності та 2) факти як форма людського знання.

*За наслідками виділяють факти:* 1. Правоутворюючі – викликають виникнення правовідносин (наприклад, видання Головним управлінням Державної міграційної служби України в Харківській області рішення про набуття громадянства України за територіальним походженням). 2. Правозмінюючі – змінюють існуючі правовідносини (наприклад, свідоме подання неправдивих відомостей або фальшивих документів щодо факту проживання особи). 3. Правоприпиняючі зумовлюють припинення правовідносин (наприклад, скасування рішення Головного управління Державної міграційної служби України в Харківській області про набуття громадянства України за територіальним походженням).

О. Ф. Клейман пропонує виділяти наступні факти: 1) факти, що утворюють права й обов'язки, які мають для даної вимоги правоутворююче (правозмінююче) значення; 2) факти легітимації, тобто ті, що

пов'язують позивача з його вимогами (факти активної легітимації) і відповідача з відповідним обов'язком (факти пасивної легітимації); 3) факти приводу до позову, наявність яких уможливорює судовий захист права<sup>6</sup>. Такої точки зору дотримується й Я. Л. Штутін<sup>7</sup>. І. В. Панова до таких фактів додає також правоперешкоджаючі факти (слугують перешкодою для виникнення правовідносин та обов'язків сторін)<sup>8</sup>.

На думку С. В. Курильова, певну процесуальну значимість має поділ фактів на явища і стани<sup>9</sup>. Останні в силу їхнього триваючого характеру можуть бути предметом безпосереднього пізнання, що за інших рівних умов переважніше за пізнання опосередковане. Явища ж, що пізнаються судом під час розгляду справи, як правило, відносяться до минулого часу і можуть бути встановлені лише опосередкованим шляхом, за допомогою доказів. Природа пізнання є такою, що веде до роздвоювання світу (реальний світ та його образ, представлений у мові і знаннях), внаслідок чого в юридичній дійсності неминучим є існування юридичного факту в двох площинах: і як факту реального життя, і як факту знання. Якби доказами були тільки факти, їх неможливо було б спростовувати, визнавати неякісними, залучати до справи.

У поодиноких випадках можливе встановлення фактів без доказів. І до таких фактів відносяться факти-стану (тривають в часі) та деякі юридичні факти процесуально-правового значення (неявка сторін, відмова від дачі показань)<sup>10</sup>.

У літературі до доказів поряд із відомостями про факти пропонується також відносити доказові факти (М. А. Гурвич, Ю. К. Осипов, Д. М. Чечот, В. І. Тертишников та ін.)<sup>11</sup>, як різновид фактів, які встановлюються в суді за допомогою інших доказів. Таким чином, факти, що містять «нейтральну» інформацію стосовно юридично значимих чи доказових фактів, тобто ті, що нічого суттєвого не підтверджують і не спростовують, доказовими не будуть<sup>12</sup>. Наприклад, у доказовому праві США під доказовим фактом розуміється факт, який достовірно встановлений шляхом пред'явлення доказів, які не спростовуються<sup>13</sup>.

Факти, які підлягають доказуванню, розглядають як у широкому розумінні (не лише ті юридичні факти, які обґрунтовують вимоги та заперечення сторін, а й інші обставини, без встановлення яких неможливе правильне вирішення справи та виконання судом інших завдань судочинства: юридичні факти матеріально-правового та процесуально-правового характеру, доказові факти, факти, які сприяють правильній оцінці доказів, факти, встановлення яких необхідно суду для виконання попереджувальних та виховних завдань)<sup>14</sup>, так і у вузькому розумінні (сукупність юридичних фактів матеріально-правового характеру, тобто факти, із якими закон пов'язує виникнення, зміну або припинення правовідносин між сторонами, на яких сторони обґрунтовують свої вимоги та заперечення). А. Р. Белкін виділяє у предметі доказування головний факт та додаткові факти (факти за допомогою яких встановлюються обставини справи)<sup>15</sup>. Утім, із такою точкою зору не погоджується М. Г. Пінчук, обґрунтовуючи це тим, що такий поділ фактів може призвести до помилки у прийнятті рішення у справі через недостатність доказової інформації<sup>16</sup>. Вважаємо, що відповідні положення мають знайти відображення й у вітчизняному доказовому праві.

У справах, які розглядаються в порядку адміністративного судочинства, доказуванню підлягають наступні загальні факти: 1) факти протиправних рішень, дій чи бездіяльності органу владних повноважень, що порушують права, свободи чи інтереси фізичних чи юридичних осіб; 2) факти наявності чи відсутності адміністративно-правового спору або спору про право; 3) факти наявності інтересів третіх осіб; 4) факти неможливості відмови позивача від адміністративного позову повністю або частково, а відповідача – визнати адміністративний позов повністю або частково; 5) факти необхідності забезпечення доказів; 6) факти щодо невідкладного розгляду і вирішення справи; 7) факти про відмову у відкритті провадження в адміністративній справі; 8) факти залишення позовної заяви без розгляду; 9) факти зупинення та поновлення провадження у справі; 10) факти закриття провадження у справі. А також: 11) чи підлягає позов задоволенню; 12) чи заповідано рішенням, дією чи бездіяльністю органу владних повноважень майнову чи моральну шкоду; 13) чи є підстави допустити негайне виконання постанови. Інші факти включаються до предмету доказування залежно від конкретних обставин справи (наприклад, неможливості виконання делегованих повноважень чи виконання адміністративного договору, правомірності проведення підрахунку голосів на виборах та ін.)<sup>17</sup>.

До спеціальних фактів відносяться ті, особливість доведення яких залежить від окремої категорії справи, яка розглядається в порядку адміністративного судочинства. Розглянемо приклади. У справах щодо визнання статусу біженців необхідно довести реальну наявність цілком обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідування, для чого потрібно подати конкретні документи. У справах зі спорів щодо державної реєстрації юридичних та фізичних осіб-підприємців необхідно довести факт неправомірності запису в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців і зобов'язати вчинити певні дії. У справах зі спорів у сфері регулювання земельних відносин доведенню підлягає законність рішення сесії міської ради про поновлення права користування земельною ділянкою. Справи щодо звільнення з публічної служби – доведення факту дисциплінарного проступку. У справах зі спорів у сфері фінансового контролю – факт законності вимоги контрольно-ревізійного управління.

В адміністративному судочинстві виокремлюють факти, які не підлягають доказуванню: (1) преюдиційні обставини, тобто ті, що встановлені в судовому рішенні іншого суду, яке набрало законної сили; (2) факти, що визнані судом загальновідомими, тобто ті, що відомі широкому колу осіб, у тому числі й судді; (3) безспірні обставини, тобто ті, стосовно яких в осіб, які беруть участь у справі, не виникає суперечок і в суду не викликає сумніву щодо достовірності цих обставин та добровільності їх визнання.

Якщо звернутися до зарубіжного досвіду, то у доказовому праві США та Англії існує низка фактів, які не підлягають доказуванню, а саме: 1) факти обізнаності (поінформованості) суду (judicial notice) – факти,

відомі на території суду (факти загальних знань); та, які суддя знає із власного досвіду (факти індивідуального досвіду); 2) формальне визнання (formal admissions) – здійснюється при обміні документами із можливістю надання відповіді у вигляді аффідевіту; 3) презумпції (сторони, які брали участь у попередньому процесі, знову беруть участь у процесі); 4) преюдиціальні факти (res judicata) – рішення, яке прийняте раніше, має бути кінцевим, винесеним по суті (ефект попереднього судового рішення (collateral estoppel) – схожість предмету позову)<sup>18</sup>.

Апріорі факти не є судовими доказами. Спочатку факти є квазідоказами. Слід зазначити, що це пов'язано із різними факторами, а саме із: процесом залучення доказів у справу; наявності таких властивостей доказу, як належність, допустимість, достатність, достовірність; процесом дослідження доказів.

Фактичні дані не можуть існувати самостійно самі по собі без відповідного джерела та носія. Перетворення інформації в самостійну субстанцію – це наївний ідеалізм. Джерело дає імпульс інформації, але не завжди утворює з неї єдність<sup>19</sup>.

На думку О. М. Нечитайла, набуття фактичними даними статусу судових доказів залежить від волі осіб, які беруть участь у справі та їх репрезентують. Суд не має права відмовити у прийнятті документів або предметів, доданих до позовної заяви або відзиві на позовну заяву як письмових чи речових доказів. Проте, від розсуду суду залежить задоволення клопотання осіб, що беруть участь у справі, про залучення до справи додаткових доказів, про витребування доказів. Такі клопотання можуть бути відхилені на тій підставі, що вже наявних у справі доказів достатньо для вирішення справи по суті<sup>20</sup>.

Наприклад, на практиці суд, задовольняючи позовні вимоги, виходить з того, що факти підтверджуються доказами, які у свою чергу, є підставою для трансформації їх у різні засоби доказування. Так, Державна податкова інспекція у Глибоцькому районі Головного управління Міндоходів у Чернівецькій області (далі – ДПІ) звернулася до суду з позовом до підприємця Особа 1, в якому просила застосувати та стягнути з Особи 1 фінансову санкцію та конфіскувати комп'ютери. Не погоджуючись з рішеннями суду апеляційної інстанції, ДПІ подало касаційну скаргу, в якій просила його скасувати, а постанову Чернівецького окружного адміністративного суду від 5 грудня 2013 року залишити без змін. Доказами стали протокол огляду місця події, договір про надання послуг з доступу до мережі LANpro, висновок спеціаліста, згідно з якими підтверджується факт проведення азартних ігор в Інтернет-кафе, пояснення відвідувача, а використання симуляторів гральних автоматів підтверджується ще й висновком експерта. Вищий Адміністративний Суд України касаційну скаргу Державної податкової інспекції у Глибоцькому районі Головного управління Міндоходів у Чернівецькій області залишив без задоволення. Факти набули статусу судових доказів внаслідок належного процесуального залучення до справи і перетворилися у засоби доказування<sup>21</sup>.

Як вже було зазначено, важливу роль відіграє процес залучення доказів-фактів та їх дослідження. Так, залучення доказів може відбуватися шляхом надання та витребування доказів. Як правило, залучаються докази на етапі їх збирання.

*Надання доказів сторонами та особами, які беруть участь у справі.* Реалізуючи принцип змагальності в адміністративному судочинстві, сторони мають право надавати суду свої докази та доводити свою переконливість. Особи, які беруть участь у справі, мають право: заявляти клопотання і відводи, давати усні та письмові пояснення, доводи та заперечення, подавати докази, брати участь у їх дослідженні. Відповідно до ч. 1 ст. 114 КАС України суд може запропонувати особам, які беруть участь у справі, доповнити чи пояснити певні обставини справи, а також надати суду додаткові докази у строк, встановлений законом.

*Витребування доказів.* Витребування доказів можливе як з ініціативи заінтересованої особи, так і з ініціативи суду. Наприклад, особа, яка заявляє клопотання перед судом про витребування від інших доказів, повинна зазначити: який письмовий доказ вимагається, орган чи особу, у яких він знаходиться, та обставини, які може підтвердити цей доказ. Відповідно до ч. 6 ст. 11 КАСУ суд вживає передбачені законом заходи, необхідні для з'ясування всіх обставин справи, у тому числі щодо виявлення і витребування доказів. Наприклад, письмові докази, які витребує суд, надсилаються безпосередньо до адміністративного суду. Суд може також уповноважити заінтересовану сторону або іншу особу, яка бере участь у справі, одержати письмовий доказ для надання його до суду. До речі, пропозицію суду надати певні докази слід відрізнити від витребування судом доказів. По-перше, пропозиція суду адресується особам, які заінтересовані її виконати, оскільки саме ці особи зобов'язані довести обставини, на які вони посилаються. По-друге, суд може запропонувати подати докази лише особам, які беруть участь у справі, тоді як витребувати докази – у суб'єкта владних повноважень, який зазвичай є відповідачем або в інших осіб. По-третє, ігнорування пропозиції суду надати докази тягне за собою вирішення справи на основі наявних у справі доказів, тоді як ненадання витребуваних доказів може бути підставою для застосування такого процесуального примусу, як тимчасове вилучення доказів для дослідження судом (ст. 271 КАС України)<sup>22</sup>.

*Дослідження доказів* – це безпосереднє сприйняття і вивчення судом та іншими учасниками інформації про фактичні дані, наданої сторонами й іншими особами, які беруть участь у справі, за допомогою передбачених законом засобів доказування із додержанням принципів усності та безпосередності. Воно становить сукупність процесуальних дій, спрямованих на отримання від учасників процесу інформації та осмислення її стосовно конкретної справи з огляду на її предмет доказування (ч. 1 ст. 138 КАС України). У переважній більшості випадків в «операції відтворення» фактів суддя намагається силою власного «Я» проникнути у віддалений від нього час, аби побачити випадок, осмислення чого є необхідним в контексті розв'язання справи. Судове осягнення факту – це, як правило, завжди інтерпретація у часі. У концепції правової герменевти-

ки суддя крізь власне юридичне мислення пізнає докази та оцінює їх у сукупності з іншими, перебуваючи таким чином у структурі «герменевтичного кола»<sup>23</sup>.

Отже, факт – це універсальна категорія, своєрідний симбіоз інформації та конкретних даних про обставини справи. Факти набувають статусу судових доказів шляхом належного їх залучення до справи. Під час дослідження доказів відбувається їх перевірка та оцінка. Внаслідок цього визначаються властивості доказів, а саме належність, допустимість, достовірність та достатність. З цього слідує, що факти можна ототожнювати як із доказами, так і з самим предметом доказування в адміністративному судочинстві.

<sup>1</sup> Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования / С. А. Шейфер. – М.: Норма ; ИНФРА-М, 2010. – С. 52.

<sup>2</sup> Трусов А. И. Основы теории судебных доказательств : ученик / А. И. Трусов. – М.: Горсюрриздат, 1960. – С. 33.

<sup>3</sup> Твердохліб А. М. Юридичні факти в цивільному процесуальному праві / А. М. Твердохліб // Проблеми законності. Вип. 54. – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, 2002. – С. 59–65.

<sup>4</sup> Васильевский Е. В. Учебник гражданского права / Е. В. Васильевский. – СПб. : Книж. маг. Н. К. Мартьянова, 1894. – 168 с.

<sup>5</sup> Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства : учебник / В. С. Нерсесянц. – М.: ИНФА-М., 2004. – 552 с.

<sup>6</sup> Клейман А. Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе : учебник / М. А. Гурвич. – М.–Л.: Изд-во АН СССР, 1950. – С. 68.

<sup>7</sup> Штутин Я. Л. Предмет доказывания в советском гражданском процессе : учеб. пособ. / Я. Л. Штутин, М.: Госюрриздат, 1963. – С. 7, 10.

<sup>8</sup> Панова И. В. Административно-процессуальное право России : монография / И. В. Панова. – 3-е изд., пересмотр. – М.: Норма; ИНФРА-М, 2012. – С. 314.

<sup>9</sup> Курылев С. В. Основы теории доказывания в советском правосудии : учебник / С. В. Курылев. – Минск: Изд-во БГУ им. В.И. Ленина, 1969. – С. 50.

<sup>10</sup> Гражданский процесс : учебник / под общ. ред. Н. М. Коршунова. – М.: Изд-во Эксмо, 2005. – С. 80.

<sup>11</sup> Тертишников В. І. Докази як інструмент судового доказування у цивільному судочинстві / В. І. Тертишников // Право України. – 2011. – № 10. – С. 77–88.

<sup>12</sup> Попелюшко В. О. Предмет доказування в кримінальному процесі (процесуально-правові та кримінально-правові аспекти) : монографія / В. О. Попелюшко. – Острог: Нац. ун-г «Острозька академія», 2001. – С. 20.

<sup>13</sup> Щербаков С. В. Американское уголовное доказательственное право : англо-русский словарь-справочник : учеб. / С. В. Щербаков. – М.: Юрлитинформ, 2010. – С. 97.

<sup>14</sup> Васильев С. В. Хозяйственное судопроизводство Украины : учеб. пособие. / С. В. Васильев. – Х. : Эспада, 2002. – С. 71.

<sup>15</sup> Белкин А. Р. Теория доказывания : научно-методическое пособие. / А. Р. Белкин. – М.: Изд-во НОРМА, 2000. – С. 52.

<sup>16</sup> Пінчук М. Г. Деякі питання щодо визначення предмета доказування та його структура / М. Г. Пінчук // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – 2. – С. 33–37.

<sup>17</sup> Демський Є. Ф. Адміністративне процесуальне право України : навч. посіб. / Є. Ф. Демський. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 152–153.

<sup>18</sup> Решетникова И. В. Доказательственное право Англии та США / за ред. И. В. Решетниковой. – 2-е изд., перераб. и доп. М.: Городец, 1999. – 284 с.

<sup>19</sup> Теорія доказів: підручник для слухачів магістратури юридичних вузів / К. В. Антонов, О. В. Сачко, В. М. Тертишник, В. Г. Уваров / За ред. д.ю.н., проф. В. М. Тертишника. – К.: Алерта, 2015. – С. 51.

<sup>20</sup> Нечитайло О. М. Фактичні дані як судові докази / О. М. Нечитайло // Особливості розгляду податкових спорів в контексті прийняття Податкового кодексу України : матеріали наук.-прак. конф., м. Харків, 11 лют. 2011 р. / Національна академія правових наук України, Національний університет «Юридична академія України ім. Я. Мудрого», Вищий адміністративний суд України, Харківський апеляційний адмін. суд, Інститут держ. будівництва та місцевого самоврядування АПН України. – Х. : НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування, 2011. – С. 55–56.

<sup>21</sup> Справа № 2а/2470/908/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>

<sup>22</sup> Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / за заг. ред. І. Х. Темкіжева. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 324–325.

<sup>23</sup> Бернюков А. Інтерпретація суддею фактичних обставин справи в концепції юридичної герменевтики / А. Бернюков // Вісник Академії правових наук України. 2007 р. № 2 (49). – Х. : Право / голов. ред.: В. Я. Тацій, 2007. – С. 199.

## Резюме

### **Калмикова Я. С. Аксиологія фактів у доказовій діяльності в адміністративному судочинстві.**

Статтю присвячено дослідженню ціннісного значення фактів у доказовій діяльності в адміністративному судочинстві. У статті наводиться визначення фактів, їх класифікація. Аналізуються погляди вчених-процесуалістів щодо ототожнення фактів з доказами. Публікація містить поділ фактів, які підлягають доказуванню, на загальні та спеціальні. Звертається увага на факти, які не підлягають доказуванню, включаючи зарубіжний досвід. Автор наголошує, що апіорі факти є квазідоказами, а момент набуття їх статусу судових доказів залежить від різних факторів та проходить низку етапів.

**Ключові слова:** факти, фактичні дані, докази, інформація, витребування доказів, адміністративне судочинство.

## Резюме

### **Калмыкова Я. С. Аксиология фактов в доказательной деятельности в административном судопроизводстве.**

Статья посвящена исследованию ценностного значения фактов в доказательной деятельности в административном судопроизводстве. В статье приводится определение фактов, их классификация. Анализируются взгляды ученых-процессуалистов



по отождествлению фактов с доказательствами. Статья содержит разделение фактов, подлежащих доказыванию, на общие и специальные. Обращается внимание на факты, которые не подлежат доказыванию, включая зарубежный опыт. Автор отмечает, что априори факты являются квазидоказательствами, а момент наступления статуса судебных доказательств зависит от различных факторов и проходит ряд этапов.

**Ключевые слова:** факты, фактические данные, доказательства, информация, истребование доказательств, административное судопроизводство.

### Summary

#### *Kalmykova Y. Axiology of facts in evidence in administrative proceedings.*

Article dedicated to the research of values mentioned in the evidence of the facts in administrative proceedings. The article provides a definition of the facts, their classification. Analyze the views of scientists on the process of identification facts with evidence. This article contains division facts to be proved, the general and special. Attention is drawn to facts that are not evidence, including foreign experience. The author notes that a priori facts are not evidence and the date when the status of forensic evidence depends on various factors and is a series of stages.

**Key words:** facts, evidence, proof, information, demanding proof, administrative proceedings.

УДК 342.9

### В. І. ЛИТВИНЕНКО

*Віктор Іванович Литвиненко, кандидат юридичних наук, директор Інституту права імені Володимира Великого Міжрегіональної академії управління персоналом, заслужений юрист України, генерал-лейтенант міліції*

## ФУНКЦІЇ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ ЯК СУБ'ЄКТІВ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ

В умовах, коли діяльність правоохоронних органів у сфері протидії корупції стає все більш багатогранною, особливої актуальності набуває чітке визначення функцій правоохоронних органів у зазначеній вище сфері. Формування функцій правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції за допомогою ухвалення спеціального антикорупційного законодавства для створення такої системи, яка дозволила б професійно, кваліфіковано і ефективно вести боротьбу з корупцією в Україні має особливу значущість. Ухвалення нового Закону України «Про запобігання корупції»<sup>1</sup>, Антикорупційної стратегії<sup>2</sup>, Закону України «Про антикорупційне бюро України»<sup>3</sup> інших нормативних актів, а також внесення відповідних змін у чинне законодавство, що регулює діяльність органів правопорядку є початком формування саме такої системи. Цим самим також створено передумови для всебічного теоретичного дослідження функцій правоохоронних органів у сфері протидії корупції.

Проблематиці визначення функцій правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції більшою чи меншою мірою приділяли увагу у своїх працях такі вітчизняні і зарубіжні науковці, як В. Б. Авер'янов, М. Ю. Бездольний, В. П. Беляєв, З. С. Гладун, Д. Г. Заброда, О. Г. Кальман, М. І. Камлик, О. О. Кашкаров, В. В. Клоков, І. М. Куксін, Б. М. Лазарєв, А. В. Линник, П. А. Матвєєв, М. І. Мельник, Ю. П. Мірошник, О. М. Музичук, С. С. Рогульський, О. В. Терещук, А. О. Ткаченко, М. І. Хавронюк, А. К. Шавлохов, М. С. Шалумов, В. А. Шатіло та інші.

Метою статті є встановлення єдиного, загальновизнаного змісту поняття «функції правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції», а також класифікації їх видів.

Термін «функція» був запозичений юридичною наукою з інших наук з наступним наповненням його специфічним політико-правовим змістом. Вперше термін «функція» був введений до наукового обігу представниками фізико-математичних наук Г. В. Лейбніцем та Й. Бернуллі й означав залежність однієї змінної величини від іншої<sup>4</sup>. Варто зауважити, що у філософії під функцією розуміють явище, що є залежним від іншого і змінюється в міру зміни цього іншого явища<sup>5</sup>. В обох визначеннях можна відстежити певну схожість, що свідчить про однакове розуміння досліджуваного поняття представниками різних наук. Водночас у біології, соціології, етнографії, антропології та інших соціальних науках термін «функція» отожднюється з роллю, яку виконують різні процеси та структури щодо підтримання цілісності та стабільності систем, частинами яких вони є. Під функцією розуміють роль, значення чого-небудь, зобов'язання, коло діяльності<sup>6</sup>. Аналіз запропонованих визначень дозволяє виокремити такі характеристики досліджуваного терміна: 1) залежність одного явища від іншого; 2) отожднення функції та ролі діяльності певного явища. Однак такі характеристики не можуть повною мірою відобразити істинну сутність вказаної дефініції. Найбільш вдалим є таке визначення поняття «функція» – конкретний напрям діяльності людини чи професійної групи людей<sup>7</sup>.

У зв'язку з цим **пропонуємо під функцією розуміти** визначений напрям діяльності певного суб'єкта, спрямований на досягнення конкретної мети, результату. Така дефініція лаконічно й водночас доступно пояснює суть такого абстрактного та безпредметного явища як функції. Однак з'ясування лише його сутності є недостатнім для всебічного та повного дослідження обраної тематики. Саме тому наступним етапом нашої наукової роботи є з'ясування сутності поняття «функція державного органу».

Варто зазначити, що у науковій юридичній літературі накопичений певний досвід щодо визначення поняття функцій державного органу, проте єдиного підходу до його розуміння все ще не вироблено.

На думку деяких дослідників, функції органу державної влади відображаються в компетенції органу шляхом закріплення конкретних прав та обов'язків цього органу. Функції самі по собі – явища не юридичні<sup>8,9</sup>. Таке визначення є достатньо спірним, оскільки в ньому дещо змішується розуміння функцій та компетенції органу, одне поняття виводиться через розуміння іншого. Окрім цього не можна погодитися з твердженням, що функції не є юридичними явищами, зважаючи на багаторічний досвід використання поняття функцій в юриспруденції можна з впевненістю сказати, що поняття функцій наділене юридичним змістом та характером.

Водночас А. О. Ткаченко переконана, що функції державного органу виражають основне призначення державного органу. Функції встановлюють частину тієї роботи, яку має виконувати державний орган у рамках свого становища в державному апараті (загальний напрям діяльності)<sup>10</sup>. Схоже за змістом визначення надає В. А. Шатіло, на думку якого, функціями органів державної влади є основні напрями їх діяльності, в яких виявляється їх сутність і призначення в державному механізмі<sup>11</sup>. Такі підходи до розуміння поняття функцій є найбільш поширеними як серед вітчизняних, так і зарубіжних науковців, оскільки є найбільш зрозумілим та доступним для розуміння. Саме така позиція до визначення змісту досліджуваного поняття є найбільш прийнятною.

Таким чином, враховуючи все вищевикладене і використовуючи вищенаведені дефініції при визначенні поняття, **функцію державного органу можна визначити як** окремий вид (напрямок) його діяльності, якому властиві певна сфера відання, в якій цим органом реалізуються його права та обов'язки щодо виконання покладених завдань. Таке визначення, попри існування подальшої необхідності його вдосконалення та дослідження, все ж відбиває його головну властивість – визначальний вплив функцій на напрям діяльності держави через діяльність її органів.

Варто зауважити, що питанням визначення сутності такого інтегрованого поняття як «функція правоохоронних органів» приділено надзвичайно мало уваги. Як правило, функції правоохоронних органів визначаються через призму його існування, у першу чергу, як державного органу. Так, А. К. Шавлохов під функціями правоохоронних органів пропонує розуміти основні напрями діяльності щодо вирішення поставлених перед ними цілей, виконання завдань, повноважень<sup>12</sup>. Таке визначення, попри його зрозумілість та лаконічність, все ж не є досконалим, оскільки не відображає специфіки функцій саме правоохоронних органів як особливих державних органів зі спеціальною метою – захист інтересів людини, суспільства та держави від злочинних посягань.

Інші ж вчені визначають загальне поняття функцій правоохоронних органів шляхом визначення сутності функцій окремих органів, що входять до системи органів правопорядку. Так, під основними функціями органів внутрішніх справ пропонується розуміти напрями їх діяльності в процесі вирішення поставлених перед ними завдань, тобто функції органу внутрішніх справ охоплюють собою сукупність способів, методів, прийомів і дій, за допомогою яких виконуються завдання і досягаються цілі<sup>13</sup>. Недоліком такого визначення є відсутність посилання, які конкретно завдання та цілі досягаються при здійсненні своїх функцій правоохоронними органами. В.В. Клочков, аналізуючи функції іншого правоохоронного органу – прокуратури, пропонує розуміти функції прокуратури як взаємопов'язані з функціями держави і права основні напрями діяльності прокуратури, які зумовлюються її цілями та завданнями, виражають сутність і соціальне призначення прокуратури й здійснюються в межах компетенції прокуратури у визначених законом сферах правових відносин через відповідні їм типи діяльності встановлених законодавчих засобів<sup>14</sup>. Наведене вище визначення поняття функцій прокуратури характеризується фактом визнання за нею діяльності, спрямованої на забезпечення законності, що в цілому є правильним підходом.

Не вдаючись до більш глибокого аналізу інших визначень функції окремих правоохоронних органів, пропонуємо сконцентруватись на основних його рисах та на підставі цього вивести **власне визначення** консолідованого поняття **функції правоохоронних органів**, під яким слід розуміти соціально обумовлені, законодавчо встановлені напрями діяльності правоохоронних органів з виконання ними як елементів державно-правового механізму певних визначених завдань з метою забезпечення верховенства закону, єдності і зміцнення законності, захисту прав і свобод людини та громадянина, а також охоронюваних законом інтересів суспільства й держави. Таке визначення найбільш точно відображає специфіку діяльності правоохоронних органів.

Заключним етапом нашого дослідження, яке є найбільш змістовним і складним, зважаючи на відсутність будь-яких системних напрацювань у цьому напрямі, є надання визначення поняттю функцій правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції. Складність належного виконання цього завдання полягає в тому, що на сьогоднішній день в новому законі України «Про запобігання корупції»<sup>15</sup> відсутні не тільки легальне визначення цієї термінологічної конструкції, а й перелік цих функцій, що ускладнює виведення загального, систематизованого поняття функцій правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції.

Таким чином, зважаючи на відсутність будь-яких наукових напрацювань у сфері встановлення сутності поняття функції правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції, а також виходячи із встановленого нами в процесі дослідження обраної тематики змісту базових щодо досліджуваного поняття термінів, пропонуємо таке визначення досліджуваної термінологічної конструкції: **функції правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції** – це соціально обумовлені, закріплені в антикорупційному законодавстві напрями діяльності правоохоронних органів з метою виконання завдань, пов'язаних з профілактикою, боротьбою та мінімізацією та (або) ліквідацією наслідків корупційних правопорушень. Таку дефініцію слід вважати першим науковим напрацюванням у галузі загальної теорії адміністративного права, що може бути використана як у подальших наукових дослідженнях обраної тематики, так і при модернізації антикорупційного законодавства шляхом її закріплення в головному законодавчому акті – Законі України «Про запобігання корупції»<sup>16</sup>.

Втім всебічне та повне дослідження функцій правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції є неможливим без здійснення ґрунтовного аналізу наукових підходів до класифікації цих функцій та виведення власної їх систематизації. Перш ніж перейти до виконання цього завдання варто зауважити, що функції правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції наразі не стали предметом окремого наукового розгляду, що в цілому негативно відображається на стані розробленості наукових підходів до класифікації функцій правоохоронних органів як спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції. Такий стан речей зумовлений тим, що на сьогоднішній день в чинному Законі України «Про запобігання корупції»<sup>17</sup> взагалі відсутня стаття, яка б визначала функції спеціально уповноважених органів у сфері протидії корупції. Відсутність основних напрямів діяльності правоохоронних органів у сфері протидії корупції, безперечно, негативно відображається на ефективності їхньої діяльності у визначеному напрямку.

Варто зауважити, що в науковій юридичній літературі приділено мало уваги питанням функцій правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції. Як правило, науковцями розглядаються в загальних рисах функції окремих силових органів, що входять до системи правоохоронних. Так Д. Г. Заброта та О. О. Кашкаров на підставі детального аналізу Положення про Міністерство внутрішніх справ України<sup>18</sup> виокремлюють три основні напрями функціонування (функції) МВС та його територіальних підрозділів щодо державної антикорупційної політики: 1) участь у формуванні у межах своєї компетенції державної антикорупційної політики; 2) реалізація антикорупційних заходів у контексті виконання завдань, покладених на МВС у тому числі й у середині системи органів внутрішніх справ; 3) участь у реалізації антикорупційних заходів та забезпечення їх виконання іншими органами державної влади через механізми координації і взаємодії<sup>19</sup>.

У зв'язку з цим, врахувавши ті нечисленні наукові напрацювання, які стосуються класифікації функцій правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції, на підставі власного розуміння досліджуваного поняття пропонуємо авторську класифікацію функцій правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції, яка може виглядати таким чином:

#### **Залежно від суб'єкта здійснення:**

1. Оперативно-розшукова (виявлення, припинення та документування корупційних діянь) функція, функція розслідування корупційних злочинів, провадження справ про адміністративні правопорушення корупційного характеру, а також здійснення профілактичної функції – **органи внутрішніх справ України** (Закон України «Про міліцію»<sup>20</sup>).

Наведені функції перебувають в прямому безпосередньому зв'язку із завданнями діяльності органів внутрішніх справ, а саме міліції. Саме ці законодавчо закріплені напрями діяльності, по суті, визначають місце та роль органів внутрішніх справ у механізмі протидії корупції антикорупційної стратегії. Варто зауважити, що ніяких нових функцій, які б органи внутрішніх справ не виконували у своїй повсякденній діяльності немає, що свідчить про відсутність якоїсь певної специфіки досліджуваної сфери діяльності.

2. Функція нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування, яке здійснюється Національним антикорупційним бюро України; функція підтримання державного обвинувачення у відповідних провадженнях; представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, передбачених цим Законом і пов'язаних із корупційними або пов'язаними з корупцією правопорушеннями – **Спеціалізована антикорупційна прокуратура** (Закон України «Про прокуратуру»<sup>21</sup>).

Напрями діяльності спеціально створеного антикорупційного органу – Спеціалізованої антикорупційної прокуратури свідчить про непересічну важливість цього органу у механізмі протидії корупції. Варто звернути увагу на той факт, що традиційний прокурорський нагляд здійснюється за проведенням досудового розслідування, яке проводиться Національним антикорупційним бюро України. Законодавче закріплення та в подальшому наділення відповідними повноваженнями цього органу саме в такому аспекті можна розглядати як перші кроки до формування надійної та дієвої системи антикорупційних органів в Україні, оскільки, наймасштабніші та найнебезпечніші корупційні схеми виявляються саме серед представників державної влади найвищого рівня, корупційним контролем яких займається саме Національне антикорупційне бюро України. Покладання вказаних функцій саме на прокуратуру, як на спеціалізований орган у сфері здійснення нагляду за законністю діяльності багатьох державних органів, дозволить зменшити рівень корупції в нашій державі.

3. Функція загального попередження корупції; виявлення, попередження, припинення, розкриття та розслідування кримінальних корупційних правопорушень, які вчинені вищими посадовими особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування; ліквідація наслідків кримінальних корупційних правопорушень – **Національне антикорупційне бюро України** (Закон України «Про антикорупційне бюро України»<sup>22</sup>).

Давно відомі функції загального попередження корупції, виявлення, попередження, припинення, розкриття та розслідування кримінальних корупційних правопорушень, ліквідація наслідків кримінальних корупційних правопорушень не відображають специфіки сфери їх здійснення. Тим не менше від цього вони не втрачають своєї важливості та суспільної значущості, оскільки ефективно їх виконання в першу чергу забезпечує дієвість антикорупційної стратегії.

Отже, проведена класифікація є першою науковою спробою в напрямі визначення класифікаційних груп функцій правоохоронних органів у сфері протидії корупції. Безперечно, такий підхід до групування функцій органів правопорядку не є досконалим та єдино правильним. Все ж таку діяльність слід розглядати як позитивний аспект модернізації теорії українського антикорупційного права.

<sup>1</sup> Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2014. – № 49. – ст. 2056.

<sup>2</sup> Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки: Закон України від 14.10.2014 № 1699-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2014. – № 46. – ст. 2047.

<sup>3</sup> Про антикорупційне бюро України: Закон України від 14.10.2014 № 1698-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2014. – № 47. – ст. 2051.

<sup>4</sup> Математический энциклопедический словарь / Гл. ред. Ю. В. Прохоров; Ред. кол.: С. И. Адян, Н. С. Бахвалов, В. И. Битюцков и др. – М.: Сов. энциклопедия, 1988. – С. 615.

<sup>5</sup> Куксин И. Н., Матвеев П. А. Теоретические основы классификации функций права // Юридическая наука. – 2012. – № 12. – С. 13–18.

<sup>6</sup> Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений / Под ред. С. И. Ожегова, Н. Ю. Шведовой. – М.: АТемп, 2007. – С. 847.

<sup>7</sup> Толковый словарь русского языка под редакцией Д. В. Дмитриева. – М.: Астрель: АСТ, 2003. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://baldator.com/dictionary/dmitriev/функция>

<sup>8</sup> Аверьянов В. Б. Функции и организационная структура органа государственного управления. – К.: Наукова думка, 1979. – С. 60.

<sup>9</sup> Лазарев Б. М. Компетенция органов управления. – М.: Юридическая литература, 1972. – С. 40.

<sup>10</sup> Ткаченко А. О. Поняття компетенції державного органу // Часопис Київського університету права. – 2009. – С. 192–197.

<sup>11</sup> Шатіло В. А. Співвідношення функцій державного апарату та механізму державної влади // Вісник Академії адвокатури України. – 2013. – №2 (27). – С. 5–11.

<sup>12</sup> Шавлохов А. К. Полномочия правоохранительных органов по обеспечению производства по делам об административных правонарушениях : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.14. – Административное право ; Финансовое право ; Информационное право / А. К. Шавлохов ; Науч. рук. П. П. Глушенко. – СПб., 2002. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=131465>

<sup>13</sup> Організація діяльності міліції громадської безпеки: мультимедійний навчальний посібник. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.naiu.kiev.ua/>

<sup>14</sup> Клоков В. В. Функции прокуратуры: понятие, соотношение с деятельностью, классификация // Прокуратура. Законность. Государственный контроль: Сборник научных трудов. – М.: Манускрипт, 1995. – С. 5–7.

<sup>15</sup> Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2014. – № 49. – ст. 2056.

<sup>16</sup> Там само.

<sup>17</sup> Там само.

<sup>18</sup> Про затвердження Положення про Міністерство внутрішніх справ України: Указ Президента України від 06.04.2011 № 383/2011 // Офіційний вісник Президента України від 18.04.2011 – 2011 р. – № 9. – стор. 16. – ст. 536.

<sup>19</sup> Заброда Д. Г. Міністерство внутрішніх справ України як суб'єкт реалізації державної антикорупційної політики / Д. Г. Заброда, О. О. Кашкаров // Вісник Маріупольського державного університету. Сер. : Право. – 2013. – Вип. 6. – С. 46–54.

<sup>20</sup> Про міліцію: Закон України від 20.12.1990 № 565-XII // Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР). – 1991. – № 4. – ст. 20.

<sup>21</sup> Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 № 1697-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2015. – № 2–3. – ст. 12.

<sup>22</sup> Про антикорупційне бюро України: Закон України від 14.10.2014 № 1698-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2014. – № 47. – ст. 2051.

#### Резюме

##### **Литвиненко В. І. Функції правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції в Україні.**

У даній статті встановлено зміст поняття «функції правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції». Здійснено авторську класифікацію функцій правоохоронних органів як суб'єктів протидії корупції в Україні.

**Ключові слова:** корупція, протидія корупції, правоохоронні органи, функції, суб'єкти.

#### Резюме

##### **Литвиненко В. И. Функции правоохранительных органов как субъектов противодействия коррупции в Украине.**

В данной статье установлено содержание понятия «функции правоохранительных органов как субъектов противодействия коррупции». Осуществлено авторскую классификацию функций правоохранительных органов как субъектов противодействия коррупции в Украине.

**Ключевые слова:** коррупция, противодействие коррупции, правоохранительные органы, функции, субъекты.

## Summary

### **Litvinenko V. Functions as subjects of law enforcement against corruption in Ukraine.**

In the article established the concept of «law enforcement functions as subjects of countering corruption». Done author's classification of the functions of law enforcement bodies as subjects against corruption in Ukraine.

**Key words:** corruption, anti-corruption, law enforcement agencies, functions, subjects.

УДК 34.07+342.9

## **Д. О. ВЛАСЕНКО**

*Денис Олександрович Власенко, здобувач Запорізького національного університету*

### **КОНТРОЛЬ ТА НАГЛЯД ЗА ДОДЕРЖАННЯМ ЗАКОНОДАВСТВА З НАДАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ СУБ'ЄКТАМИ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ**

Ефективність та законність правозастосування в цілому та провадження з адміністративного оскарження дій, рішень і бездіяльності суб'єктів публічної адміністрації з надання адміністративних послуг зокрема покликані забезпечити ряд засобів, серед яких важливе місце займає контроль та нагляд.

Аналітичному осмисленню вказаної проблеми сприяли наукові праці провідних фахівців з вітчизняної адміністративно-правової науки, зокрема В. Б. Авер'янова, Ю. П. Битяка, А. С. Васильєва, В. К. Колпакова, Т. О. Коломоєць, А. Т. Комзюка та інших. Наукові праці І. В. Дроздової, І. Б. Коліушка, І. М. Козьякова, Є. В. Курінного, Є. О. Легези, Н. С. Науліка, М. В. Руденко та інших безпосередньо стосуються проблем забезпечення контролю за наданням адміністративних послуг в Україні.

**Метою роботи** є визначення особливостей та рівнів контрольної діяльності за реалізацією проваджень з надання суб'єктами публічної адміністрації державних (адміністративних) послуг.

Залежно від критеріїв, які покладаються в основу класифікації, розрізняють декілька видів контролю: внутрішній і зовнішній, відомчий (галузевий) та надвідомчий, загальний і спеціальний<sup>1</sup>.

Як зазначає О. В. Шоріна, саме «природа, місце, роль суб'єкта контролю в системі соціального механізму управління суспільством є головними об'єктивними критеріями, за допомогою яких визначаються завдання, характер, форми і об'єм контролю»<sup>2</sup>.

Згідно зі ст. 28 Закону України «Про звернення громадян» контроль за дотриманням законодавства про звернення громадян відповідно до своїх повноважень здійснюють «Верховна Рада України, народні депутати України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Уповноважений з прав людини Верховної Ради України, Верховна Рада Автономної Республіки Крим, обласні, Київська та Севастопольська міські, районні, районні в містах Києві та Севастополі державні адміністрації, сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі комітети, депутати місцевих рад, а також міністерства, інші центральні органи виконавчої влади щодо підпорядкованих їм підприємств, установ та організацій»<sup>3</sup>. Враховуючи даний перелік суб'єктів та класифікацію видів державного контролю, залежно від суб'єктів його здійснення можна виділити такі види контролю за дотриманням законодавства про розгляд скарг громадян та інших споживачів адміністративних послуг на дії, рішення чи бездіяльність суб'єктів публічної адміністрації: парламентський, президентський, адміністративний, контроль органів місцевого самоврядування. Деякі дослідники виділяють суди як суб'єктів опосередкованого контролю за дотриманням законодавства при розгляді скарг<sup>4</sup>.

**Громадський контроль у сфері забезпечення оскарження дій, рішень та бездіяльності суб'єктів публічної адміністрації.** Правом здійснювати громадський контроль у сфері розгляду та вирішення адміністративної скарги наділені громадяни, об'єднання громадян.

Парламентський контроль в Україні здійснюється такими суб'єктами: 1) Верховною Радою України; 2) народними депутатами України; 3) Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини; 4) Конституційним Судом України.

Відповідно до вимог Основного Закону Верховна Рада України здійснює контроль за діяльністю Кабінету Міністрів України в межах, визначених законодавством, забезпеченням конституційних прав і свобод громадян, виконанням законів та постанов Верховної Ради України (ст. 85)<sup>5</sup>. Народні депутати України у сфері контролю за оскарженням дій, рішень чи бездіяльності суб'єктів публічної адміністрації мають ряд прав, зокрема: а) звертатися із запитом на сесії Верховної Ради України до Президента України, Кабінету Міністрів України, до керівників інших органів державної влади та інших суб'єктів, визначених у ч. 1 ст. 15 Закону України «Про статус народного депутата України»<sup>6</sup>. У відповідь на депутатський запит керівники суб'єктів публічної адміністрації зобов'язані повідомити народного депутата України про результати розгляду його запиту; б) подання депутатського звернення.

Значними повноваженнями щодо контролю за дотриманням законності у діяльності суб'єктів публічної адміністрації з надання адміністративних послуг наділений спеціальний суб'єкт парламентського контролю

лю – Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. Повноваження Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини визначаються у ст. 101 Конституції України і у спеціальному нормативно-правовому акті – у Законі України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини»<sup>7</sup>.

Для здійснення контрольних повноважень з метою забезпечення захисту прав і свобод людини і громадянина при розгляді та вирішенні адміністративної скарги на дії, рішення чи бездіяльності суб'єктів публічної адміністрації з надання адміністративних послуг омбудсмен може: а) безперешкодно відвідувати органи державної влади з метою перевірки стану дотримання встановлених прав і свобод людини і громадянина та бути присутнім на їх колегіальних засіданнях; б) ознайомлюватися з документами, у тому числі й такими, що містять державну та іншу таємницю, в органах державної влади та інших органах, підприємствах, установах, організаціях незалежно від форми власності; в) вимагати від посадових і службових осіб органів державної влади сприяння у проведенні перевірок діяльності підконтрольних і підпорядкованих їм підприємств, установ, організацій, виділення спеціалістів для участі у проведенні перевірок, експертиз і надання відповідних висновків; г) запрошувати посадових і службових осіб, громадян України, іноземців та осіб без громадянства для отримання від них усних або письмових пояснень щодо обставин, які перевіряються у справі; д) направляти у відповідні органи акти реагування Уповноваженого з прав людини у разі виявлення порушень прав і свобод людини і громадянина для вжиття цими органами відповідних заходів та ряд інших прав, передбачених ст. 13 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини»<sup>8</sup>.

Актом реагування Уповноваженого з прав людини на порушення прав конкретної особи у процесі оскарження дій, рішень чи бездіяльності суб'єктів публічної адміністрації з надання адміністративних послуг є подання. Аналіз положень Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» свідчить, що акт реагування Уповноваженого з прав людини носить скоріше рекомендаційний, ніж імперативний характер, оскільки його виконання суб'єктом, якому він адресується, не забезпечене будь-якими суттєвими юридичними гарантіями. Вказаний Закон не передбачає відповідальності за невиконання вимог подання омбудсмена. Тому омбудсмен не може безпосередньо будь-якими владно-примусовими заходами впливати на дії та рішення контрольованих суб'єктів і давати їм обов'язкові до виконання вказівки. Він не вправі відмінити незаконне адміністративне рішення, замінити його своїм власним рішенням або вимагати його зміни чи відзвину. Як зазначає А.Б. Зеленцов, виконання актів омбудсмена зумовлюється його високим моральним авторитетом, що базується на компетентності й справедливості його суджень. У багатьох західних країнах застосування такого впливу нерідко є більш ефективним, ніж традиційний юрисдикційний вплив<sup>9</sup>.

Однією з особливостей парламентського контролю з боку Уповноваженого з прав людини, виходячи з правового статусу даного суб'єкта права, є те, що його контрольні повноваження у процесі адміністративного оскарження обмежуються лише контролем за дотриманням прав і свобод фізичних осіб. Контрольні повноваження Уповноваженого з прав людини не поширюються на сферу розгляду скарг підприємств, установ, організацій, об'єднань громадян та інших суб'єктів, що мають статус юридичної особи.

Одним із способів реалізації контрольних повноважень омбудсмена є проведення моніторингу стану дотримання прав людини. Результати контрольної діяльності Уповноваженого з прав людини відображаються у доповіді, який він один раз на рік подає Верховній Раді України, висвітлюючи, таким чином, порушення прав та свобод людини та громадянина з боку органів виконавчої влади.

Зокрема, у 2013 р. Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини здійснено перевірку звернень громадян щодо порушень у сфері надання органами Державної міграційної служби України адміністративних послуг<sup>10</sup>. Предметом перевірки омбудсмена став стан дотримання адміністративних проваджень з надання такої публічної послуги Державною міграційною службою України, як оформлення паспорта громадянина України для виїзду за кордон. Зокрема, омбудсмен перевіряла, чи вимагалось від споживачів отримання супутніх послуг. Втім, зазначається, що відмова від отримання супутніх послуг не ставала на заваді у отриманні основної адміністративної послуги.

Механізм реалізації громадянами України права на виїзд з України і в'їзд в Україну регулюється Законом України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України»<sup>11</sup> та відповідним Порядком оформлення, видачі, обміну, пересилання, вилучення, повернення державі, знищення паспорта громадянина України для виїзду за кордон, його тимчасового затримання та вилучення, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 7 травня 2014 р. № 152<sup>12</sup>, яким визначено перелік документів, що подаються для отримання паспорта. Зокрема, йдеться про необхідність подання копії квитанції про сплату державного мита або документа, що підтверджує право на звільнення від його сплати. Водночас Декретом Кабінету Міністрів України «Про державне мито»<sup>13</sup> (далі – Декрет) встановлюється збір у розмірі десяти неоподаткованих мінімумів доходів громадян (що на даний час становить 170 грн) – за видачу паспорта для виїзду за кордон. При цьому плата за отримання цієї адміністративної послуги встановлюється водночас і відомчими нормативно-правовими актами – Порядком надання підрозділами Міністерства внутрішніх справ та Державної міграційної служби платних послуг (далі – Порядок) та Переліком платних послуг, які надаються підрозділами Міністерства внутрішніх справ та Державної міграційної служби, що затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2011 р. № 1098<sup>14</sup>.

Згідно з розділом I «Адміністративні послуги» Переліку оформлення та видачі паспорта для виїзду за кордон як адміністративна послуга оплачується в розмірі 87,15 грн. Відповідно до ст. 11 Закону України «Про адміністративні послуги» при наданні адміністративних послуг у випадках, передбачених законом, справляється плата (адміністративний збір)<sup>15</sup>.

Таким чином, за адміністративну послугу у вигляді оформлення та видачі паспорта для виїзду за кордон особа сплачує державне мито та адміністративний збір. Відповідно, законодавством фактично встановлено подвійну оплату за одну і ту ж адміністративну послугу. Такий висновок зроблено в постанові Вищого адміністративного суду України від 5 червня 2013 року<sup>16</sup>. Так, Вищий адміністративний суд України погодився з висновком суду апеляційної інстанції стосовно того, що особа, яка звертається за оформленням паспорта для виїзду за кордон, зобов'язана відповідно до п. 10 Переліку оплатити державне мито за його оформлення та видачу у розмірі 170 грн і, оплачуючи послугу органу Державної міграційної служби у вигляді оформлення та видачі паспорта для виїзду за кордон у розмірі 87,15 грн, сплачує вартість одних і тих же його дій (послуг) вдруге. Зокрема, з огляду на це суд зобов'язав відповідний орган Державної міграційної служби України повторно розглянути питання щодо оформлення та видачі заявнику паспорта для виїзду за кордон, стосовно якого цим органом було прийнято негативне рішення у зв'язку з неподанням заявником документів, що підтверджують сплату адміністративного збору.

Тому міграційна служба не має права вимагати повторної оплати тих самих дій (послуг) на підставі іншого нормативно-правового акта.

Крім того, слід зауважити, що проблема подвійної оплати адміністративних послуг стосується не тільки адміністративної послуги у вигляді оформлення та видачі паспорта для виїзду за кордон. Так, Переліком встановлюється й розмір адміністративного збору і за інші адміністративні послуги, за вчинення яких Декретом передбачена сплата державного мита. Наприклад, за оформлення та видачу тимчасового посвідчення громадянина України (п. 25 Переліку), за запрошення фізичними особами і юридичними особами на в'їзд в Україну іноземцям та особам без громадянства (п. 27 Переліку) та за оформлення іноземцям та особам без громадянства продовження строку перебування на території України (п. 32 Переліку).

Таким чином, за результатами перевірки омбудсменом рекомендується проаналізувати нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України, якими встановлюються адміністративні послуги та розмір їх оплати, на предмет справляння подвійної оплати за такі послуги, а також Кабінету Міністрів України вжити заходів для скасування своїх актів, якими встановлюється оплата за адміністративну послугу, за яку Декретом передбачено стягнення державного мита<sup>17</sup>. Варто зазначити, що пройшло вже майже два роки з часу рекомендаційного висновку Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, змінилося два уряди, обрано шлях на демократизацію стосунків «людина – держава», але ситуація не змінилась. Моральний імператив, який є підставою для виконання рекомендацій омбудсмена<sup>18</sup>, не характеризує урядову внутрішню політику України.

Контрольні повноваження Президента України у сфері захисту прав і свобод людини і громадянина, порушених у тому числі й рішеннями, діями (бездіяльністю) органів виконавчої влади, обумовлюються його правовим статусом – гарантом додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина.

Президентський контроль за дотриманням законодавства у сфері надання адміністративних послуг з розгляду скарг громадян на результати діяльності суб'єктів публічної адміністрації здійснюється як безпосередньо Президентом України, так і через відповідні структури. Результати президентського контролю відображаються, зокрема, у ряді актів, прийнятих Президентом України. Так, Президентом України було видано Укази «Про заходи щодо забезпечення конституційних прав громадян на звернення» від 19 березня 1997 р. № 241/97<sup>19</sup>, «Про додаткові заходи щодо забезпечення конституційних прав громадян на звернення» від 13 серпня 2002 р. № 700/2002<sup>20</sup>, «Про серйозні недоліки у роботі з розгляду звернень громадян органів виконавчої влади та правоохоронних органів Донецької області» від 17 жовтня 2003 р. № 1194/2003<sup>21</sup>, «Про невідкладні заходи з удосконалення організації прийому громадян органами державної влади, органами місцевого самоврядування та посадовими і службовими особами цих органів» від 14 квітня 2004 р. № 434/2004<sup>22</sup>, «Про заходи із забезпечення додержання прав фізичних та юридичних осіб щодо одержання адміністративних (державних) послуг» від 3 липня 2009 р. № 508/2009<sup>23</sup>. Зокрема, в останньому Указі йшлося про визначення сукупності заходів, реалізація яких покладається на Кабінет Міністрів України, Генеральну прокуратуру України, Київську та Севастопольську міські державні адміністрації, інші органи місцевого самоврядування. Наприклад, на Кабінет Міністрів України покладався обов'язок визначити перелік адміністративних послуг до 1 вересня 2009 року. Втім, реалізація цього завдання ще і досі далеко від завершення. Дійсно, існує значна кількість постанов уряду, що визначають перелік адміністративних послуг, які надаються окремими суб'єктами публічної адміністрації, та їх вартість, однак вбачається, що для споживача було б значно зручніше користуватися єдиним нормативно-правовим актом, який визначив би усю сукупність адміністративних (державних) послуг.

Адміністративний контроль за дотриманням законодавства, що регламентує розгляд скарг громадян, здійснюється Кабінетом Міністрів України, центральними та місцевими органами виконавчої влади (посадовими особами) стосовно підпорядкованих їм органів, підприємств, установ, організацій. У літературі такий контроль характеризується як надвідомчий та відомчий контроль<sup>24</sup>.

Відповідно до Конституції України (п. 9 ст. 116) Кабінет Міністрів України спрямовує і координує роботу міністерств, інших органів виконавчої влади. Контроль з боку Кабінету Міністрів України за дотриманням законодавства з надання адміністративних послуг здійснюється шляхом перевірки діяльності у даній сфері, відповідних суб'єктів публічної адміністрації. Результати такого контролю відображаються у актах, що приймаються Кабінетом Міністрів України, спрямованих на оптимізацію діяльності з надання адміністративних послуг та посилення контролю за такою діяльністю суб'єктів публічної адміністрації (наприклад, постанови Кабінету Міністрів України від 7 серпня 2013 р. № 600 «Деякі питання ведення обліку доходів,

які надходять як плата за надання адміністративних послуг»<sup>25</sup>, «Про затвердження Примірного регламенту центру надання адміністративних послуг» від 1 серпня 2013 р. № 588<sup>26</sup>).

З метою своєчасного виявлення причин, що призводять до порушення прав та інтересів громадян, забезпечення контролю за дотримання законодавства про скарги тощо, скарги громадян мають систематично узагальнюватися і аналізуватися. Результати такого аналізу використовуються при перевірках роботи підвідомчих органів та установ, а також реалізуються у прийнятті постанов уряду, спрямованих на забезпечення ефективності надання адміністративних послуг в Україні. Наприклад, у 2015 р. розроблено та прийнято ряд постанов Кабінету Міністрів України, спрямованих на удосконалення системи надання адміністративних послуг з державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Йдеться про такі постанови уряду, як: «Деякі питання спрощення порядку надання адміністративних послуг у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 18 березня 2015 р. № 137<sup>27</sup>, «Про надання послуг у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 8 квітня 2015 р. № 190<sup>28</sup>.

Особливою формою контролю за діяльністю суб'єктів публічної адміністрації є громадський контроль. Громадський контроль у сфері публічного управління І. О. Сквірський визначає як «стеження громадськості за діяльністю органів державної влади і органів місцевого самоврядування і їх посадових осіб, а також за недержавними організаціями та іншими суб'єктами при здійсненні ними владних управлінських функцій, у тому числі в разі виконання ними делегованих владних повноважень, що має на меті забезпечення законності та дисципліни у публічному управлінні»<sup>29</sup>. Функція громадського контролю за дотриманням суб'єктами публічної адміністрації законодавства з питань надання адміністративних послуг покладається на окремих фізичних осіб, об'єднання громадян, засоби масової інформації. Активну громадську позицію у сфері здійснення громадського контролю за діяльністю суб'єктів публічної адміністрації з надання адміністративних послуг займає Центр політико-правових реформ. Ця організація постійно здійснює моніторинг діяльності центрів надання адміністративних послуг та видає відповідні аналітичні звіти з рекомендаціями щодо удосконалення діяльності суб'єктів публічної адміністрації<sup>30</sup>.

Функція нагляду за додержанням законодавства, що регламентує порядок розгляду скарг, здійснюється прокуратурою України. Головною ознакою, яка відрізняє контроль від нагляду є те, що, як зазначається у літературі, контролюючий орган, на відміну від прокуратури, має право втручатися в оперативну діяльність підконтрольного, а також самостійно притягувати винних до юридичної відповідальності<sup>31</sup>. У Конституції України (п. 5 ст. 121) визначається, що нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами здійснюється прокуратурою України до введення в дію законів, що регулюють діяльність державних органів щодо контролю за додержанням законів, та до сформування системи досудового слідства і введення в дію законів, що регулюють її функціонування (п. 9 Перехідних положень Конституції України)<sup>32</sup>.

Доцільність позбавлення прокуратури функції загального нагляду залишається предметом дискусійних обговорень<sup>33</sup>, однак чинна редакція Закону України «Про прокуратуру»<sup>34</sup> не відміняє її. Збереження за прокуратурою функції загального нагляду (можливо, у змінених обсягах), на нашу думку, є додатковою гарантією забезпечення прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб у наданні суб'єктами публічної адміністрації державних послуг. Зокрема, органами прокуратури Дніпропетровської області у 2013 р. проведено перевірку додержання Закону України «Про адміністративні послуги» при забезпеченні реалізації прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб у сфері надання адміністративних послуг, якою виявлено численні порушення з боку службових осіб контролюючих органів. Так, Державною інспекцією сільського господарства у Дніпропетровській області при видачі сертифікатів якості зерна з юридичних осіб стягувався адміністративний збір у подвійному розмірі, а в деяких випадках, навпаки, сертифікати видавалися без отримання встановленої плати від підприємців. Крім того, службовими особами Головного управління статистики в області також допускались порушення: затягувались строки надання адміністративних послуг підприємцям, порушувався порядок надання послуги, не розроблялись та не затверджувались інформаційна та технологічна картки адміністративної послуги тощо. Також встановлено факти реєстрації Головним управлінням юстиції в області приватної нотаріальної діяльності без отримання необхідних передбачених законом документів; свідоцтва видавались «минулими датами» (тобто вказані документи видано громадянам ще до звернення останніх до установи)<sup>35</sup>. Результатом проведення прокурорської перевірки стало подання прокурора з вимогою усунення правопорушень, що допускаються суб'єктами публічної адміністрації у наданні адміністративних послуг.

Отже, можемо зробити висновок, що реалізація контрольної функції за наданням адміністративних послуг суб'єктами публічної адміністрації пов'язується з діяльністю розгалуженої системи органів державної влади, місцевого самоврядування та громадськими організаціями (об'єднаннями). Утім, не зважаючи на різноманітні види контрольної діяльності у сфері надання адміністративних послуг, вбачається за доцільне налагодження ефективної взаємодії суб'єктів таких повноважень. Зокрема, встановлено відсутність реагування уряду на рекомендації зауваження омбудсмена, «повільне» виконання вимог президентських указів суб'єктами різних рівнів державної виконавчої влади. Для належного функціонування системи забезпечення контролю та нагляду за ефективністю надання адміністративних послуг вбачається за доцільне проводити щорічні функціональні обстеження центрів надання адміністративних послуг та інших суб'єктів з прозорим механізмом застосування заходів юридичної відповідальності до винних осіб.



- <sup>1</sup> Андрійко О. Ф. Державний контроль: теорія і практика : наук. доповідь / О. Ф. Андрійко. – К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 1999. – С. 9–12.
- <sup>2</sup> Шорина Е. В. Контроль за діяльністю органів державного управління в СРСР / Е. В. Шорина. – М. : Наука, 1981. – С. 43.
- <sup>3</sup> Про звернення громадян : Закон України від 2 жовтня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 47. – Ст. 256.
- <sup>4</sup> Грибок І. О. Оскарження рішень органів виконавчої влади в адміністративному порядку : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Грибок Ігор Олегович ; Національна академія наук України ; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2006. – 220 с. – С. 153–154.
- <sup>5</sup> Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
- <sup>6</sup> Про статус народного депутата України : Закон України від 17 листопада 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 3. – Ст. 17.
- <sup>7</sup> Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини : Закон України від 23 грудня 1997 р. // Відомості Верховної Ради. – 1998. – № 20. – Ст. 99.
- <sup>8</sup> Там само.
- <sup>9</sup> Зеленцов А. Б. Контроль за діяльністю исполнительної влади в зарубіжних країнах / А. Б. Зеленцов. – М. : Изд-во ун-та Дружбы народів, 2002. – С. 61.
- <sup>10</sup> Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина. – К., 2014. – С. 433.
- <sup>11</sup> Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України : Закон України від 21 січня 1994 р. / Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 18. – Ст. 101.
- <sup>12</sup> Про затвердження зразка бланка, технічного опису та Порядку оформлення, видачі, обміну, пересилання, вилучення, повернення державі, знищення паспорта громадянина України для виїзду за кордон, його тимчасового затримання та вилучення : постанова Кабінету Міністрів України від 7 травня 2014 р. № 152 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/152-2014-p>
- <sup>13</sup> Про державне мито : декрет Кабінету Міністрів України від 21 січня 1993 р. № 7-93 // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 13. – Ст. 113.
- <sup>14</sup> Деякі питання надання підрозділами Міністерства внутрішніх справ та Державної міграційної служби платних послуг : постанова Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2011 р. № 1098 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 84. – Ст. 3068.
- <sup>15</sup> Про адміністративні послуги : Закон України від 6 вересня 2012 р. // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 32. – Ст. 409.
- <sup>16</sup> Справа № К/800/10107/13 : постанова Вищого адміністративного суду України від 5 червня 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://document.ua/pro-viznannya-protipravnimi-dii-shodo-vidmovi-v-oformlenni-p-doc147439.html>
- <sup>17</sup> Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина. – К., 2014. – С. 435.
- <sup>18</sup> Зеленцов А. Б. Указ. соч. – С. 61.
- <sup>19</sup> Про заходи щодо забезпечення конституційних прав громадян на звернення : Указ Президента України від 19 березня 1997 р. № 241/97 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 12.
- <sup>20</sup> Про додаткові заходи щодо забезпечення конституційних прав громадян на звернення : Указ Президента України від 13 серпня 2002 р. № 700/2002 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 33. – Ст. 1528.
- <sup>21</sup> Про серйозні недоліки у роботі з розгляду звернень громадян органів виконавчої влади та правоохоронних органів Донецької області : Указ Президента України від 17 жовтня 2003 р. № 1194/2003 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1194/2003>
- <sup>22</sup> Про невідкладні заходи з удосконалення організації прийому громадян органами державної влади, органами місцевого самоврядування та посадовими і службовими особами цих органів : Указ Президента України від 14 квітня 2004 р. № 434/2004 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 15. – Ст. 1035.
- <sup>23</sup> Про заходи із забезпечення додержання прав фізичних та юридичних осіб щодо одержання адміністративних (державних) послуг : Указ Президента України від 3 липня 2009 р. № 508/2009 // Урядовий кур'єр. – 2009. – № 126.
- <sup>24</sup> Андрійко О. Ф. Контроль в демократическом государстве: проблемы и тенденции / О. Ф. Андрійко. – К., 1994. – С. 37.
- <sup>25</sup> Деякі питання ведення обліку доходів, які надходять як плата за надання адміністративних послуг : постанова Кабінету Міністрів України від 7 серпня 2013 р. № 600 // Урядовий кур'єр. – 2013. – № 160.
- <sup>26</sup> Про затвердження Примірного регламенту центру надання адміністративних послуг : постанова Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2013 р. № 588 // Урядовий кур'єр. – 2013. – № 163.
- <sup>27</sup> Деякі питання спрощення порядку надання адміністративних послуг у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : постанова Кабінету Міністрів України від 18 березня 2015 р. № 137 // Урядовий кур'єр. – 2015. – № 59.
- <sup>28</sup> Про надання послуг у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень у скорочені строки : постанова Кабінету Міністрів України від 8 квітня 2015 р. № 190 // Урядовий кур'єр. – 2015. – № 73.
- <sup>29</sup> Сквірський І. О. Мета, завдання та функції громадського контролю у публічному управлінні / І. О. Сквірський // Вісник Запорізького нац. ун-ту. – 2013. – № 1. – С. 109–114. – (Серія «Юридичні науки»).
- <sup>30</sup> Чи центри надання адміністративних послуг дійсно є ефективнішими та зручнішими для громадян? : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravo.org.ua/administrativni-posluhy/1967-chy-tsentry-nadannia-administrativnykh-posluh-diisno-ie-efektyvnishi-ta-zruchnishi-dlia-hromadian.html>
- <sup>31</sup> Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Ін Юре, 2002. – С. 454.
- <sup>32</sup> Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
- <sup>33</sup> Руденко М. Проблеми та перспективи прокурорського нагляду за додержанням законів в Україні / М. Руденко // Право України. – 2002. – № 6. – С. 65–69.
- <sup>34</sup> Про прокуратуру : Закон України від 5 листопада 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 53. – Ст. 793.
- <sup>35</sup> Прокуратура здійснила перевірку у сфері надання адміністративних послуг : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nash-rayon.dp.ua/index.php?option=com\\_content&view=article&id=38739&catid=482&Itemid=747](http://nash-rayon.dp.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=38739&catid=482&Itemid=747)

Резюме

*Власенко Д. А. Контроль та нагляд за додержанням законодавства з надання адміністративних послуг суб'єктами публічної адміністрації.*

У статті проаналізовано сучасний стан забезпечення контрольної та наглядової діяльності за наданням адміністративних послуг в Україні. Надано зріз основної нормативної бази, що регламентує здійснення контрольної діяльності з надання адміністративних послуг. Встановлюються особливості взаємодії системи суб'єктів державного й громадського контролю та прокурорського нагляду за наданням адміністративних послуг в Україні.

**Ключові слова:** адміністративні послуги, Кабінет Міністрів України, контроль, нагляд, омбудсмен, прокуратура, публічна адміністрація.

Резюме

*Власенко Д. А. Контроль и надзор за соблюдением законодательства по предоставлению административных услуг субъектами публичной администрации.*

В статье проанализированы современное состояние обеспечения контрольной и надзорной деятельности по предоставлению административных услуг в Украине. Предоставлено срез основной нормативной базы, регламентирующей осуществление контрольной деятельности по предоставлению административных услуг. Устанавливаются особенности взаимодействия системы субъектов государственного и общественного контроля и прокурорского надзора за предоставлением административных услуг в Украине.

**Ключевые слова:** административные услуги, Кабинет Министров Украины, контроль, надзор, омбудсмен, прокуратура, публичная администрация.

Summary

*Vlasenko D. Control and Supervision of Legislation to provide administrative services to the subjects of public administration.*

The article analyzes the current state of control and supervisory activities on the provision of administrative services in Ukraine. Courtesy of the main section of the regulatory framework governing the implementation of control activities for the provision of administrative services. The author highlighted features of interaction of the subjects of the state and public control and prosecutorial supervision over the provision of administrative services in Ukraine.

**Key words:** administrative services, the Cabinet of Ministers of Ukraine, control, supervision, the Ombudsman, the prosecutor's office, public administration.

УДК 342.9

**В. О. ГАРБУЗОВ**

*Володимир Олександрович Гарбузов, виконавчий директор охоронної компанії ТОВ «Саарлос»*

## **ОБОВ'ЯЗКИ І ПРАВА ЯК ОСНОВА АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ПІДРОЗДІЛІВ ВНУТРІШНЬОЇ БЕЗПЕКИ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ**

На сьогодні питання правового статусу відповідного підрозділу органів внутрішніх справ України, визначення цілей його діяльності, завдань та функцій, компетенції тощо не достатньо досліджені у вітчизняній спеціальній юридичній літературі, що ускладнює правове регулювання роботи названого підрозділу, здійснення реформування нормативно-правової регламентації, яка має наслідком зниження ефективності та значення його практичної діяльності, а, отже, неналежне виконання прав і обов'язків, що становлять його компетенцію. За таких умов проблематика вивчення правосуб'єктності підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України набуває надзвичайно важливого значення, що є основоположними та визначальними як для безпосередньої діяльності названих підрозділів, так і Міністерства внутрішніх справ України загалом.

Проблемними питаннями правосуб'єктності суб'єктів адміністративного права присвячені наукові дослідження таких представників юридичної науки, як: В. Б. Авер'янов, О. М. Бандурка, Ю. П. Битяк, І. П. Голосніченко, С. Ф. Денисюк, І. Б. Коліушко, Р. О. Куйбіда, О. В. Кузьменко, В. К. Матвійчук, В. І. Семчик, А. О. Селіванов, О. П. Рябченко, М. М. Тищенко, В. І. Шишкін та інші.

Основною метою статті є визначення обов'язків і прав як основи адміністративної правосуб'єктності підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України.

З урахуванням предмета дослідження варто особливо акцентувати увагу на питаннях адміністративної правосуб'єктності підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України. Назване обумовлено потребою в удосконаленні норм чинного законодавства України у відповідній сфері, практики його застосу-

вання для забезпечення дієвого механізму реалізації таким суб'єктом адміністративного права його суб'єктивних прав і обов'язків, що необхідно для виконання покладених на нього повноважень. Надзвичайна актуальність порушеної тематики зумовлена фактичною відсутністю у вітчизняній науковій юридичній літературі комплексного її дослідження.

У юридичній практиці, а особливо в доктрині права, особливого поширення набула категорія правосуб'єктності. У спеціальній науковій юридичній літературі назване поняття не має однозначного розуміння та визначення, що викликано його значною широтою, складністю та багатоманітністю. Як наслідок, у сучасній теорії права існує надзвичайно велика кількість підходів до названого терміна, його змісту, співвідношення з іншими категоріями – правовий статус, суб'єктивні права та юридичні обов'язки, що обумовлено суб'єктивними поглядами й переконаннями того чи іншого вченого-правника, його приналежністю до певної школи права тощо. За такого стану речей говорити про розробленість відповідного поняття в межах науки адміністративного права також не можна, що істотно впливає на проведення різноманітних наукових досліджень при визначенні правового положення того чи іншого органу державної влади та місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів, а також інших суб'єктів адміністративно-правових відносин.

Для юридичної науки важливе методологічне значення мають положення про правосуб'єктність як категорію, що розкриває правовий статус суб'єктів права, передумови участі в правовідносинах, стадії правового регулювання та інші<sup>1</sup>. Загалом можна стверджувати, що визначення правової природи правосуб'єктності є однією із найскладніших проблем у вітчизняній юридичній науці. При дослідженні відповідних проблемних питань у контексті правового статусу суб'єктів права потрібно визначитися з тим, як співвідноситься правосуб'єктність з таким поняттям, як правовий статус суб'єкта права, оскільки суб'єкт права в текстах багатьох нормативно-правових актів визначається як формальна здатність особи мати права та обов'язки, тобто правоздатність.

Однією із ключових у сучасній теорії права є проблема формування ефективної моделі правосуб'єктності як найбільш концептуальної властивості суб'єктів права, за допомогою якої забезпечується реалізація норм права, їх життєдіяльність<sup>2</sup>.

У науковій спеціальній юридичній літературі зазначається, що правосуб'єктність – це можливість чи здатність особи бути суб'єктом права з усіма відповідними наслідками<sup>3</sup>. Тобто правосуб'єктність як категорія юридичної доктрини має на меті визначення кола тих суб'єктів, що можуть бути учасниками певних суспільних відносин, які врегульовані нормами права. У юридичній науковій літературі фокусується увага на тому, що правосуб'єктність – це не просто соціальна, а визначена соціально-юридична властивість, що означає, з одного боку, наділення суб'єкта певними соціально-правовими можливостями, а з іншого, – установлення їхніх меж, кордонів. Саме здатність бути носієм юридичних прав та обов'язків і називається правосуб'єктністю<sup>4</sup>. Однак слід зауважити, що властивість бути суб'єктом права не виникає в самовільному порядку. Отже, вона не зумовлена природною якістю людини. Натомість така властивість виникає за допомогою законодавчо встановлених норм, що, у свою чергу, й зумовлює надання відповідної специфічної юридичної якості – правосуб'єктності, яка забезпечує змогу тій чи іншій особі бути суб'єктом права та реалізовувати надані такими нормами права і обов'язки. З даного приводу свого часу достатньо влучно висловився відомий вчений-правник Г. Ф. Шершеневич, який зазначав, що правосуб'єктність є творінням об'єктивного права<sup>5</sup>.

У юридичній літературі зазначається, що більшість з авторів, як правило, не відводять правосуб'єктності самостійної ролі та розглядають її не як окремих правовий і категоріальний засіб, а як узагальнююче поняття, що відображає наявність в учасника правовідносин певних юридичних властивостей у їх нерозривній єдності<sup>6</sup>. Варто зазначити, що такий підхід дійсно наявний у юридичній доктрині, однак він не є панівним серед представників юридичної науки. Наведений погляд на природу правосуб'єктності не відповідає змісту й сутності відповідної категорії та зумовлений його отоотожненням з поняттям «суб'єкт права» внаслідок недостатнього рівня наукового дослідження та змішування з іншими поняттями.

На думку О. С. Іоффе, витоки теоретичних уявлень про правосуб'єктність тісно пов'язані із категоріями «правоздатність» та «дієздатність». По-перше, за німецькою доктриною термін «правосуб'єктність» отоотожнювався з правоздатністю, виходячи із того, що суб'єктом права вважався той, хто може мати права; по-друге, за французькою доктриною термін «правосуб'єктність» розглядався через взаємозв'язок правоздатності та дієздатності<sup>7</sup>. С. І. Архіпов у своїх наукових працях акцентував увагу на тому, що дієздатність, як більш високий ступінь розвитку правосуб'єктності, вміщує у собі правоздатність в якості однієї із своїх сторін, аспектів<sup>8</sup>. Таким чином, з наведеного вище слідує, що у сучасній теорії права склався підхід, відповідно до якого елементами правосуб'єктності є: 1) правоздатність; 2) дієздатність; 3) деліктоздатність.

Отже, підсумовуючи викладене вище, можна дійти наступних висновків. У доктрині права склався підхід, відповідно до якого поняття правосуб'єктність визнається через такі категорії, як: правоздатність, дієздатність та деліктоздатність. Досліджуваний термін має міжгалузевий характер, тому у межах кожної галузі права він набуває свого особливого змістовного навантаження та особливостей. Таким чином, правосуб'єктність можна визначити в загальнотеоретичному значенні як потенційну здатність суб'єкта права бути носієм суб'єктивних прав і обов'язків, своїми діями набувати та реалізовувати відповідні суб'єктивні права й юридичні обов'язки, а також нести встановлену законом юридичну відповідальність за власні діяння.

Підрозділи внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України перебувають у структурі Міністерства внутрішніх справ України, а тому його правовий статус обумовлений і статусом органів внут-

рішніх справ. У своїй діяльності підрозділи внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України керуються Конституцією України, Законами України «Про міліцію», «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів», «Про засади запобігання та протидії корупції» та іншими законодавчими актами, постановами Верховної Ради України, актами Президента України та Кабінету Міністрів України та відомчими нормативно-правовими актами.

Основним базовим нормативно-правовим актом, який визначає компетенцію підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України, є Закон України «Про міліцію»<sup>9</sup>. Так, названим нормативним актом до основних обов'язків міліції, які стосуються діяльності й підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України, належать: 1) забезпечувати безпеку громадян і громадський порядок; 2) виявляти, запобігати та припиняти кримінальні правопорушення, вживати з цією метою оперативно-розшукових та профілактичних заходів, передбачених чинним законодавством; 3) приймати і реєструвати заяви й повідомлення про кримінальні та адміністративні правопорушення, своєчасно приймати за ними рішення; 4) брати участь у розкритті кримінальних правопорушень у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством; 5) виявляти та припиняти адміністративні правопорушення, здійснювати провадження у справах про адміністративні правопорушення, розгляд яких законом покладено на органи внутрішніх справ та приймати рішення про накладення адміністративних стягнень та забезпечувати їх виконання у випадках, передбачених законом; 6) виявляти причини й умови, що сприяють вчиненню правопорушень, вживати в межах своєї компетенції заходів до їх усунення; брати участь у правовому вихованні населення; 7) розшукувати осіб у випадках, передбачених законодавством та міжнародними договорами України; 8) проводити криміналістичні дослідження за матеріалами оперативно-розшукової діяльності, забезпечувати у встановленому порядку участь спеціалістів криміналістичної служби у слідчих діях; 9) виконувати у передбачених законодавством випадках і в межах своєї компетенції постанови прокурора, слідчого, рішення слідчого судді, суду; 10) забезпечувати збереження знайдених, вилучених у затриманих та заарештованих осіб і зданих у міліцію документів, речей, цінностей та іншого майна, вживати заходів до повернення їх законним власникам; 11) подавати у межах наданих прав допомогу народним депутатам, представникам державних органів і громадських об'єднань у здійсненні їх законної діяльності, якщо їм чиниться протидія або загрожує небезпека з боку правопорушників; 12) надавати у межах наявних можливостей особам, які потерпіли від правопорушень та нещасних випадків або перебувають у безпорадному чи небезпечному для життя і здоров'я стані, у тому числі неповнолітнім, які залишилися без опікування, домедичну допомогу та іншу допомогу, а також у разі необхідності вживати передбачених Законом України «Про екстрену медичну допомогу» заходів для забезпечення надання зазначеним особам екстреної медичної допомоги; 13) забезпечувати у порядку, встановленому законодавством України, безпеку осіб, взятих під захист, у разі надходження від них заяви, звернення керівника відповідного державного органу чи отримання оперативної та іншої інформації про загрозу їх життю, здоров'ю, житлу чи майну; 14) забезпечувати затриманим або заарештованим (взятим під варту) особам право на юридичний захист у порядку, передбаченому цим Законом та іншими нормативно-правовими актами<sup>10</sup>.

До основних прав міліції, які стосуються діяльності і підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України належить: 1) перевіряти у громадян при підозрі у вчиненні правопорушень документи, що посвідчують їх особу, а також інші документи, необхідні для з'ясування питання щодо додержання правил, нагляд і контроль за виконанням яких покладено на міліцію; 2) затримувати та тримати у спеціально відведених для цього приміщеннях; 3) проводити огляд осіб, зазначених цієї статті, речей, що знаходяться при них, транспортних засобів і вилучати документи та предмети, що можуть бути речовими доказами або використані на шкоду їх здоров'ю; 4) за дорученням слідчого органу досудового розслідування, прокурора проводити або брати участь у проведенні процесуальних дій у кримінальному провадженні та виконувати ухвали слідчого судді, суду про привід учасників кримінального провадження у порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України; 5) застосовувати до особи електронні засоби контролю в порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України; 6) здійснювати на підставах і в порядку, встановлених законом, гласні та негласні оперативно-розшукові заходи; 7) проводити фотографування, звукозапис, кіно- і відеозйомку, дактилоскопію осіб, які затримані за підозрою у вчиненні злочину, взяті під варту, підозрюються чи обвинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення, а також осіб, підданих адміністративному арешту; 8) проводити аудіо-, відео-, фотофіксацію як допоміжний засіб попередження протиправних дій та розкриття правопорушень; 9) вести оперативно-пошукові та криміналістичні обліки, облік адміністративних правопорушень та профілактичний облік правопорушників, документів, інші передбачені законодавством обліки; здійснювати обробку персональних даних в обсязі, структурі та порядку, що впливають із завдань і функцій, покладених на міліцію цим та іншими законами; у межах компетенції складати статистичну інформацію, забезпечувати режим доступу до інформації, надавати інформаційні послуги; 10) проводити огляд поклажі, багажу та огляд пасажирів цивільних повітряних, морських і річкових суден, засобів залізничного та автомобільного транспорту згідно з чинним законодавством; 11) входити безперешкодно у будь-який час доби: на територію і в приміщення підприємств, установ і організацій, в тому числі митниці, та оглядати їх з метою припинення злочинів, переслідування осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, при стихійному лихові та інших надзвичайних обставинах; на земельні ділянки, в жилі та інші приміщення громадян у разі переслідування злочинця або припинення злочину, що загрожує життю мешканців, а також при стихійному лихові та інших надзвичайних обставинах; до житла чи до іншого воло-

діння особи, яка перебуває під домашнім арештом або адміністративним наглядом, з метою перевірки виконання встановлених судом обмежень; 12) перебувати на земельних ділянках, в жилих та інших приміщеннях громадян за їхньою згодою, а також на території і в приміщеннях підприємств, установ та організацій з повідомленням про це адміністрації з метою забезпечення безпеки громадян, громадської безпеки, запобігання злочину, виявлення і затримання осіб, які його вчинили; 13) одержувати безперешкодно і безплатно від підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності та об'єднань громадян на письмовий запит відомості (в тому числі й ті, що становлять комерційну та банківську таємницю), необхідні у справах про злочини, що знаходяться у провадженні міліції. Отримання від банків інформації, яка містить банківську таємницю, здійснюється у порядку та обсязі, встановлених Законом України «Про банки і банківську діяльність»; 14) інші права працівників міліції<sup>11</sup>.

Компетенція підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України обумовлена тими завданнями, які на них покладені, зокрема: 1) забезпечення особистої безпеки громадян, захист їх прав, свобод та законних інтересів від протиправних посягань; 2) запобігання і припинення правопорушень; 3) охорона та забезпечення громадської безпеки, громадського порядку, виявлення, розкриття і розслідування злочинів; 4) охорона прав і законних інтересів громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності; 5) боротьба з корупцією та організованою злочинністю<sup>12</sup>.

**Висновки.** Діяльність підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України є надзвичайно важливою як для належної роботи органів внутрішніх справ України, так і загалом для держави та суспільства. На сьогодні існує нагальна потреба в удосконаленні методів роботи таких підрозділів, підвищенні ефективності практичної діяльності як самих підрозділів, так і взагалі Міністерства внутрішніх справ України. Тим не менш, насамперед для реалізації наведених вище напрямів роботи потрібно узагальнити, систематизувати та покращити стан нормативно-правового регулювання діяльності підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України щодо структури, чисельності, особливостей проходження служби працівникам таких органів тощо. Усі наведені питання так чи інакше зумовлюють потребу у необхідності звернення до категорії правосуб'єктності як загалом, так і конкретного підрозділу.

<sup>1</sup> Кравчук В. Поняття конституційної правосуб'єктності / В. Кравчук // Історико-правовий часопис: журнал; Східноєвроп. нац. ун-т ім. Лесі Українки. – 2013. – № 2. – С. 71.

<sup>2</sup> Костюк В. Л. Проблеми визначення правосуб'єктності у загальній теорії права / В. Л. Костюк // Держава і право. – 2009. – Вип. 44. – С. 14.

<sup>3</sup> Зайчук О. В. Теорія держави і права. Академічний курс : підруч. / за ред. О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. – 2-ге вид., доповн. і переробл. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 444–445.

<sup>4</sup> Окунев І. С. Проблема правосуб'єктності як складова теорії правового статусу суб'єкта права / І. С. Окунев // Держава і право: зб. наук. пр. – К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – 2007. – Вип. 37. – С. 59. – (Серія «Юридичні і політичні науки»).

<sup>5</sup> Шершеневич Г. Ф. Наука цивільного права в Росії / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Статут, 2003. – С. 215.

<sup>6</sup> Пундор О. Ю. Про визначення змісту категорії «правосуб'єктність» у теорії права та галузевих теоріях цивільного й господарського права (порівняльно-правовий аспект) / Ю. О. Пундор // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 1. – С. 60.

<sup>7</sup> Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву / О. С. Иоффе. – М. : Статут, 2000. – С. 84.

<sup>8</sup> Архипов С. И. Субъект права: теоретическое исследование / С. И. Архипов. – СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 133.

<sup>9</sup> Про міліцію : Закон України від 20 грудня 1990 р. № 565-ХІІ // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 4. – Ст. 20.

<sup>10</sup> Там само.

<sup>11</sup> Там само.

<sup>12</sup> Приймак Є. Б. Основні завдання Департаменту внутрішньої безпеки Міністерства внутрішніх справ та окремі напрями й його вдосконалення ДВБ на сучасному етапі / Є. Б. Приймак, С. В. Погорелов // Право і безпека. – 2012. – № 4 (46). – С. 235.

## Резюме

**Гарбузов В. О. Обов'язки і права як основа адміністративної правосуб'єктності підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України.**

У даній статті визначено зміст поняття правосуб'єктності. Проаналізовано нормативно-правові акти, що регулюють діяльність підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України. Досліджено обов'язки й права як основу адміністративної правосуб'єктності підрозділів внутрішньої безпеки органів внутрішніх справ України.

**Ключові слова:** правосуб'єктність, підрозділи внутрішньої безпеки, органи внутрішніх справ України, обов'язки, права.

## Резюме

**Гарбузов В. А. Обязанности и права как основа административной правосубъектности подразделений внутренней безопасности органов внутренних дел Украины.**

В данной статье определено содержание понятия правосубъектности. Проанализированы нормативно-правовые акты, регулирующие деятельность подразделений внутренней безопасности органов внутренних дел Украины. Исследованы обязанности и права как основы административной правосубъектности подразделений внутренней безопасности органов внутренних дел Украины.

**Ключевые слова:** правосубъектность, подразделения внутренней безопасности, органы внутренних дел Украины, обязанности, права.

Summary

*Garbuzov V. Obligations and rights as a legal basis for administrative internal security departments of internal affairs Ukraine.*

In this article defined the meaning of law. Analyzed regulatory legal acts regulating the activities of internal security departments of internal affairs of Ukraine. Investigated duties and rights as a legal basis for administrative internal security departments of internal affairs of Ukraine.

**Key words:** personality, a division of Homeland Security, the Internal Affairs of Ukraine, duties, rights.

УДК 342.9

**А. П. ДЕНИСЕНКО**

*Анатолій Павлович Денисенко, Народний депутат України VII скликання*

**ПРОБЛЕМИ В ОРГАНІЗАЦІЇ ГРОМАДСЬКОГО КОНТРОЛЮ  
У СФЕРІ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ**

Основним завданням цього дослідження є виявлення, критичний аналіз та інтерпретація проблем в організації громадського контролю у сфері державного управління України. Окрім цього, дане дослідження спрямоване на розробку ефективних механізмів вдосконалення законодавства шляхом усунення найсуттєвіших недоліків та прогалин в організації громадського контролю. З огляду на це, основним завданням дослідження в рамках цього підрозділу є критичний аналіз й обговорення недоліків в організації громадського контролю у сфері державного управління з позиції теорії адміністративного права.

Проблеми та недоліки організації громадського контролю у сфері державного управління були центром дослідження таких вчених, як: Т. В. Бельська, В. В. Гиририбов, А. С. Крупник, В. В. Латишева, Т. В. Наливайко, Т. В. Панченко, О. В. Прієшкіна та інші.

Основна мета статті полягає у з'ясуванні проблемних аспектів теоретичного визначення та інтерпретації різних вимірів організації громадського контролю у сфері державного управління.

***Проблема термінологічного визначення громадського контролю у сфері державного управління.***

Першочерговою проблемою дослідження є відсутність єдиного чіткого демократичного визначення громадського контролю згідно норм права України. Ця проблема впливає із того факту, що складності понятійного апарату складають фундаментальне призупнення реформування інституту громадського контролю у сфері державного управління. До того ж, за відсутності єдиного актуального визначення поняття «громадський контроль» втрачається ефективність практичного застосування механізмів громадського контролю з боку суспільства, оскільки суспільство не розуміє повноти та меж актуалізації своїх повноважень у галузі громадського контролю. Окрім поняття громадського контролю, труднощі та протиріччя також виникають у застосуванні категорії «державне управління», яке має дуже вузькі рамки та не включає в себе поняття «муніципального управління»<sup>1</sup>.

Термін «державне управління» запозичений із англomовної категорії «public administration» (публічне управління). Отже, поняття «публічне управління» є більш точним, ніж поняття «державне управління», адже воно охоплює також діяльність органів місцевого самоврядування, прокуратури та інших публічних органів, які разом з органами державної влади охоплюються поняттям органів публічної влади. Характерним є той факт, що громадський контроль направлений не виключно на органи державної влади, а й на органи публічної влади, тому поняття «публічне управління» є більш точним в даному контексті.

Стосовно другого недоліку правового формулювання громадського контролю у сфері державного управління, слід відмітити, що вітчизняний законодавець, а також такі вчені, як О. Ю. Висоцький, О. Є. Висоцька та Ю. П. Шаров чомусь схильні звужувати одне із завдань державного управління до забезпечення прав, свобод та інтересів громадян України<sup>2</sup>. Тобто, із контексту державного управління і громадського контролю повністю усуваються права, свободи та інтереси осіб без громадянства та іноземців, що є недопустимим для демократичної держави. Необхідність реалізації громадського контролю та державного управління в контексті прав, свобод та інтересів людини, а не лише в контексті прав, свобод й інтересів громадянина, впливає із того факту, що громадський контроль, як інститут представницької демократії є саме громадським, а не громадянським контролем. За відсутності прав негромадян щодо здійснення громадського контролю, проліферує проблема нерівності та недемократичності, коли громадянам та особам без громадянства можна відмовляти у реалізації їхніх прав на тій підставі, що вони не можуть виявляти й попереджати порушення у сфері публічного управління.

***Проблема логічного та юридичного зв'язку між громадським контролем як механізмом та державним управлінням як сферою застосування механізму.***

Що стосується зв'язку між громадським контролем і сферою державного управління, то розробники сучасних дефініцій громадського контролю не повноцінно віддзеркалюють характерні риси такого зв'язку у своїх працях<sup>3</sup>. Іншими словами, сучасне визначення громадського контролю не дає можливості збагнути природу громадського контролю як однієї з функцій державного, а точніше, публічного управління. Визначальним є той факт, що громадський контроль не є чимось відмежованим та стороннім у сфері державного управління, а, навпаки, становить одну із центральних функцій такого управління. Громадський контроль надає сфері державного управління демократичного значення. За відсутності чи недостатньої якості громадського контролю у сфері державного управління можна ставити під сумнів демократичний характер такого управління. Так, сфера публічного управління у тоталітарних та авторитарних державах позбавлена реальної функції громадського контролю.

Взаємозв'язок між громадським контролем і державним управлінням також полягає у тому, що громадський контроль дозволяє покращити рівень державного управління шляхом зіставлення прикладів діяльності підконтрольних об'єктів із конкретними соціальними нормами. Так, наявні визначення громадського контролю не враховують того факту, що саме громадський контроль дозволяє зіставити державне управління із еталонними соціальними нормами, з метою виведення висновку про відповідність державного управління цим нормам.

Також, аналіз існуючих визначень громадського контролю доводить, що вчені схильні робити наголос на респонсивній, а не на превентивній, функції цього контролю. Проте, важливим є той факт, що громадський контроль спрямований не лише на усунення та попередження причин, які породжують невідповідність між діяльністю органів публічного управління й еталонними соціальними нормами, а й на запобігання негативних тенденцій у сфері державного управління. Конкретними прикладами логічного взаємозв'язку між громадським контролем та публічним управлінням є запобігання порушення норм нежитлової забудови в населених пунктах чи будівництва екологічно шкідливих об'єктів шляхом здійснення громадського контролю.

***Проблема відсутності чіткого розмежування правового статусу різних суб'єктів, які уповноважені здійснювати громадський контроль.***

Продовжуючи дослідження проблем громадського контролю з точки зору теорії адміністративного права, слід зауважити, що сучасне законодавство України не має чітких механізмів усунення та попередження причин невідповідності між діяльністю у сфері державного управління та еталонними соціальними нормами<sup>4</sup>. Також, аналіз теоретичних розробок у цій сфері показує, що не існує жодного ефективного механізму на пострадянському просторі, який би дозволив суб'єктам громадського контролю не допустити та усунути негативні наслідки для суспільства, вчинені об'єктам громадського контролю поза межами правопорядку та законності<sup>5</sup>.

Окрім цього, слід зауважити, що громадський контроль є формою переважно зовнішнього контролю й здійснюється як організовано, так і не організовано. Великою проблемою організації громадського контролю у сфері державного управління є той факт, що законодавець України асоціює громадський контроль переважно із організованою громадськістю, при цьому, применшуючи роль неорганізованої громадськості. Потрібно розуміти, що поняття організованої громадськості включає в себе різні об'єднання громадян, такі як засоби масової інформації, органи самоорганізації населення, професійні спілки, творчі організації, тощо. Також, до групи організованої громадськості відносяться політичні партії, які не обрані до Верховної Ради України та не представлені в органах місцевого самоврядування<sup>6</sup>.

Що стосується неорганізованої громадськості, то основною проблемою діяльності цього виду громадськості у сфері державного управління є відсутність чіткої диференціації правового статусу суб'єктів неорганізованої громадськості від правового статусу суб'єктів організованої громадськості. Слід зауважити, що в теорії адміністративного права, під терміном «неорганізована громадськість» розуміють всіх громадян держави (але чомусь не іноземців чи осіб без громадянства), які не об'єднані у жодні організаційні форми, а представляють або власні інтереси, або ситуативно спільні інтереси членів власних громад, споживачів чи користувачів окремих соціальних груп. На цьому розуміння неорганізованої громадськості закінчується. Звертаючись до теорії адміністративного права не можна виявити характерні риси неорганізованої громадськості, які б дали можливість визначити, чим саме громадський контроль за участю неорганізованих осіб відрізняється від громадського контролю за участю громадських організацій та політичних партій.

Продовжуючи аналіз, необхідно зауважити, що обмежене розуміння відмінностей між двома групами суб'єктів громадського контролю, а саме організованою та неорганізованою громадськістю, не сприяє чіткому усвідомленню особливостей здійснення громадського контролю щодо різних об'єктів та різними формами громадського контролю. Так, теоретичні розробки й аналіз вітчизняного законодавства дає можливість зробити висновок, що організована та неорганізована громадськість має ідентичні об'єкти громадського контролю, а саме органи державної влади, органи місцевого самоврядування, установи, підприємства та організації, що надають адміністративні та соціальні послуги, та громадяни України.

Проте, очевидним є той факт, що громадський контроль щодо одного й того ж самого об'єкту, який здійснюється суб'єктами організованої громадськості та неорганізованої громадськості, відрізняється за своїм характером та суттю. Громадський контроль організованої громадськості позбавлений особистісного забарвлення і спрямований на забезпечення колективних прагнень та інтересів громади. До того ж, громадський контроль організованої громадськості щодо конкретного об'єкта має більш системну, методологічну та організовану природу. У той час як громадський контроль неорганізованої громадськості позбавле-

ний системності, організованості, методологічності й колективності, оскільки спрямований на актуалізацію та захист персональних інтересів особи.

**Проблема відсутності чіткого розмежування форм, засобів та методів громадського контролю у сфері державного управління.**

У науковій літературі України також незначна увага приділена фундаментальним критеріям диференціації засобів, методів та форм здійснення громадського контролю з боку організованої та неорганізованої громадськості<sup>7</sup>. Ця проблема не дає можливості визначити, яку форму, засіб чи метод громадського контролю слід застосовувати в тій чи іншій ситуації. Вибір неправильних форми, методу чи засобу призводить до неефективності громадського контролю. Вивчаючи теоретичні розробки та науковий аналіз законодавчо визначених форм і засобів здійснення громадського контролю, практично неможливо зустріти ґрунтовне теоретизування причин та факторів диференціації цих засобів та форм, оскільки більшість науковців звертається до звичайного категоризування й класифікації форм і засобів громадського контролю за суб'єктом, об'єктом та метою такого контролю, без інтерпретації критеріїв, підстав та виправдань таким категоризуванням та класифікаціям.

Звичайна класифікація дозволяє лише перерахувати, а не встановити причинно-наслідкові та когерентні зв'язки між різними формами й засобами громадського контролю, такими як соціологічні опитування, голосування громадян на референдумі, виборах, громадська експертиза актів органів публічної влади, громадські слухання, діяльність органів самоорганізації населення, тощо<sup>8</sup>. Так, наприклад, така форма громадського контролю, як публікації у засобах масової інформації з боку організованої громадськості має суттєві відмінності від публікації у засобах масової інформації з боку неорганізованої громадськості. Вчені не вважають за доцільне помічати проблему, яка лежить в основі диференціації публікацій у ЗМІ з боку представників організованої громадськості та публікацій у ЗМІ з боку неорганізованої громадськості.

Потрібно підкреслити, що публікація політичної партії чи громадської організації завжди стосується діяльності цієї партії чи організації, віддзеркалює колективні мотиви та інтереси, рідко зводиться виключно до прав, свобод чи інтересів якоїсь однієї людини та виявляє системні негаразди у діяльності елементу чи елементів державного управління. З іншого боку, якщо така публікація ініціюється і здійснюється окремим індивідумом як представником неорганізованої громадськості, то вона зазвичай має персональний характер, стосується прав, свобод та інтересів окремої особи й дозволяє виявити упереджено неправомірну діяльність елементу системи державного управління стосовно окремої особи та/або її сім'ї, а не системність порушень щодо громади в цілому.

Після критичного вивчення проблем в організації громадського контролю у сфері державного (публічного) управління можна зробити низку важливих висновків. Так, було встановлено, що існуюче поняття громадського контролю є досить розмитим та широким, оскільки включає в себе всі можливі варіанти та опції соціального контролю. Тим не менш, наявне поняття громадського контролю дозволяє виокремити певні характерні риси, які дозволяють відрізнити громадський контроль від державного контролю та інших видів соціального контролю.

Також було досліджено, що наявні визначення громадського контролю не враховують того важливого факту, що саме громадський контроль дозволяє зіставити державне управління із еталонними соціальними нормами, з метою виведення висновку про відповідність державного управління цим нормам.

Продовжуючи дослідження проблем громадського контролю з точки зору теорії адміністративного права, слід зауважити, що сучасне законодавство України не має чітких механізмів усунення та попередження причин невідповідності між діяльністю у сфері державного управління й еталонними соціальними нормами. У науковій літературі України також незначна увага приділена фундаментальним критеріям диференціації засобів, методів та форм здійснення громадського контролю з боку організованої та неорганізованої громадськості

<sup>1</sup> Іжа М. Громадський контроль в системі публічного управління як ефективний інструмент експертизи державно-управлінських рішень / М. Іжа, О. Радченко // Публічне управління: теорія та практика. – 2012. – № 4 (12). – С. 74.

<sup>2</sup> Висоцький О. Ю., Висоцька О. Є., Шаров Ю. П. Основи державного управління. – Частина III. – Дніпропетровськ: НМетАУ, 2008. – 52 с.

<sup>3</sup> Кушнір С. М. Правові засоби громадського контролю в механізмі правового регулювання // PhD Thesis. – Запоріжжя, 2011. – 16 с.

<sup>4</sup> Денисюк С. Ф. Громадський контроль за діяльністю правоохоронних органів: організаційно-правові засади // Право і безпека, 2009. – С. 39–42.

<sup>5</sup> Машикова Е. А. Теоретико-правовые вопросы государственного контроля в Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук. – Ростов-н/Д., 2000.

<sup>6</sup> Крупник А. С. Громадський контроль : сутність та механізми здійснення [Електронний ресурс] / А. С. Крупник // Теоретичні та прикладні питання державотворення. Online збірник наук. праць ОРІДУ НАДУ при Президентові України. – Вип. № 1 – 2007. – Режим доступу : [http://novyi-stryi.at.ua/gromkontrol/KRUPNYK\\_A\\_pro\\_grom\\_kontrol.pdf](http://novyi-stryi.at.ua/gromkontrol/KRUPNYK_A_pro_grom_kontrol.pdf)

<sup>7</sup> Обод М. Громадський контроль за організацією та проведенням виборів представницьких органів державної влади та місцевого самоврядування в Україні // Вибори та демократія: наук.-просвітн. правн. журнал. – 2007. – 14 с.

<sup>8</sup> Усаченко Л. М. Громадська експертиза рішень органів державної влади як форма громадського контролю // Актуальні проблеми державного управління, 2009. – С. 430–434.



#### Резюме

**Денисенко А. П. Проблеми в організації громадського контролю у сфері державного управління.**

У даній статті наведено перелік проблем в організації громадського контролю у сфері державного управління. Проаналізовано позиції вчених щодо проблемних аспектів теоретичного визначення та інтерпретації різних вимірів організації громадського контролю у сфері державного управління.

**Ключові слова:** державне управління, громадський контроль, організація, адміністративне право, проблемні аспекти.

#### Резюме

**Денисенко А. П. Проблемы в организации общественного контроля в сфере государственного управления.**

В данной статье приведены перечень проблем в организации общественного контроля в сфере государственного управления. Проанализированы позиции ученых относительно проблемных аспектов теоретического определения и интерпретации различных измерений организации общественного контроля в сфере государственного управления.

**Ключевые слова:** государственное управление, общественный контроль, организация, административное право, проблемные аспекты.

#### Summary

**Denisenko A. Problems in the organization of public control in the sphere of public administration.**

This article provides a list of problems in the organization of public control in public administration. Scientists analyzed the position regarding the problematic aspects of theoretical definition and interpretation of the various dimensions of the public control of public administration.

**Key words:** public administration, public control, organization, administrative law, problematic aspects.

УДК 342.95

### М. О. КОЛЕСНИКОВ

*Максим Олександрович Колесников, здобувач  
Дніпропетровського державного університету  
внутрішніх справ*

## ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПРОВАДЖЕННЯ З НАДАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ У СФЕРІ РЕЄСТРАЦІЇ РЕЧОВИХ ПРАВ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО

Європейський вибір української держави вимагає проведення комплексних реформ системи органів публічної адміністрації, зокрема й у сфері надання адміністративних послуг з державної реєстрації речових прав на нерухоме майно. Початок 2015 р. ознаменувався анонсованою необхідністю проведення реформи системи суб'єктів публічної адміністрації, серед повноважень яких – реєстрація речових прав на нерухоме майно. Проект реформування зазначеної системи, розроблений спільно з грузинськими експертами, винесено на громадське обговорення Державною реєстраційною службою України<sup>1</sup>. Отже, наразі актуальності набуває з'ясування особливостей адміністративного провадження з надання адміністративних послуг у сфері реєстрації речових прав на нерухоме майно.

Так, завдяки науковим працям В. Б. Авер'янова, К. К. Афанасьєва Ю. П. Битяка, І. В. Дроздової, В. М. Гарашука, І. П. Голосніченка, С. В. Ківалова, І. Б. Коліушка, Є. О. Легези, А. Т. Комзюка, В. К. Колпакова, О. В. Кузьменко, Г. М. Писаренко, В. П. Тимощука та інших вчених-адміністративістів досліджено ряд особливостей діяльності органів публічної влади з надання адміністративних послуг. Але в наукових розвідках питання провадження з надання адміністративних послуг суб'єктами публічної адміністрації у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно майже не вивчалися.

**Метою даної статті** є формування поняття провадження з надання адміністративних послуг суб'єктами публічної адміністрації у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та з'ясування його елементів, а також аналіз концепції його реформування.

Висвітлимо категорії «адміністративний процес», «адміністративна процедура» і «провадження за надання адміністративних послуг у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно» на законодавчому та підзаконному рівнях.

У Кодексі адміністративного судочинства України визначено, що адміністративний процес – це правовідносини, що складаються під час здійснення адміністративного судочинства. Оскільки категорія «адміністративне провадження» немає, але є категорія «письмове провадження – розгляд і вирішення адміністративної справи в суді першої, апеляційної чи касаційної інстанції без виклику осіб, які беруть участь у справі, та проведення судового засідання на основі наявних у суду матеріалів у випадках, встановлених цим Кодексом»<sup>2</sup>, це дає змогу визначити вищезазначене поняття під адміністративним провадженням.

Під адміністративною процедурою у ст. 2 проекту Адміністративно-процедурного кодексу України розуміється визначений законодавством порядок адміністративного провадження, а під адміністративним провадженням – сукупність послідовно здійснюваних адміністративним органом процедурних дій і прийнятих процедурних рішень з розгляду та вирішення адміністративної справи, що завершується прийняттям адміністративного акта і його виконанням. Під письмовим провадженням законодавець дає таке визначення: це розгляд і вирішення адміністративної справи без запрошення та усного заслуховування заявника, залучення учасників адміністративного провадження та осіб, які сприяють розгляду адміністративної справи, на основі наявних матеріалів<sup>3</sup>.

Аналіз нормативно-правового тлумачення зазначених категорій дає змогу зробити висновок, що поняття «адміністративний процес» і «адміністративна процедура» не є тотожними юридичними категоріями, а навпаки позначають різні групи суспільно-правових відносин. По суті адміністративний процес охоплює поняття адміністративне провадження у справах про адміністративні правопорушення, а розгляд позовних заяв у порядку адміністративного судочинства, тоді як адміністративною процедурою є провадження з реалізації владних повноважень суб'єктів публічної адміністрації. Адміністративний процес у юридичній науці розглядають у широкому й вузькому значенні. Прихильниками широкого тлумачення категорії «адміністративний процес» є Г. І. Петров, О. М. Якуба, Д. Н. Бахрах, В. Д. Сорокін, вузьке розуміння цього поняття підтримується такими вченими, як Н. Г. Саліщева, М. І. Пискотін, А. В. Самійленко. На користь вузького розуміння О. С. Лагода у своїй дисертації «Адміністративна процедура: теорія і практика застосування» наводить низку аргументів. Зокрема, він зазначає, що під час вирішення справ адміністративної юрисдикції можливий результат, що полягає у застосуванні заходів примусу, тобто винні притягаються до адміністративної відповідальності, на них накладаються відповідні стягнення. Така ситуація не є характерною для адміністративних процедур, через які вирішуються інші питання управлінської діяльності<sup>4</sup>.

Під адміністративною процедурою А. Т. Комзюком та В. П. Тимошуком розуміється встановлений законом (офіційно) порядок розгляду й вирішення адміністративними органами адміністративних справ, спрямований на прийняття адміністративного акта або укладення адміністративного договору<sup>5</sup>.

Є. О. Легеза під «адміністративною процедурою» розуміє установлений законом (офіційно) порядок розгляду та вирішення адміністративних справ, спрямований на прийняття адміністративного акта або укладення адміністративного договору<sup>6</sup>.

М. Б. Острах розглядає провадження з надання адміністративних послуг органами виконавчої влади також тільки в межах адміністративно-процедурної діяльності, а не в межах адміністративного процесу, адже результатом діяльності є, як правило, прийняття та/або видача адміністративного акта<sup>7</sup>. Він виділяє такі ознаки провадження з надання адміністративних послуг, як: регламентація нормами адміністративного права; процесуальний характер діяльності; ініціативність (надаються за заявою осіб); наявність ряду стадій, які мають часові, змістовні та процедурні особливості; формальне закріплення результатів процедури у письмовій формі у виді індивідуального правового акта (дозволу (ліцензії), посвідчення сертифіката тощо)<sup>8</sup>.

Правовою основою надання адміністративних послуг у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно є Закони України «Про адміністративні послуги»<sup>9</sup>, «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»<sup>10</sup> та інші законодавчі акти. У ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» державна реєстрація речових прав на нерухоме майно визначається як «офіційне визнання і підтвердження державою фактів виникнення, переходу або припинення прав на нерухоме майно, обтяження таких прав шляхом внесення відповідного запису до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно».

При цьому, виходячи з нормативного визначення поняття «адміністративна послуга» (ст. 1 Закону України «Про адміністративні послуги»), адміністративні послугами у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно ми розуміємо результат здійснення владних повноважень суб'єктом надання адміністративних послуг за заявою фізичної або юридичної особи, спрямований на офіційне визнання і підтвердження державою фактів виникнення, переходу або припинення прав на нерухоме майно, обтяження таких прав шляхом внесення відповідного запису до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно.

Суб'єктом надання адміністративних послуг у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно є Державна реєстраційна служба України (далі – Укрдержреєстр). Укрдержреєстр є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра юстиції, що реалізує державну політику з питань державної реєстрації актів цивільного стану, речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців, договорів комерційної концесії (субконцесії), реєстрації (легалізації) об'єднань громадян, громадських спілок, інших громадських формувань, статутів фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, якщо їх реєстрація передбачена законами, статуту територіальної громади м. Києва, державної реєстрації друкованих засобів масової інформації та інформаційних агентств як суб'єктів інформаційної діяльності<sup>11</sup>.

Анонсована реформа системи державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, за словами Г. Онищенко, передбачає розширення повноважень органів місцевого самоврядування, які повинні отримати доступ до реєстрів нерухомого майна, право приймати документи для реєстрації та надавати відвідки, витяги, інформаційні виписки. «Тобто якщо кількість документів і їх назва відповідає вимогам, адміністратор їх приймає, сканує і передає в той орган, який приймає рішення з того чи іншого питання. Приблизно таким чином діють будинки юстиції в Грузії», – розповіла Г. В. Онищенко<sup>12</sup>.

Отже, реформування провадження з надання адміністративних послуг у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно пов'язується з реалізацією механізму реалізації таких послуг через центри надання адміністративних послуг за принципом «єдиного вікна», що, безумовно, є гарантією усунення можливих корупційних ризиків, які виникають при безпосередньому спілкуванні з посадовою особою Державної реєстраційної служби України.

<sup>1</sup> Спільно з грузинськими експертами керівництво Укрдержреєстру обговорило питання реформування системи надання адмінпослуг у сфері державної реєстрації прав / Державна реєстраційна служба України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.drso.gov.ua/show/14082>

<sup>2</sup> Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. (з наступними змінами) / Верховна Рада України // Офіційний вісник України. – 2005. – № 32. – С. 11. – Ст. 1918.

<sup>3</sup> Проект Адміністративно-процедурного кодексу України від 18 липня 2008 р. № 2789 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rada.gov.ua/>

<sup>4</sup> Лагода О. С. Адміністративна процедура : теорія практика застосування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О. С. Лагода. – Ірпінь, 2007. – С. 12–13.

<sup>5</sup> Комзюк А. Т. Адміністративний процес України : навч. посіб. / А. Т. Комзюк, В. М. Бевзенко, Р. С. Мельник. – К. : Прецедент, 2007. – С. 12–24; Тимошук В. П. Процедура прийняття адміністративних актів : питання правового регулювання : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Тимошук Віктор Павлович. – К., 2009. – С. 47.

<sup>6</sup> Легеза Є. О. Поняття процедури надання адміністративних послуг міліцією громадської безпеки / Є. О. Легеза // Науковий вісник Дніпроп. держ. ун-ту внутр. справ : зб. наук. праць. – 2011. – № 3 (55). – С. 121.

<sup>7</sup> Острах М. Б. Щодо визначення провадження з надання адміністративних послуг органами виконавчої влади / М. Б. Острах // Науковий вісник Дніпроп. держ. ун-ту внутр. справ : зб. наук. праць. – 2012. – Спецвипуск № 2. – С. 273.

<sup>8</sup> Там само. – С. 273.

<sup>9</sup> Про адміністративні послуги : Закон України від 6 вересня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 32. – Ст. 409.

<sup>10</sup> Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 1 липня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553.

<sup>11</sup> Про затвердження Положення про Державну реєстраційну службу України : постанова Кабінету Міністрів України від 2 липня 2014 № 219 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 54. – Ст. 1446.

<sup>12</sup> В Україні реформують реєстраційну службу за грузинським зразком // Вголос : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://vgolos.com.ua/news/v\\_ukraini\\_reformuyut\\_reiestratsiynu\\_sluzhbu\\_za\\_gruzynskym\\_zrazkom\\_147998.html](http://vgolos.com.ua/news/v_ukraini_reformuyut_reiestratsiynu_sluzhbu_za_gruzynskym_zrazkom_147998.html)

#### Резюме

**Колесников М. О. Щодо визначення провадження з надання адміністративних послуг у сфері реєстрації речових прав на нерухоме майно.**

Наукова стаття присвячена висвітленню категорії провадження з надання адміністративних послуг. Порівнюються категорії «адміністративний процес», «адміністративна процедура» та «адміністративне провадження». Розглядаються основні підходи до визначення «поняття провадження з надання адміністративних послуг органами виконавчої влади» та виокремлено ознаки зазначеного визначення.

**Ключові слова:** адміністративний процес, адміністративна процедура, адміністративне провадження, адміністративна послуга, провадження з надання адміністративних послуг, державна реєстрація речових прав на нерухоме майно.

#### Резюме

**Колесников М. А. Об определении понятия «производство по предоставлению административных услуг в сфере регистрации прав на недвижимое имущество».**

Научная статья посвящена освещению категории производства по предоставлению административных услуг. Сравниваются категории «административный процесс», «административная процедура» и «административное производство». Рассматриваются основные подходы относительно определения понятия «производство по предоставлению административных услуг органами исполнительной власти», и выделены признаки вышеуказанного понятия.

**Ключевые слова:** административный процесс, административная процедура, административное производство, административная услуга, процедура предоставления административных услуг, государственная регистрация прав на недвижимое имущество.

#### Резюме

**Kolesnikov M. On the definition of «production for the provision of administrative services in the field of registration of rights to immovable property».**

The scientific article is devoted illumination of category of realization from the grant of administrative services. A «administrative process», «administrative procedure» and «administrative realization, is compared a category». Basic approaches are examined in relation to the decision of concept of realization from the grant of administrative services by the organs of executive power and selection of sign of the noted decision.

**Key words:** administrative process, administrative procedure, administrative realization, administrative favour, realization, is from the grant of administrative services, state-owned registration of rights to property.

**А. В. МІСЬКЕВИЧ**

*Анна Володимирівна Міськевич, здобувач Запорізького національного університету*

## **СТРУКТУРА ТА ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ НАСЕЛЕННЯ В УКРАЇНІ**

Здобуття незалежності нашої держави започаткувало нову віху в її політиці. Так, Основний Закон проголосив Україну соціальною державою (ст. 1)<sup>1</sup>. Сутність такої держави проявляється через завдання, розв'язання яких має пріоритетне значення для суспільства. Такими завданнями визначаються досягнення стабільного високого рівня життя населення, створення якісних і доступних систем охорони здоров'я, освіти, належної підтримки незахищених соціальних верств населення тощо<sup>2</sup>. Їх реалізація державою забезпечується через потужну систему соціального захисту населення.

Разом із тим прийняття Закону України «Про адміністративні послуги» свідчить про намір держави змінити формат відносин державної влади з населенням з розпорядницького на обслуговуючий, в якому, як слушно зазначають В. П. Тимошук та А. В. Кірмач, «громадяни є не прохачами, а споживачами адміністративних послуг»<sup>3</sup>. В умовах реформування особливо актуальним є питання надання адміністративних послуг у сфері соціального захисту населення як одного з інструментів реалізації конституційно закріпленого принципу соціальної держави.

Окремі аспекти надання адміністративних послуг соціального захисту населення досліджували В. Б. Авер'янов, І. П. Голосніченко, М. Ф. Стахурський, В. П. Тимошук та інші науковці. Однак особливості правовідносин щодо надання адміністративних послуг, зокрема в сфері соціального захисту населення, вимагають проведення комплексного дослідження у сучасних умовах.

**Метою** роботи є визначення особливостей правовідносин щодо надання адміністративних послуг у сфері соціального захисту населення в Україні.

Термін «адміністративна послуга» визначається на законодавчому рівні в Законі України «Про адміністративні послуги» від 6 вересня 2012 р. як «результат здійснення владних повноважень суб'єктом надання адміністративних послуг за заявою фізичної або юридичної особи, спрямований на набуття, зміну чи припинення прав та/або обов'язків такої особи відповідно до закону» (ст. 1)<sup>4</sup>. Аналіз змісту цього поняття свідчить, що надання адміністративних послуг охоплює широкий спектр правовідносин у державі, у зв'язку з чим вважається за доцільне класифікувати такі послуги.

Враховуючи відносну новизну у вітчизняному законодавстві цього інституту (вперше закріплено на законодавчому рівні в нашій державі в 2012 р.), єдина класифікація адміністративних послуг не сформувалась.

Одну з перших спроб класифікації адміністративних послуг здійснено представниками Центру політико-правових реформ І. П. Голосніченком, І. Б. Коліушком, Р. О. Куйбідою, В. П. Тимошуком у науково-практичному нарисі «Адміністративна реформа для людини». Ними класифікація адміністративних послуг була проведена за предметом регулювання<sup>5</sup>. Крім класифікації за цією ознакою, О. Г. Циганов виділяє й інші: за критерієм платності; за критерієм обов'язковості одержання послуги суб'єктом звернення, залежно від суб'єктів надання адміністративних послуг, за суб'єктами, які отримують послуги; за критерієм доступності; за кількістю відомств (суб'єктів), задіяних у процедурі надання послуги<sup>6</sup>.

Науковці визначають й інші підстави для класифікації адміністративних послуг. В. С. Долечек пропонує класифікувати адміністративні послуги залежно від форми реалізації<sup>7</sup>. Ю. А. Тихомиров та М. Д. Чеснокова класифікують адміністративні послуги залежно від домінування інтересів, що зумовлюють їх реалізацію<sup>8</sup>.

Крім того, пропонуємо також класифікувати адміністративні послуги за колом правовідносин, щодо яких вони виникають, а саме: адміністративні послуги в сфері містобудування<sup>9</sup>, внутрішніх справ<sup>10</sup>, підприємницької діяльності<sup>11</sup>, соціального захисту населення тощо. Актуальність такої класифікації викликана особливостями правовідносин, у сфері яких виникає можливість чи необхідність надання адміністративних послуг. Розглянемо особливості адміністративних послуг у сфері соціального захисту населення України.

Нормативними положеннями чинного законодавства України не закріплено визначення терміна «адміністративні послуги в сфері соціального захисту населення». При цьому в ч. 2 ст. 11 Закону України від 6 вересня 2012 р. «Про адміністративні послуги» закріплено принцип надання адміністративних послуг у сфері соціального забезпечення громадян на безоплатній основі (ст. 11)<sup>12</sup>. Хоча в цій нормі вживається термін «соціальне забезпечення», законодавець звертає увагу на особливість надання адміністративних послуг у сфері соціального захисту. Синонімічне вживання цих термінів зумовлене відсутністю законодавчого закріплення та визначення співвідношення термінів «соціальний захист» та «соціальне забезпечення». Підтримуємо позицію А. В. Гончарова, В. М. Рощканюка та інших науковців, які визначають «соціальний

захист» як ширше за змістом поняття, ніж «соціальне забезпечення», що було характерним для радянського періоду, адже ґрунтувалося на принципах патерналістської опіки<sup>13</sup>.

З огляду на це, а також з урахуванням положень ст. 46 Конституції України<sup>14</sup>, вважаємо за доцільне використання саме терміна «адміністративні послуги в сфері соціального захисту населення», що найбільшою мірою відповідає сутності цього правового інституту.

У ч. 2 ст. 11 Закону України від 6 вересня 2012 р. «Про адміністративні послуги» законодавець слушно обмежує реалізацію ознаки платності послугами, що надаються в сфері соціального захисту, підкреслюючи особливий статус осіб – споживачів послуги (ст. 11)<sup>15</sup>. Такий підхід повною мірою відповідає соціально орієнтованій політиці держави. Однак у такому випадку знову постає необхідність вирішення важливої проблеми, а саме: визначення сутності правового інституту «адміністративних послуг в сфері соціального захисту» та єдиного уніфікованого переліку адміністративних послуг, які надаються державою в сфері соціального захисту населення.

Щодо суб'єктного складу правовідносин у сфері надання адміністративних послуг соціального захисту, необхідно зазначити, що таким відносинам притаманне специфічне коло споживачів послуг, яке має бути чітко визначено нормативними актами держави (бажано на законодавчому рівні). Виходячи з сутності поняття «соціальний захист», споживачами адміністративних послуг у цій сфері можуть бути тільки фізичні особи. Щодо правового статусу таких осіб Конституцією України право на соціальний захист забезпечено лише громадянам, що на даний час звужує право на соціальний захист за приналежністю до громадянства, тобто іноземці, особи без громадянства, біженці позбавлені права на соціальний захист, а тому не можуть бути суб'єктами – споживачами адміністративних послуг у цій сфері. Статус біпатридів залишається невизначеним. У такий спосіб держава підкреслює значимість її громадян. Разом з тим, виходячи з етимологічного значення поняття «соціальний», воно характеризує спільне життя в суспільстві<sup>16</sup>, а не обмежується визначеним колом осіб. З урахуванням зазначеного, вважаємо за доцільне, надаючи визначення терміну «адміністративних послуг у сфері соціального захисту» та окреслюючи коло суб'єктів – споживачів у цій сфері правовідносин, оперувати поняттям не «громадяни», а «особи» з метою усунення подальших протиріч за умови розширення кола споживачів послуг за правовим статусом.

Натомість необхідно пам'ятати про особливе правове становище осіб – споживачів адміністративної послуги в сфері соціального захисту населення, а тому закріплений у Законі України «Про адміністративні послуги» принцип «раціональної мінімізації кількості документів та процедурних дій, що вимагаються для отримання адміністративних послуг» набуває особливої актуальності щодо осіб, які потребують соціального захисту (ст. 4)<sup>17</sup>. Отже, механізм реалізації права осіб на соціальний захист, зокрема шляхом отримання адміністративної послуги в цій сфері, має бути також доступним і максимально спрощеним.

Також однією з особливостей правовідносин у сфері надання адміністративних послуг соціального захисту населення є умовний характер (специфічні умови, за яких в особи виникає право на отримання послуги в цій сфері). Наприклад, за адміністративними послугами в сфері містобудування (присвоєння поштової адреси об'єкту нерухомого майна; надання будівельного паспорта забудови присадибної, дачної, садової земельної ділянки; видача витягу з Державного реєстру сертифікованих інженерів-геодезистів; оформлення паспорта прив'язки тимчасової споруди для провадження підприємницької діяльності; видача будівельного паспорта на забудову земельної ділянки тощо) особа-споживач має право звернутися в будь-який час. Тобто, в цій сфері надання адміністративних послуг не передують обов'язкові специфічні умови. Натомість адміністративна послуга в сфері соціального захисту надається за умови настання передбаченого законодавством випадку соціального ризику. Отже, в особи виникає право стати суб'єктом правовідносин у сфері надання адміністративних послуг соціального захисту, наприклад, за умови досягнення віку непрацездатності, набуття статусу інваліда тощо.

Ще однією особливістю адміністративних послуг у сфері соціального захисту населення вважаємо їх превентивний характер. Так, наприклад, підрозділами міліції громадської безпеки надаються, зокрема, такі адміністративні послуги, як видання ліцензій на провадження діяльності, пов'язаної з відкриттям та функціонуванням стрілецьких тирів, стрільбищ невійськового призначення, мисливських стендів; реєстрація газових пістолетів й револьверів та патронів до них, заряджених речовинами сльозоточивої і подразнюючої дії тощо. Такі адміністративні послуги підтверджують дотримання особою-заявником державних стандартів або реєструють її бажання скористатись своїм правом. Натомість адміністративні послуги в сфері соціального захисту надаються виключно з метою запобігти збоєм у нормальному функціонуванні життя людини та порушенню її прав на випадок виникнення соціального ризику.

Разом з тим однією з особливостей адміністративних послуг, в тому числі в сфері соціального захисту населення, є те, що вони надаються владними органами на виконання державно-управлінських функцій держави. Відповідно до ст. 19 Конституції України «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України» (ст. 19)<sup>18</sup>. Таким чином, механізм надання адміністративних послуг у сфері соціального захисту населення має бути максимально деталізований, чіткий та однозначний в глумаченні. Недотримання цієї вимоги взагалі унеможливить практичну реалізацію прав громадян на отримання адміністративної послуги і, зокрема, в сфері соціального захисту.

Зрештою, необхідно підкреслити, що роль держави проявляється не лише через функцію надавача адміністративної послуги, а й через функцію наглядача за додержанням законодавства України при здійсненні

владних повноважень суб'єктом надання адміністративних послуг, а саме: вчиненні дій, бездіяльності чи винесенні рішення за результатом розгляду заяви суб'єкта звернення (споживача адміністративної послуги). Означене свідчить про необхідність активного контролю з боку громадськості за дотриманням суб'єктами надання адміністративних послуг (особливо в сфері соціального захисту населення) законодавства України при здійсненні владних повноважень.

Зазначене особливо актуалізується з урахуванням ще однієї особливості правовідносин у сфері надання адміністративних послуг соціального захисту – значною кількістю та розрізненістю джерел правового регулювання. Наприклад, за суб'єктом – споживачем адміністративної послуги в сфері соціального захисту правовідносини цього роду врегульовані положеннями Законів України від 19 грудня 2006 р. «Про соціальний захист дітей війни»<sup>19</sup>, від 16 грудня 1993 р. «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні»<sup>20</sup>, від 22 жовтня 1993 р. «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту»<sup>21</sup>, від 18 травня 2004 р. «Про державну соціальну допомогу особам, які не мають права на пенсію та інвалідам»<sup>22</sup>, від 1 червня 2000 р. «Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям»<sup>23</sup>, а також постановою Кабінету Міністрів України від 22 лютого 2006 р. № 139 «Про затвердження Порядку призначення та виплати державної допомоги дітям, батьки яких ухиляються від сплати аліментів, не мають можливості утримувати дитину або місце проживання їх невідоме»<sup>24</sup> та значною кількістю інших.

З урахуванням викладених особливостей пропонуємо визначити поняття «адміністративні послуги в сфері соціального захисту населення» як безоплатну діяльність держави, результатом якої є здійснення суб'єктом надання адміністративних послуг владних повноважень у формі системи заходів, спрямованих на реалізацію волевиявлення особи щодо належного їй права на створення оптимальних умов життя та забезпечення соціально-економічних і духовних потреб, а також у випадку настання соціального ризику за умов, підстав та у спосіб, що визначені законодавством України.

Резюмуючи зазначене вище, слід підкреслити недостатній рівень наукової розробки питань практичної реалізації права населення України на соціальний захист, зокрема через механізм надання адміністративних послуг у цій сфері. Це питання набуває особливої актуальності в умовах реформування правової системи в державі та кризових явищ, коли недостатність соціального захисту з боку держави відчувається населенням особливо гостро.

Надання населенню можливості швидко, доступно та якісно реалізовувати своє право на соціальний захист за допомогою механізму адміністративних послуг в цій сфері сприятиме значному підвищенню рівня довіри до влади та зняттю соціальної напруги в державі. Разом із тим якісне надання послуг можливе лише за умови ґрунтовного дослідження теоретичних аспектів особливостей правовідносин у цій сфері. Оскільки надання адміністративних послуг у сфері соціального захисту торкається суб'єктів – споживачів послуг з особливим правовим статусом, то, по-перше, необхідно визначити їх коло та характеристику, а також закріпити такі особливості цих правовідносин на законодавчому рівні шляхом доповнення норм Закону України від 6 вересня 2012 р. «Про адміністративні послуги» або прийняття окремого уніфікованого закону з питань надання адміністративних послуг у сфері соціального захисту населення в Україні, прийнятого на виконання вимог ч. 2 ст. 3 Закону України від 6 вересня 2012 р. «Про адміністративні послуги» (ст. 12). По-друге, потрібно визначити коло уповноважених державою суб'єктів, що надають такі послуги, а також їх повноваження. По-третє, важливе питання для дослідження – права та обов'язки сторін правовідносин, які мають взаємний характер. Також особливостями правовідносин у цій сфері є безоплатність, що має наслідком потребу в формуванні єдиного уніфікованого переліку адміністративних послуг у сфері соціального захисту населення.

Крім того, однією з особливостей правовідносин у сфері надання адміністративних послуг соціального захисту населення є умовний характер, оскільки в особи виникає право стати учасником таких правовідносин виключно за особливих умов (зокрема так званих «соціальних ризиків»), нормативне закріплення переліку яких також сприятиме підвищенню якості реалізації особами права на соціальний захист.

Отже, правовідносини в сфері надання адміністративних послуг соціального захисту населення мають ряд особливостей, що свідчить про необхідність ґрунтовного дослідження цього питання з боку науковців та визначення єдиного підходу до правового регулювання.

<sup>1</sup> Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> *Галашко С. І.* Аспекти соціального захисту : вітчизняна проблематика та шляхи її вирішення / С. І. Галашко // Фінансова система України : зб. наук. праць Національного університету «Острозька академія». – 2011. – Вип. 16. – С. 256–262.

<sup>3</sup> *Тимошук В. П.* Оцінка якості адміністративних послуг / В. П. Тимошук, А. В. Юрмач. – К. : Факт, 2005. – С. 37.

<sup>4</sup> Про адміністративні послуги : Закон України від 6 вересня 2012 р. // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 32. – Ст. 409.

<sup>5</sup> Адміністративна реформа для людини : наук.-практ. нарис / Центр політико-правових реформ; за заг. ред. І. Б. Коліушка. – К., 2001. – С. 28.

<sup>6</sup> *Циганов О. Г.* Класифікація адміністративних послуг / О. Г. Циганов // Наука і правоохорона. – 2013. – № 1 (19). – С. 63–65.

<sup>7</sup> *Долечек В. С.* Надання управлінських послуг населенню органами виконавчої влади України : організаційно-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. наук з держ. управл. : спец. 25.00.02 / В. С. Долечек ; Національна академія державного управління при Президенті України. – К., 2005. – С. 13.

<sup>8</sup> *Тихомиров Ю. А.* Совершенствование организации управления и оказания публичных услуг / Ю. А. Тихомиров, М. Д. Чеснокова // Журнал российского права. – 2005. – № 3. – С. 31.

- <sup>9</sup> Ляшко О. Б. Надання адміністративних послуг у сфері містобудування: результати соціологічного дослідження / О. Б. Ляшко // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 4. – С. 117.
- <sup>10</sup> Циганов О. Г. Зміст та особливості адміністративних послуг у сфері внутрішніх справ / О. Г. Циганов // Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право. – 2013. – Вип. 3 (19). – С. 144.
- <sup>11</sup> Задохайло О. А. Правове регулювання надання адміністративних послуг в Україні / О. А. Задохайло // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 381 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11zaopvu.pdf>
- <sup>12</sup> Про адміністративні послуги : Закон України від 6 вересня 2012 р. // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 32. – Ст. 409.
- <sup>13</sup> Гончаров А. В. Теоретико-правові засади соціального захисту в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / А. В. Гончаров. – Луганськ, 2011. – С. 7, 9, 13.
- <sup>14</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
- <sup>15</sup> Про адміністративні послуги : Закон України від 6 вересня 2012 р. // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 32. – Ст. 409.
- <sup>16</sup> Даль В. Толковый словарь великорусского языка / В. Даль. – М. : Рус. яз., 1981. – Т. 1. – С. 284.
- <sup>17</sup> Про адміністративні послуги : Закон України від 6 вересня 2012 р. // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 32. – Ст. 409.
- <sup>18</sup> Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
- <sup>19</sup> Про соціальний захист дітей війни : Закон України від 18 листопада 2004 р. № 2195-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2195-15>
- <sup>20</sup> Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні : Закон України від 16 грудня 1993 р. № 3721-XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/rada/show/3721-12>
- <sup>21</sup> Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту : Закон України від 22 жовтня 1993 р. № 3551-XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3551-12>
- <sup>22</sup> Про державну соціальну допомогу особам, які не мають права на пенсію та інвалідам : Закон України від 18 травня 2004 р. № 1727-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1727-15>
- <sup>23</sup> Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям : Закон України від 1 червня 2000 р. № 1768-III : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1768-14>
- <sup>24</sup> Про затвердження Порядку призначення та виплати державної допомоги дітям, батьки яких ухиляються від сплати аліментів, не мають можливості утримувати дитину або місце проживання їх невідоме : постанова Кабінету Міністрів України від 22 лютого 2006 р. №139 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/189-2006-%D0%BF>

#### Резюме

**Міськевич А. В. Структура та особливості правовідносин у сфері надання адміністративних послуг соціального захисту населення в Україні.**

У статті здійснюється аналіз законодавчого закріплення терміна «адміністративна послуга», на основі чого робиться висновок, що надання адміністративних послуг охоплює широкий спектр правовідносин у державі, в зв'язку з чим вважається за доцільне класифікувати такі послуги. Досліджуються основні критерії класифікації адміністративних послуг, пропонується класифікувати адміністративні послуги, зокрема, за колом правовідносин, щодо яких вони виникають. На прикладі адміністративних послуг у сфері соціального захисту звертається увага на актуальність такої класифікації за особливостями правовідносин, у сфері яких виникає можливість чи необхідність надання адміністративних послуг.

**Ключові слова:** адміністративні послуги, адміністративні послуги в сфері соціального захисту населення, правовідносини, соціальний ризик, споживачі адміністративних послуг.

#### Резюме

**Міськевич А. В. Структура и особенности правоотношений в сфере предоставления административных услуг социальной защиты населения в Украине.**

В статье осуществляется анализ законодательного закрепления термина «административная услуга», на основе чего делается вывод, что предоставление административных услуг охватывает широкий спектр правоотношений в государстве, в связи с чем считается целесообразным классифицировать такие услуги. Исследуются основные критерии классификации административных услуг, предлагается классификация административных услуг, в частности, за кругом правоотношений, относительно которых они возникают. На примере административных услуг в сфере социальной защиты обращается внимание на актуальность такой классификации в силу особенностей правоотношений, в сфере которых возникает возможность или необходимость предоставления административных услуг.

**Ключевые слова:** административные услуги, административные услуги в сфере социальной защиты населения, правоотношения, социальный риск, потребитель административных услуг.

#### Summary

**Miskevych A. Structure and peculiarities of legal relations in the sphere of administrative services social protection of population in Ukraine.**

The article analyses the legislative recognition of the term «administrative services» on the basis of which the author concludes that the provision of administrative services covers a wide range of legal relations in the state, and therefore it is considered appropriate to classify such services. The author explores the major criterion classification administrative services and offers to classify administrative services, in particular, for the range of legal relationships about which they arise. For example, administrative services in the sphere of social protection, the author draws attention to the relevance of such classification according to the features of legal relations in the sphere which raises the possibility or necessity of providing administrative services.

**Key words:** administrative services, administrative services in the sphere of social protection, relationship, social risk, consumers of administrative services.

**Є. О. РОМАНЕНКО**

*Євген Олександрович Романенко, аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

## **ПРАВОВІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРОГРАМНО-ЦІЛЬОВОГО МЕТОДУ У СФЕРІ ПУБЛІЧНОГО БЮДЖЕТУВАННЯ. ДОСВІД СПОЛУЧЕНИХ ШТАТІВ АМЕРИКИ**

У теорії програмно-цільовий метод у сфері публічного бюджетування розглядається у сукупності з такими поняттями, як «бюджетний менеджмент», «бюджетування»<sup>1</sup>.

Дослідники вказують на те, що концепція програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування допускає різні способи встановлення зв'язку між державними витратами і значущими для суспільства результатами. Програмно-цільовий метод у сфері публічного бюджетування може бути використаний для планування витрат як органів державної влади та місцевого самоврядування, так і окремих отримувачів бюджетних ресурсів (міністерств, відомств, бюджетних установ, державних підприємств і т.д.). При цьому програмно-цільовий метод у сфері публічного бюджетування не обмежується тільки плануванням. Він охоплює весь бюджетний процес – від підготовки проекту бюджету до контролю за витрачанням бюджетних коштів.

Використання програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування сприяє підвищенню обґрунтованості витрат і посиленню контролю за ефективністю виконання затверджених видатків<sup>2</sup>.

Зокрема, у розвинених країнах за останні 50 років методи, технології та процедури бюджетного менеджменту зазнали швидких і суттєвих змін від традиційного бюджету, бюджету від результатів виконання, базового бюджетування, бюджетування «з нуля», бюджетування *sunset* до бюджету на основі цільових програм.

У зв'язку з цим останніми десятиліттями в західних країнах набули широкого поширення бюджетети, складені за допомогою реалізації програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування (у тому числі на середньо- й довгостроковий періоди), відомі також як бюджети пріоритетів. Вони призначені для реалізації загальнонаціональних стратегічних інтересів, відповідно до яких окремим відомствам, галузям, регіонам, програмам, проектам, грантам виділяються ліміти коштів. Західні економісти (Террі Діккі, К. Друрі, Альфред М. Кінг, Е. Майер, Б. Райан, А. Фалуді, Дж. Фостер, Д. Хан, Ч. Т. Хорнгрен, Джей К. Шим) дуже високо оцінюють практику застосування програмно-цільового методу у сфері бюджетування.

Основні принципи реалізації програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування вперше було сформульовано в 30-х рр. минулого століття в Сполучених Штатах Америки. Першими, хто на практиці застосував такий метод складання бюджету в 1950-х роках, були декілька місцевих адміністрацій у США. Найбільшою серед них була адміністрація міста Лос-Анджелес. Двома найважливішими перевагами цього підходу над постатейним бюджетом були:

1) встановлення відповідності між надходженнями та видатками, які тоді мали назву «результати», за допомогою використання вузького поняття «виконання» – тобто що і як було зроблено при використанні відповідних бюджетних ресурсів. Нині до цієї категорії відносять показники робочого навантаження, продукту тощо. Отже, можна прирівняти поняття «результати» до кінцевих показників продукту. Незважаючи на будь-які відмінності у термінології, найголовнішим залишається те, що цільовий бюджет привернув увагу до визначеного в часі навантаження на кожного працівника (показник робочого навантаження); переліку конкретних завдань (показник продукту), а також способу, у який це має бути зроблено (показник продуктивності);

2) реалізація програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування накладає відповідальність на виконавців бюджету, на відміну від постатейного методу його формування. Крім того, у програмно-цільовому методі закладено механізми для вимірювання цієї відповідальності, яка є більш ніж єдністю фіскальної політики та відповідності бухгалтерським стандартам, адже вона включає в себе вимірювання обсягів здійснених робіт, їх якість та досягнення цілей. Згідно з програмно-цільовим методом у сфері публічного бюджетування відповідальність включає в себе й позабюджетну роботу.

Також, на противагу постатейному складанню бюджету, реалізація програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування дає змогу встановити логічний зв'язок між затратами та результатами (наприклад, шляхом створення цінових стандартів).

І хоча бюджет, складений за допомогою реалізації програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування важче розробити, підтримувати та аналізувати, ніж постатейний, він дає значно більше інформації для обговорення і прийняття зважених рішень.

Наступним кроком було запровадження програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування в загальнофедеральній бюджетній системі США. У 1950 р. було прийнято Федеральний Закон



Сполучених Штатів Америки «Про бюджет і процедури бюджетної звітності», яким встановлювалася вимога представляти в бюджеті не структуру витрат за видами витрат, а очікуваний результат від здійснення програм або виконання державних функцій.

Внаслідок зазначених законодавчих процесів на початку 1960-х рр. Департамент оборони США імплементував програмно-цільовий метод у сфері публічного бюджетування у систему управління бюджетними ресурсами, після чого Президент Л. Б. Джонсон задекларував запровадження такої практики в усіх установах державного управління.

Водночас зазначимо, що до початку ХХ ст. у правовій системі США взагалі не існувало нормативно-правових актів, що регулюють бюджетний процес, а також функції та повноваження органу, що відповідає за підготовку проекту федерального бюджету. Тільки в 1921 р. був прийнятий Федеральний Закон «Про бюджет та звітність», яким було засновано Бюджетне бюро. Цю установу включено до структури Міністерства фінансів США, проте з моменту створення вона підпорядковувалася безпосередньо Президентові США. При Президенті Ф. Д. Рузвельті Бюджетне бюро увійшло до складу утвореного в 1939 р. Виконавчого управління Президента США, тобто остаточно перейшло в повне розпорядження Президента США.

Окрім того, положеннями Федерального Закону «Про бюджет та звітність» були визначені правові засади й основні напрями бюджетної реформи, а також за дорученням Конгресу США Президентові США стали представляти проект федерального бюджету, який мав повністю відображати державні пріоритети.

На даний час основними нормативно-правовими актами, що регулюють бюджетний процес у США, є Конституція США, Федеральний Закон «Про бюджет та звітність» (1921 р.), а також Федеральний Закон «Про контроль над бюджетом і заморожування фондів» (1974 р.)<sup>3</sup>.

Відповідно до Федерального Закону «Про контроль над бюджетом і заморожування фондів» було створено Бюджетне управління Конгресу США – структуру, аналогічну за своїм функціональним наповненням до Адміністративно-бюджетного управління при Президентові США ( правонаступник Виконавчого управління Президента США у сфері бюджетної політики). Вказаний Закон визначив також 1 жовтня датою початку фінансового року затвердив календарний графік виконання процедур бюджетного процесу з урахуванням вимог, передбачених програмно-цільовим методом у сфері публічного бюджетування.

З 1 жовтня 1976 р. вказаний Закон набув чинності. За глибиною змін до бюджетного процесу він був названий «бюджетною реформою».

Також важливими законодавчими актами, які регулюють бюджетну систему США, зокрема закріплюють на нормативно-правовому рівні необхідність застосування програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування, стали Федеральний Закон «Про генеральних інспекторів» (1978 р.), регулюючий внутрішній аудит, необхідний для оцінки ефективності використання бюджетних коштів, а також Федеральний Закон «Про сумлінність федеральних менеджерів», який закріпив умови діяльності відповідних суб'єктів бюджетного процесу при виконанні ними своїх функцій.

Окремо слід сказати про Акт «Про обов'язкову відкриту звітність федеральних агентств (міністерств і відомств)» (1990 р.), який поклав оперативний контроль за виконанням федерального бюджету США виключно на виконавчу гілку влади.

Відповідно до зазначеного Акта, за результатами виконання федерального бюджету в розрізі відомчої розбивки на 20-й день по закінченню календарного місяця урядові установи публікують у пресі і передають в електронні засоби масової інформації звіт за минулий період про виконані ними витрати в контексті реалізації програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування.

Контроль, здійснюваний законодавчою владою, реалізується через Головне рахункове управління, що виконує перевірки за запитами депутатів, сенаторів, комітетів палат або палат в цілому щодо ефективності та цільової спрямованості використання бюджетних коштів.

Пріоритетом у проведеній контрольній діяльності є оцінка ефективності використання виділених коштів на урядові програми та здійснення вибіркового нагляду за діяльністю підрозділів згідно з вимогами застосування у бюджетному процесі програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування. Перевірка проводиться головними інспекторами федеральних органів виконавчої влади, які виконують оперативний контроль і аудит у підзвітних міністерствах і відомствах<sup>4</sup>.

Зазначимо, що в умовах фінансової кризи, яка зумовила необхідність у підвищенні ефективності бюджетних витрат і якості діяльності органів державної влади, реалізація програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування отримало новий імпульс до свого розвитку. Це простежується у діях, спрямованих на розширення інструментарію публічного бюджетування, орієнтованого на результат у бюджетній практиці США, а саме:

- у запровадженні чіткої системи оцінки бюджетних програм;
- в удосконаленні фінансового управління в державних організаціях;
- у розробці методик, що дають змогу інтегрувати плани й бюджети, ресурси і результати;
- у формуванні зрозумілої, об'єктивної та обґрунтованої інформації з метою підвищення ефективності прийняття управлінських рішень з урахуванням стратегічних пріоритетів (за допомогою формування системи індикаторів і в цілому збалансованої системи показників);
- у розвитку аналітичного інструментарію.

Необхідно звернути увагу на те, що подібна ситуація стосовно кризових явищ в економіці простежується і в Україні. Зокрема, наша держава за останні два роки увійшла у сумний список країн, де відбулася

найпотужніша девальвація національної валюти та відповідні інфляційні процеси. За таких умов питання підвищення економності та ефективності бюджетних витрат стає для України одним із пріоритетних.

Провідну роль у підготовці бюджету в США, побудованого за допомогою застосування програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування, відіграє саме вказане вище Адміністративно-бюджетне управління, створене у структурі Білого дому, керівник якого наділений статусом міністра і є членом Уряду.

Так, Адміністративно-бюджетне управління щорічно переглядає та вносить зміни у докладну інструкцію щодо підготовки, прийняття й виконання бюджету, у тому числі щодо складання стратегічного плану та щорічного плану роботи. Для збору та обробки даних при підготовці федерального бюджету Адміністративно-бюджетним управлінням створено й підтримується інформаційна система «МАХ» – база даних, що складається із звітів, які відображають різні складові бюджету та його додатків, що пов'язані між собою численними взаємними посиланнями для виявлення помилок і невідповідностей.

Суб'єкти бюджетного планування можуть вносити (змінювати) дані, пов'язані з їхньою діяльністю, використовуючи відповідну систему кодування.

Окрім того, з 2004 р. Адміністративно-бюджетним управлінням запроваджено процес систематичного аналізу всіх урядових програм із використанням механізму рейтингової оцінки програм (Program Assessment Rating Tool – «PART»). Рейтинг визначається на основі опитувального листа, який заповнюється агентствами. Застосування «PART» дало змогу виявити проблеми щодо оцінки результатів, проблеми достовірності розрахунків (граничних) витрат та їх впливу на результати (ефект вкладення додаткових ресурсів), проблеми обліку повних витрат на одиницю вироблених послуг.

Необхідно зазначити, що основні елементи й вимоги до організації системи складання та виконання федерального бюджету, сформованого за допомогою реалізації програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування, визначені у Федеральному Законі США від 1993 р. «Про оцінку результатів діяльності державних установ» – Government Performance Results Act (GPRA).

Зокрема, положеннями GPRA визначено наступні цілі у сфері державної політики бюджетних видатків:

- зміцнення довіри населення до урядових дій;
- удосконалення процедур вироблення програмних цілей, вимірювання соціальної та економічної ефективності реалізації програм, удосконалення звітності про їх виконання;
- підвищення соціальної ефективності програм та посилення відповідальності державних органів за результати їхнього здійснення;
- допомога керівникам федеральних міністерств у налагодженні роботи з урахуванням орієнтації на кінцевий результат;
- підвищення якості законодавчих рішень;
- удосконалення державного управління на федеральному рівні.

Також потрібно зазначити, що при впровадженні складання бюджету за допомогою застосування програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування у державних органах регіонального рівня простежуються відмінності між відомствами, що надають послуги, і відомствами, які виконують функції. Для кожного з вказаних типів відомств ставляться завдання використання своїх способів оцінки результативності та ефективності діяльності.

У сфері вдосконалення бюджетного планування формуються ініціативи стратегічного планування, використовуються пілотні проекти з показниками оцінки, розроблена окрема система визначення якості наданих бюджетних послуг, капітальні видатки плануються на шість років.

При цьому в науковій літературі підкреслюється, що велике практичне значення має використання у практиці складання бюджету за допомогою реалізації програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування сучасних інформаційних технологій, які дають змогу розв'язувати багато завдань на іншому якісному рівні, зокрема:

- зіставлення стратегічних і річних планів з бюджетом та його виконанням;
- забезпечення гарантованої якості і точності фінансових даних для прийняття управлінських рішень;
- забезпечення об'єктивної оцінки ефективності досягнення стратегічних цілей, представлення варіативності реалізації прогнозних сценаріїв і підготовки тимчасових прогнозів;
- запровадження системи безперервного планування на щомісячній, щотижневій і навіть щоденній основі;
- здійснення прив'язки майбутнього розподілу бюджету до досягнення певних цілей;
- взаємозв'язок мети у межах програм і бюджетних ресурсів, проведення оцінки бюджету на основі відповідних індикаторів;
- відстеження (моніторинг) досягнення цілей відповідно до заданих ключових показників ефективності<sup>5</sup>.

Підсумовуючи, можна зробити висновок про те, що досвід реалізації програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування Сполучених Штатів Америки підтверджує: бюджетні установи (розпорядники бюджетних коштів або відповідальні за виконання програми підрозділи) отримують певну самостійність у прийнятті рішень при збереженні відповідними загальнодержавними органами необхідного рівня контролю за використанням бюджетних ресурсів.

Зокрема, зазначені бюджетні установи можуть приймати рішення щодо перерозподілу бюджетних коштів у рамках однієї програми або з-поміж кількох програм певного типу.

Теоретично бюджет, розроблений за допомогою програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування, являє собою логічну групу видів діяльності (напрямів діяльності), що спрямовані на досягнення визначених цілей. Водночас у разі, коли бюджетна установа консолідує в одній бюджетній програмі (складовій бюджету) велику кількість напрямів діяльності, для законодавчого та виконавчого органу (вже не кажучи про громадськість) може бути досить складно оцінити результати виконання програми в цілому та її підпрограм.

Як можна побачити із досвіду Сполучених Штатів Америки, реалізація програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування показала свою ефективність у розрізі виконання державою своїх зобов'язань у різноманітних галузях.

Підсумовуючи, зазначимо, що реалізація програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування набуває особливої актуальності в період економічних криз, коли ефективне використання бюджетних коштів може слугувати потужним індикатором зростання економіки, а отже, підвищення рівня соціально-економічного розвитку держави.

<sup>1</sup> Дем'янишин В. Бюджетне фінансування та його особливості в сучасних умовах / В. Дем'янишин // Світ фінансів. – 2007. – Вип. 2 (11). – С. 34–48. – С. 35.

<sup>2</sup> Бюджетирование, ориентированное на результат: международный опыт и возможности применения в России: отчет о НИР / Центр фискальной политики при поддержке Агентства Международного развития США. – М., 2002. – С. 48.

<sup>3</sup> Крохина Ю. А. Правовое обеспечение бюджетного процесса в странах «Большой семерки» и России / Ю. А. Крохина // Финансовое право. – М., 2013. – № 1. – С. 1.

<sup>4</sup> Бюджетный процесс в развитых странах / Аналитический вестник Информационно-аналитического управления Аппарата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. – М., 2003. – (Серия «Бюджетное, налоговое, финансовое законодательство») : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://iam.duma.gov.ru/node/8/4546/15516>

<sup>5</sup> Оприсок М. Д. Основні складові стратегічного менеджменту в регіональній системі підтримки підприємництва / М. Д. Оприсок // Теорія і практика стратегічного управління розвитком регіональних суспільних систем : зб. тез доповідей за матеріалами Всеукраїнської наук.-практ. конференції (м. Івано-Франківськ, 6–8 грудня 2007 р.). – Івано-Франківськ, 2007. – С. 68–71.

#### Резюме

##### **Романенко Є. О. Правові аспекти реалізації програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування. Досвід Сполучених Штатів Америки.**

У науковій статті досліджується зарубіжний досвід правового забезпечення реалізації програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування на прикладі Сполучених Штатів Америки.

Розглядаються основні етапи розвитку правового забезпечення реалізації програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування у Сполучених Штатах Америки із зазначенням основних нормативно-правових актів, прийнятих із цією метою.

За результатами дослідження доведено ефективність практичної реалізації програмно-цільового методу у сфері публічного бюджетування на прикладі зарубіжного досвіду, виявлено приклади практичних кроків правової регламентації даних процесів.

**Ключові слова:** правове забезпечення, зарубіжний досвід, програмно-цільовий метод, публічне бюджетування, бюджетні установи, Адміністративно-бюджетне управління.

#### Резюме

##### **Романенко Е. А. Правовые аспекты реализации программно-целевого метода в сфере публичного бюджетирования. Опыт Соединенных Штатов Америки.**

В научной статье исследуется зарубежный опыт правового обеспечения реализации программно-целевого метода в сфере публичного бюджетирования на примере Соединенных Штатов Америки.

Рассматриваются основные этапы развития правового обеспечения реализации программно-целевого метода в сфере публичного бюджетирования в Соединенных Штатах Америки с указанием основных нормативно-правовых актов, принятых с этой целью.

По результатам исследования доказана эффективность практической реализации программно-целевого метода в сфере публичного бюджетирования на примере зарубежного опыта, выявлены примеры практических шагов правовой регламентации данных процессов.

**Ключевые слова:** правовое обеспечение, зарубежный опыт, программно-целевой метод, публичное бюджетирование, бюджетные учреждения, Административно-бюджетное управление.

#### Summary

##### **Romanenko I. Legal aspects of the implementation of program-target method of public budgeting. Experience of the United States.**

Considers main stages in the development of legal support of the implementation of program-target method of public budgeting in the United States with an indication of basic legal acts adopted for this purpose.

By results of research it was proved the effectiveness of the practical implementation of program-target method of public budgeting in the example of foreign experience, identified examples of practical measures of a legal regulation of these processes.

**Key words:** legal support, foreign experience, program-target method, public budgeting, budgetary institutions, Office of Management and Budget.

**I. I. СПІВАКОВ**

*Ілля Ігорович Співаков, здобувач Національного університету біоресурсів і природокористування України*

**ПОГЛИБЛЕННЯ ПАРТНЕРСТВА УКРАЇНИ З ЄС: АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВИБОРЧИХ ВІДНОСИН**

Ратифікація Україною основоположних міжнародно-правових актів з питань прав людини призвела до виникнення зобов'язань щодо забезпечення кожній особі захисту її прав. Загальна декларація прав і свобод людини і громадянина, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Підсумковий документ Копенгагенської Ради з людського виміру ОБСЄ, Конституція України закріплюють право громадян обирати й бути обраними до органів державної влади і місцевого самоврядування.

Вагоме місце в системі публічно-правового забезпечення виборчих прав громадян належить нормам адміністративного права. Виборче законодавство традиційно регулює правовідносини лише під час виборчого процесу<sup>1</sup>. Проте останнім часом предмет регулювання виборчого законодавства почав виходити за межі правовідносин, що стосуються виключно виборчого процесу, тому в часи сьогодення відбувається розширення обсягу законодавчого регулювання.

Підґрунтям для дослідження виборчих відносин є схвалена Указом Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015 Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020», якою передбачено проведення в Україні, окрім інших, судової реформи та реформи виборчого законодавства.

Інтеграція до ЄС поряд із вирішенням зовнішньополітичних завдань передбачає проведення радикальних внутрішніх реформ з метою наближення до європейських економічних, соціально-політичних, правових стандартів.

Поняття стратегічного партнерства ще досі не отримало остаточного змістовного наповнення, що у попередні роки мало наслідком надмірне розширення кола «стратегічних партнерів» України. Така практика суттєво зменшувала ефективність цього важливого зовнішньополітичного інструменту, заважала спрямуванню зусиль на розвиток дійсно значущих, стратегічно важливих для нашої держави моделей відносин та механізмів взаємодії.

Актуальність дослідження зумовлена триваючими європейськими та світовими процесами уніфікації й гармонізації вітчизняного законодавства, що безумовно торкається й адміністративно-правового регулювання виборчих відносин.

Адміністративно-правове регулювання виборчих відносин здійснюється за допомогою сукупності правових норм, які складають виборче законодавство України – це Конституція України; Закон України «Про вибори Президента України» (1999 р., із змінами і доповненнями); Закон України «Про вибори народних депутатів України» (2012 р., із змінами і доповненнями); Закон України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» (2010 р., із змінами і доповненнями); Закон України «Про всеукраїнський референдум» (2012 р.); Закон України «Про Центральну виборчу комісію» (2004 р., із змінами і доповненнями); Закон України «Про Державний реєстр виборців» (2007 р., із змінами і доповненнями), Кодекс України про адміністративні правопорушення, Кримінальний Кодекс України, відповідні укази Президента України та постанови і розпорядження Кабінету Міністрів України, постанови Центральної виборчої комісії, чинні міжнародні договори, які закріплюють загальновизнані міжнародні стандарти забезпечення прав людини, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України та інші акти законодавства. Все це викликає необхідність уніфікації законодавства про вибори, що знижує імовірність колізій та прогалів, сприяє системності й упорядкованості відповідного правового інституту.

У сфері законодавства про вибори процес уніфікації процедур гальмується, залишається проблемою стабілізація виборчого законодавства, а певні зміни спрямовані на вдосконалення регулювання лише окремих процедурних аспектів виборів до парламенту і виборів до місцевих органів влади; спостерігається брак зусиль стосовно відкритості виборчої системи, прозорості фінансових аспектів діяльності суб'єктів виборів і партій.

На конституційному рівні визначено основні засади організації та проведення виборів. У статті 71 Конституції України встановлено основні принципи виборчого права: вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування; виборцям гарантується вільне волевиявлення<sup>2</sup>.

На науковому рівні правове забезпечення виборчих прав громадян України обґрунтовано в працях вітчизняних та зарубіжних учених із філософії права, теорії держави і права, конституційного права, адміністративного права та процесу.

Теоретичною основою дослідження адміністративно-правового регулювання виборчих відносин в Україні стали роботи учених, зокрема В. Б. Авер'янова, В. Г. Афанасьєва, О. М. Бандурки, В. В. Бевзенка, В. М. Гарашука, Е. Ф. Демського, Р. А. Калюжного, С. В. Ківалова, В. К. Колпакова, Т. О. Коломоєць, Л. В. Ковалюк, В. І. Курила, О. Г. Мурашина, Н. Р. Нижник, В. І. Олєфіра, В. Ф. Опришка, О. І. Остапенка, Ю. І. Римаренка, В. Д. Суценка, О. Ю. Синявської, І. В. Тимошенко, М. М. Тищенко, Ю. О. Фрицького, Б. С. Чайковського, В. К. Шкарупи та ін.

Водночас ціла низка важливих питань адміністративно-правового регулювання виборчих відносин потребує подальшого дослідження, комплексного дослідження в Україні ще не проводилося. Саме ці обставини визначають актуальність і вибір теми дослідження, її науково-практичну значущість.

За своєю сутністю вибори є механізмом передачі народом (в особі виборців) доручення своїм представникам (депутатам) здійснювати від його імені владу. Принципи виборчого права втілюються у процедурі організації та проведення виборів, яку називають виборчим процесом, що є системою врегульованих Конституцією та законами України основних послідовних процесуальних стадій (етапів) організації та проведення виборів в Україні.

Міжнародний стандарт гарантій прав громадян на участь в управлінні державними справами, у тому числі через виборчі процедури, означає не лише усунути будь-які форми дискримінації виборця, а й надати максимальне сприяння для реалізації волевиявлення.

Виборче законодавство встановлює як перелік, так і можливі форми участі органів державної влади та місцевого самоврядування у виборчому процесі<sup>3</sup>. Хоча правові норми визначають чіткі межі такої діяльності, які насамперед пов'язані зі складанням списків виборців, створенням належних умов для розміщення агітаційних матеріалів, фінансово-матеріальним забезпеченням діяльності виборчих комісій тощо, проте реально дії представників владних структур виходять далеко за межі правового регулювання.

У вітчизняних виборчих законодавчих актах частково обмежуються природні права і свободи, а практика засвідчує про їх численні порушення в процесі виборів – особливо представниками державних органів, тому завданням держави є забезпечення громадянам, кандидатам, політичним партіям, іншим громадським об'єднанням свободи проведення в будь-яких законних формах і методах агітаційної діяльності в умовах плюралізму думок і відсутності цензури; усім кандидатам законом має бути забезпечено рівні умови доступу до засобів масової інформації; при проведенні агітації мають бути певні обмеження свободи слова; ніхто не має використовувати засоби масової інформації однієї держави для агітації під час виборів у іншій державі (ст. 13 Конвенції).

Вибір виборчої системи є важливою та однією з політико-правових парадигм сьогодення. Ю. Ключковський зауважує, що вибір типу й конкретного виду виборчої системи належить до визначальних у конституційному плані. Вид виборчої системи має безпосереднє відношення до розвитку партійної системи, засад формування виконавчої влади, відносин між виконавчою та законодавчою владами та форми держави. Вдалий вибір виборчої системи може забезпечити формування парламенту, що відбиває основні напрями громадської думки, утворення уряду, діяльність якого відповідатиме волі більшості виборців, обрання представників, особисті якості котрих найкраще підходять до виконання владних функцій<sup>4</sup>.

На нашу думку, нові виборчі закони мають відповідати міжнародним стандартам виборчого права й кращим європейським виборчим практикам, оскільки оновлення чинного виборчого законодавства має утвердитись як пріоритетний напрям діяльності парламенту.

Спонукає до розвитку та поліпшення політики у сфері функціонування демократичних інститутів та вимагає підвищення рівня відповідальності влади щодо забезпечення прогресу стосовно передбачених угодами зобов'язань – це співробітництво України з Європейським Союзом (ЄС), де однією із ключових умов поглиблення партнерства України з ЄС є забезпечення ефективності виборчої системи та демократичності процесу підготовки й проведення президентських і парламентських виборів відповідно до міжнародних стандартів демократичних виборів, рекомендацій ОБСЄ та Бюро демократичних інститутів з прав людини. Важливою тенденцією розвитку виборчого законодавства країн-членів Європейського Союзу є розширення правових механізмів втілення в життя принципів загального і рівного виборчого права.

Практично всі сучасні держави законодавчо регулюють правила проведення виборчої кампанії, аби забезпечити дотримання на практиці конституційних принципів рівних і вільних виборів, оскільки таке регулювання, серед іншого (визначення суб'єктів виборчого процесу, їхніх прав і обов'язків, повноважень виборчих комісій тощо), полягає у визначенні правил використання в кампанії ресурсів, що забезпечують вплив на свідомість виборців (агітаційних, комунікаційних, медійних), дозволяють утримувати адекватне матеріально-фінансове забезпечення кампанії (фінансування), залучають органи публічної влади до процесу формування персонального складу виборчих органів (повноваження органів публічної влади в організації і забезпеченні виборів, обмеження зловживань службовим становищем).

Аналізуючи виборче законодавство країн-членів Європейського Союзу, спостерігаємо, що існує, наприклад, декілька концептуальних підходів до питання регулювання агітаційної інформації на телебаченні. Зокрема, у Німеччині й Великобританії висвітлення агітаційної кампанії є обов'язковим для каналів суспільного телебачення і комерційних каналів наземного мовлення. До того ж ефірний час для купівлі політичної реклами є суворо лімітованим, а у Великобританії платна телевізійна політична реклама заборонена взагалі. У США, де домінує комерційне телебачення, участь телеканалів у висвітленні виборів є добровільною, хоча й базується на принципі надання рівних можливостей для ефіру (відповідно до закону про зв'язок), оскільки пояснюється це тим, що обов'язковість надання ефірного часу обмежує свободу ЗМІ.

У законодавстві Словачької Республіки щодо визначення місця для розміщення виборчих плакатів під час агітації належить до компетенції місцевих рад. У Польщі відповідним законом регламентується і право ради гміни (сільської ради) стосовно заборони розміщення виборчих плакатів через причини, пов'язані з охороною пам'яток архітектури і навколишнього середовища, а виборчий закон Македонії передбачає деталізований і розширений перелік відповідних повноважень: за муніципалітетами закріплено право визначати місця для безкоштовного розклеювання виборчих плакатів (при цьому керуватися зобов'язанням забезпечити рівні для всіх кандидатів умови і оголосити їм про умови отримання права на згадані місця за 50 днів до проведення виборів), а також визначати додаткові для цього місця і брати за це гроші; закон також зобов'язує його використати ці кошти одразу після виборів для знищення сміття, що залишилося після виборчих кампаній.

Передвиборна агітація традиційно здійснюється в трьох основних формах: публічні заходи, агітація через друковані матеріали й агітація в ЗМІ, що знаходить підтвердження в законодавчих актах, присвячених регулюванню виборчого процесу.

Засоби масової інформації на законодавчому рівні мають бути закріплені як суб'єкти виборчого процесу, однак, враховуючи, що існує велика кількість засобів масової інформації, тому ті з них, які б офіційно на законодавчому рівні виступали суб'єктами виборчого процесу, необхідно, на нашу думку, визнати такі, які створені з державною участю, з участю органів місцевого самоврядування.

У розділі «заходи, що стосуються друкованих ЗМІ» Рекомендації Ради Європи № 99 (15) зазначається, що «нормативні рамки висвітлення виборів у ЗМІ не повинні суперечити ні редакційній незалежності газет або журналів, ні їхньому праву висловлювати будь-які політичні симпатії»<sup>5</sup>. За нашими спостереженнями, практика окремих Європейських країн підтверджує, що стандарт незалежності друкованої преси є важливим елементом забезпечення демократичних виборів та вільного поширення інформації про кандидатів. Наприклад, у Великобританії газети та журнали за законом мають не лише право висловлювати власні політичні симпатії, але й прямо закликати голосувати за або проти кандидатів<sup>6</sup>.

Здійснюючи порівняльний аналіз виборчого законодавства країн-членів Європейського Союзу із вітчизняним законодавством, зауважимо, що на сьогодні існує потреба в активізації зусиль органів державної влади, політичних сил та громадянського суспільства щодо продовження реформування виборчого законодавства в Україні, оскільки законодавча база щодо виборчих процесів в Україні розрізнена. Реалії законодавчого процесу засвідчують, що процес реформування виборчого законодавства не тільки не вирішив проблем неефективного функціонування інститутів представницької демократії, але й призвів до появи нових кризових явищ, тому спостерігаються прояви порушення чинного законодавства, його недосконалість, відсутність зв'язку між виборцями і депутатами, брак консенсусу для співпраці політичних та громадських організацій.

В умовах нестабільного і часто непослідовного законодавчого процесу в Україні відповідні законодавчі колізії та прогалини стають причиною виникнення конфліктів, спорів і можуть призводити до порушення виборчих прав громадян та законності самих виборів, тому все це викликає необхідність уніфікації законодавства про вибори, що знижує імовірність колізій та прогалин, сприяє системності й упорядкованості відповідного правового інституту. Виборче законодавство має своїм предметом регулювання правовідносин, що складаються під час виборчого процесу. Завдання законодавців і виконавчої влади створити ефективний незалежний від інших органів влади апарат контролю за діючими нормами, адже саме його відсутність є сьогодні головною проблемою виборів.

На нашу думку, необхідно уніфікувати вітчизняне виборче законодавство, врегулювати всі види виборів та статус органів їх адміністрування, припинити практику радикальних змін виборчого законодавства перед кожними новими виборами; добитися стабільності та захищеності норм виборчого права від партійно-політичних маніпуляцій; усунути дублювання норм, уніфікацію правил проведення виборів та зосередження всіх регламентацій в одному законі. Удосконалення адміністративно-правового регулювання виборчих відносин в Україні має відбуватися планово та обґрунтовано. Розбудова демократичної держави потребує прозорих механізмів регулювання виборчих відносин в Україні, які б забезпечили довіру суспільства до результатів самого процесу, оскільки це залежить не тільки від форми та обсягу регламентації самого виборчого процесу, а й від діяльності спеціалізованих виборчих органів з практичної реалізації законодавчих положень та дієвості інституту відповідальності за порушення законодавства України про вибори.

Внутрішньополітична консолідація базується на виборі, зробленому українським суспільством на користь інтеграції до ЄС, та включає, насамперед, зміцнення демократії та верховенства права в державі. Європейська інтеграція сприятиме становленню громадянського суспільства в Україні і дальшому формуванню української політичної нації як повноправного члена сім'ї європейських націй. Важливим елементом внутрішньої консолідації є формування у суспільстві прихильності до ідеї набуття у майбутньому членства в ЄС як реальної можливості забезпечити гідне майбутнє для України та її громадян.

<sup>1</sup> Чайковський Б. С. Сучасні моделі виборчих систем: проблеми теорії і практики / Чайковський Б. С., Рибачук М. Ф. // Вісник Центральної виборчої комісії. – № 1 (15). – 2009. – С. 44–52.

<sup>2</sup> Конституція України // Офіційний вісник України. – 2010. – № 72/1 Спец. випуск. – С. 15, ст. 2598.

<sup>3</sup> Тимошенко І. В. Виборчі комісії як суб'єкти реалізації правозахисної функції / Тимошенко І. В. // Вісник Центральної виборчої комісії. – 2013. – № 3 (27). – С. 40–43.

<sup>4</sup> Ключковський Ю. Б. Виборчі системи та українське виборче законодавство: монографія / Ю. Б. Ключковський. – К.: Час Друку, 2011. – 132 с.

<sup>5</sup> Рекомендація Комітету Міністрів Ради Європи № (99) 15 «Про висвітлення в ЗМІ виборчих кампаній». // Бюлетень Бюро інформації Ради Європи № 10. – К. 2003. – С. 63–66.

<sup>6</sup> Robertson Geoffrey, Nikol Andrew. Media Law. – London, 2002. – 908 p.

#### Резюме

**Співаков І. І. Поглиблення партнерства України з ЄС: адміністративно-правове регулювання виборчих відносин.**

У статті проаналізовано особливості адміністративно-правового регулювання виборчих відносин в Україні, описано основні проблеми виборчих процесів за часів незалежної України; здійснено порівняльний аналіз виборчого законодавства країн-членів Європейського Союзу із вітчизняним законодавством та обґрунтовано необхідність уніфікації законодавства про вибори, що знижує імовірність колізій та прогалин, сприяє системності й упорядкованості відповідного правового інституту.

**Ключові слова:** вибори, виборчі відносини, виборчий процес, адміністративно-правове регулювання.

#### Резюме

**Співаков І. І. Углубление партнерства Украины с ЕС: административно-правовое регулирование избирательных отношений.**

В статье проанализированы особенности административно-правового регулирования избирательных отношений в Украине, описаны основные проблемы избирательных процессов во времена независимой Украины; осуществлен сравнительный анализ избирательного законодательства стран-членов Европейского Союза с отечественным законодательством и обоснована необходимость унификации законодательства о выборах, что снижает вероятность коллизий и пробелов, способствует системности и упорядоченности соответствующего правового института.

**Ключевые слова:** выборы, избирательные отношения, избирательный процесс, административно-правовое регулирование.

#### Summary

**Spivakov I. The deepening of partnership between Ukraine and EU: administrative and legal regulation of electoral relations.**

The article analyzes the peculiarities of administrative and legal regulation of electoral relations in Ukraine; the main problems of electoral process in the days of Ukraine's independency have been described; the comparative analysis of electoral legislation of the European Union countries with national legislation have been done; and the necessity of unification of the election legislation, which reduces the likelihood of collisions and drawbacks, facilitates consistency and ordering of the appropriate legal institution has been justified.

**Key words:** elections, election relations, electoral process, administrative and legal regulation.

УДК 340.12:34.037 (477)

**С. І. ЗАПАРА**

*Світлана Іванівна Запара, доктор юридичних наук, доцент, декан Сумського національного аграрного університету*

**КАТЕГОРІЯ «ІНТЕРЕСУ» В ЦИВІЛЬНИХ ТА ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ**

Категорія «інтерес» є однією із системоутворюючих у сфері приватного права. Термін «*interest*» має латинське походження та перекладається, як «має значення, є важливим». Доктрина цивільного права передбачає визнання, серед іншого, рівності учасників цивільних правовідносин, свободи договорів, взаємного інтересу до договірних відносин. Інтерес виступає стимулом до дії, свідомим прагненням до реалізації власних намірів. Практично, саме інтерес, є тією відправною категорією, рушійною силою правовідносин, що засвідчує рівень людських намірів, прагнень, потреб. Останнім часом термін «інтерес» впевнено увійшов до національного правового арсеналу, у т.ч. і як правозахисна категорія.

Відповідно до ст. 1 ЦПК України завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Фактично ЦПК України визнає можливість судового захисту інтересу особи. І. Е. Берестова справедливо звертає увагу на те, що поняття «інтерес» згадується по тексту ЦПК України 91 раз, разом із тим у його тексті неможливо однозначно визначити, що ж виступає змістом цієї категорії<sup>1</sup>.

Різним аспектам, так чи інакше пов'язаним із категорією «інтерес», присвячували свої праці такі сучасні українські та зарубіжні вчені, як С. М. Бервено, І. Е. Берестова, С. С. Бичкова, В. І. Бобрик, І. В. Венедиктова, О. Д. Крупчан, С. В. Михайлов, М. М. Ясинок та ін. Тим не менше, аналіз, проведений у даній публікації, свідчить, що вказана тема не втрачає актуальності, а в світлі правових реформ лише привертає додаткову увагу.

Метою даної публікації є аналіз категорії «інтерес» в цивільних та трудових правовідносинах.

У рішенні Конституційного Суду України від 01.12.2004 р. у справі щодо офіційного тлумачення окремих положень ч. 1 ст. 4 УПК України (справа про охоронюваний законом інтерес) вказано, що *інтерес* (курсив автора – С.З.) може бути як охоронюваним, тобто таким, що не захищається ні законом, ні правом, не повинен задовольнятися чи забезпечуватися ними, оскільки такий інтерес спрямований на ущемлення прав і свобод інших фізичних та юридичних осіб, обмежує захищені Конституцією та законами України інтереси суспільства, держави чи «всіх співвітчизників» або не відповідає Конституції чи законам України, загально-визнаним принципам права. ... і суб'єктивне право, і пов'язаний із ним інтерес є дозволами. Але перше є особливим дозволом, тобто дозволом, що відображається у відомій формулі: «Дозволено все, що передбачено у законі», а друге – простим дозволом, тобто дозволом, до якого можна застосовувати не менш відоме правило: «Дозволено все, що не забороняється законом». Інтерес, навіть перебуваючи під охороною закону чи права, на відміну від суб'єктивного права, не має такої правової можливості, як останнє, оскільки не забезпечується юридичним обов'язком іншої сторони. Законний інтерес відбиває лише легітимне прагнення свого носія до того, що не заборонено законом, тобто тільки його бажання, мрію, потяг до нього, а отже, і не юридичну, а фактичну (соціальну) можливість. Це прагнення в межах сфери правового регулювання до користування якимось конкретним матеріальним або нематеріальним благом. Відмінність такого блага від блага, яке охоплюється змістом суб'єктивного права, полягає в тому, що користування благом, на яке особа має право, визначається можливістю в рамках закону, а до якого має законний інтерес – без вимог певних дій від інших осіб або чітко встановлених меж поведінки. Отже, поняття «охоронюваний законом інтерес», що вживається в частині першій ст. 4 ЦПК та інших законах України в логічно-смысловому зв'язку з поняттям «права» (інтерес у вузькому розумінні цього слова) означає правовий феномен, який: а) виходить за межі змісту суб'єктивного права; б) є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони;



в) має на меті задоволення усвідомлених індивідуальних і колективних потреб; г) не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загально визнаним принципам права; д) означає прагнення (не юридичну можливість) до користування в межах правового регулювання конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом; е) розглядається як простий легітимний дозвіл, тобто такий, що не заборонений законом. Охоронюваний законом інтерес регулює ту сферу відносин, заглиблення в яку для суб'єктивного права законодавець вважає неможливим або недоцільним<sup>2</sup>.

І. В. Венедиктова, розглядаючи категорію «інтерес» у цивільному праві, розуміє її як сукупність таких явищ: 1) прагнення набути матеріальні та (або) нематеріальні блага; 2) прагнення можна вирізнити з розуміння об'єктивного права; 3) воно не відбите в позитивному законодавстві у формі суб'єктивних прав; за юридичним засобом відтворення таке прагнення виступає простим легітимним дозволом задовольняти потреби, що не суперечить чинному законодавству<sup>3</sup>. С. В. Михайлов розуміє категорію «інтерес» як «об'єктивну категорію, що за формою являє собою суспільні відносини. ... Змістом цих відносин є потреба, що має соціальний характер (значення), що власне і робить її інтересом»<sup>4</sup>.

І. Е. Берестова пропонує введення наступних «критеріїв розмежування процесуальних інтересів від суб'єктивних цивільних процесуальних прав:

1) категорія «процесуальні інтереси», на відміну від суб'єктивного цивільного процесуального права, формально безпосередньо не закріплена в процесуальному законі. Припущення про неї в тексті процесуального закону можна вивести лише з контексту конкретно взятої норми;

2) процесуальні інтереси більш рухливі, їм властива варіативність – можливість змінюватися і доповнюватися, відповідаючи вимогам моменту розвитку процесу і модифікації його процесуальної форми;

3) незважаючи на те, що цей засіб також являє собою правовий дозвіл, ступінь її гарантованості нижче суб'єктивних цивільних процесуальних прав. Правова природа процесуальних інтересів зумовлює особливість їх реалізації в цивільному процесі. Диспозиції процесуальних норм, які передбачають можливість їх реалізації, мають характер простого правового дозволу, не забезпеченого процесуальним обов'язком іншого суб'єкта процесу вчиняти дії, спрямовані на його задоволення. Разом із тим, відсутність елемента забезпеченості зовсім не применшує значущості процесуальних інтересів, оскільки навіть у цьому випадку вони дозволяють учасникам процесу виступати в ролі «архітектора» процесуальної діяльності протягом усього розгляду і вирішення справи судом;

4) процесуальні інтереси помітно відрізняються за змістом. Тут немає тріади правомочностей, які проявляються у змісті суб'єктивного цивільного процесуального права: право на власні дії, право вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи, право звертатися за захистом до органів державної влади.

Зміст даної категорії складається з двох елементів: 1) можливості, що характеризується простим юридичним дозволом здійснювати в процесі юридично значущі дії і 2) можливості звертатися з метою їх санкціонування до суду. Тому ці елементи не мають у процесі суворо гарантованих можливостей»<sup>5</sup>.

Таким чином «інтерес» є правовою категорією, що:

1) виражає суб'єктивний легітимний намір здобути матеріальне та нематеріальне благо;

2) може виступати самостійним об'єктом судового та іншого захисту.

Остання характеристика категорії «інтересу» включає окрім судового захисту іншу можливість самозахисту. У цьому контексті особливої гостроти набуває категорія «інтересу» в трудових правовідносинах, зокрема під час вирішення трудових спорів. Об'єктивно можливість вирішення трудового спору про інтереси вже передбачена Законом України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)»<sup>6</sup>, адже ст. 2 Закону передбачає поділ колективних трудових на розбіжності, що виникли між сторонами соціально-трудових відносин, щодо: а) встановлення нових або зміни існуючих соціально-економічних умов праці та виробничого побуту; б) укладення чи зміни колективного договору, угоди; в) виконання колективного договору, угоди або окремих їх положень; г) невиконання вимог законодавства про працю. Пункти «а» і «б» вже сьогодні передбачають можливість вирішувати трудові спори про інтереси.

Відповідно до ст. 7 «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» встановлена послідовність розгляду і вирішення колективного трудового спору (конфлікту), а саме розгляд колективного трудового спору (конфлікту) здійснюється з питань, передбачених: пунктами «а» і «б» статті 2 цього Закону, – примирною комісією, в разі неприйняття рішення у строки, встановлені статтею 9 цього Закону, – трудовим арбітражем. Таким чином, основним органом, який нині вирішує спори про інтереси, є примирна комісія.

Відповідно до чинного Наказу НСПП від 18 листопада 2008 р. № 130 «Про затвердження Положення про примирну комісію»<sup>7</sup> визначено завдання, функції та порядок формування і діяльності примирної комісії, встановлено вимоги щодо розгляду вимог найманих працівників або профспілки примирною комісією з метою вирішення колективних трудових спорів (конфліктів). А саме, в наказі зазначено, що за угодою сторін колективного трудового спору (конфлікту) примирна комісія може розглядати вимоги найманих працівників або профспілки з питань виконання колективного договору, угоди або окремих їх положень, невиконання вимог законодавства про працю.

Правила розгляду колективного трудового спору (конфлікту) примирною комісією визначаються окрім названих нормативних актів Регламентом роботи примирної комісії по розгляду і вирішенню колективного трудового спору (конфлікту), що затверджується НСПП.

Не слід забувати, що члени примирної комісії це хоча й досвідчені у своїй сфері особи, але не судді. Навіть судді можуть приймати різні рішення, про що справедливо зауважують Д. Фейнберг, Д. Коулмен: «суддя, роз-

глянувши справу, оголошує свою постанову. Ця постанова становить авторитетний текст. Інший суддя, розглядаючи іншу справу, оголошує свою постанову, і ця постанова вочевидь суперечить постанові, оголошеній у першому випадку. Тож яким є те право (з приводу даного питання), що постає перед суддею при розгляді якоїсь третьої справи? У більшості юрисдикцій відповідь на це запитання залежить від відносних рівнів судів<sup>8</sup>. «Відносний рівень» учасників примирної комісії може бути відмінним від рівня судді і це є додатковим аргументом для того, щоби не покладатися повністю в цьому питанні на зазначених осіб. Виваженість та діалог повинні стати основою для вирішення спору про інтереси і саме тому існує потреба не в «реконструкції» існуючих нормативів з питань вирішення спорів про інтереси, а формування механізму вирішення спору на новій платформі. Спори про інтереси передбачають «право на право», що зобов'язує правову систему відреагувати створенням належних інституцій, органів, що мають допомогти трансформувати «інтерес» у «право».

На даний момент спори про інтереси мають колективний характер та вирішуються в позасудовому порядку. Подібний підхід підтримується і в зарубіжній практиці, адже в більшості країн спори про інтереси вирішуються виключно в позасудовому порядку (адже в процесуальному розумінні доволі складно реалізувати право на захист інтересу, який ще не набув формальних ознак правової норми, закріпленого права тощо). За міжнародною практикою трудові спори про інтереси вирішуються за допомогою медіаторів – трудових посередників. Саме ці особи, які мають достатній рівень компетенції, допомагають сторонам досягнути компромісу в проблемному питанні, виробити конструктивне рішення, яке б задовольнило обидві сторони.

Суттєвою відмінністю спорів про інтереси від спорів про права в трудових правовідносинах постає лише відсутність судової перспективи, що продиктовано характером даної категорії спорів, адже даний спір розв'язує проблему бажаного, але ще не створеного права. І вирішення спору залежить не лише від волі сторін, а й від обґрунтованості, справедливості заявлених вимог. Спір про інтереси породжується не наявними правами, а інтересом однієї сторони створити таке право шляхом включення його до колективної угоди і незгодою іншої сторони.

Враховуючи зарубіжний досвід та національну практику вирішення спорів про інтереси, концептуально предметом (сферою вирішення) спорів про інтереси є розбіжності, які виникли під час переговорів щодо укладення нової або внесення змін до чинної колективної угоди будь-якого рівня.

Як і в спорах про права, спори про інтереси передбачають переговори. Але на відміну від спору про права, під час якого сторона, обмежуючись попередніми консультаціями та усвідомлюючи невирішеність правового питання, письмово звертається до іншої сторони з вимогами про вирішення спору і фактично вступає в першу стадію спору – переговори, спори про інтереси потребують іноді тривалих дискусій, які потрібні для уважного вивчення іншою стороною предмета спірних вимог.

На нашу думку, ведення переговорів з предмету спору про інтереси не є однозначним свідченням про факт виникнення конфлікту, адже в під час обговорення питання, може зникнути необхідність у продовженні дискусії через достатність аргументів однієї сторони, або задоволення вимоги тощо. Лише загострення ситуації, пов'язаної із обговоренням спірного питання може стати передумовою для того, щоби заявити про виникнення спору про інтереси. Законодавець створюючи можливість для ініціювання однією із сторін питання, яке у разі узгодження може отримати статус правової норми є тим регулятором, який забезпечує певну взаємодію учасників правових відносин, до певної міри самозбереження суспільства та його розвиток. Тому держава, на нашу думку, має створити передумови для проведення переговорів з усіх питань, які є актуальними для однієї із сторін соціально-трудова правовідносин, заглиблення в які для суб'єктивного права з точки зору законодавця є неможливим або недоцільним. Спонукаючи до обговорення питань, які віднесені до сфери інтересу однієї із сторін соціально-трудова правовідносин, держава не повинна визнавати їх, як стадію трудового спору, адже ще існують всі можливості для вирішення та впорядкування.

У випадку, якщо обговорення висунутих питань переходять у «затяжну» стадію або коли з'являється відверта відмова іншої сторони задовольнити вимоги заявника, останній може прийняти рішення про необхідність залучення медіатора (посередника), що свідчить про виникнення спору про інтереси і фактично, на нашу думку, є моментом виникнення цього виду соціально-трудова спору. Отже, якщо моментом виникнення спору про права, на нашу думку, є офіційне звернення заявника з письмовою вимогою про переговори, у спори про інтереси момент виникнення трудового спору слід пов'язувати зі зверненням до НСПП із проханням проведення медіаційних процедур, залученням до вирішення спору професійно підготовленої особи – медіатора.

Для сторони-ініціатора проведення медіаційних процедур видається необхідним:

– чітко сформулювати вимоги до іншої сторони та викласти їх у формі звернення до НСПП та додано-го до нього переліку спірних положень, які є предметом спору;

– направити підготовлене звернення до НСПП з метою проведення медіаційних (посередницьких) процедур, а саме направити трудового медіатора (посередника) або медіаторів для сприяння у вирішенні спору.

Таким чином, спір про інтереси в трудових правовідносинах виникає з моменту, коли сторони, вичерпавши всі передбачені засоби із врегулювання розбіжностей, за час колективних переговорів не дійшли згоди щодо підписання нового колективного договору, угоди чи внесення змін до них. При цьому сторона-ініціатор (або за згодою – обидві сторони) надсилає/ють письмове звернення до НСПП про направлення трудового медіатора або трудових медіаторів для сприяння у врегулюванні розбіжностей, додаючи перелік спірних положень, які є предметом спору. Детальніше про погляди автора з цього питання можна дізнатись з наступних публікацій<sup>9</sup>.

Спів про інтереси в соціально-трудових відносинах:

- 1) виходить за межі змісту суб'єктивного права учасників соціально-трудових правовідносин, адже є наслідком інтересу однієї сторони створити таке право шляхом включення його до колективної угоди і незгодою іншої сторони;
- 2) означає прагнення (не юридичну можливість) до користування в межах правового регулювання конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом;
- 3) має на меті задоволення усвідомлених колективних потреб шляхом їх включення до колективного договору (угоди);
- 4) є самостійним об'єктом позасудового розгляду за допомогою медіаційних процедур;
- 5) не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загально визнаним принципам права.

**Висновок.** Перспективою розвитку правового регулювання категорії «інтерес» в національній правовій системі є розбудова належної правової інституційної спроможності, що дозволить трансформуватися «інтересу» в «право». Однією із цих можливостей є створення нової системи вирішення трудових спорів в Україні. Зазначена система має передбачати класифікацію спорів на «спори про права» та «спори про інтереси». Право на реалізацію інтересу повинно існувати як в індивідуальному, так і колективному суб'єктивному вимірі. Але спосіб реалізації суб'єктивного інтересу, на наш погляд, повинен зосереджуватись у позасудовому розгляді та відбуватись із залученням спеціалістів – медіаторів. Подібний підхід може бути запроваджений під час розгляду сімейних та інших спорів. Широке застосування медіаційних процедур може допомогти у розв'язанні багатьох конфліктних ситуацій, уникнути судового розгляду спорів із максимальним задоволенням позицій обох сторін.

<sup>1</sup> Проблеми оптимізації цивільного процесу в Україні : монографія / І. Е. Берестова, С. С. Бичкова, В. І. Бобрик [та ін.] ; за ред. академіка НАПрН України О. Д. Крупчана. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – С. 67.

<sup>2</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) : від 01.12.2004 р. № 18-рп/2004 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 50. – Ст. 67.

<sup>3</sup> Страницы Харьковской цивилистики : в 3-х ч. Ч. 2 : Лучшие работы кафедры гражданско-правовых дисциплин за 2009/2010 учебный год / под общ. ред. И. В. Венедиктовой и М. Н. Беревено. – Х. : ХНУ им. В. Н. Каразина, 2010. – 216 с.

<sup>4</sup> Михайлов С. В. Категория интереса в российском гражданском праве / С. В. Михайлов. – М. : «Статут», 2002. – С. 23.

<sup>5</sup> Проблеми оптимізації цивільного процесу в Україні : монографія / І. Е. Берестова, С. С. Бичкова, В. І. Бобрик [та ін.] ; за ред. академіка НАПрН України О. Д. Крупчана. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – С. 75–76.

<sup>6</sup> Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) : Закон України від 03.03.1998 р. № 137/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 34. – Ст. 227.

<sup>7</sup> Про примирну комісію [Електронний ресурс]: Наказ Національної служби посередництва і примирення від 18 листопада 2008 року № 130. – Режим доступу: <http://nspk.kharkiv.ua/publ/> – Назва з екрану.

<sup>8</sup> Філософія права / За редакцією Джоела Фейнберга, Джулса Коулмена; Пер. з англійської П. Тарашук. – К. : Видавництво Соломії Павличко «Основи», 2007. – С. 14.

<sup>9</sup> Запара С. І. Юрисдикція судових та позасудових органів щодо вирішення трудових спорів в Україні / С. І. Запара // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. – Ужгород, 2013. – Вип. 23, Ч. І. – С. 213–219; Запара С. І. Принципи позасудового захисту права на працю / С. І. Запара // Право і суспільство. – 2013. – № 6-2. – С. 140–145; Запара С. І. Право на звернення за захистом порушеного права чи інтересу у сфері соціально-трудових правовідносин [Електронний ресурс] / С. І. Запара // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 4-1. – С. 125 – 130. – Режим доступу: <http://www.pap.in.ua/4/5/Zapara%20S.I..pdf>

#### Резюме

##### **Запара С. І. Категорія «інтерес» в цивільних та трудових правовідносинах.**

Стаття присвячена дослідженню категорії «інтерес» в цивільних та трудових правовідносинах. Автор звертає увагу, що перспективою розвитку правового регулювання категорії «інтерес» в національній правовій системі є розбудова належної правової інституційної спроможності, що дозволить трансформуватися «інтересу» в «право». Однією із цих можливостей є створення нової системи вирішення трудових спорів в Україні. Зазначена система має передбачати класифікацію спорів на «спори про права» та «спори про інтереси». Право на реалізацію інтересу повинно існувати як в індивідуальному, так і колективному суб'єктивному вимірі. Але спосіб реалізації суб'єктивного інтересу, на наш погляд, повинен зосереджуватись у позасудовому розгляді та відбуватись із залученням спеціалістів – медіаторів. Подібний підхід може бути запроваджений під час розгляду сімейних та інших спорів.

**Ключові слова:** інтерес, медіація, спори про право, спори про інтерес, національна правова система.

#### Резюме

##### **Запара С. І. Категорія «інтерес» в гражданских и трудовых правоотношениях.**

Статья посвящена исследованию категории «интерес» в гражданских и трудовых правоотношениях. Автор обращает внимание, что перспективой развития правового регулирования категории «интерес» в национальной правовой системе является построение необходимой правовой институциональной правовой способности, позволяющей трансформироваться категории «интерес» в «право». Одной из этих возможностей является создание новой системы разрешения трудовых споров в Украине.

Указанная система предусматривает классификацию споров на «споры о правах» и «споры о интересах». Право на реализацию интереса должно присутствовать как в индивидуальном, так и коллективном субъективном измерении. Но способ реализации субъективного интереса, на наш взгляд, должен сосредотачиваться на внесудебном рассмотрении и происходит с привлечением специалистов-медиаторов. Подобный подход может быть применен при рассмотрении семейных и других споров.

**Ключевые слова:** интерес, медиация, споры о правах, споры о интересах, национальная правовая система.

### Summary

#### *Zapara S. The category «interest» in civil and labor relations.*

The article investigates the category of “interest” in civil and labor relations. The author notes that the prospect of the development of legal regulation of the category “interest” in the national legal system is the construction of the necessary legal and institutional legal capacity, allowing to transform the category of “interest” in “right”. One of these features is the creation of a new system of settlement of labor disputes in Ukraine.

This system provides for the classification of disputes “rights disputes” and “disputes over interests». The rights to the realization of the interest to be present both in the individual and collective subjective dimension. But the way of realization of subjective interest, in our opinion, should focus on non-judicial review and proceed with the involvement of mediators. A similar approach can be applied when considering the family and other disputes.

**Key words:** interest, mediation, rights disputes, disputes about interests, the national legal system.

УДК 349.2:341.174(4)

### М. І. ІНШИН

*Микола Іванович Іншин, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України, завідувач кафедри Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ОСОБЛИВОСТІ МОТИВАЦІЇ ПРАЦІВНИКІВ В ЄС

Актуальність даної теми дослідження зумовлена тим що ринок праці є важливим фактором соціально-політичного життя Європейського Союзу. Основними рисами ринку праці є: вільне переміщення робочої сили, система соціального забезпечення й соціального захисту, сприяння професійній мобільності, взаємодія в сфері підготовки кваліфікованих кадрів. Робітники у розвинутих країнах світу мають рівний ступінь соціального захисту незалежно від статусу підприємства, а незайняті отримують соціальну допомогу.

Дослідженням проблем формування ефективного механізму мотивації персоналу займалися зарубіжні вчені, серед яких А. Маслоу, Ф. Герцберг, К. Алдерфер, Д. Мак-Клеланд. У своїх наукових роботах вони зазначали, що ті чи інші потреби можуть впливати на мотивацію людини до праці, що потреби можуть бути об'єднані в окремі групи, впливають на її поведінку і примушують діяти. Серед вітчизняних особливу увагу вивченням проблем стимулювання та мотивації праці приділяли такі вчені, як С. Іваницька, М. Клітна, Л. Кича, А. Колот, О. Корніюк, В. Корягіна, В. Лазненко.

**Метою даної статі** є дослідження особливостей мотивації працівників Європейського Союзу з метою запозичення позитивного зарубіжного досвіду Україною.

Загальновідомим є той факт, що стимул – це основний елемент, за допомогою якого реалізується хід мотивації праці. Так, у науковій літературі виділяють чотири форми стимулів<sup>1</sup>:

– примусові заходи, такі як зауваження, переведення на іншу посаду, перенесення відпустки, догана, звільнення з роботи;

– матеріальне заохочення – стимули в матеріальній формі: заробітна плата, винагорода за результати, премії з прибутку, компенсації, путівки тощо;

– моральне заохочення – подяки, почесні грамоти, дошки пошани, почесні звання, вчені ступені, інше;

– самоствердження – внутрішні рушійні сили людини, які підштовхують її до досягнення певних цілей без прямої зовнішньої винагороди.

З метою посилення матеріальної та моральної заінтересованості в професійному навчанні, цілеспрямованому плануванні трудової кар'єри, під час розроблення та поліпшення механізму стимулювання роботодавців і найманих працівників доцільно враховувати досвід країн з розвинутою економікою у цій сфері. Найбільшої уваги заслуговує досвід таких держав: Франції, Німеччини, Швеції, Японії та США<sup>2</sup>.

Основою ринкових відносин у французькій системі є конкуренція, що впливає як на якість продукції, так і на задоволення потреб населення в товарах і послугах, зменшення витрат виробництва. За схожою схемою відбувається і мотивація співробітників. По-перше, застосовуються нематеріальні стимули, серед яких: використання дошок пошани, заохочувальних стендів тощо. По-друге, застосування інструментів матеріаль-

ного заохочення. Зокрема, на багатьох підприємствах встановлюється бальна система оцінки персоналу (найчастіше від 0 до 120 балів), яка пов'язується із системою заохочення. Ця схема досить ефективна, оскільки сприяє зростанню продуктивності праці. У політиці оплати праці французьких фірм спостерігається два напрями: індексація заробітної плати залежно від вартості життя та індивідуалізація оплати праці. Індекси цін на споживчі товари враховуються в оплаті праці практично на всіх великих підприємствах, що відбивається в колективних договорах з профспілками. Принцип індивідуалізації оплати праці у Франції здійснюється шляхом урахування рівня професійної кваліфікації, якості виконуваної роботи, кількості внесених пропозицій, рівня мобільності працівника<sup>3</sup>. Перевагою даної моделі мотивації праці є те, що вона справляє сильний стимулюючий вплив на ефективність і якість праці та слугує фактором саморегулювання величини фонду оплати праці. При виникненні труднощів фонд оплати праці автоматично скорочується, в результаті чого підприємство легко реагує на зміни кон'юнктури. Модель забезпечує широку інформованість працівників про економічний стан компанії.

Стосовно Німеччини варто зазначити, що на деяких підприємствах укладаються договори, в результаті яких працівник повинен з максимальною віддачею використовувати свій потенціал. При цьому він має право розпоряджатися своїм робочим часом на свій розсуд. У результаті цього підвищується трудова мотивація і людина не тільки розв'язує поставлені перед нею завдання, а й залучається до участі в управлінні своєю діяльністю<sup>4</sup>. Отже, німецькі дослідники дійшли висновку, що злагожене поєднання зі стимулювання праці та соціальних гарантій є однією з найбільш оптимальних моделей, коли-небудь відомих в історії економічних теорій. Німецька модель забезпечує рівною мірою економічний добробут і соціальні гарантії.

Система визначення рівня заробітної плати є однією зі складових «шведської моделі» соціально-економічного розвитку. Принцип рівності праці передбачає всім галузям тарифні умови оплати праці працівників, вони виконують однакову роботу однієї кваліфікації з однаковою інтенсивністю. Такий підхід спонукає адміністрацію збиткових підприємств здійснювати модернізацію виробництва або ж закрити його. Політика єдиного рівня солідарної заробітної плати не дозволяє підприємствам та працівникам вимагати виплат, які є вищими за середній рівень заробітної плати в країні.

Таким чином, характерною ознакою «шведської моделі» є скорочення розриву між мінімальною і максимальною заробітною платою<sup>5</sup>.

Особливістю японської моделі є зростання продуктивності праці більшими темпами, ніж зростання рівня життя населення. Для збільшення підприємницької активності держава не здійснює ґрунтовних заходів з контролю за майновим розподілом соціуму. Така модель може існувати лише при високому розвитку у членів суспільства національної самосвідомості, випередженні інтересів країни над інтересами певної людини, бажанні населення йти на матеріальні жертви задля добробуту країни. В Японії система стимулювання праці досить гнучка. Зазвичай вона формується з урахуванням трьох чинників: професійної майстерності, віку і стажу роботи. Розмір окладу робітників різних категорій залежно від цих факторів здійснюється за тарифною сіткою, за допомогою якої визначається зарплата – сума виплат за трьома розділами: за вік, за стаж роботи, за кваліфікацію і майстерність, які характеризуються категорією та розрядом. Більшість японських компаній в політиці матеріального стимулювання застосовують синтезовані системи. При цьому розмір заробітної плати визначається на основі чотирьох показників – вік, стаж, професійний розряд і результативність праці<sup>6</sup>.

Отже, можна стверджувати, що пріоритетним у системі мотивації трудової діяльності Японії є врахування професійної майстерності, віку і стажу роботи, за якими в свою чергу визначається оклад. Зазначені фактори мають позитивно впливати на визначення окладу, оскільки кожен працівник зможе самостійно впливати на розмір своєї винагороди. Також варто зазначити, що застосування даної системи може стати перешкодою для дії зрівнялівки на підприємстві.

Щодо системи стимулювання в США, то треба зазначити, що вона побудована на заохоченні підприємницької активності та збагачення найбільш активної частини населення. Оплату праці покладено в основу системи мотивації праці. У штатах поширеною формою оплати праці є почасова з нормованими завданнями та доповнена різними формами преміювання. Специфічною рисою даної системи є простота нарахування заробітної плати й планування витрат на останню. Проте більшість фірм як у США, так і в інших країнах ЄС схильні до застосування систем у поєднанні оплати праці з преміюванням. У США величина винагороди працівника залежить насамперед від результатів його діяльності. В американських корпораціях діють дві основні програми стимулювання персоналу – програма, заснована на компенсаціях, та програма стимулюючих виплат. Заохочувальні бонуси та інші форми заохочень – складові спонукання робітників до більш старанної праці в інтересах компанії<sup>7</sup>.

У США, як і у Франції, все більшого поширення набуває індивідуалізація заробітної плати, що базується на оцінці заслуг. Такий вид стимулювання працівників зводиться до наступного: робітники, які мають однакову кваліфікацію та займають однакові посади, завдяки своїм природним можливостям, стажу, цільовим установам, мотивам, цілеспрямованості можуть досягти різноманітних результатів у роботі. Ці відмінності мають знайти відображення в заробітній платі, що досягається за допомогою диференціації зарплати у межах розряду. Також варто зазначити, що в організації матеріального стимулювання в зарубіжних компаніях спостерігаються відчутні новації, які спричинені рядом конкретних обставин: глобалізацією економіки, посиленням конкуренції на ринках збуту, змінами, що сталися у зовнішньому та внутрішньому середовищі фірм та їхніх структурних підрозділів. Взамін сьогодні все більшу роль відіграє виробнича демократія.

Головне місце серед матеріальних стимулів праці посідає заробітна плата, оскільки вона найповніше відображає залежність між результатами праці працівника та його матеріальною винагородою. Рівень життя населення значною мірою визначається заробітною платою, яка є необхідною умовою розвитку всієї економіки. У Польщі вона становить 405 євро, у Словаччині – 352 €, в Угорщині – 332 €, в Румунії – 179 €. У Великобританії ставки мінімальної погодинної зарплати (*National Minimum Wage*) законодавчо встановлюються для різних категорій працівників. Розмір зарплати залежить від віку працівника<sup>8</sup>. З 1 жовтня 2014 р. мінімальна погодинна оплата праці у Великобританії становила: £ 6.50 – для працівників у віці 21 року і старше; £ 5.13 – для працівників віком від 18 до 20 років; £ 3.79 – для працівників віком від 16 до 17 років; £ 2.73 – для стажистів (*Apprentices*).

У деяких європейських країнах дещо інші цифри. У Франції з 1 січня 2015 р. ставка SMIC становить 9.61 € на годину, або 1457.52 € на місяць до сплати податків. Мінімальна зарплата в місяць розраховується, виходячи з 35 робочих годин на тиждень. Ставка мінімальної зарплати переглядається щорічно і набирає чинності з 1 січня кожного року. Усі працівники старше 18 років, зайняті в приватному секторі, повинні отримувати не менше мінімальної зарплати. Нижчу оплату можуть отримувати учні-стажисти, що проходять професійне навчання, і працівники, молодше 18 років з досвідом роботи менше шести місяців. Так, молодь у віці 17–18 років може отримувати на 10 % менше, а молодше 17 років – на 20 % менше. Работодавцям, які виплачують зарплати нижче мінімального рівня, загрожує штраф у розмірі до 1500 євро за кожного працівника<sup>9</sup>.

Мінімальна зарплата в Латвії у 2015 р. становить 360 € до сплати податків. Мінімальна погодинна оплата праці – 2,17 €, а для підлітків і працівників, зайнятих на небезпечній роботі, мінімальна погодинна оплата – 2,48 €. Нова ставка заробітної плати в Латвії набула чинності 1 січня 2015 року<sup>10</sup>.

У свою чергу, сусідні країни також підвирили рівень мінімальної зарплати: у Литві – з 290 до 300 €, а в Естонії – з 355 до 390 €<sup>11</sup>. Мінімальна зарплата в Словаччині в 2015 р. становить 380 євро. Це мінімальна бруто-зарплата для тих, хто працює на повну ставку – 40 годин на тиждень. За неповної зайнятості мінімальна оплата праці розраховується пропорційно. Мінімальна зарплата у Словаччині в 2015 р. зросла на 8 % порівняно з 2014 роком. Це найпомітніше підвищення мінімальної зарплати в Словаччині з 2009 р., коли в країні був введений євро.

Безперечно, засоби матеріальної мотивації – найбільш впливові та широкоживані. Але не менш важливими є й нематеріальні методи. Нематеріальне стимулювання праці персоналу спрямовано насамперед на задоволення потреби збереження соціального статусу працівника в трудовому колективі внаслідок залишення за ним його робочого місця або посади, одержання ним вищої посади; зростання заінтересованості працівника процесом освоєння нових знань, умінь та навичок<sup>12</sup>.

Матеріальні й нематеріальні стимули повинні доповнювати один одного, оскільки неможливо виокремити найбільш ефективний метод мотивації працівників. Отже, при розробці та впровадженні програми мотивації персоналу підприємства необхідно враховувати особливості компанії для здійснення ефективної діяльності і розвитку бізнесу.

Основними програмами, що сприяють підвищенню мотивуючого ефекту в США, є:

Програми, орієнтовані на залучення трудящих до управління виробництвом (*participative management*). Програми професійного розвитку робочої сили. Програми, покликані реконструювати сам процес праці (розширення набору обов'язків, виробнича ротація працівників тощо)<sup>13</sup>.

У Німеччині на підприємствах з числом зайнятих понад 100 чоловік передбачено утворення так званих економічних комісій, що складаються з членів виробничої ради і представників роботодавця, які займаються вирішенням лише економічних питань. Якщо кількість працівників перевищує 500 чоловік, то на німецьких підприємствах можуть створюватися спостережні ради, право висунення кандидатур в які мають виробничі ради та вищі виробничі організації даної галузі. Крім того, участь трудящих в управлінні може здійснюватися і через призначуваного спостережною радою Директора з праці, у підпорядкуванні якого знаходяться кадрові питання, питання соціальної сфери та заробітної плати.

Практика управління німецькими підприємствами показує, що подібна політика залучення працівників до управління сприяє розвитку їх трудової активності, мотивації, а отже, поліпшенню кінцевих результатів виробництва<sup>14</sup>.

Заслугує на увагу також система мотивації персоналу, застосовувана в Нідерландах. Ключовим моментом, що визначає заінтересованість та активність працівників, є високий рівень соціальної захищеності, пільг і компенсацій. Основні напрями мотивації та захисту прав найманих працівників закріплені законодавчо у відповідних актах та положеннях (про мінімальну заробітну плату, відпустку, компенсації дорожньо-транспортних витрат, соціальне страхування, умови праці та ін). Керівництво фірм, установ і організацій має право відхилитися від них тільки в бік збільшення пільг і компенсацій. У компаніях Нідерландів положення, що сприяють посиленню трудової мотивації, розробляються Радою голів підрозділів (де вони є) і профспілками. Департамент з персоналу має право внести свої пропозиції щодо вдосконалення системи мотивації персоналу. При доведенні ефективності рекомендованих їм заходів пропозиції приймаються і реалізуються на практиці<sup>15</sup>.

Отже, проблема мотивації постійна і до кінця не вирішена, оскільки доводиться застосовувати все нові й нові методи стимулювання працівників до праці за допомогою матеріальних і нематеріальних стимулів, враховуючи специфіку національно-культурних особливостей різних країн. Це постійний обов'язок менеджменту – викликати у найнятих робітників відчуття того, що вони мають на меті свої власні, а не чужі цілі.

Сьогодні, в умовах значної мобільності працівників, часті зміни їх робочих місць та високої конкуренції на ринку праці за кваліфікованих фахівців зростає значення нематеріальної складової мотивації. Підприємство може досить легко використати схему матеріальної мотивації успішних конкурентів та дізнатися про рівень зарплат у цих компаніях, але створити аналогічну сприятливу і комфортну атмосферу в колективі під силу не кожній фірмі. Особливу креативність у цьому виявляють американці. В Японії мотивації приділяють небагато уваги, оскільки їх працівники і так не схильні до зміни місця роботи. Французи й англійці більш схильні до матеріального стимулювання. Вважається, що поширення у компаніях нематеріальних стимулів, які не вимагають значних фінансових витрат, здатні справити відмінний ефект.

<sup>1</sup> Кича Л. М. Особливості закордонного досвіду мотивації праці / Л. М. Кича // Вісник Приазовського державного технічного університету. – 2013. – № 26. – С. 72–76.

<sup>2</sup> Там само. – С. 72–76.

<sup>3</sup> Минимальная зарплата во Франции: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.evrokatalog.eu>

<sup>4</sup> Кича Л. М. Вказана праця. – С. 72–76.

<sup>5</sup> Азарова А. О. Дослідження множини чинників нематеріальної мотивації на підприємстві / А. О. Азарова, О. А. Ковальчук // Економічний простір. – 2010. – № 5. – С. 53–58.

<sup>6</sup> Кича Л. М. Вказана праця. – С. 72–76.

<sup>7</sup> Лазненко О. В. Формування ефективного механізму стимулювання персоналу на основі світового досвіду / О. В. Лазненко // Управління розвитком. – 2013. – № 13 (153). – С. 33–35.

<sup>8</sup> Азарова А. О. Вказана праця. – С. 53–58.

<sup>9</sup> Минимальная зарплата во Франции : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.evrokatalog.eu>

<sup>10</sup> Минимальная зарплата в Латвии в 2015 году составит 360 евро в месяц : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.evrokatalog.eu>

<sup>11</sup> Провідний зарубіжний досвід інноваційних форм стимулювання праці персоналу підприємств : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.rusnauka.com/34\\_NIEK\\_2013/Economics/10\\_150973.doc.htm](http://www.rusnauka.com/34_NIEK_2013/Economics/10_150973.doc.htm)

<sup>12</sup> Азарова А. О. Вказана праця. – С. 53–58.

<sup>13</sup> Кича Л. М. Вказана праця. – С. 72–76.

<sup>14</sup> Іваницька С. Б. Методологічні основи стимулювання праці персоналу підприємства / С. Б. Іваницька, М. Р. Клітна // Ефективна економіка. – 2013. – № 11 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=2478>

<sup>15</sup> Провідний зарубіжний досвід інноваційних форм стимулювання праці персоналу підприємств : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.rusnauka.com/34\\_NIEK\\_2013/Economics/10\\_150973.doc.htm](http://www.rusnauka.com/34_NIEK_2013/Economics/10_150973.doc.htm)

#### Резюме

##### **Іншин М. І. Особливості мотивації праці в ЄС.**

У даній статті досліджено особливості мотивації працівників Європейського Союзу. Визначено форми стимулу як основного елемента мотивації. Проаналізовано рівень заробітної плати в країнах ЄС

**Ключові слова:** мотивація, працівник, Європейський Союз, стимул, заробітна плата.

#### Резюме

##### **Іншин Н. И. Особенности мотивации работы в ЕС.**

В данной статье исследованы особенности мотивации работников Европейского Союза. Определены формы стимула как основного элемента мотивации. Проанализирован уровень заработной платы в странах ЕС.

**Ключевые слова:** мотивация, работник, Европейский Союз, стимул, заработная плата.

#### Summary

##### **Inshyn M. Features of motivation of work in the EU.**

In this article the features of motivation of employees of the European Union were investigated. Forms of stimulus as the main element of motivation were determined. The level of wages in the EU countries was analyzed.

The labour market is an important factor of social and political life of the European Union. The main features of the labour market are: free movement of labour force, social security and social protection system, help in the professional mobility, cooperation in the training of qualified personnel. Workers in developed countries have equal degree of social protection regardless of status of the company and unemployed people receive social assistance.

**Key words:** motivation, employee, European Union, incentive, wages.

**Р. Б. ШИШКА**

*Роман Богданович Шишка, доктор юридичних наук, професор, професор Київського університету права НАН України*

## **КАТЕГОРІЯ «ЗАСАДИ» У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**

Останнім часом у доктрині права досить часто, однак не зовсім доречно, використовується термін «засади», особливо при виконанні та презентації результатів досліджень за спеціальністю 12.00.07: «адміністративне право; фінансове право; інформаційне право». При тому здебільшого він вживається у прив'язці «організаційно-правові», що нібито відображає предмет адміністративного права, що і так науковцям зрозуміло за засадою розумності при вказівці наукової спеціальності, або просто засади, зокрема забезпечення державної політики. Останнє розкривається як нормативна основа її здійснення та як діяльність державних та інших органів із її забезпечення.

Значно рідше термін «засади» використовується у приватному праві, зокрема цивільному праві, що, на наш погляд, виправдано ст. 3 ЦК України<sup>1</sup> та значенням засад цивільного законодавства для регулювання цивільних правовідносин. До речі, водночас стверджуємо, що із її появою категорія «аналогія права» для цивільного права втратила актуальність і, по суті, переросла у категорію «аналогія засад цивільного законодавства». Проте в доктрині цивільного права та навчальній літературі досі збереглися традиційні підходи до категорій «принципи цивільного права» і «аналогія цивільного права». Також полюбляють використовувати зазначену категорію представники науки господарського права.

Тими проблемами переймаються провідні цивілісти Н. П. Асланян в РФ, Є. О. Харитонов і О. І. Харитонova та їх учні, зокрема О. В. Басай, в Україні. Проте останнім часом з'явилися такі аспекти проблематики щодо розширеного її тлумачення, які заслуговують на увагу наукового співтовариства. Тож мета цієї публікації полягає не тільки у авторському баченні спірної й неоднозначної категорії, а й в упередженні зловживань та свавільного її використання, що призводить до ерозії праворозуміння та зловживань у правозастосуванні. Навіть дослідник цієї категорії<sup>2</sup> досить свавільно чи помилково вказує: «У Коментарі до ЦК України за ред. М. Харитонova зазначається, що «моральні засади суспільства» є оціночною категорією, що походить від часів звичаєвого права»<sup>3\*</sup>. Проте категорія «засади» має власне семантичне навантаження, з яким слід рахуватися.

Об'єктом є категорія «засади» як приватноправова та її зміст, а предметом – акти цивільного законодавства, практика їх застосування.

У зв'язку з легальним визначенням зазначеної категорії у цивільному законодавстві та розширеним її вживанням у науці права виникає низка концептуальних запитань практичного та доктринального спрямування, зокрема щодо нейролінгвістичного чи програмно-лінгвістичного її значення, відповідності закріплених у чинному законодавстві легальних понять, допустимості існування розбіжностей легальних поняття для вузького галузевого чи інституційного, наприклад податкового використання, формування доктринальних понять як корпус-теоретичних та побудова на цій основі окремих інститутів права; надання доктринальних тлумачення складних понять науково-консультативними радами вищих судових інстанцій та окремими науковцями і формування на цій основі підґрунтя внутрішнього переконання суду.

На рівні припущення можна встановити, що зазначене вживання цього терміна спричинено його полісемантизмом, ігноруванням окремими науковцями загальноприйнятого розуміння й намагання надати йому більшої функціональності, навіть якщо це не завжди виправдано. У подальшому це спричиняє ефект «снігової лави», коли раз невдало використаний термін у вживається потім уже в іншому семантичному та правовому аспектах як само собою зрозуміле. Між тим воно не збігається із загальноприйнятими підходами до термінології та її значення для взаєморозуміння й тлумачення в праві. Так, у низці досліджень категорія «засади» використана як синонім категорії «правовий механізм» і його елементи презентовані структурними у такому суб'єктивному її сприйнятті.

Наразі загострилася проблема спекуляцій в науці та наукова недобросовісність, проявом яких є вживання наукоподібної термінології без урахування змісту та семантичного тлумачення вживаних термінів, що отримало назву «напустити туману». Та йдеться про засади законодавства, як своєрідний геном чи програму діяльності із регулювання суспільних відносин чи/та забезпечення різних аспектів безпеки чи політики, відповідальності тощо.

У лексичному аспекті категорія «засади» вважається відповідною категорії «принципи». З цього виводу в цивілістиці існують два діаметрально протилежних підходи: 1) більшість солідаризується із наведе-

© Р. Б. Шишка, 2015

\* Останнім часом порушення права на ім'я авторів літературних та інших творів є досить поширеним явищем у науковій та навчальній літературі. Відповідно йдеться про ерудицію самого автора, рецензентів, наукових редакторів, викривлення наукової інформації та проблем із її вірогідністю.



ним лексичним підходом і вважають ці категорії рівноцінними, навіть відмовились від низки традиційних для доктрини цивільного права принципів, що, на наш погляд, є спірним; 2) інші дослідники солідаризувалися із професором Н. П. Асланян, у тому числі й автор цієї статті. Вона на основі онтологічного та аксеологічного підходів до цих категорій виважено встановила, що категорія «засади законодавства» є більш вузькою категорією, ніж «принципи права»<sup>4</sup>. Це очевидно, якщо зважати на беззаперечну презумпцію, що цивільне право у змістовному аспекті більш широке, ніж цивільне законодавство, а цивільно-правове регулювання не обмежується лише актами цивільного законодавства, охоплює і договірне регулювання, і аналогію закону та аналогію права.

В інших джерелах категорія «засади» взагалі асоціюється із актами правового регулювання та їх видами. Показовим є також організаційний аспект цієї категорії, який проведено в низці рішень вищих судових інстанцій. Так, постановою Пленуму Вищого господарського суду України від 24 жовтня 2011 р. № 11 «Про деякі питання практики застосування розділу XII-1 Господарського процесуального кодексу України»<sup>5</sup> йдеться про засади формування колегій суддів, які визначаються зборами суддів відповідного суду і що такі засади, з урахуванням норм Закону України «Про судоустрій і статус суддів», повинні визначатися в суді касаційної інстанції у формі рішення зборів цього суду, а їх вимоги мають неухильно дотримуватися у здійсненні правосуддя. У окремих рішеннях йдеться про що завгодно, наприклад набуття на конкурентних засадах права оренди земельних ділянок сільськогосподарського призначення для ведення товарного сільськогосподарського виробництва<sup>6</sup>. У деліктології та безпеці йдеться про наукові засади безпеки життєдіяльності тощо. Таких прикладів жонгливання чи навіть фіглярства терміном «засади» можна навести чимало.

Якщо зважати на аналогію права, то при зведенні принципів цивільного права до засад цивільного законодавства сенс у ній втрачається. Тож слід вводити аналогію засад цивільного законодавства. Така позиція має право на існування хоча б тому, що суд при вирішенні рішень повинен керуватися вимогами матеріального і процесуального закону, а за відсутності першого спочатку застосувати аналогію закону, а при її неможливості – аналогію, як ми вважаємо, засад цивільного законодавства, тобто ст. 3 ЦК України і, нарешті, якщо віднайдеться така рідкісна лакуна цивільного права, і неможливо застосування перших двох, – аналогію права як аналогію принципів цивільного права.

У ЦК України також йдеться про «моральні засади суспільства» (ч. 4 ст. 13 ЦК) і вимогу їх дотримання особою при здійсненні цивільних прав. У його ст. 19 встановлено необхідність дотримання моральних засад суспільства, а також вимог закону при здійсненні самозахисту, а ч. 2 ст. 319 ЦК України – при здійсненні своїх прав та виконанні обов'язків власник зобов'язаний додержуватися моральних засад суспільства, що є дійсно зайвим і охоплюється ч. 4 ст. 13 ЦК.

Також встановлено, що фізична особа здатна мати права, не передбачені законодавством, якщо вони не суперечать моральним засадам суспільства (ст. 26 ЦК). У ст. 203 ЦК йдеться про вимогу несуперечності змісту будь-якого правочину законодавству та моральним засадам суспільства, що тут же нівелюється презумпцією правомірності правочину. Принагідно зауважимо, що в постанові Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними»<sup>7</sup> роз'яснюється: судам необхідно враховувати, що зміст правочину не повинен суперечити моральним засадам суспільства. Тож йдеться про оціночні категорії, які жодним чином не можуть слугувати наріжним каменем для регулювання цивільних правовідносин, як це вбачається ст. 3 ЦК України.

Таку категорію передбачено ч. 2 ст. 300 ЦК, за якою фізична особа має право на збереження своєї національної, культурної, релігійної, мовної самобутності, а також право на вільний вибір форм та способів прояву своєї індивідуальності, якщо вони не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. Її відсилка до Закону України «Про захист суспільної моралі» навіть в його усіченому вигляді законом від 10 лютого 2015 р. №173-VIII.

В інших актах вказано, що суперечність рішення третейського суду моральним засадам суспільства вбачається підставою для відмови у видачі виконавчого листа, на що вказано в узагальненні Верховного Суду України практики застосування судами Закону України «Про третейські суди» від 11 лютого 2009 р.<sup>8</sup>

Таким чином, полісемантизм досліджуваної категорії та механічне заміщення терміном «засади» терміна «принципи» наразі не виважене, оскільки:

1) за формальних підстав слід розрізняти і справедливо розрізняється цивільне законодавство чи акти цивільного законодавства (позитивне право – ст. 4 ЦК України) та цивільне право як провідна галузь права та з полісемантизмом категорії «цивільне право» і більшою автономією учасника цивільних правовідносин, чим це передбачено законодавством;

2) вони співвідносяться між собою як спеціальне та загальне, де принципи сформувалися гносеологічно першими, ніж були формалізовані засади, й ігнорування цього факту некоректно щодо їх прибічників;

3) тривалий час доктрина цивільного права опиралась на принципи цивільного права дещо у іншому змістовному розумінні, ніж засади у ст. 3 ЦК України і одночасна відмова від них – не краще рішення для забезпечення стабільності цивільного права та послідовного сприйняття його конструкцій;

4) ознака чи геном його стабільності сформувалися у римському приватному праві та викристалізувалися при подальшій нормотворчості й систематизації цивільного законодавства, що відстоюється у французькому та німецькому цивільних правах, де законодавець не спокушається пропозиціям їх радикальної модернізації. ЦК Франції проіснував понад 210 років, а у нас чи не кожних 50 років – новий кодекс і знов йдеться про потребу нової кодифікації цивільного законодавства. Побіжно зауважимо, що синдром «кодифі-

команії» – не кращий вихід із складних ситуацій. Він – прояв правового радикалізму, від чого і так потерпають українська державність та суспільство.

Намагання порушити сталі інститути приватного права є небезпечним. Попри сподівання та необхідність кардинальним чином новелізувати право законодавець слушно з цим не поспішає, що є правильним та виваженим, особливо через намагання піддати сумніву та ерозії окремі його інститути, розосередити їх по інших галузях чи підмінити змістовно. Навіть якщо технічний та соціальний прогрес прискорюються і законодавець хронічно не поспішає за цими процесами, йому все ж потрібен час хоча б для того, щоб протистояти невинуватому популізму та «сверблячці нормотворчості». Якби законодавець пристав на всі пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства, то це спричинило би колапс в урегулюванні суспільних відносин.

Цивільне право має певний імунітет від надмірної його новелізації і впадати у крайнощі йому не личить, а підміна категорій, власне, особливо не вплинула на зміст самих засад та принципів, які між собою пересікаються. Слід йти в приватному праві далі і розмежувати його людиноцентричне та економічне спрямування. Зокрема, з прийняттям ЦК проігноровано концепт людиноцентризму, як це передбачено ст. 3 Конституції України<sup>9</sup>. Не проведено до кінця п. 1 ст. 3 ЦК України у його структурі, не віднайшлося місця договорам з надання медичної допомоги з протезування; надання освітянських послуг та іншим не менш важливим для здійснення природних та соціальних прав людини. Це можна пояснити інерцією правосвідомості розробників ЦК, консервативністю європейського цивільного законодавства і небажанням переглядати сталі постулати цивілістики.

У ЦК України наголос зроблено на господарських конструкціях: комерційних юридичних особах та договорах, які намагалися врегулювати на зобов'язальницькій парадигмі у ГК України. Серед договірних інститутів перші 3/4 з них підпадають під ознаки господарських договорів. Було б зрозуміло, якщо б це були договори споживчі (п. 5 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів»<sup>10</sup>), чи так звані гуманістичні договори, які укладаються виключно за участі фізичних осіб (договір про поділ чи виділ спільного майна). Але поставка була в основі конструкції господарського договору. Окрім того, існування одночасно в ГК та ЦК України однойменних договорів, які вписані на правочинній (ч. 2 ст. 202 ЦК України) та зобов'язальницькій основі є алогічним.

Виникає й питання про співвідношення організаційних та правових засад у врегулюванні правовідносин та їх використанні в окремих дослідженнях під таким лінгвістичним словосполученням, що здатне завести в глухий кут навіть маститого вченого. Досить часто категорія «засади» зводиться до елементів механізму правового регулювання чи самих норм позитивного права. Очевидно, що невдала постановка акцентів у законі та в дослідженні провокує на неоднозначні відповіді на них та запитання із прогнозованими такими ж неоднозначними відповідями, що у праві є небажаним явищем і провокує різне тлумачення цього терміна та правозастосування. При доктринальному тлумаченні, до якого досить часто звертаються вищі судові органи, тим можна зловживати. Звертає на себе увагу та обставина, що легального визначення категорії «засади» досі не встановлено. Це свідчення недолугості окремих категорій у праві та необхідності їх розвитку у легальному аспекті.

Зокрема, в Законі України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»<sup>11</sup> так і не визначено змістовно, що мається на увазі під терміном «засади» і не зовсім лексично зрозуміло, чому засади у його ст. 4 мають ще принципи державної регуляторної політики. Тож із його змісту вбачається, що законодавець під категорію «засади» підвів різні напрями впливу та здійснення регуляторної політики у сфері господарської діяльності. Не дивно, що у такому концептуальному викладенні зазначений закон працює не кращим чином.

Категорію «засади» законодавець намагається законодавчо закріпити як основні засади (принципи) також у проекті Трудового кодексу України. У його ст. 3 сформовано 19 основних засад правового регулювання трудових відносин. Значна кількість таких засад чи принципів ні до чого іншого аніж до безпринципності не призведе. До того ж, частина фахівців у сфері трудового права, зокрема О. В. Смирнов<sup>12</sup>, С. М. Прилипка і О. Ярошенко<sup>13</sup> вживають категорії «основні засади» («принципи») та «конкретні правові приписи».

Проте сталося те, що сталося, і термін «засади» міцно увійшов у науковий обіг, на його методологічному підґрунті виконано понад 200 тільки дисертацій на здобуття наукового ступеня кандидата наук та 60 – доктора наук, які піддавати сумніву було б безглуздя. Праці захищені, вони оцінені, значна частина їх положень впроваджена у нормотворчості та правозастосуванні. І це беззаперечні факти, на які варто зважати. Інша справа, що настала нагальна потреба привести все до одного знаменника і чітко встановити про що йдеться.

З урахуванням наведеного очевидно, що полісемантичне використання терміна «засади права» призводить до непорозуміння та проблем із єдністю праворозуміння та правозастосування. Від повинен повернутися в межі традиційного лексичного розуміння терміна «засади» взагалі та «правові засади» як його основні положення, зокрема.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV (редакція станом на 12.08.2015) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [zakon.rada.gov.ua/go/435-15](http://zakon.rada.gov.ua/go/435-15)

<sup>2</sup> Грицак О. В. Моральні засади суспільства як оціночна категорія українського цивільного права / О. В. Грицак // Адвокат. – 2010. – № 3 (114). – С. 39–43. – С. 41.

<sup>3</sup> Цивільний кодекс України : коментар / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. – Одеса : Юрид. літ., 2003. – 1080 с. – С. 6.

<sup>4</sup> Асланян Н. П. Основные начала российского частного права : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.03 – «Гражданское право; коммерческое право; семейное право; международное частное право» / Наталья Павловна Асланян. – М. : Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова, 2001. – 365 с. – С. 6.

<sup>5</sup> Про деякі питання практики застосування розділу XII-1 Господарського процесуального кодексу України : постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 24 жовтня 2011 р. № 11 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011600-11

<sup>6</sup> Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України за заявою приватного підприємства «Галицькі аграрні інвестиції» про перегляд Верховним Судом України постанови Вищого господарського суду України від 13 листопада 2013 року у справі № 13/17/5022-675/2012 за позовом прокурора Бережанського району Тернопільської області : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://search.ukr.net/?q=%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%BC%D1%96%D0%BD+%22%D0%B7%D0%B0%D1%81%D0%B0%D0%B4%D0%B8+%22+%D0%B2+%D0%BF%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%85+%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D1%85+%D1%96%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D1%86%D1%96%D0%B9+&cr=countryUA&lr=&as\\_qdr=&filter=&site-search=&safe=&related=&as\\_rq=&start=0](https://search.ukr.net/?q=%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%BC%D1%96%D0%BD+%22%D0%B7%D0%B0%D1%81%D0%B0%D0%B4%D0%B8+%22+%D0%B2+%D0%BF%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%85+%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D1%85+%D1%96%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D1%86%D1%96%D0%B9+&cr=countryUA&lr=&as_qdr=&filter=&site-search=&safe=&related=&as_rq=&start=0)

<sup>7</sup> Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними : постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 9 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/v0009700-09

<sup>8</sup> Практика застосування судами Закону України «Про третейські суди» : узагальнення Верховного Суду України від 11 лютого 2009 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/n\_005700-09

<sup>9</sup> Конституція України Закон від 28 червня 1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/254к/96-вр

<sup>10</sup> Про захист прав споживачів : Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/1023-12

<sup>11</sup> Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11 вересня 2003 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/go/1160-15

<sup>12</sup> Смирнов О. В. Основные принципы советского трудового права / О. В. Смирнов. – М. : Юрид. лит., 1977. – 216 с. – С. 21.

<sup>13</sup> Прилипко С. М. Трудове право України : підруч. / С. М. Прилипко, О. М. Ярошенко. – Х. : ФІНН, 2009. – 728 с. – С. 37.

#### Резюме

##### **Шишка Р. Б. Категорія «засади» у приватному праві.**

У статті йдеться про категорію «засади» в праві, звертається увага на її полісемізм та відстоюється потреба дотримуватися семантично звичного та юридично виваженого її тлумачення як основних принципових напрямів регулювання правовідносин. Автор застерігає від свавільного наповнення її іншим, не властивим для неї змістом та подальшої ерозії понятійного апарату в сучасному праві.

**Ключові слова:** засади, право, аналогія засад законодавства.

#### Резюме

##### **Шишка Р. Б. Категория «начала» в частном праве.**

В статье идет речь о категории «начала» в праве, обращается внимание на ее полисемизм и отстаивается потребность придерживаться семантически привычного и юридически взвешенного её толкования как основных принципиальных направлений регулирования правоотношений. Автор предостерегает от своевольного наполнения её другим, не свойственным для нее содержанием и дальнейшей эрозии понятийного аппарата в современном праве.

**Ключевые слова:** принципы, право, аналогия принципов законодательства.

#### Summary

##### **Shishka R. Category “foundations” in private law.**

The article deals with a category «principles» in law. Attention is paid on its significance and necessity to keep semantically its usual and legally balanced interpretation is maintained as basic fundamental directions of regulation of legal relationships. The author cautions from the self-willed filling of it by another not peculiar for it content and further erosion of categorical framework in modern law.

**Key words:** principles, law, analogy of principles of legislation.

**І. В. БОНДАР**

*Ірина Вадимівна Бондар, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**КОДЕКС ПОВЕДІНКИ АДВОКАТІВ: РОЛЬ ТА ВПЛИВ НА ПРОФЕСІЮ**

Сьогодні актуальним залишається питання етичної поведінки адвоката. До адвокатів, діяльність яких безпосередньо пов'язана з захистом прав та законних інтересів людини і громадянина, суспільством пред'являються підвищені вимоги, як до особистостей. Адвокати повинні мати не тільки високий рівень професійної підготовки, а й неухильно дотримуватися моральних засад, які пред'являються до представників професії – адвокат. Значимість цього аспекту підтверджується закріпленням в ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»<sup>1</sup> переліку професійних обов'язків адвоката, серед яких у пункті першому зазначається обов'язок адвоката дотримуватися присяги адвоката України та правил адвокатської етики. Також складаючи присягу адвокат присягає у своїй адвокатській діяльності дотримуватися правил адвокатської етики.

Важливі кроки в напрямі вивчення проблем діяльності адвокатури, зокрема й етичних аспектів професійної адвокатської діяльності, зроблено у працях як українських, так і іноземних представників юридичної науки, таких як: М. Ю. Барщевський, О. Д. Бойков, Т. В. Варфоломеєва, Д. П. Ватман, Ю. М. Грошевий, Я. П. Зейкан, З. З. Зінатуллин, А. Ф. Коні, М. Молло, О. Д. Святоцький, Н. М. Таварткіладзе, Д. П. Фіолевський, С. Я. Фурса, О. Т. Яновська та інші. Однак, не применшуючи наукового вкладу зазначених вчених-правників, потребує комплексного та поглибленого дослідження питання щодо ролі, значення й впливу на адвокатську діяльність кодексу поведінки адвокатів, що зумовлює потребу дослідити основні аспекти даної тематики.

Адвокатська етика є видом професійної етики юриста. І оскільки адвокат постійно стикається з різноманітними етичними дилемами, здійснюючи професійну діяльність, адвокатська етика визначає деонтологічні стандарти діяльності адвоката, враховуючи особливості адвокатури як правозахисного інституту держави.

Останнім часом загальноприйнятою є практика розробки професійних етичних кодексів для різних професій з метою закріплення моральних вимог та принципів, дотримання яких є необхідною умовою здійснення професії. Разом з тим, для забезпечення виконання зазначених вимог передбачається настання певної відповідальності, як правило, дисциплінарної.

Загалом морально-професійні кодекси представників різних професій виконують такі соціальні функції:

- 1) пізнавальну (реалізується у відображенні об'єктивних процесів суспільно-професійного поділу праці за конкретних історичних умов);
- 2) регулятивну (забезпечується взаємозв'язок спеціалістів із суспільством; набір специфічних прийомів праці);
- 3) ціннісно-орієнтаційну (даються уявлення про моральний ідеал професіонала, професійний обов'язок, честь, совість, справедливість тощо)<sup>2</sup>.

Оскільки адвокату та адвокатури, як правозахисному інституту, відведено особливу роль у суспільстві, то до адвокатів пред'являються підвищені моральні вимоги. Можна говорити про підвищені моральні вимоги і як до людини, і як до представника професії. Саме тому в деяких країнах особливу увагу звертають на моральні якості осіб, які тільки збираються набути статусу адвоката. Так, у США існує практика перевірки етичної поведінки майбутніх юристів ще на етапі зарахування до навчального закладу.

Професійні моральні вимоги повинні бути систематизовані, конкретизовані та закріплені у певних кодексах чи правилах етики адвоката.

Розглядаючи питання професійної етики адвоката та її закріплення, необхідно звернутися до Рекомендації R(2000)21 Комітету Міністрів державам-учасницям Ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов'язків, де закріплено, що адвокатським колегіям або іншим професійним об'єднанням адвокатів належить розробити професійні стандарти і кодекси поведінки<sup>3</sup>. Отже, такі правила мають бути складені без втручання держави професійними об'єднаннями адвокатів. Вбачається, що саме представники даної професії можуть визначити необхідні моделі поведінки адвоката, ґрунтуючись на міжнародних стандартах діяльності адвокатури. Професійні асоціації адвокатів відіграють важливу роль також і у підтриманні професійних стандартів та етичних норм. Саме цим забезпечується відповідальність професійних об'єднань за зміст цих правил.

Адвокат має діяти не тільки в інтересах тих осіб, яких він захищає, а й в інтересах права в цілому. У цьому аспекті необхідно звернутися до Загального кодексу правил для адвокатів Європейського Співтовариства, в якому зазначено, що на адвоката покладено цілий комплекс зобов'язань як юридичного, так і морального характеру, які часто вступають у взаємну суперечність. Зобов'язання умовно поділяють на такі категорії:

- перед клієнтом;
- перед судом та іншими органами влади, з якими адвокат контактує, виступаючи як довірена особа клієнта або від його імені;
- перед іншими представниками даної професії в цілому і перед будь-ким з колеґ зокрема;
- перед суспільством, для членів якого існування вільної незалежної професії поряд з додержанням правових норм є найважливішою гарантією захисту прав людини перед державною владою та іншими інтересами суспільства<sup>4</sup>.

Загальний кодекс правил для адвокатів Європейського Співтовариства був взірцем для розробок професійних кодексів поведінки багатьох країн, в тому числі й для України. В Україні зараз діють Правила адвокатської етики, затверджені Установчим З'їздом адвокатів України 17 листопада 2012 року<sup>5</sup>. Цей документ був прийнятий вищим органом адвокатського самоврядування – З'їздом адвокатів України, що відповідає міжнародним стандартам.

Закріплення етичних норм є недостатнім, оскільки потрібен дієвий механізм контролю за дотриманням деонтологічних засад у професійній діяльності. Порушення правил адвокатської етики є дисциплінарним проступком, а отже, підставою притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності (ст. 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Разом з тим необхідно розмежовувати дотримання адвокатом етики при здійсненні професійної діяльності та у ситуаціях, що не пов'язані з виконанням професійного обов'язку. Саме від цього буде залежати, чи понесе дисциплінарну відповідальність адвокат. Як приклад, можна навести Рішення №4 від 5 березня 2015 р. КДКА Хмельницької області<sup>6</sup>. 13 лютого 2015 р. на адресу КДКА Хмельницької області надійшла скарга ОСОБИ 1 на дії адвоката 1. У своїй скарзі ОСОБА 1 посилається на обставини, за яких в листопаді 2013 р. вона позичила адвокату 1 грошові кошти в сумі 10 000 грн, а в грудні 2013 року – ще 500 доларів США, які адвокат 1 зобов'язувався повернути за кілька тижнів. Оскільки адвокат борг не повертав, чим порушив узяті на себе зобов'язання, ОСОБА 1 змушена була звернутися до суду. Рішенням Хмельницького міськрайонного суду від 3 червня 2014 р. позов було задоволено та стягнуто із адвоката 1 на користь ОСОБИ 1 борг за договором позики у сумі 10 000 грн та 500 доларів США. До скарги скаржниця долучила копію рішення суду та постанову про відкриття виконавчого провадження.

Як зазначається у скарзі, не зважаючи на те, що рішенням суду розпочато виконавче провадження, адвокат 1 ігнорує примусове виконання рішення суду та борг не повертає. Скаржниця вважає, що адвокат, виконуючи професійні обов'язки, такими своїми діями вчиняє порушення ст. ст. 6, 11 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Правил адвокатської етики, а відтак просить провести перевірку викладених обставин, порушити дисциплінарне провадження та притягнути адвоката 1 до дисциплінарної відповідальності. У своїх поясненнях адвокат 1 також зазначає, що ознак дисциплінарного проступку у його діяч немає, а відносини, які склалися у нього із ОСОБОЮ 1, мають виключно цивільно-правовий характер.

Проведеною перевіркою скарги було встановлено, що відносини між скаржницею та адвокатом не пов'язані із здійсненням адвокатом професійної адвокатської діяльності, а знаходилися у стані спору, вирішення якого належить до компетенції суду. Окрім того, посилання скаржниці на порушення адвокатом 1 Присяги адвоката, передбаченої ст. 11 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», не можуть бути підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності у зв'язку з порушенням ним цивільно-правових норм, оскільки обов'язки адвоката, дотримання яких він на себе бере, приймаючи Присягу, стосуються виконання ним своїх професійних функцій з дотриманням принципів верховенства права та законності.

Не вбачається порушення адвокатом і положень Правил адвокатської етики. Дійсно, ч. 1 ст. 2 Правил адвокатської етики встановлює, що дія Правил поширюється на всі види адвокатської діяльності та в частині, визначеній Правилами, – на іншу діяльність (дії) адвоката, яка може вступити у суперечність з його професійними обов'язками або підірвати престиж адвокатської професії.

Проте обставини, що встановлені рішенням Хмельницького міськрайонного суду від 3 червня 2014 р. та мають преюдиційне значення, жодним чином не пов'язані зі здійсненням адвокатом 1 адвокатської діяльності. Дії адвоката у частині встановленого державним виконавцем порядку виконання рішення суду, визначеного постановою про відкриття виконавчого провадження від 25 липня 2014 р., теж жодним чином не порушують вимоги приписів ст. ст. 7, 11, 12 Правил адвокатської етики. Отже, матеріали скарги ОСОБИ 1 не містять доводів, які б підтверджували наявність ознак дисциплінарного проступку адвоката 1.

У цьому аспекті хотілося б згадати ст. 12 Правил адвокатської етики України, де зазначено, що всією своєю діяльністю адвокат повинен стверджувати повагу до адвокатської професії, яку він уособлює, її сутності та громадського призначення, сприяти збереженню й підвищенню поваги до неї в суспільстві. Цього принципу потрібно дотримуватись у всіх сферах діяльності адвоката: професійній, громадській, публіцистичній та інших.

Звичайно, у Кодексі професійної етики неможливо зібрати та викласти всі можливі ситуації етичної поведінки адвоката. У кодексі зазначаються основоположні принципи діяльності адвоката, яких він має неухильно дотримуватись. Відповідно до Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства до них належать:

- принцип незалежності;
- принцип довіри і особливої порядності;

- принцип конфіденційності;
- принцип додержання правил інших об'єднань адвокатів;
- принцип неприпустимих для адвокатів видів діяльності;
- принцип обмеження особистої реклами;
- принцип домінантності інтересів клієнта.

Разом із тим, у Кодексі поведінки європейських адвокатів названо десять основоположних принципів.

До них належать:

- незалежність адвоката і свобода адвоката представляти справу клієнта;
- право і обов'язок адвоката дотримуватися конфіденційності щодо справ клієнтів та право на повагу до професійної таємниці;
- уникнення конфліктів інтересів між різними клієнтами або між клієнтом і адвокатом;
- гідність і честь адвокатської професії, високі моральні якості та добра репутація окремого адвоката;
- відданість клієнтові;
- справедливе ставлення до клієнтів стосовно сплати гонорарів;
- професійна компетентність адвоката;
- повага до колег по професії;
- повага до верховенства права та справедливого здійснення правосуддя;
- саморегулювання адвокатської професії.

Але, як правильно зауважив Д. В. Кухнюк, вищезазначені принципи до цього часу не реалізовані у законодавстві про адвокатуру та адвокатську діяльність України. На його думку, закріплення у новій редакції Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» основоположних принципів юридичної професії та повернення у законодавство принципів гуманізму й демократизму буде сприяти подоланню кризових явищ у сучасній українській адвокатурі<sup>7</sup>.

Як бачимо, в етичних кодексах приділяється значна увага принципам адвокатури. Отже, замість врегулювання різних аспектів адвокатської діяльності (як вже зазначалося, неможливо передбачити всі ситуації, що можуть виникнути у професійній діяльності адвоката), кодекс має бути певною системою орієнтирів та містити основоположні принципи етичної поведінки адвоката. Всі вони є обов'язковими для адвокатів, які бажають здійснювати свою професійну діяльність. Також етичний кодекс не може суперечити національному законодавству країни, навпаки, доповнювати та уточнювати етичні аспекти поведінки адвоката.

Узагальнюючи різні фактори впливу, які етичний кодекс може здійснювати на професію, можна сказати, що такий звід правил є ідеальним інструментом для того, щоб:

1. Сприяти укоріненню високих стандартів практики.
2. Визначити орієнтири для представників професії, що використовуються для цілей самоаналізу / самооцінки.
3. Визначити рамки професійної поведінки та відповідальності.
4. Бути засобом професійної само ідентифікації.
5. Стати ознакою професійної зрілості<sup>8</sup>.

Водночас головною метою професійного кодексу поведінки є не тільки звід правил етики, якими має керуватися адвокат, а й джерелом інформації для осіб, які звертаються за послугами до адвоката. Ці особи мають бути проінформовані щодо поведінки, яку слід очікувати від адвоката. Даний аспект безпосередньо стосується питання довіри клієнта до адвоката та значення адвокатури для суспільства в цілому. Отже, для того, щоб довіра громадян до адвокатури була на достатньо високому рівні, необхідне поєднання професіоналізму та компетентності адвоката із морально-етичними стандартами.

<sup>1</sup> Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 27. – С. 1438. – Ст. 282.

<sup>2</sup> *Бралаган В. П.* Професійна етика. Навчальний посібник / В. П. Бралаган, Л. В. Гуцаленко, Н. Г. Зdirко. – К. : Центр учбової літератури, 2011. – С. 9.

<sup>3</sup> Рекомендація R(2000)21 Комітету Міністрів державам-учасницям Ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов'язків : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.scourt.gov.ua/.../Рекомендація%20№%20R%20\(2000\)%2021.doc](https://www.scourt.gov.ua/.../Рекомендація%20№%20R%20(2000)%2021.doc)

<sup>4</sup> Загальний кодекс правил для адвокатів Європейського Співтовариства, прийнятий на пленарній сесії Ради адвокатських об'єднань та спілок адвокатів Європи 28 жовтня 1988 р. з поправками від 28 листопада 1988 р., 6 грудня 2002 р., 19 травня 2006 р. // Бюлетень законодавства і юридичної практики України «Адвокатура в Україні». – К. : Юрінком, 2000. – № 1.

<sup>5</sup> Правила адвокатської етики, затверджені Установчим З'їздом адвокатів України 17 листопада 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vkdka.org/pravil-advokatskoji-etiki/>

<sup>6</sup> Рішення № 4 від 5 березня 2015 р. КДКА Хмельницької області : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://kdkakm.com/structura/kvalif-komisija/dyscyplinarna\\_palata/rishen-discf-palati/rishennya-disciplinarno-palati-№-4/rishennya-№-4-vid-05.03.2015-r.html](http://kdkakm.com/structura/kvalif-komisija/dyscyplinarna_palata/rishen-discf-palati/rishennya-disciplinarno-palati-№-4/rishennya-№-4-vid-05.03.2015-r.html)

<sup>7</sup> Україне следует закрепить европейские принципы юрпрофессии : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zib.com.ua/ru/print/116935-ukraine\\_sleduet\\_zakrepit\\_evropeyskie\\_principi\\_yurprofesii\\_-\\_html](http://zib.com.ua/ru/print/116935-ukraine_sleduet_zakrepit_evropeyskie_principi_yurprofesii_-_html)

<sup>8</sup> Восточное партнерство – Содействие правовой реформе в странах Восточного партнерства. Рабочая группа «Профессиональные судебные системы». Доклад. Профессия адвоката. – Страсбург, май 2012 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.coe.int/capacitybuildin/>

#### Резюме

**Бондар І. В. Кодекс поведінки адвокатів: роль та вплив на професію.**

У статті висвітлюються особливості кодексу поведінки адвокатів. Розкриваються роль, значення кодексу поведінки адвокатів та його вплив на адвокатську професію. Визначаються міжнародні стандарти щодо змісту кодексу поведінки та відповідність цим стандартам Правил адвокатської етики України. Акцентується увага на взаємозв'язку між дотримання кодексу поведінки адвокатами та підвищенням довіри суспільства до інституту адвокатури.

**Ключові слова:** адвокат, адвокатська етика, кодекс поведінки адвокатів, міжнародні стандарти, правила адвокатської етики, принципи адвокатської етики.

#### Резюме

**Бондарь И. В. Кодекс поведения адвокатов: роль и влияние на профессию.**

В статье исследуются особенности кодекса поведения адвокатов. Раскрываются роль, значение кодекса поведения адвокатов и его влияние на адвокатскую профессию. Определяются международные стандарты содержания кодекса поведения и соответствие этим стандартам Правил адвокатской этики Украины. Акцентируется внимание на взаимосвязи между соблюдением кодекса поведения адвокатами и возрастанием доверия общества к институту адвокатуры.

**Ключевые слова:** адвокат, адвокатская этика, кодекс поведения адвокатов, международные стандарты, правила адвокатской этики, принципы адвокатской этики.

#### Summary

**Bondar I. Behavior code of lawyers: the role and influence on the profession.**

The article reports the peculiarities of the behavior code of lawyers. The role, importance of the behavior code of lawyers and its influence on the lawyer profession is shown in it. The international standards to the code of behavior and regularity the standards of the Ukraine Lawyer Rules of Morality are become clear. The attention is accented on the interconnection between the following of the behavior code by the lawyers and increase of public confidence in the institute of advocacy.

**Key words:** advocate, law morals, behavior code of lawyers, international standards, rules of law morality, principles of law morality.

УДК 346.92

#### І. О. ВІХРОВА

*Ірина Олександрівна Віхрова, кандидат юридичних наук, доцент Міжрегіональної Академії управління персоналом*

### АДМІНІСТРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКІ САНКЦІЇ ЯК ЗАХОДИ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Згідно зі ст. 216 Господарського кодексу (далі – ГК) України учасники господарських відносин несуть господарсько-правову відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до порушників господарських санкцій, що повинно гарантувати захист прав і законних інтересів громадян, організацій та держави і забезпечувати правопорядок у сфері господарювання. Відповідальність у господарських відносинах об'єктивно впливає із суспільного розподілу праці і необхідності організації та узгодження діяльності окремих суб'єктів єдиного процесу суспільного виробництва, розподілу, обміну й споживання. Ця відповідальність виступає важливим засобом утвердження суспільного господарського порядку в економіці, зміцнення правових засад господарювання і підвищення на цій основі ефективності суспільного виробництва. Дослідження господарсько-правової відповідальності (санкцій) виступає як одне з важливих наукових і практичних завдань.

Сказане повною мірою стосується й адміністративно-господарських санкцій – заходів організаційно-правового або майнового характеру, спрямованих на припинення порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності та ліквідацію його наслідків, які згідно зі ст. 238 ГК України можуть бути застосовані до суб'єктів господарювання уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування.

Поняття адміністративно-господарських санкцій вперше введено в теорію і практику правового регулювання господарської діяльності з прийняттям ГК України, але застосовуються вказані санкції вже давно під іншими назвами, зокрема як «фінансові» або «економічні» санкції. Глава 27 ГК України узагальнює та впорядковує адміністративно-господарські санкції, встановлює основні їх види, уніфікує умови, порядок і строки застосування, тобто зводить ці санкції в єдиний інструмент державного впливу на економіку<sup>1</sup>. Включення зазначених санкцій до ГК України обумовило увагу до них у наукових правових дослідженнях<sup>2</sup>.

Проте і нині у спеціальній літературі тривають гострі дискусії щодо адміністративно-господарських санкцій, зокрема щодо їхньої юридичної природи<sup>3</sup>.

Метою цієї статті є надання додаткової аргументації на підтвердження господарсько-правової природи адміністративно-господарських санкцій, аналіз названих санкцій як заходів господарсько-правової відповідальності, обґрунтування пропозицій щодо їх вдосконалення.

Основні характерні, специфічні риси адміністративно-господарських санкцій, що виражають їх сутність і відрізняють від інших господарських санкцій, впливають з їхнього офіційного визначення, закріпленого у ч. 1 ст. 238 ГК України, а також інших відповідних норм закону. Такими рисами є:

1) адміністративно-господарські санкції застосовуються за порушення правил здійснення господарської діяльності, причому тих правил, які встановлені законодавчими актами, а не за порушення договірних або інших зобов'язань чи інших правил ведення господарської діяльності;

2) вказані санкції застосовуються лише до суб'єктів господарювання, до інших учасників господарських відносин вони застосовані бути не можуть;

3) зазначені санкції застосовуються уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування, а не іншими органами чи стороною в зобов'язанні;

4) адміністративно-господарські санкції встановлюються виключно законами, а не підзаконними актами чи договором. Виключно законами визначаються й види цих санкцій, умови та порядок їх застосування.

У спеціальній літературі також зазначається публічний характер адміністративно-господарських санкцій<sup>4</sup>, їх роль як способу захисту прав і законних інтересів суб'єктів господарювання і споживачів<sup>5</sup>, зобов'язальний характер правовідносин із застосування цих санкцій<sup>6</sup>.

Закріплену у ст. 238 ГК України характеристику адміністративно-господарських санкцій як заходів організаційно-правового або майнового характеру, спрямованих на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків, як уявляється, не можна вважати специфічною ознакою саме цих санкцій, оскільки така характеристика більшою або меншою мірою притаманна й іншим видам господарських санкцій, зокрема оперативно-господарським санкціям.

Слід зазначити, що науковці<sup>7</sup> виділяють й інші характерні ознаки адміністративно-господарських санкцій, а саме: 1) відкритий перелік таких санкцій, встановлений ст. 239 ГК України і більш детально регламентований наступними статтями цього Кодексу та іншими законодавчими актами; 2) порядок застосування цих санкцій – здебільшого адміністративний (за рішенням органів державної влади та органів місцевого самоврядування, до компетенції яких входить контроль за дотриманням відповідних актів законодавства у сфері господарювання), а в ряді випадків – судовий; 3) спеціальні строки застосування вказаних санкцій (згідно зі ст. 250 ГК України ці санкції можуть бути застосовані протягом шести місяців з дня виявлення порушення, але не пізніше як через один рік з дня порушення, крім випадків, передбачених законом); 4) наявність встановлених законом (зокрема ст. 249 ГК України) гарантій прав суб'єктів господарювання у разі застосування до них адміністративно-господарських санкцій (право оскарження до суду рішення будь-якого органу державної влади або органу місцевого самоврядування щодо застосування цих санкцій, право на відшкодування збитків, завданих у зв'язку з неправомірним їх застосуванням). Ці ознаки достатньо повно характеризують адміністративно-господарські санкції, проте навряд чи можна віднести їх до числа основних. Вони не відображають сутність цих санкцій, а скоріше мають похідний характер і в цілому визначаються наведеними вище сутнісними ознаками, що знайшли закріплення у ч. 1 ст. 238 ГК України.

Зокрема, стосовно порядку застосування адміністративно-господарських санкцій вважається доречним зазначити, що ініціаторами прийняття рішення про їх застосування органом державної влади, органом місцевого самоврядування чи судом можуть бути й інші суб'єкти. Так, згідно із Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 р. справи про недобросовісну конкуренцію можуть розглядатися і відповідні адміністративно-господарські санкції можуть застосовуватися органами Антимонопольного комітету за заявами осіб, права яких порушені діями, визначеними законом як недобросовісна конкуренція. Аналогічно згідно із Законом України від 2 грудня 2010 р. «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції» перевірки характеристик продукції (і застосування санкцій у разі виявлення відповідних підстав) здійснюються як за планами органів ринкового нагляду, так і за зверненнями споживачів продукції, органів виконавчої влади, виконавчих органів місцевих рад, правоохоронних органів, громадських організацій споживачів. Як приклад застосування адміністративно-господарської санкції у вигляді скасування державної реєстрації суб'єкта господарювання за рішенням суду з ініціативи іншого суб'єкта господарювання можна навести ухвалу господарського суду Київської області про відкриття провадження в адміністративній справі № 254/16-2006 за позовом Державного спеціалізованого підприємства (далі – ДСП) Чорнобильська АЕС до Ріпкинської районної державної адміністрації Чернігівської області про визнання недійсними рішень про державну реєстрацію юридичної особи – Підсобного сільського господарства Виробничого об'єднання ЧАЕС<sup>8</sup>.

Серед характерних рис адміністративно-господарських санкцій часто вказують на те, що вони застосовуються у вертикальних (організаційно-господарських) відносинах. Доречно зауважити, що при цьому може скластися помилкове враження про дію цих санкцій виключно у сфері таких відносин. Як уявляється, така характеристика потребує уточнення, оскільки вона скоріше стосується власне порядку застосування вказаних санкцій, а сфера їх дії – увесь процес організації та здійснення господарської діяльності в цілому, в органічній єдності, взаємопроникненні та взаємодії вертикальних (організаційно-господарських), горизонталь-



них (господарсько-виробничих) та внутрішньогосподарських відносин. Зокрема, застосування такої санкції, як накладення адміністративно-господарського штрафу на суб'єкта господарювання у двократному розмірі необґрунтовано одержаної суми виручки за порушення ним державної дисципліни цін, передбаченої Законом України «Про ціни і ціноутворення» від 21 червня 2012 р., стосується не тільки відносин між таким суб'єктом та відповідним органом державної інспекції з контролю за цінами, а й впливає на відносини цього суб'єкта з його контрагентами і споживачами в плані сприяння захисту їхніх інтересів при визначенні цін, а також на внутрішньогосподарські відносини суб'єкта господарювання, стимулюючи структурні підрозділи такого суб'єкта до неухильного додержання державної дисципліни цін у своїй діяльності.

Серед заходів відповідальності учасників господарських відносин адміністративно-господарські санкції відіграють важливу роль, оскільки саме ці санкції, порівняно з іншими господарськими санкціями, найбільше спрямовані на забезпечення неухильного додержання державної дисципліни, законності та господарського правопорядку, дотримання встановлених законом умов та правил здійснення господарської діяльності. Звідси в реалізації адміністративно-господарських санкцій на передній план висувається функція запобіжна, превентивна («стимулююча»). Застосування цих санкцій забезпечує запобігання господарським правопорушенням у сфері господарювання, стимулює додержання учасниками господарської діяльності норм закону. Адміністративно-господарські санкції тут виступають як форми покарання суб'єкта господарювання – потенційного правопорушника і виконують функції загальної та спеціальної превенції.

Компенсаційна (поновлювальна) функція адміністративно-господарських санкцій у сфері господарювання полягає в тому, що з суб'єкта-правопорушника при застосуванні таких санкцій майнового характеру (адміністративно-господарського штрафу, вилучення прибутку та інших подібних) стягується певна грошова сума і спрямовується в дохід відповідного бюджету, що поновлює витрати держави або територіальної громади. Стосовно санкцій переважно організаційного характеру, не пов'язаних зі стягненням грошової суми, при їх застосуванні завжди має місце відповідний правопоновлювальний організаційний (організаційно-майновий) ефект.

Обліково-інформаційна (сигналізаційна) функція адміністративно-господарських санкцій обумовлена тим, що їх застосування інформує про факт порушення законодавства і викликає необхідність прийняття адекватних заходів з боку як самого суб'єкта господарювання – порушника, так і з боку органів, які здійснюють функції організації, регулювання та управління господарською діяльністю у відповідній сфері.

Незважаючи на те, що ГК України офіційно кваліфікує адміністративно-господарські санкції як один із видів господарських санкцій – засобів господарсько-правової відповідальності учасників господарської діяльності, питання про правову природу цих санкцій в теорії продовжує залишатися дискусійним. Представники науки господарського права вважають зазначені санкції однією з форм (видів) господарсько-правової відповідальності<sup>9</sup>. Серед ряду науковців інших напрямів правознавства існує думка, що ці санкції слід віднести до заходів адміністративної відповідальності<sup>10</sup>, що доцільно розширити коло суб'єктів цієї відповідальності за рахунок юридичних осіб, відповідно змінивши адміністративне законодавство<sup>11</sup>. Доречно зауважити, що реалізація подібної пропозиції потребувала би подолання істотних труднощів теоретичного і практичного характеру<sup>12</sup>, про що свідчить, зокрема, й досвід окремих держав колишнього СРСР<sup>13</sup>.

Як уявляється, наявності думок про «негосподарський» характер адміністративно-господарських санкцій певною мірою сприяє не досить вдала редакція ч. 2 і ч. 3 ст. 217 ГК України, яка надає окремим авторам підстави стверджувати, що вказані санкції створюють окрему групу санкцій і не входять до числа господарських<sup>14</sup>. У зв'язку з цим, на нашу думку, ч. 2 ст. 217 ГК України слід викласти в такій редакції: «У сфері господарювання застосовуються такі види господарських санкцій: відшкодування збитків; штрафні санкції; оперативно-господарські санкції; адміністративно-господарські санкції», а ч. 3 вказаної статті слід виключити. Таким чином буде усунуто незрозумілу і необґрунтовану відмінність між різними видами господарських санкцій, що нині існує в ГК України.

Не вдаючись більш глибоко в означену дискусію, оскільки вона уявляється частиною фундаментальної дискусії щодо природи господарського права в цілому та співвідношення його з правом адміністративним і в силу цього виходить за межі цієї статті, вважаємо до речення звернути увагу на таке. У теорії і практиці, як уявляється, правильніше виходити з офіційного, легального, закріпленого в ГК України положення про адміністративно-господарські санкції як один з видів господарських санкцій – засобів господарсько-правової відповідальності. Це положення знайшло адекватне обґрунтування і в теорії правового регулювання господарської діяльності. Як справедливо зазначає Е. Демський, ні загальні риси, ні ознаки, ні розгляд справ про порушення у сфері господарювання та притягнення до відповідальності в адміністративному порядку ще не означає, що адміністративно-господарські санкції належать до адміністративної відповідальності юридичних осіб. А використання законодавцем вже напрацьованих механізмів та юридичних режимів, апробованих практикою при застосуванні адміністративно-господарських санкцій, є правомірним, доцільним і економічно виправданим<sup>15</sup>.

Заслужує на увагу питання про види адміністративно-господарських санкцій. Характеризуючи ці санкції, О. М. Вінник поділяє їх у цілому на господарсько-організаційні та адміністративно-майнові залежно від характеру спрямування<sup>16</sup>. Підтримуючи по суті такий поділ, слід погодитися з висловленою в літературі думкою про певну некоректність термінологічного позначення цих видів і доцільність поділу зазначених санкцій за їх характером на організаційні (організаційно-правові), в яких явно превалює організаційний елемент, та майнові, з перевагою майнового елемента<sup>17</sup>. Тим більше, що саме такий поділ адміністративно-господарських санкцій – на організаційні та майнові вже використовується у відповідних наукових дослідженнях<sup>18</sup>.

Продовжуючи характеристику видів вказаних санкцій як засобів господарсько-правової відповідальності суб'єктів господарювання, слід зазначити, що перелік видів таких санкцій (ст. 239 ГК України) не є вичерпним. Інші їх види, підстави та порядок застосування встановлюються й іншими законодавчими актами. До інших таких санкцій належать, зокрема, примусовий поділ суб'єкта господарювання, що займає монополіне (домінуюче) становище на ринку, блокування цінних паперів відповідно до ст. 48 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 р., відсторонення керівництва від управління фінансовою установою та призначення тимчасової адміністрації відповідно до ст. ст. 46, 47 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р., призначення тимчасового керуючого (адміністрації) відповідно до ст. 24 Закону України «Про електроенергетику» від 16 жовтня 1997 р., пеня відповідно до ст. 4 Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» від 23 вересня 1994 р. та інші.

Практика правового регулювання господарської діяльності вказує на наявність певних недоліків і проблемних питань у встановленні й застосуванні адміністративно-господарських санкцій. Спостерігається невідповідність норм окремих законів, які передбачають адміністративно-господарські санкції, основним положенням, що закріплені в ГК України. Зокрема, на порушення ст. 239 цього Кодексу, відповідно до якої зазначені санкції можуть встановлюватися лише законами, продовжує діяти низка норм спеціальних законодавчих актів, що були прийняті до введення в дію ГК України і допускають можливість встановлення адміністративно-господарських санкцій підзаконними актами, а також окремі Укази Президента України, якими встановлено адміністративно-господарські санкції<sup>19</sup>.

Така тенденція інколи спостерігається й у деяких підзаконних нормативно-правових актах, прийнятих після набуття чинності ГК України. Зокрема, має місце невідповідність ГК Правил розгляду справ про порушення вимог законодавства на ринку цінних паперів та застосування санкцій, затверджених рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 16 жовтня 2012 р. № 1470. Ці Правила в цілому порушують вимоги ч. 2 ст. 238 ГК України щодо визначення порядку застосування адміністративно-господарських санкцій законодавчими актами.

Підсумовуючи викладене, вважається за доцільне ще раз підкреслити господарсько-правову природу адміністративно-господарських санкцій як заходів господарсько-правової відповідальності, спрямованих на утвердження суспільного господарського порядку в економіці, а також наголосити на необхідності дотримання закріплених у ГК України загальних положень їх встановлення й застосування. Подальші дослідження у цій сфері мають спрямовуватися, як уявляється, на вдосконалення правового регулювання адміністративно-господарських санкцій на базі ГК України, на активізацію використання цих санкцій як дійового засобу запобігання господарським правопорушенням, припинення таких правопорушень та усунення їх наслідків суб'єктами господарювання.

<sup>1</sup> *Хозяйственное право Украины : учеб. / под ред. А. С. Васильева, О. П. Подцерковного. – Х. : Одиссей, 2006. – С. 274.*

<sup>2</sup> *Шевченко Н. Понятие административно-хозяйственных санкций / Н. Шевченко // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 7. – С. 80–82; Щербина В. С. Адміністративно-господарські санкції організаційно-правового характеру: проблеми застосування / В. С. Щербина // Університетські наукові записки. – 2006. – № 1 (17). – С. 138–144; Татькова З. Ф. Відповідальність у формі застосування адміністративно-господарських санкцій / З. Ф. Татькова // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 998–1007 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11tzfagc.pdf> та ін.*

<sup>3</sup> *Лук'янець Д. Про правову природу адміністративно-господарських санкцій / Д. Лук'янець // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 3. – С. 10–15; Рябченко О. П. Сутність адміністративно-господарських санкцій / О. П. Рябченко // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 2. – С. 37–40 та ін.*

<sup>4</sup> *Щербина В. Адміністративно-господарські санкції майнового характеру: проблеми застосування / В. Щербина // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 2 (45). – С. 97.*

<sup>5</sup> *Шевченко Н. Понятие административно-хозяйственных санкций / Н. Шевченко // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 7. – С. 82.*

<sup>6</sup> *Віхров О. П. Організаційно-господарські правовідносини : моногр. / О. П. Віхров. – К. : Слово, 2008. – С. 341–345.*

<sup>7</sup> *Вінник О. М. Господарське право: курс лекцій / О. М. Вінник. – К. : Атіка, 2004. – С. 333; Татькова З. Ф. Вказана праця. – С. 998–1007 та ін.*

<sup>8</sup> *Ухвала господарського суду Київської області від 31 липня 2006 р. у справі № 254/16-2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/168293>*

<sup>9</sup> *Господарське право: підруч. / за ред. О. П. Подцерковного. – Х. : Одиссей, 2010. – С. 341–342; Шевченко Н. Понятие административно-хозяйственных санкций / Н. Шевченко // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 7. – С. 81 та ін.*

<sup>10</sup> *Денисенко О. В. Адміністративно-господарські санкції: проблеми, перспективи та шляхи подолання колізій при їх застосуванні / О. В. Денисенко // Вісник господарського судочинства. – 2010. – № 3. – С. 132; Рябченко О. П. Сутність адміністративно-господарських санкцій / О. П. Рябченко // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 2. – С. 39 та ін.*

<sup>11</sup> *Герасименко Є. С. Питання реформування інституту адміністративної відповідальності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Є. С. Герасименко. – К., 2000. – С. 8; Кротюк В. Фінансові санкції та адміністративна відповідальність: проблема співвідношення / В. Кротюк, А. Іоффе, Д. Лук'янець // Право України. – 2000. – № 5. – С. 29–32.*

<sup>12</sup> *Кравець В. Деякі теоретичні аспекти адміністративної відповідальності юридичних осіб / В. Кравець // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. – Одеса : Юрид. літ., 2001. – Вип. 12. – С. 270–273; Россинский Б. В. Некоторые вопросы совершенствования института административной ответственности юридических лиц / Б. В. Россинский // Административно-правовое регулирование экономических отношений: сб. науч. тр. ; под ред. И. Л. Бачило, Н. Ю. Хамановой – М. : ИГП РАН, 2001. – С. 174–181 та ін.*

<sup>13</sup> Колпаков В. Досвід Росії і Казахстану щодо реформування законодавства про адміністративну відповідальність / В. Колпаков // Підприємство, господарство і право. – 2003. – № 11. – С. 44–47.

<sup>14</sup> Юшина С. І. Адміністративно-господарські санкції та їх застосування в зовнішньоекономічній сфері / С. І. Юшина // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 2. – С. 202.

<sup>15</sup> Демський Е. Співвідношення адміністративної і господарської відповідальності / Е. Демський // Юридична Україна. – 2005. – № 9. – С. 24–29.

<sup>16</sup> Вінник О. М. Вказана праця.

<sup>17</sup> Віхров О. П. Вказана праця. – С. 273.

<sup>18</sup> Щербина В. Адміністративно-господарські санкції майнового характеру: проблеми застосування / В. Щербина // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 2 (45). – С. 97–106.; Щербина В. С. Адміністративно-господарські санкції організаційно-правового характеру: проблеми застосування / В. С. Щербина // Університетські наукові записки. – 2006. – № 1 (17). – С. 138–144 та ін.

<sup>19</sup> Татькова З. Ф. Відповідальність у формі застосування адміністративно-господарських санкцій / З. Ф. Татькова // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 998–1007.

#### Резюме

##### **Віхрова І. О. Адміністративно-господарські санкції як заходи господарсько-правової відповідальності.**

Адміністративно-господарські санкції розглядаються як заходи господарсько-правової відповідальності. Надаються аргументи на підтвердження господарсько-правової природи цих санкцій. Аналізуються основні специфічні риси, що виражають сутність адміністративно-господарських санкцій, сфера застосування цих санкцій, їх види та функції. Пропонується усунення відмінності між адміністративно-господарськими та іншими господарськими санкціями у ст. 217 Господарського кодексу України шляхом внесення змін до тексту цієї статті. Зазначається наявність недоліків і проблем у встановленні й застосуванні адміністративно-господарських санкцій, невідповідність норм окремих законів та підзаконних нормативно-правових актів загальним положенням Господарського кодексу України стосовно цих санкцій. Вносяться пропозиції щодо усунення цих недоліків.

**Ключові слова:** господарські відносини, господарсько-правова відповідальність, господарські санкції, адміністративно-господарські санкції, Господарський кодекс України.

#### Резюме

##### **Віхрова І. А. Административно-хозяйственные санкции как меры хозяйственно-правовой ответственности.**

Административно-хозяйственные санкции рассматриваются как меры хозяйственно-правовой ответственности. Предоставляются аргументы в подтверждение хозяйственно-правовой природы этих санкций. Анализируются основные специфические черты, выражающие сущность административно-хозяйственных санкций, сфера применения этих санкций, их виды и функции. Предлагается устранить различия между административно-хозяйственными и другими хозяйственными санкциями в ст. 217 Хозяйственного кодекса Украины путем внесения изменений в текст этой статьи. Отмечается наличие недостатков и проблем в установлении и применении административно-хозяйственных санкций, несоответствие норм отдельных законов и подзаконных нормативно-правовых актов общим положением Хозяйственного кодекса Украины относительно этих санкций. Вносятся предложения по устранению этих недостатков.

**Ключевые слова:** хозяйственные отношения, хозяйственно-правовая ответственность, хозяйственные санкции, административно-хозяйственные санкции, Хозяйственный кодекс Украины.

#### Summary

##### **Vikhrova I. Administrative economic sanctions as a measure of economic and legal responsibility.**

Administrative economic sanctions are considered as a measure of economic and legal responsibility. Cries arguments in support of economic and legal nature of these sanctions. Analyzes the main specific features, which express the essence of administrative sanctions, the scope of these sanctions, their types and functions. It is proposed to eliminate the distinction between administrative economic and other economic sanctions in Article 217 of the Commercial Code of Ukraine by amending the text of the article. There is the presence of flaws and problems in the establishment and application of administrative economic sanctions, the discrepancy between the rules of certain laws and normative acts to general provisions of the Commercial Code of Ukraine regarding these sanctions. Makes proposals to address these shortcomings.

**Key words:** economic relations, economic and legal responsibility, economic sanctions, administrative economic sanctions, the Economic Code of Ukraine.

**А. А. ГЕРЦ**

*Алла Анатоліївна Герц, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

## **ПОНЯТТЯ ТА ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ У ПЛАСТИЧНІЙ ХІРУРГІЇ**

Проблема збереження й поліпшення фізичної краси турбує людство від найдавніших часів. Так, у стародавніх греків сформувався таке поняття, як калокагатія (грец. – «красивий і хороший») – гармонійне поєднання фізичних (зовнішніх) моральних (духовних, внутрішніх) достоїнств, досконалість людської особистості як ідеал виховання людини. Калокагатія була одночасно соціально-політичним, педагогічним, етичним і естетичним ідеалом. У Сократа краса – одна з найважливіших категорій світобудови. Плотін вважав, що краса – це провідник у світ божественного.

До деякої міри цей ідеал знайшов своє відображення у визначенні здоров'я, що міститься в преамбулі Статуту Всесвітньої організації охорони здоров'я: «здоров'я – це не тільки відсутність хвороб або фізичних дефектів, а стан повного фізичного, душевного та соціального благополуччя». Безумовно, без почуття краси, прекрасного, душевне й соціальне благополуччя було б неповним. Фізична краса й здоров'я – також тісно переплетені поняття. Тому міждисциплінарна галузь медицини, яка отримала назву пластичної, постійно знаходиться в творчому пошуку, перебуває на передньому краю наукових досліджень.

Для того, щоб належним чином охарактеризувати договір про надання медичних послуг у пластичній хірургії, слід визначитися із природою самої послуги в пластичній хірургії: чи є вона видом медичної послуги, якщо є, то за якими ознаками можна її відрізнити від інших медичних послуг і т.д. У законодавстві немає визначення послуги в пластичній хірургії, відтак поняття про неї доводиться формувати на підставі аналізу існуючої нормативно-правової бази.

Метою статті є ґрунтовне дослідження договору про надання медичних послуг у пластичній хірургії.

Дана стаття ґрунтується на аналізі чинного вітчизняного законодавства, а також останніх політичних та економічних перетворень у нашій державі.

Питаннями договірних правовідносин в сфері надання медичних послуг у хірургії займалися у своїх наукових дослідженнях А. Савицька, Н. Гайдай, О. Смотров, Р. Майданик, С. Антонов та інші.

Відповідно до Розділу I Переліку платних послуг, які можуть надаватися в державних та комунальних закладах охорони здоров'я, вищих медичних навчальних закладах та науково-дослідних установах, до послуг, що надаються згідно з функціональними повноваженнями державними і комунальними закладами охорони здоров'я, належить і косметологічна допомога<sup>1</sup>.

Косметологічне обслуговування можна визначити як діяльність закладів охорони здоров'я та фізичних осіб – підприємців, які зареєстровані та одержали відповідну ліцензію в установленому законом порядку, у сфері надання косметологічних послуг, що не обов'язково обмежується косметологічною допомогою. Отже, косметологічна послуга – це діяльність, спрямована на профілактику, діагностику, лікування косметологічних дефектів, що проявляються у зв'язку з хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, та відповідну реабілітацію, а також іншу діяльність, зокрема ту, яка спрямована на усунення, маскування косметологічних дефектів, які не пов'язані із хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, а також на задоволення інших естетичних потреб.

Оскільки косметологія має справу із зовнішнім виглядом тіла людини, то косметологічний дефект – певне, зумовлене різного роду факторами, відхилення від уявлень суспільства або конкретного індивіда про те, яким повинен бути зовнішній вигляд тіла людини.

Послуги в пластичній хірургії можуть здійснюватися відповідними медичними закладами та фізичними особами-підприємцями, за умови їх належної кваліфікації.

*Слід виділити такі особливості послуги в пластичній хірургії:*

- це діяльність, яку можуть здійснювати лише певні суб'єкти;
- ця діяльність здійснюється для задоволення естетичних потреб;

– результатом послуги в пластичній хірургії виступає певна зміна зовнішнього вигляду тіла людини (його частини);

– результат послуги в пластичній хірургії не завжди може бути гарантований особою, яка її надає, оскільки: деякі косметологічні послуги вимагають належних дій з боку особи, яка звернулася за наданням послуги, а також тому, що індивідуальні властивості кожного людського організму не завжди можна до кінця врахувати; більше того, не завжди можна зрозуміти дійсні побажання особи і її уявлення щодо результату послуги в пластичній хірургії.

На сьогодні досить складно практично встановити межу між послугою в пластичній хірургії та іншими суміжними медичними послугами. Так, уже згаданий Перелік платних послуг, які можуть надаватися в державних та комунальних закладах охорони здоров'я, вищих медичних навчальних закладах та науково-дослідних установах у старій редакції хірургічну корекцію відносив до косметологічної допомоги. Хірургічна операція, хірургічне втручання або оперативне втручання – комплекс впливів на тканини або органи людини, що проводяться лікарем з метою лікування, діагностики, корекції функцій організму, виконуваний за допомогою різних способів роз'єднання, переміщення і з'єднання тканин<sup>2</sup>. Відтак, невиправданим є віднесення будь-якого хірургічного втручання до косметологічних послуг. Тому популярне сьогодні лазерне видалення судин і т.п., яке пропонується як косметологічна послуга, важко таким назвати.

Проблема розмежування косметологічної послуги від інших медичних послуг існуватиме, допоки не буде врегульовано на законодавчому рівні питання надання різних видів медичних послуг. Таке врегулювання, окрім можливого вирішення цієї теоретичної проблеми, вирішить проблему правового вакууму у цій сфері.

Законодавство України майже не регулює сферу пластичної хірургії і їй приділяється мало уваги. Відсутній закон про пластичну хірургію, який би встановлював загальні вимоги до естетичного хірурга. Тому цією діяльністю займаються хірурги різних спеціальностей – загальні хірурги, онкохірурги, щелепно-лицьові хірурги та інші. Потенційний пластичний хірург повинен мати сертифікат про спеціальність хірурга. У разі, якщо пацієнт бажає провести операцію, наприклад, із видозміни форми носа чи молочних залоз, то хірург повинен підтвердити своє право на проведення такої операції посвідченням про проходження курсів вдосконалення з певного розділу пластичної хірургії (наприклад, пластичної хірургії обличчя або пластичної хірургії молочних залоз, відповідно).

Для того, щоб охарактеризувати договір про послуги в пластичній хірургії, слід відштовхуватися від загальних положень про договір, загальних положень про послуги Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), а також медичного законодавства.

Відтак, *договір про надання послуг у пластичній хірургії можна визначити як домовленість, за якою одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) із дотриманням законодавства про охорону здоров'я надати послугу в пластичній хірургії, яка може полягати у профілактиці, діагностиці, лікуванні косметологічних дефектів, що проявляються у зв'язку з хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, та відповідній реабілітації; усуненні, маскуванні косметологічних дефектів, які не пов'язані із хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами; задоволенні інших естетичних потреб, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором або законом.*

У договорі повинна бути зазначена інформація про властивості та ризики такої операції, місце її здійснення, а також прізвище ім'я та по батькові особи, яка буде виконувати операцію. У даному випадку в договорі потрібно виділити преамбулу, в якій у доступній формі буде розшифровано значення всіх медичних та спеціальних термінів, що використовуються в тексті договору. Адже нерозкриття змісту цих термінів може трактуватися як неповне інформування пацієнта, який не є фахівцем у сфері медицини.

Лікар зобов'язаний надати інформацію про стан здоров'я пацієнта, можливі ризики чи негативні наслідки після проведення операції, наприклад, шрами, зниження рівня чутливості, набряклість, больові відчуття протягом певного періоду часу, зміна кольору шкіри в холодну погоду тощо.

Договір про надання послуг у пластичній хірургії є консенсуальним і вважається укладеним за умови досягнення сторонами згоди з усіх істотних умов.

Предметом договору є надання послуги в пластичній хірургії, яка споживається в процесі вчинення дій або провадження пластично-хірургічної діяльності. Специфіка предмета договору знайшла відображення в тому, що цей правочин має гарантувати безпеку послуги в пластичній хірургії для пацієнта. Нерідко дані послуги пов'язані з можливістю заподіяння шкоди здоров'ю пацієнта, їх надання допускає вірогідність проявів супутніх, побічних шкідливих властивостей впливу послуги в пластичній хірургії на організм людини. Усунути вірогідність проявів шкідливих властивостей деяких послуг у пластичній хірургії виконавець об'єктивно не в змозі, про що замовник обов'язково повинен бути поінформованим. Відтак договір про надання послуг у пластичній хірургії належить до групи так званих алеаторних (ризикових) правочинів.

Відповідно до ч. 3 ст. 626 ЦК України договір про надання послуг у пластичній хірургії є двостороннім, оскільки правами та обов'язками наділені обидві сторони договору. Характерним є те, що при наданні певних пластичних послуг виконавець має право вимагати від замовника дотримання обов'язку сприяти виконавцеві в наданні послуги (наприклад, не робити мимовільних рухів), дотримуватися правил, які захистять замовника від можливих негативних наслідків для здоров'я після надання послуги в пластичній хірургії.

Цей договір є оплатним, якщо інше не встановлено ним, законом або не впливає із суті цього договору.

Виходячи із суб'єктного складу договору про надання послуг у пластичній хірургії, цей договір відповідно до ч. 1 ст. 633 ЦК України є публічним.

Щодо строку, то даний договір може укладатися на строк, який, як правило, об'єктивно залежить від можливостей конкретного виду пластичної послуги, від характеристик пластичного дефекту та бажаного результату, який необхідно досягти.

Відповідно до ч. 2 ст. 901 ЦК України до договору про надання послуг у пластичній хірургії застосовуються положення Глави 63 ЦК України «Послуги. Загальні положення про послуги», якщо це не суперечить суті цього зобов'язання<sup>3</sup>.

Місце укладення договору про надання медичних послуг (у т.ч. і договору про надання послуг у пластичній хірургії) у системі договірних прав України визначається його особливостями щодо безпеки, якості та гарантованості результатів надання послуги, обов'язку виконавця послуги щодо ініціативного надання необхідної інформації споживачу<sup>4</sup>.

Укладення договору про надання послуг у пластичній хірургії, як і всіх інших договорів, здійснюється в порядку, передбаченому Главою 53 ЦК України з врахуванням особливостей даного договору.

Через відсутність у сучасному законодавстві України типових умов договору про надання послуг у пластичній хірургії практикується їх укладення з урахуванням специфіки конкретної пластичної послуги та доцільності встановлення тих чи інших умов договору.

Оскільки договір про надання послуг у пластичній хірургії є публічним, то відповідно до ч. 2 ст. 633 ЦК України його умови встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані пільги.

Істотною умовою договору про надання косметологічних послуг є предмет – послуга в пластичній хірургії. Замовник, як правило, може обрати послугу з тих, які пропонує виконавець, і вказати на необхідний результат без визначення порядку надання самої послуги. Виконавець послуги в пластичній хірургії пов'язаний ініціативними вказівками замовника, однак, якщо такі вказівки є об'єктивно нікчемними (суперечать загальноприйнятим у медицині правилам, загрожують негативними наслідками або ускладнюють надання пластичної послуги тощо), вони у договір не включаються.

Важливою характеристикою послуги в пластичній хірургії є її якість. Відповідно до п. 13 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів» належна якість послуг визначена як властивість послуги, що відповідає вимогам, встановленим для категорії послуг у нормативно-правових актах та нормативних документах, та умовах договору із пацієнтом<sup>5</sup>. Однак процедура встановлення якості послуги може виявитись доволі складною, а результати – відносними<sup>6</sup>.

Якість медичної послуги визначається у літературі щонайменше чотирма критеріями:

- матеріально-технічна база;
- підготовлені кадри;
- раціональне використання ресурсів охорони здоров'я;
- задоволеність пацієнта.

Деякі автори виділяють свої складові: технічна якість (відповідність стандартам), задоволеність пацієнта, економічність і безпека<sup>7</sup>.

Ще однією і не менш важливою ознакою послуги в пластичній хірургії є її безпечність. Якщо якість послуги в пластичній хірургії свідчить про досягнення реального результату, характеристики якого відповідають «задекларованому», то безпека послуги в пластичній хірургії свідчить про відсутність загрози здоров'ю і життю замовника. Безпека, як і якість, залежить від приладів та засобів, які використовуються виконавцем, а також від дій самого виконавця.

Відповідно до ч. 1 ст. 44 Основ законодавства України про охорону здоров'я, у медичній практиці застосовуються методи профілактики, діагностики, лікування, реабілітації та лікарські засоби, дозволені до застосування центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я<sup>8</sup>. Таке становище, на нашу думку, покликане гарантувати не лише безпеку, а й якість медичних послуг, в т.ч. і в пластичній хірургії.

На практиці досить часто змішують поняття якість і безпека. Так, у справі № 2-136<sup>9</sup> позивач отримав внаслідок лазерної епіляції опіки пов'язував саме з неналежною якістю послуги. Суд у цій справі не розмежував понять «якість» та «безпека». Таке ж саме трактування понять позивачем ми знаходимо у справі № 757/17199/13-ц<sup>10</sup>, однак суд не ототожнював ці поняття, а наслідки у вигляді опіків пов'язував з неналежними якістю і безпекою послуги.

При наданні послуг у пластичній хірургії, як і всіх медичних, ознаки якості та безпеки тісно між собою переплетені, і неякісне надання послуги в пластичній хірургії може потягнути загрозливі наслідки для здоров'я або життя замовника, а тому їм варто приділити особливу увагу при укладенні договору.

Ще одна особливість договору про надання послуг у пластичній хірургії пов'язана з підвищеними вимогами до виконавця послуги стосовно надання необхідної інформації. Цей договір передбачає обов'язок ініціативного надання виконавцем (тобто за власною ініціативою, яка не потребує попередньої згоди чи погодження) замовникові інформації, що об'єктивно дає змогу прийняти свідоме рішення завдяки розкриттю в доступній формі можливої небезпеки, яку приховує в собі послуга в пластичній хірургії, її супутні та подальші наслідки.

Важливою умовою договору про надання послуг у пластичній хірургії є ціна за послуги та порядок проведення розрахунків. Отже, в договорі повинен бути зазначений порядок розрахунків. Тобто, може бути зазначено, що буде ціна за операцію стійкою, чи від певних умов вона буде збільшена чи, навпаки, зменшена. Проте, якщо не зазначено, що ціна може бути збільшена, то після надання послуг медичний працівник не може підвищити плату за послугу більше, ніж та, що була визначена. У договорі сторони можуть передбачити додаткову плату за підвищений рівень комфорту.

Послуги повинні оплачуватися, на наш погляд, вже після їх виконання. Якщо не було проведено операції або не було надано послуг з підвищення рівня комфорту, пацієнт має право на розірвання договору, оскільки зобов'язання не було виконано.

Якщо ж буде додержано всіх умов договору, пацієнт зобов'язаний сплатити суму за надані послуги в повному обсязі. Після оплати наданих медичних послуг важливо отримати розрахунковий документ – чек або квитанцію до прибуткового касового чеку – без цього, у разі виникнення певних суперечностей, довести, що сума була сплачена згідно з умовами договору про надання медичних послуг у сфері пластичної хірургії буде важко.

Питання плати за договором про надання послуг у пластичній хірургії сторони вирішують відповідно до ст.ст. 632, 903–904 ЦК України.

Повинен бути вказаний строк дії договору, оскільки це забезпечить пацієнту обов'язкове виконання умов договору про надання медичних послуг лікарем та медичним закладом, в якому проводиться операція.

Умова щодо строку у договорах про надання послуг у пластичній хірургії найчастіше вирішується шляхом вказівки на кількість процедур, сеансів тощо з визначенням інтервалів між ними. Досить часто дотримання строків між проведенням процедур є запорукою досягнення їх загальної мети, а тому умову щодо строку у договорах про надання послуг у пластичній хірургії можна оцінювати як істотну, що впливає із суті зобов'язання.

Інколи, зважаючи на характер косметологічного дефекту, індивідуальних властивостей організму людини, неможливо передбачити конкретний строк надання послуг у пластичній хірургії, натомість залишається можливим лише визначити «середньостатистичний», характерний для певного виду послуг.

На практиці питання щодо строку може і не вирішуватися, а сама послуга надається одноразово одразу ж після звернення до виконавця і погодження усіх істотних умов договору.

Зобов'язання з надання послуг у пластичній хірургії ґрунтуються на довірі, що зумовлено особистим виконанням і відкритістю відносин між замовником та виконавцем. У разі виникнення потреби в наданні послуги в пластичній хірургії пацієнт звернеться до медичної установи, якій він довіряє.

Форма договору про надання послуг у пластичній хірургії повинна відповідати загальним положенням ЦК України (ст.ст. 208, 639). У будь-якому випадку, відповідно до ч. 8 ст. 10 Закону України «Про захист прав споживачів», виконавець зобов'язаний видати замовнику розрахунковий документ, що засвідчує факт надання послуги.

Дуже часто договір про надання послуг у пластичній хірургії є договором приєднання – пацієнт послуги просто погоджується на умови, запропоновані виконавцем. Відтак, пацієнту пропонується вже готова форма договору.

Після укладення договору він повинен бути скріплений підписами та печаткою медичного закладу. У тексті необхідно зазначити, що договір складається в двох екземплярах (один для медичної установи, другий – для пацієнта). Пацієнт, у свою чергу, повинен забрати другий екземпляр, оскільки це є забезпеченням його прав на виконання послуги і в разі необхідності – задля примушення лікаря чи медичного закладу виконати свої зобов'язання.

Таким чином, особливість договору про надання медичних послуг у пластичній хірургії зумовлюється специфікою його предмета. Особливостями даного договору є:

- він належить до групи так званих алеаторних (ризикових) правочинів. Однак він має гарантувати безпеку послуги в пластичній хірургії для замовника;
- специфіка обумовлення якості послуги в пластичній хірургії;
- цей договір передбачає обов'язок ініціативного надання виконавцем (тобто за власною ініціативою, яка не потребує попередньої згоди чи погодження) замовникові інформації, яка об'єктивно дає змогу прийняти свідоме рішення завдяки розкриттю в доступній формі можливої небезпеки, яку криє в собі послуга в пластичній хірургії, її супутні та подальші наслідки;
- виконавцями послуги можуть бути заклади охорони здоров'я (суб'єкти господарювання на підставі ліцензії за умови виконання кваліфікаційних, організаційних, інших спеціальних вимог) та фізичні особи – підприємці, які відповідають єдиним кваліфікаційним вимогам, з метою надання певних видів медичних послуг;
- дуже часто договір про надання послуг у пластичній хірургії є договором приєднання. Відтак, замовнику пропонується вже готовий формуляр договору. Однак використання формулярів виконавцем попри їх зручність не завжди дає змогу врахувати індивідуальні особливості і потреби замовника;
- неможливість виконавця забезпечити стовідсоткову гарантію досягнення запланованих результатів послуги в пластичній хірургії.

<sup>1</sup> Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних закладах охорони здоров'я та вищих медичних закладах освіти : постанова Кабінету Міністрів України від 17 вересня 1996 р. № 1138 (в редакції від 1 лютого 2014 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1138-96-p>

<sup>2</sup> Medterms.com.ua : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://medterms.com.ua/publ/medichni\\_termini\\_na\\_literu\\_kh/khirurgichna\\_operacija/24-1-0-731](http://medterms.com.ua/publ/medichni_termini_na_literu_kh/khirurgichna_operacija/24-1-0-731)

<sup>3</sup> Цивільний кодекс України (в редакції від 6 лютого 2015 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>4</sup> Майданик Р. Договір про надання медичних послуг / Р. Майданик // Медичне право. – 2010. – № 5 (1). – С. 56.

<sup>5</sup> Про захист прав споживачів : Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-ХІІ (в редакції від 3 січня 2015 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>

<sup>6</sup> Гайдай Н. Правове регулювання та особливості договорів про надання медичних послуг / Наталія Гайдай // Юстиніан. – 2010. – № 10.

<sup>7</sup> Чехун О. В. Надання платних медичних послуг: цивільно-правові аспекти / О. В. Чехун // Часопис Київського ун-ту права. – 2010. – № 2.

<sup>8</sup> Основи законодавства України про охорону здоров'я (в редакції від 1 січня 2015 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>

<sup>9</sup> Рішення Галицького районного суду м. Львова від 26 грудня 2011 р. у справі № 2-136 // Єдиний державний реєстр судових рішень України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua>

<sup>10</sup> Рішення Печерського районного суду м. Києва від 3 січня 2013 р. у справі №757/17199/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua>

### Резюме

#### **Герц А. А. Поняття та особливості договору про надання медичних послуг у пластичній хірургії.**

Стаття присвячена договору про надання медичних послуг у пластичній хірургії.

Особлива увагу звертається на те, що питання правового регулювання договірних відносин у сфері надання медичних послуг у пластичній хірургії залишається не вивченим та законодавчо не закріпленим. Все це породжує низку суперечностей на практиці. Проведено дослідження основних понять, які використовуються у договірних відносинах у сфері надання медичних послуг у пластичній хірургії та сформульовано у зв'язку з цим висновки та пропозиції щодо удосконалення національного законодавства.

**Ключові слова:** договір про надання медичних послуг, пластична хірургія, пацієнт, медичний працівник, якість послуги, безпека послуг, інформація про послугу.

### Резюме

#### **Герц А. А. Понятие и особенности договора о предоставлении медицинских услуг в пластической хирургии.**

Статья посвящена договору о предоставлении медицинских услуг в пластической хирургии.

Особое внимание обращается на то, что вопрос правового регулирования договорных отношений в сфере оказания медицинских услуг в пластической хирургии остается не изученным и законодательно не закреплённым. Все это порождает ряд противоречий на практике. Проведено исследование основных понятий, используемых в договорных отношениях в сфере оказания медицинских услуг в пластической хирургии, сформулированы в связи с этим выводы и предложения по совершенствованию национального законодательства.

**Ключевые слова:** договор о предоставлении медицинских услуг, пластическая хирургия, пациент, медицинский работник, качество услуги, безопасность услуг, информация об услуге.

### Summary

#### **Herts A. The concept and features of the agreement on the provision of medical services in plastic surgery.**

The article is devoted to the contract to provide medical services in plastic surgery.

Particular attention is drawn to the fact that the legal regulation of contractual relations in the area of medical services in plastic surgery is not understood and is not legally fixed. All this raises a number of contradictions in practice. A study of the basic concepts used in contractual relations in the field of medical services in plastic surgery and formulated in this regard the conclusions and proposals to improve national legislation.

**Key words:** contract for the provision of health services, plastic surgery, the patient, medical professional, quality of service, security service, information about the service.

УДК 347.91/.95

### **I. О. ІЗАРОВА**

*Ірина Олександрівна Ізарова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## **ПРИНЦИПИ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ЄС**

Принципи права виступають фундаментом всієї системи права – вони є основоположними керівними засадами, ідеями, які виражають зміст права<sup>1</sup> та визначають загальну спрямованість правового регулювання суспільних відносин<sup>2</sup>. Принципи пронизують собою всі чи практично всі правові норми<sup>3</sup>, надають системі права стійкості, стабільності й визначеності, а також окреслюють напрями її подальшого розвитку<sup>4</sup>. Їх прийнято визначати як основоположні засади, що обумовлено тією роллю, яку вони відіграють у існуванні та розвитку права<sup>5</sup>.

Дійсно, без принципів неможливо уявити цілісну модель права чи окремої галузі. Питання про принципи цивільного процесу ЄС взаємопов'язане із визначенням його місця у правовій системі ЄС. Отже, принципи міжнародного приватного права та національного цивільного процесуального права теж характеризують його як окрему галузь права, виявляючи характерні риси й особливості.



Принципи цивільного процесу ЄС не є розрізненими правовими категоріями, а утворюють власну систему. Поняття системи принципів права однієї галузі зазвичай розкривається через такі характеристики правових принципів, як їх єдність, взаємопов'язаність та взаємозалежність. Це означає, що принципи права не діють у правовому регулюванні суспільних відносин самостійно один від одного; вони завжди реалізуються комплексно: тобто застосування одного принципу обумовлює застосування інших, і навпаки – порушення одного тягне за собою порушення інших.

Ці ознаки характеризують і систему принципів цивільного процесу ЄС, яка поєднує принципи національного цивільного процесуального права, цивільного процесу ЄС та міжнародного приватного права. Так, взаємопов'язаними між собою є принципи диспозитивності та змагальності сторін у процесі, а їх застосування, в свою чергу, неможливе без застосування принципу закону суду<sup>6</sup>. Принципи цивільного процесу ЄС одночасно пов'язані з правовою системою ЄС та положеннями міжнародного законодавства та разом із тим є частиною національно-правової системи. Отже, вони одночасно є і національними, і наднаціональними, і міжнародно-правовими принципами.

Усі принципи, які містяться в нормах національного цивільного процесуального законодавства, реалізуються в цивільному судочинстві, яке ускладнене іноземним елементом. Але в таких справах важливе значення має тісний зв'язок міжнародного приватного права та міжнародного цивільного процесу<sup>7</sup>, тому у провадженнях за участі іноземних осіб застосовуються також принципи міжнародного приватного права (принцип взаємності; принцип міжнародної ввічливості; принцип надання національного режиму; принцип закону місця суду (*lex fori*); принцип автономії волі сторін); а в силу публічно-правового характеру міжнародного цивільного процесу – принципи міжнародного публічного права (принцип загальної поваги до прав людини; принцип сумлінного виконання міжнародних зобов'язань; принцип суверенної рівності держав; принцип судового імунітету держави, її дипломатичних та консульських представників)<sup>8</sup>.

Не всі принципи міжнародного приватного права властиві цивільному процесу ЄС, не зважаючи на їх тісний взаємозв'язок; при реалізації в перших загальноєвропейських процедурах вони отримують новий зміст. Наприклад, принцип закону місця суду (*lex fori*) є одним із основоположних принципів міжнародного цивільного процесу, який зобов'язує суд при розгляді справ за участю іноземних осіб керуватися законом судочинства своєї країни. Необхідність застосування даного принципу обумовлюється тим, що власне процесуальне право буде застосоване судом більш грамотно, швидко та впевнено<sup>9</sup>. Застосування закону суду обґрунтовується практичною доцільністю та зручністю, суддя за своєю посадою знає власне процесуальне право і застосовує його, тоді як застосування іноземного процесуального права вимагає від суддів спеціальної підготовки, і на практиці неможливо вимагати від суду професійного знання процесуального права інших держав<sup>10</sup>.

К. Крамер зауважує, що принцип *lex fori*, який визначає правила судової діяльності як наслідок впливу державного суверенітету, там, де ці правила єдині, має мало практичного значення<sup>11</sup>. Характеризуючи міжнародне приватне право як найбільш невлесну сферу права, оскільки воно не є ні матеріальною, ні процесуальною галуззю, авторка підкреслює, що воно є сукупністю правових норм, яка спрямована на координацію різних правових систем в транскордонних справах.

Практика ЄСПЛ вказує на те, що в межах ЄС реалізація принципу *lex fori* особлива. Так, у справах Коста проти ENEL 1964р. Суд постановив, що права Союзу повинні мати пріоритет у випадку колізії з національним законодавством<sup>12</sup>, а у справі *Handelsgesellschaft* 1970 р., в якій німецький суд постановив, що частина законодавства ЄЕС порушує Основний закон Німеччини, Суд зазначив, що застосування закону Співдружності не може залежати від його узгодженості з національними конституціями або законами, а основні права є невід'ємною частиною загальних принципів законодавства Європейського Співтовариства, тому в цьому випадку всі розбіжності суперечать європейському закону<sup>13</sup>.

Водночас варто зауважити, що сутність *lex fori* залишається незмінною: тепер кожний компетентний суд держав – членів ЄС має два процесуальні режими – національний та наднаціональний. За зверненням особи, що здійснюється відповідно до положень національного цивільного процесуального законодавства, суд буде користуватися для розгляду і вирішення справи відповідним національним законом. У разі звернення згідно з вимогами загальноєвропейських процедур для розгляду цивільних і комерційних справ транскордонного характеру компетентний суд держави-члена буде виступати як суд системи ЄС, застосовуючи положення наднаціонального законодавства.

В. В. Ярков вважає, що принципами міжнародного цивільного процесу є положення, які відображені в Європейській конвенції та судовій практиці ЄСПЛ (забезпечення доступності судового захисту та права на справедливий суд тощо); разом із тим, як і Х. Шак, до спеціальних принципів він відносить *lex fori*, принципи рівності та взаємності<sup>14</sup>.

Серед спеціальних принципів міжнародного цивільного процесуального права виділяють такі: принцип рівності судових процесів держав, принцип контрольованої множинності процесів (*lis alibi pendens*), принцип ефективності засобів правового захисту, принцип міжнародного судового співробітництва та принцип визнання іноземних судових рішень<sup>15</sup>; *lex fori*<sup>16</sup>; принцип пріоритету міжнародних договорів України перед національним законодавством; принцип надання іноземним особам у цивільному судочинстві національного режиму; принцип судового імунітету іноземних держав; принцип дотримання юрисдикції судів та інших правозастосовних органів іноземних держав<sup>17</sup>; принцип правової визначеності; принцип належної компетенції суду щодо сторін; правило про належне повідомлення відповідача і його право надати свої пояснення; принцип пропорційності і терміновості при застосуванні забезпечувальних заходів; принцип стабільнос-

ті судового розгляду; принцип добросовісності виконання обов'язків сторонами та їх представниками; принцип доцільності об'єднання вимог і вступу в процес третіх осіб; принцип доступності процесуальної інформації та доказів; принцип поєднання письмових та усних пояснень; принцип обов'язку суду визначити норми права і фактичні обставини справи; принцип мотивованості судового рішення; принцип сприяння примиренню сторін (медіативного урегулювання спору); принцип виконуваності судового рішення; принцип міжнародного юрисдикційного співробітництва<sup>18</sup>.

Положення міжнародного права, конкретизовані в численних універсальних і регіональних конвенціях та міжнародних договорах про правову допомогу, теж є джерелом принципів цивільного процесу ЄС. Передусім слід згадати про основоположні акти міжнародного права:

– принципи загальної поваги до прав людини; рівності перед законом (ст. 7); доступності правосуддя, незалежності та неупередженості суду (ст. 10), закріплені у Загальній декларації про права людини 1948 р.<sup>19</sup>;

– принципи доступності правосуддя, незалежності та неупередженості суду, здійснення правосуддя в розумні строки, гласності як складові права особи на справедливий суд, закріплені в Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (п. 1 ст. 6)<sup>20</sup>;

– принципи рівності перед судом, незалежності та неупередженості суду, публічності, закріплені у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 р. (п. 1 ст. 14)<sup>21</sup>;

– принципи невтручання у внутрішні справи держав, мирного вирішення спорів, суверенної рівності держав та співробітництва, сумлінного виконання міжнародних зобов'язань, закріплені в Декларації про принципи міжнародного права, які стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН 1970 р.

Принципи цивільного процесу ЄС також містяться у багатосторонніх конвенціях, в положеннях яких розкриваються основні ідеї про доступність правосуддя в транскордонних справах:

– принцип надання правової допомоги та виконання судових доручень між судами, принцип безплатної правової допомоги, принцип недопустимості залого *judicatum solvi*; а також принцип недопустимості тюремного ув'язнення за борги було закріплено Конвенцією з питань цивільного процесу 1954 р.<sup>22</sup>;

– принцип надання правової допомоги та виконання судових доручень між судами було розвинуто в положеннях Конвенції про вручення за кордоном судових та позасудових документів у цивільних або комерційних справах 1965 р.<sup>23</sup>, а також Гаазької конвенції від 18 березня 1970 р. про витребування доказів за кордоном у цивільних або комерційних справах<sup>24</sup>;

– принцип визнання іноземних судових рішень, принцип узгодження юрисдикції, закріплені Брюссельською конвенцією про юрисдикцію та виконання судових рішень в цивільних і комерційних справах 1968 року<sup>25</sup> та ін.

Як і в будь-якій процесуальній галузі права, недотримання принципів міжнародного цивільного процесу тягне порушення основних правових засад порядку судочинства й ухвалення незаконних судових рішень<sup>26</sup>. З огляду на це, слушно видається класифікація, запропонована Н. Ендрюсом, відповідно до якої принципи цивільного процесу варто поділяти на фундаментальні та так звані «інші» принципи, істотна відмінність між якими полягає в тому, що фундаментальні принципи цивільного судочинства розглядаються як стандарти, ігнорування яких унеможливило б справедливий судовий розгляд, тоді як інші принципи, які не є фундаментальними, не ставлять під загрозу результати судового розгляду<sup>27</sup>.

Оскільки принципи цивільного процесу ЄС мають надзвичайно складну природу, вони нормативно закріплені і на наднаціональному, і на міжнародному рівнях. Як фундаментальні засади здійснення правосуддя у цивільних і комерційних справах транскордонного характеру принципи цивільного процесу ЄС впливають із положень багатьох актів ЄС – установчих договорів ЄС, регламентів, директив, а також можуть формуватися за допомогою судової практики.

*Основна ідея і фундаментальний принцип цивільного процесу ЄС полягає в тому, що загальноєвропейські процедури не є обов'язковими для застосування, а можуть бути використані для захисту прав осіб в транскордонних справах як альтернатива національному порядку захисту.*

*Пріоритетність положень загальноєвропейських процедур над положеннями національного процесуального законодавства, що зумовлює необхідність узгодження останнього з вимогами наднаціонального законодавства ЄС, є основною ідеєю і принципом цивільного процесу ЄС. Його сутність полягає в тому, що відмінності положень національного законодавства держав-членів можна подолати за допомогою загальнообов'язкового альтернативного законодавства ЄС.*

*Принципи альтернативності та автономності загальноєвропейських процедур впливають із положень наднаціонального законодавства ЄС. У рішенні Суду ЄС роз'яснено, що Європейська процедура видачі судового наказу доступна в якості додаткового й необов'язкового порядку захисту прав, вона є взаємно незалежною із процедурами, які передбачені національним процесуальним законом держави компетентного суду. Ця процедура не замінює й не гармонізує механізми, наявні в національному законодавстві, а тільки існує паралельно з національним законодавством в якості додаткового порядку захисту права позивача. У зв'язку із цим заявник не позбавлений можливості використовувати будь-який із запропонованих способів захисту свого права, доступний відповідно до законодавства держави-члена, або відповідно до законодавства Співтовариства, для захисту своїх прав<sup>28</sup>.*

Положення регламентів, що запроваджують загальноєвропейські процедури із розгляду транскордонних справ має пріоритет над положеннями національного законодавства держав – членів ЄС. Так, у ст. 26

Регламенту № 1896/2006 зазначено, що національне законодавство застосовується тільки до тих процесуальних дій, які ним не врегульовані. Суд ЄС у своїх рішеннях неодноразово зауважував, що Регламент № 1896/2006 слід тлумачити як керівні вичерпні вимоги, що пред'являються до процедури видачі Європейського судового наказу про оплату, заявки, а положення національного законодавства повинні застосовуватися тільки до тих відносин, які не врегульовані цим положенням. Зокрема, у ст. 7 закріплено вимоги до змісту і форми заявки, у додатках запропоновано стандартні форми, і немає жодної вказівки про те, що держави-члени можуть запроваджувати додаткові вимоги відповідно до свого національного законодавства, що доповнюють або уточнюють вимоги до такої заявки<sup>29</sup>.

У своєму рішенні у справі Еко косметік проти пані Дюпуї Суд ЄС вказав, що з огляду на відсутність конкретних положень Регламенту № 1896/2006 щодо дій відповідача у тому разі, коли йому стало про нього відомо в процесі приведення його у виконання, повинні застосовуватися положення національного законодавства держави компетентного суду<sup>30</sup>.

*Отже, принципом цивільного процесу ЄС є принцип автономності загальноєвропейських процедур, відповідно до якого провадження здійснюється в передбаченому законодавством ЄС порядку, що повністю охоплює процесуальні дії із розгляду і вирішення справи. Положення національного процесуального законодавства повинні застосовуватися тільки у тому разі, якщо положеннями регламентів ЄС не врегульовані конкретні відносини.*

Підсумовуючи, слід зазначити таке. Принципи цивільного процесу ЄС можна охарактеризувати як загальні засади, що лежать в основі загальноєвропейського регулювання транскордонних цивільних процесуальних відносин, встановлюють єдині процедури розгляду цивільних і комерційних справ, ускладнених транскордонним елементом, забезпечують досягнення доступності правосуддя і гарантій належного судового захисту незалежно від держави-члена компетентного суду.

До фундаментальних принципів цивільного процесу ЄС варто віднести:

- принцип пріоритетності положень загальноєвропейських процедур над положеннями національного процесуального законодавства;
- принцип альтернативності, відповідно до якого загальноєвропейські процедури не є обов'язковими для застосування, а можуть бути використані для захисту прав осіб в транскордонних спорах;
- принцип автономності загальноєвропейських процедур, відповідно до якого розгляд транскордонних справ відбувається в передбаченому законодавством ЄС порядку, який повністю охоплює провадження в суді першої інстанції.

<sup>1</sup> Алексеев С. С. Общая теория права : курс : в 2-х т. / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1981. – Т. 1. – 359 с. – С. 98; Алексеев С. С. Право : азбука – теория – философия : опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – 712 с. – С. 293.

<sup>2</sup> Общая теория государства и права : академический курс : в 3-х томах / отв. ред. проф. М. Н. Марченко. – изд. 2-е, перераб. и доп. – М. : ИКД «Зерцало – М», 2002. – Т. 2. – 528 с. – С. 75.

<sup>3</sup> Алексеев С. С. Проблемы теории права / С. С. Алексеев. – Свердловск, 1972. – Т. 1. – С. 102.

<sup>4</sup> Цивільне процесуальне право : підруч. / [І. С. Ярошенко, І. О. Ізарова, О. М. Єфімов та ін.]; за заг. ред. І. С. Ярошенко. – К. : КНЕУ, 2014. – 519 с. – С. 31. (Автор розділу – І. О. Ізарова).

<sup>5</sup> Гражданский процесс / под ред. В. В. Яркова. – 6-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 703 с.

<sup>6</sup> Див. рішення Суду ЄС у справі Goldbet Sportwetten GmbH v Massimo Sperindeo, в якому він зауважив, що відповідач може подати свої заперечення, використовуючи стандартну форму ЕОР, проте суди повинні брати до уваги будь-які інші письмові заяви про заперечення, якщо вони виражені достатньо зрозуміло. Якщо відповідач заперечує проти заявленої вимоги у встановлений термін, суд повинен припинити європейський порядок видачі судового наказу для сплати і справа автоматично переходить до звичайного розгляду в порядку національного цивільного процесуального законодавства. Judgment of the Court (Third Chamber) of 13 June 2013. Goldbet Sportwetten GmbH v Massimo Sperindeo. Reference for a preliminary ruling: Oberster Gerichtshof – Austria: [Electronic resource]. – Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1434114041866&uri=CELEX:62012CJ0144>

<sup>7</sup> Богуславский М. М. Международное частное право : учеб. / М. М. Богуславский. – 5-е изд. перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2004. – 604 с. – С. 487.

<sup>8</sup> Саенко А. В. Принципы международного гражданского процесса : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Саенко Анна Владимировна. – М., 2013. – 27 с. – С. 13–14.

<sup>9</sup> Дробязкина И. В. Международный гражданский процесс : проблемы и перспективы / И. В. Дробязкина. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2005. – 321 с. – С. 17.

<sup>10</sup> Гетьман-Павлова И. В. Международное частное право : учеб. / И. В. Гетьман-Павлова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Эксмо, 2011. – 640 с. – С. 479–480.

<sup>11</sup> Kramer X. E. Harmonization of Civil Procedure and the Interaction with Private International Law / X. E. Kramer // Civil Litigation in a Globalising World / ed. by X. E. Kramer, C. H. van Rhee. – 2012. – P. 121–139.

<sup>12</sup> Справа про громадянина Італії, пана Коста, який мав у власності акцій в енергетичній компанії і виступав проти націоналізації сектора електроенергетики в Італії, а також відмовився платити рахунок за електрику в знак протесту. У зв'язку із цим йому було пред'явлено позов за несплату рахунку новоствореної державної електроенергетичної компанії, ENEL, на захист від якого він заявив, що націоналізація електроенергетичної галузі економіки порушила Римський договір і Конституцію Італії. ЄСПЛ постановив, що законодавство ЄС не буде ефективним, якщо громадянин не зможе оспорювати національне законодавство на основі його передбачуваної несумісності із законодавством ЄС. Див. : Judgment of the Court of 15 July 1964. – Flaminio Costav E.N.E.L. – Reference for a preliminary ruling: Giudice conciliatore di Milano. – Italy. – Case 6/64. : [Electronic resource]. – Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=EN>

<sup>13</sup> Judgment of the Court of 17 December 1970. Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main – Germany. Case 11–70 :[Electronic resource]. – Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61970CJ0011>

<sup>14</sup> Арбитражный процесс / под ред. В. В. Яркова. – М. : Волтерс Клувер, 2006.

<sup>15</sup> Саенко А. В. Вказана праця. – С. 14.

<sup>16</sup> Шак Х. Международное гражданское процессуальное право / Х. Шак. – М., 2001. – С. 14–17.

<sup>17</sup> Міжнародний комерційний та цивільний процес : навч. посіб. / [укл. : Анопій І. В., Ратушна Б. П.] – Л. : Вид-во Львівської комерційної академії, 2014. – 128 с. – С. 10–12.

<sup>18</sup> Соответствие гражданского процессуального законодательства и судебной практики по гражданским делам международно-правовым стандартам судебной защиты: моногр. / под ред. докт. юрид. наук, проф., О. В. Исаенковой. – М.: Юрлитинформ, 2014. – 376 с. – С. 130–142.

<sup>19</sup> Загальна декларація про права людини від 10 грудня 1948 р. : Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015)

<sup>20</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004)

<sup>21</sup> Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. : Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043)

<sup>22</sup> Convention of 1 March 1954 on civil procedure : [Electronic resource]. – Mode of access : [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=33](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=33)

<sup>23</sup> Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters : [Electronic resource]. – Mode of access: [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=17](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=17)

<sup>24</sup> Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters : [Electronic resource]. – Mode of access: [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=82#mem](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=82#mem)

<sup>25</sup> Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1968 : [Electronic resource]. – Mode of access: <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm>

<sup>26</sup> Курс цивільного процесу : підруч. / В. В. Комаров, В. А. Бізун, В. В. Баранкова та ін.; за ред. В. В. Комарова. – Х. : Право, 2011. – 1352 с. – С. 117.

<sup>27</sup> Andrews, N. English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford: Oxford University Press. – 1182 p. – P. 50.

<sup>28</sup> Judgment of the Court (First Chamber) 13 December 2012 : [Electronic resource]. – Mode of access : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131803&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=835302>

<sup>29</sup> Там само.

<sup>30</sup> Judgment of the Court (Third Chamber) of 4 September 2014. Eco cosmetics GmbH & Co. KG v Virginie Laetitia Barbara Dupuy (C-119/13) and Raiffeisenbank St. Georgen reg. Gen. mbH v Tetyana Bonchuk (C-120/13) : [Electronic resource]. – Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1434114041866&uri=CELEX:62013CJ0119>

### Резюме

#### *Изарова І. О. Принципи цивільного процесу ЄС.*

Стаття присвячена дослідженню принципів цивільного процесу ЄС, що сформувалося в результаті гармонізації цивільного процесу в європейських державах-членах ЄС для вирішення цивільних та комерційних справ транскордонного характеру. Виходячи із місця цивільного процесу ЄС в правовій системі ЄС, а також його співвідношення із національним процесуальним законодавством держав-членів, до системи принципів цивільного процесу ЄС віднесено принципи міжнародного приватного права, міжнародного цивільного процесу та принципи національного цивільного процесу держав-членів. Виділено фундаментальні принципи, притаманні цивільному процесу ЄС – пріоритетність, автономність та альтернативність.

**Ключові слова:** принципи цивільного процесу ЄС, принципи міжнародного приватного права, гармонізація цивільного процесу.

### Резюме

#### *Изарова И. А. Принципы гражданского процесса ЕС.*

Статья посвящена исследованию принципов гражданского процесса ЕС, сформировавшихся в результате гармонизации гражданского процесса в европейских государствах-членах ЕС для рассмотрения гражданских и коммерческих дел трансграничного характера. Исходя из места гражданского процесса ЕС в правовой системе ЕС, а также его соотношения с национальным процессуальным законодательством государств-членов, к системе принципов гражданского процесса ЕС отнесены принципы международного частного права, международного гражданского процесса и принципы национального гражданского процесса государств-членов. Выделены фундаментальные принципы, присущие гражданскому процессу ЕС – приоритетность, автономность и альтернативность.

**Ключевые слова:** принципы гражданского процесса ЕС, принципы международного частного права, гармонизация гражданского процесса.

### Summary

#### *Izarova I. Principles of European civil procedure.*

The papers devoted to the principles of civil procedure EU that emerged as a result of the harmonization of civil procedure in the Member States to resolve cross border civil and commercial matters. Based on the place of the European Civil Procedure in the EU legal system and its relationship with the national procedural law of the Member States, the system of its principles classified principles of private international law, international civil procedure and national civil procedure of the Member States. Highlight the fundamental principles inherent in civil proceedings EU – priority, autonomy and alternative.

**Key words:** Principles of Civil Procedure states, principles of private international law, harmonization of civil procedure.

### С. І. КОЖУШКО

*Світлана Іванівна Кожушко, кандидат юридичних наук, доцент, докторант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ІДЕЇ СИНЕРГЕТИКИ І СИНКРЕТИЗМУ В МЕТОДОЛОГІЇ ТРУДОВОГО ПРАВА

Вчення про трудові відносини – доктрина сучасного трудового права, засвідчує фундаментальні наукові напрацювання і за своєю суттю потребує ґрунтовних методологічних досліджень у своєму доктринальному застосуванні. Тенденційність наслідків у науковому пізнанні трудових відносин проявляється у якості основоположних стандартів легалізації цінності суб'єкта як орієнтира наукового пізнання трудового права.

Завдання даного дослідження полягають у виявленні проблем загальних закономірностей процесу дослідження, методологічних засад упорядкування часових і просторових структур у складних системах, розкриваючи універсальні механізми самоорганізації і еволюції складних систем, як підходу до системи – синергетики – форми організації системи правовідносин, а також окремих аспектів синкретизму, що покладені в основу предмета науки трудового права.

Дослідженню окремих аспектів до синергетичних і синтетичних підходів у науці трудового права присвятили свої праці відомі науковці й практики, серед яких, зокрема: С. Алексєєв, С. Вишневецька, О. Джугелі, М. Іншин, В. Ісаков, В. Кікоть, І. Кривцова, С. Курдюмов, С. Кутафін, А. Мицкевич, І. Пригожин, О. Пунченко, П. Рабінович, Е. Семенюк, Г. Хакен, О. Хитра, В. Шишкін, О. Ярошенко та ін.

**Метою статті** є дослідження «кристалізації» ідеї синергетичних підходів на противагу синкретизму, як складової методології – вчення про правила мислення при створенні науки, проведенні наукових пошуків і досліджень у царині трудового права.

Бурхливі події нашого часу в економічному, соціальному і політичному житті перетворюють мету забезпечення соціальної справедливості на пріоритет порядку денного<sup>1</sup>, спрямованого на: створення системи нормативних актів, гармонізованих з кращими світовими практиками, з метою впровадження системи організації та управління працею; вдосконалення системи оцінки професійними ризиками і оцінки умов праці як основи системи управління цими ризиками тощо.

Управління (філософ.) як цілеспрямована діяльність з боку керуючого суб'єкта щодо зміни об'єкта для досягнення певної мети (екон. синонім – менеджмент в організації) – це цілеспрямований вплив; для системи як явище, що передбачає наявність підсистем, вплив може бути ззовні системи і всередині неї, тобто вплив надсистеми на підсистеми, які діють, розвиваються під певним контролем для досягнення мети над системи. При цьому елементи системи повинні працювати в певному режимі, відповідному ритмі системи<sup>2</sup>.

Наука про право завжди мислить право як абсолютну цінність, не обговорюючи і не піддаючи сумніву цю тезу<sup>3</sup>. Деформалізація об'єкта і предмета загальнотеоретичних праводержавознавчих досліджень, на думку П. Рабіновича, є однією з тих тенденцій, які відчутно впливають на стан методології наукової юриспруденції<sup>4</sup>.

«Кристалізуючим» задумом нашого дослідження є поняття «методологія» – вчення про правила мислення при створенні науки, проведенні наукових пошуків і досліджень. Між теорією (грец. θεωρία – розгляд, дослідження) і методом її наукового пізнання існує тісний зв'язок. Адже сама методологія при виробленні методу, його правил спирається на теоретичні положення науки<sup>5</sup>.

Під методологією науки переважно розуміється вчення про науковий метод пізнання або систему наукових принципів, на основі яких базується дослідження і здійснюється вибір засобів, прийомів та методів пізнання. Існує й інший, більш вузький погляд на методологію науки, коли вона розглядається як теоретична основа деяких спеціальних, часткових прийомів і засобів наукового пізнання, але в цьому разі доцільніше говорити про методику пізнання і дій<sup>6</sup>. П. Ревко-Линардато припускає, що поняття методології характеризується двома значеннями: 1) сукупність методів, які використовуються у будь-якій сфері діяльності; 2) вчення про науковий метод пізнання<sup>7</sup>.

Методологія як специфіка системного підходу, на думку О. Пунченка, визначається тим, що він орієнтує дослідження на розкриття цілісності об'єкта і забезпечує її механізми, на виявлення різноманітних типів зв'язків об'єкта та зведення їх в єдину теоретичну картину<sup>8</sup>.

Призначенням методології науки трудового права має стати використання різних методологічних підходів для всебічного вивчення трудових явищ, визначення й комбінування належних методів пізнання для дослідження тієї чи іншої проблеми теорії трудового права. Тож повністю погоджуємося з позицією С. Вишневецької, що для сучасної методології науки трудового права постає завдання, з одного боку, критично розглянути попередню методологічну базу, а з іншого – просунути у бік нових підходів до праворозуміння з урахуванням важливих змін в методологічній основі правознавства, спираючись на традиції і новації як складові методології трудових досліджень. Пріоритетним має стати розширення діапазону

юридичних досліджень, тобто розгляд трудових явищ з філософських, соціологічних і психологічних, а не тільки спеціально-юридичних позицій<sup>9</sup>.

Специфіка предмета трудового права, що визначена впровадженням результатів науково-дослідницьких робіт у цій галузі, окреслює методологічну основу справжньої соціальної цінності – праці, як філософської, соціально-правової і економічної категорії (*К.С.*) Теза про те, що праця має вирішальне значення для забезпечення соціальної справедливості, пов'язана з поняттям місця і функції праці в суспільстві, була проголошена 18 травня 2015 р. на 104-й сесії Міжнародної конференції праці, що стосувалася майбутньої сфери праці. Це розуміння скеровано і безпосередньо узгоджується з синергетичним підходом – до взаємодії або взаємодії двох або більше підсистем (організацій), з метою отримання об'єднаного ефекту, що є більше, ніж сума «окремих ефектів» у виявленні належного рівня правомірної поведінки у трудових та тісно пов'язаних із трудовими відносинах.

Слід враховувати, що доктрина трудового права певною мірою розвиває положення державної стратегії правового регулювання суспільних відносин у галузі трудового права, яка здійснюється за допомогою великого масиву актів державних органів. Тим не менш, мірилом цінності, що закарбується, є людська особистість, яка завжди була й залишається, її діяльність і поведінка. Творча або не творча, добра чи зла – людину завжди характеризують її вчинки як у звичайному повсякденному житті, так і в екстремальних ситуаціях. Поведінка кожної людини, групи людей, усього суспільства, народу, населення країни безпосередньо залежала й залежить від величезного числа факторів<sup>10</sup>, до яких Ф. Галієв відносить традиції, етику, мораль і право.

Філософське розуміння методології характеризується двома найважливішими характеристиками:

– універсальність як спрямованість діяльності на теорію і практику, що підкреслює багатоцільовий характер методології;

– інструментальність дає змогу за допомогою відповідних способів здійснити організацію і побудову людської діяльності<sup>11</sup>.

Звертаючись до особливостей філософських засад пізнання, саме трудове право, як науку, можна розглядати у контексті взаємодії (взаємозв'язку) суб'єкта й об'єкта пізнання, що у цьому випадку має наступні складові:

– по-перше, з того, що вивчає конкретна наука – об'єкт;

– по-друге, ідей, теорій та суджень кожного окремого дослідника чи то наукової школи (спільноти), що застосовують певні, притаманні лише їм методологію, методи і прийоми для виявлення законів дійсності – суб'єкт.

На підставі вищевикладеного актуальності набуває визначення атрибутивних ознак. У теорії акцентується, що це виступає як допомога щодо окреслення певних рамок «якісної визначеності виду відносин», що регулюються тією чи іншою галуззю права. Тільки у цьому випадку можна буде надати обґрунтовану аргументацію щодо питання про те, яким чином, в якому випадку «певна група суспільних відносин окреслюється предметом права» і якими ознаками може характеризуватися сам предмет.

Вибираючи дану формалізацію – активізацію трудових процесів, які супроводжуються розвитком освітніх, юридичних, консультативних, інформаційних послуг тощо, та виходячи з аналізу значної кількості випадків у їх повторюваності, у дослідженні слід враховувати спостереження глобальних соціальних процесів, і насамперед тих, що ґрунтуються на нормах трудового права і підкреслюють їх соціальний характер.

Серед сучасних підходів до розуміння методології, як новації розвитку науки трудового права, виділяють синергетику – методологію наукового пізнання на основі нового світосприйняття та світорозуміння<sup>12</sup>, у цілому, що не може пройти повз праворозуміння соціальних закономірностей, як частини системи. Синергетика охоплює досить широкі сфери пізнання, конкретизує та поглиблює діалектичні зв'язки хаосу і порядку, необхідності й випадковості, деградації та впорядкування структур<sup>13</sup>.

Синергетика стає тим еволюційним природознавством (правознавством – *К.С.*), яке дає змогу тепер уже говорити про виникнення свого роду метамови у світоглядній проблемі цілісного розуміння різних природних, технічних і соціально-економічних явищ на основі єдиної наукової концепції. Ця концепція допомагає побудувати нове ставлення до процесу інтегрального пізнання різних наук<sup>14</sup>. Разом із тим, у контексті правознавства, трудове право, як і решта галузевих правових наук, ідеї синергетики, як концепцію наукової теорії, застосовує досить фрагментарно<sup>15</sup>.

Синергетика (від грец. *Συν* – спільно і грец. *Εργος* – діючий; грец. *sinergeia* – спільна дія) – новий науковий напрям, який виступає в якості методологічної основи для розкриття теорії самоорганізації у сучасному праві. Синергетика, за твердженням В. Шишкіна, орієнтована на пошук певних універсальних законів еволюції і самоконструювання складних правових систем, законів еволюції відкритих нерівноважних систем будь-якої природи. Синергетична методологія в теорії права актуальна у зв'язку зі зростанням кількості нормативних правових актів, розширенням їх кола дії і закріплення у них різномірних, часом конфліктуючих один з одним, суспільних інтересів. Синергетична методологія у теорії права розвиває концепцію самоорганізації права, підкреслюючи зростаючу небезпеку дезорганізації. Вона вказує на причини непередбачуваної реакції суб'єктів при функціонуванні правовідносин<sup>16</sup>.

Предметом вивчення теорії самоорганізації є дослідження законів та закономірностей глобальної еволюції будь-яких відкритих невідновлених систем, головною рисою яких є нестійкість, невідновленість та не лінійність. Для синергетичного підходу властиві положення про наявність у матеріальних системах бага-

товаріантності та альтернативності розвитку за певної визначеності їх змін у точках біфуркації, де відбувається самоорганізація – цілеспрямований процес, який «супроводжується зміною усталеного режиму роботи системи» (К.С.), і про світ, як ієрархію середовищ, з різною нехарактерною для класичної математики поліваріантністю. Вибір напрямку розвитку в точці розгалуження, будь-яких якісних або стрибкоподібних перебудов системи і метаморфоз різних об'єктів при плавній зміні параметрів, від яких вони залежать, може відбуватися внаслідок незначних коливань та випадкових відхилень величини від середнього значення, а флуктуації (лат. fluctuatio – відхилення (випадкове), вагання) можуть обирати шлях розвитку цілісної системи<sup>17</sup>.

У всякому разі, ідеї «синкретичної наукової методології» не викликають заперечень щодо наукової позиції, відповідно до якої сучасна ситуація у соціальному середовищі полягає не тільки в тому, щоб якимось пристосуватися до нової ситуації глобальних змін, а й знайти ефективні методи і засоби протистояння духовному здичавінню людини, забезпечивши при цьому три найважливіші умови розвитку сучасного суспільства – динамічність, передбачуваність, безпеку<sup>18</sup>.

Синкретизм (грец. *synkretismos* – з'єднання), як явище перехідності, являє собою поєднання різнобічних поглядів, при певному ігноруванні необхідності їхньої внутрішньої єдності й несуперечливості один одному.

Слід зазначити, що серед наукових підходів акцентується, що генетично первинною була синкретична єдність пізнання світу в натурфілософії. На сьогодні, через стадію заперечення диференціацією, наука знову знаходить утрачену колись єдність завдяки граням інтеграції. Характерним є й те, що усі дослідження інтеграції (та її діалектичної єдності з диференціацією) за своєю природою є філософсько-методологічними<sup>19</sup>.

Шлях до вирішення правових проблем неформальної економіки у частині регулювання трудових та інших, пов'язаних із трудовими відносинами, демонструє або методологічну невизначеність щодо жодного нововведення, або неотримання очікуваного кінцевого результату. Особливо проявляються недоліки державного управління і організації праці, що стали одним із головних факторів негативного ставлення громадян до верховенства права, законності, пріоритету трудових прав людини і громадянина.

Методологія атрибутивних ознак держави у доктринальних положеннях предмета трудового права (або методологія науки трудового права), з метою вирішення проблемних питань, що мають місце у юридичній науці, повинна отримати належне місце й увагу серед досліджень наукової спільноти.

<sup>1</sup> Доклад Генерального директора. Доклад І. Ініціатива століття, касаюча сфери труда Международная конференция труда, 104-я сессия, Международное бюро труда, 18 мая 2015 г., Первое издание, Женева, 2015. – С. 19. – 23 с. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed\\_norm/—relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_369620.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—relconf/documents/meetingdocument/wcms_369620.pdf)

<sup>2</sup> Кривцова И. С. Ценность идей синергетики для административно-правовой науки: попытка актуализации отраслевых синергетично-правовых исследований / И. С. Кривцова // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць. – 2011. – Вип. 62. – С. 57–63. – С. 58.

<sup>3</sup> Козлихин И. Ю. Позитивизм и естественное право / И. Ю. Козлихин // Государство и право. – 2000. – № 3. – С. 5–11.

<sup>4</sup> Рабінович П. Проблеми трансформації методології вітчизняного правознавства / П. Рабінович // Вісник Академії правових наук. – 2002. – № 4. – С. 3–14.

<sup>5</sup> Джугели О. Н. Предмет теории познания и методология / О. Н. Джугели // Философия и методологические вопросы науки. – Ереван : Изд-во АН Армянской ССР, 1977. – 278 с.

<sup>6</sup> Сергієнко В. В. Філософські проблеми наукового пізнання / В. В. Сергієнко. – Кременчук, 2011. – 103 с. – С. 21.

<sup>7</sup> Ревко-Линардато П. С. Методы научных исследований : учеб. пособ. – Таганрог : Изд-во ТТИ ЮФУ, 2012. – 55 с. – С. 12.

<sup>8</sup> Пунченко О. П. Образование в системе философских ценностей : моногр. / О. П. Пунченко, Н. О. Пунченко. – Одесса : Печатный дом, Друц Південь, 2010. – 506 с. – С. 206.

<sup>9</sup> Вишновецкая С. В. К вопросу о понятии и структуре методологии науки трудового права [Текст] / С. В. Вишновецкая // Трудовое право в России и за рубежом. – 2013. – № 1. – С. 51–52.

<sup>10</sup> Галиев Ф. Х. Социальные нормы современности и синкретизм правовой культуры / Ф. Х. Галиев // Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького. – 2014. – № 9. – С. 38–45. – С. 40.

<sup>11</sup> Методология педагогики: характеристики, дефиниция / Т. А. Дмитренко, Е. В. Ярьсько // Понятийный аппарат педагогики и образования: сб. науч. трудов [Текст] / отв. ред. Е. В. Ткаченко, М. А. Галагузова. – Екатеринбург : Изд-во «СВ-96», 2010. – Вып. 6. – С. 64.

<sup>12</sup> Іщенко М. П. Проблеми інновацій у методології соціально-філософських досліджень суспільно-політичного життя / М. П. Іщенко, Б. О. Беглов // Вісник Черкаського університету. – № 130. – С. 153 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eprints.cdu.edu.ua/276/1/N130p148-155.pdf>

<sup>13</sup> Хитра О. В. Роль біфуркацій і самоорганізації у розвитку зовнішньоекономічної діяльності підприємства / О. В. Хитра // Інноваційний потенціал соціально-економічного розвитку України в умовах глобалізації : зб. наук. праць Міжнар. наук.-практ. конференції. – Вінниця : Центр підготовки наукових та навчально-методичних видань ВТЕІ КНТЕУ, 2012. – Ч. 1. – С. 243.

<sup>14</sup> Колесникова Т. А. Основные понятия и принципы теории самоорганизации социально-экономических систем / Т. А. Колесникова // Синергетика и проблемы теории управления : сб. научных трудов / под ред. А. А. Колесникова. – М. : ФИЗМАТЛИТ, 2004. – С. 7.

<sup>15</sup> Лаврінєнко О. В. Трудове право України як сучасна синергетична система (філософсько-правові та методологічні аспекти) / О. В. Лаврінєнко // Економіка, фінанси, право. – 2006. – № 5. – С. 20–28.

<sup>16</sup> Шишкін В. В. Синергетический подход в теории права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12. 00. 01 – Теория и история права и государства; История учений о праве и государстве / Василий Викторович Шишкин; Нижний Новгород, 2007. – 35 с. – С. 3.

<sup>17</sup> Мочерний С. Синергетичний підхід в економічному дослідженні / С. Мочерний // Економіка України. – 2001. – № 5. – С. 44–45.

<sup>18</sup> Взаимодействие государства и гражданского общества в современной России. – М. : Вече, 2008. – 400 с. – С. 146.

<sup>19</sup> Семенюк Е. Роль філософії в інтеграції сучасної науки / Е. Семенюк // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». – 2009. – № 636 : Філософські науки. – С. 9–13. – С. 10.

#### Резюме

##### **Кожушко С. І. Ідеї синергетики і синкретизму в методології трудового права.**

Стаття присвячена виявленню проблем загальних закономірностей процесу дослідження, методологічних засад упорядкування часових і просторових структур у складних системах, розкриттю універсальних механізмів самоорганізації і еволюції складних систем – синергетики, як підходу до системи – форми організації правовідносин, що становлять предмет науки трудового права.

**Ключові слова:** синергетика, синкретизм, методологія, наука трудового права, предмет науки трудового права.

#### Резюме

##### **Кожушко С. И. Идея синергетики и синкретизма в методологии трудового права.**

Статья посвящена выявлению проблем общих закономерностей процесса исследования, методологических основ упорядочения временных и пространственных структур в сложных системах, раскрытию универсальных механизмов самоорганизации и эволюции сложных систем – синергетике, как подхода к системе – формы организации правоотношений, составляющих азы предмета науки трудового права.

**Ключевые слова:** синергетика, синкретизм, методология, наука трудового права, предмет науки трудового права.

#### Summary

##### **Kozhushko S. The Ideas Synergy and Syncretism in The Methodologies in Labor Law.**

The article is devoted to identifying the problems of the general laws of the research process, the methodological foundations of ordering temporal and spatial patterns in complex systems, disclosure of universal mechanisms of self-organization and evolution of complex systems – synergy, as an approach to the system – legal forms of organization, are the subject matter of science of labor law.

**Key words:** synergy, syncretism, methodology, science of labor law, the subject matter of science of labor law.

УДК 347.65+347.235

#### Ю. О. ЛЕГЕЗА

*Юлія Олександрівна Легеза, кандидат юридичних наук, доцент, доцент ДВНЗ «Національний гірничий університет»*

### СПАДКУВАННЯ РЕЧОВИХ ПРАВ НА ЧУЖУ ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ

Нотаріальна практика в Україні свідчить про недосконалість механізмів правового регулювання переходу речових прав та обов'язків на земельну ділянку в порядку спадкування як різновиду універсального правонаступництва. Визначення спадкової маси залишається складним питанням судової та нотаріальної практики. Серед таких об'єктів, що викликають певні труднощі у визначенні підстав та порядку реалізації набуття речових прав, є сукупність правовідносин, пов'язаних зі здійсненням правомочностей володіння, користування та розпорядження земельною ділянкою.

При цьому, незважаючи на очевидні питання доцільності врегулювання проблемних питань нотаріальної та судової практики, вирішення проблем спадкування окремих об'єктів, зокрема речових прав на земельну ділянку, не є предметом ретельної уваги дослідників.

Проблематиці спадкування речових прав на земельні ділянки присвячені окремі праці В. В. Васильченка, Ю. О. Заїки, О. Є. Кухаревої, З. В. Ромовської, І. В. Спасибо-Фатєєвої та інших науковців, внесок яких слід визнати досить вагомим. Утім, хотілося б зазначити, що комплексного дослідження проблем спадкування речових прав на земельну ділянку, визначення поняття зазначеного інституту та історії його становлення у системі континентального права бракує для сучасної юридичної науки в Україні.

З урахуванням наведеного метою даної статті є характеристика правового інституту спадкування речових прав на земельну ділянку для окреслення перспектив його розвитку.

Визначаючи у ст. 1216 Цивільного кодексу України поняття спадкування як «переходу прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців)», законодавець оминув своєю увагою питання визначення поняття спадкової маси (спадщини). Варто підкреслити, що у ст. 1219 Цивільного кодексу України робиться спроба конкретизувати склад спадщини, визначивши перелік



прав та обов'язків, які не входять до нього. Втім, конструкція зазначеної статті є недосконалою. Виходячи з її змісту необхідно говорити, що спадщина складається безпосередньо не з визначеного переліку майна, речей, а з сукупність прав та обов'язків<sup>1</sup>.

До переліку об'єктів, що входять до складу спадщини, належать, виходячи зі змісту нормативних положень ст. ст. 1216–1219 Цивільного кодексу України, і речові права на земельну ділянку<sup>2</sup>. Втім, у ст. 1225 Цивільного кодексу України зазначається, що «до спадкоємців житлового будинку, інших будівель та споруд переходить право власності або право користування земельною ділянкою, на якій вони розміщені; до спадкоємців житлового будинку, інших будівель та споруд переходить право власності або право користування земельною ділянкою, яка необхідна для їх обслуговування, якщо інший її розмір не визначений заповітом»<sup>3</sup>. При цьому таке формулювання особливостей спадкування речових прав на земельну ділянку дає змогу зробити висновок про можливість спадкування прав та обов'язків, що виходять з відносин договору оренди землі як різновиду права користування земельною ділянкою, що вочевидь суперечить ознакам такого роду правовідносин.

У ч. 1 ст. 182 Цивільного кодексу України зазначається необхідність здійснення державної реєстрації прав власності та інших речових прав на нерухоме майно, в тому числі й на земельні ділянки. При цьому законодавець не обмежує переліку прав, що вважаються речовими (ст. 395 Цивільного кодексу України)<sup>4</sup>. Згідно з Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 1 липня 2004 р. визначається, що до переліку речових прав, які підлягають державній реєстрації, входять: 1) право власності на нерухоме майно; 2) правоволодіння; право користування (сервітут); право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); право забудови земельної ділянки (суперфіцій); право господарського відання; право оперативного управління; право постійного користування та право оренди земельної ділянки; право користування (найму, оренди) будівлею або іншими капітальними спорудами, їх окремими частинами; іпотека; довірче управління майном; 3) інші речові права відповідно до закону; 4) податкова застава, предметом якої є нерухоме майно, та інші обтяження<sup>5</sup>.

Визначаючи порядок набуття права користування чужою земельною ділянкою у порядку реалізації сервітутних, суперфіційних чи емфітевтичних прав, законодавець встановлює як одну із підстав заповіт. Речові права на земельну ділянку з часів Давнього Риму могли входити до складу спадщини. Зокрема, починаючи з I ст. н.е. за преторським правом надавалось право заповідального відказу земельної ділянки, обтяженої сервітутом, узурфруктом чи суперфіцією<sup>6</sup>. Заповідальний відказ виражався у двох можливих формах: *legata* (легати) та *fideicommiss* (фідеїкоміси)<sup>7</sup>. При цьому за своєю сутністю і легати, і фідеїкоміси не мали суттєвих відмінностей. Різниця полягала у особливому формалізмі проголошення легату, тоді як фідеїкоміси були результатом розвитку та становлення Римської імперії і полягали у спрощеному відношенні до форми їх укладення – для фідеїкомісів допускалася усна форма проголошення в момент смерті спадкодавця. Виконання обов'язків, визначених в такому останньому проханні спадкодавця, спочатку забезпечувалося лише «совістю» спадкоємців; за часів імператора Августа сформувався правовий механізм забезпечення виконання таких правочинів засобами позовного захисту. Втім, сучасне розуміння як форми, так і змісту заповідального відказу певною мірою трансформувалося.

Згідно з вимогами ст.ст. 1237, 1238 Цивільного кодексу України встановлюється, що предметом заповідального відказу може бути передання відказоодержувачеві у власність або за іншим речовим правом майнового права або речі, що входить чи не входить до складу спадщини. В тому числі предметом заповідального відказу може бути речове право, пов'язане з землекористуванням<sup>8</sup>.

Окремої вказівки щодо визначення форми заповідального відказу у Цивільному кодексі України не міститься. У наказі Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 «Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» особливо підкреслюється важливе значення призначення виконавця заповіту, у випадку якщо в останньому є заповідальний відказ (п. 2.9 глави 14 Порядку)<sup>9</sup>. При цьому виконавець заповіту може бути призначений заповідачем за ініціативою спадкоємців, нотаріусом або на підставі рішення суду; крім того, виконавець заповіту може бути не з числа спадкоємців. Для призначення особи виконавцем заповіту вимагається отримання від неї письмової згоди.

Така письмова згода може бути отримана під час посвідчення заповіту, про що робиться відповідний посвідчувальний напис нотаріуса, або вже під час відкриття спадщини та оголошення змісту заповіту спадкоємцям. У разі якщо спадкодавець попередньо у заповіті не визначив виконавця заповіту і спадкоємці не змогли дійти згоди з цього питання, спір повинен вирішуватись у судовому порядку. Виконавець заповіту має право вимагати відшкодування витрат, які були ним зроблені для охорони спадщини, управління нею та виконання заповіту за рахунок спадкового майна та на отримання винагороди за виконання своїх повноважень, визначену заповідачем або спадкоємцями, на підставі попередньої домовленості між ними або у разі спору – в судовому порядку.

Емфітевзис як різновид речового права на чужу земельну ділянку набув особливого значення за часів Середньовіччя і став основою для юридичного обґрунтування феодалної власності сеньйора та васала<sup>10</sup>. Однак перші згадки про інститут емфітевзису (як відносин з приводу використання чужої земельної ділянки для сільськогосподарських потреб) пов'язуються з періодом кодифікації Юстиніана. Зокрема, у VII новелі Юстиніана, виданій у 535 р., визначалася заборона встановлення емфітевзису щодо церковних земель<sup>11</sup>.

Отже, можемо зробити висновок, що в сучасному праворозумінні інституту права на чужу земельну ділянку та порядку їх спадкування також вбачаються певні розбіжності. Передусім варто наголосити, що

колізійні питання у правовому врегулюванні емфітевтних відносин передусім обумовлені недосконалістю власне положень Цивільного та Земельного кодексів України. Зокрема, положення ст. 1225 Цивільного кодексу визначають порядок спадкування права власності на земельну ділянку, не встановлюючи підстав для врегулювання порядку спадкування інших майнових прав, пов'язаних зі здійсненням права землекористування, в тому числі суперфіціарних, емфітевтних та сервітутних прав<sup>12</sup>. Крім того, і в Наказі Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 не визначаються особливості посвідчення правочинів, пов'язаних зі спадкуванням не лише права власності на земельну ділянку, а й інших майнових (речових) прав<sup>13</sup>. Враховуючи це, варто зазначити, що у нотаріальній практиці немає єдиного підходу до визначення переходу права на чужу земельну ділянку у порядку спадкування за заповітом і обов'язок зареєструвати це право перекладається на територіальні утворення Державної агенції земельних ресурсів. Втім, вбачається, що в світлі анонсованої реформи системи державної реєстрації речових прав на нерухоме майно<sup>14</sup> необхідно вдосконалити і процедуру переходу прав на чужу земельну ділянку шляхом внесення відповідних змін до чинного законодавства України.

Зокрема, пропонується ст. 1225 Цивільного кодексу України доповнити частинами 4–6 і викласти її в наступній редакції<sup>15</sup>:

«1. Право власності на земельну ділянку переходить до спадкоємців на загальних підставах, із збереженням її цільового призначення.

2. До спадкоємців житлового будинку, інших будівель та споруд переходить право власності або право користування земельною ділянкою, на якій вони розміщені.

3. До спадкоємців житлового будинку, інших будівель та споруд переходить право власності або право користування земельною ділянкою, яка необхідна для їх обслуговування, якщо інший її розмір не визначений заповітом.

4. До спадкоємців переходить право використання чужої земельної ділянки для заняття сільськогосподарською діяльністю (емфітевзис), якщо це передбачено умовами заповіту і не суперечить вимогам чинного законодавства України.

5. До спадкоємців переходить право використання чужої земельної ділянки для забудови, якщо це передбачено заповітом і не суперечить вимогам чинного законодавства України.

6. Сервітутні права використання чужої земельної ділянки переходять за заповітом, якщо це не суперечить вимогам чинного законодавства».

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Там само.

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 1 липня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553.

<sup>6</sup> Дождев Д. В. Римское частное право : учеб. для вузов / Д. В. Дождев ; под. общ. ред. акад. РАН, д.ю.н., проф. В. С. Нерсесянца. – 2-е изд., изм. и доп. – М. : Норма, 2011. – С. 467–468.

<sup>7</sup> Підпригора О. А. Римське право : підруч. / О. А. Підпригора, С. О. Харитонов. – 2-ге вид. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – С. 447.

<sup>8</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

<sup>9</sup> Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : наказ Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 17. – Ст. 632.

<sup>10</sup> Дождев Д. В. Вказана праця. – С. 469.

<sup>11</sup> Левченко М. В. Церковные имущества V–VII вв. в Восточно-Римской империи / М. В. Левченко // ВВ. – Т. II (XXVII), 1949. – С. 15.

<sup>12</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

<sup>13</sup> Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : наказ Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 17. – Ст. 632.

<sup>14</sup> Деякі питання спрощення порядку надання адміністративних послуг у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : розпорядження Кабінету Міністрів України від 18 березня 2015 р. № 137.

<sup>15</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

### Резюме

#### Легеза Ю. О. Спадкування речових прав на чужу земельну ділянку.

У статті вивчаються питання правового регулювання використання чужої земельної ділянки для сільськогосподарських потреб, для будівництва, а також для реалізації сервітутних прав. Автором надається історико-правова характеристика становлення права на чужі речі. Робиться спроба аналізу особливостей рецепції норм римського приватного права, що регулювало питання спадкування речових прав на чужу земельну ділянку. Зроблено пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства України з питань регламентації порядку спадкування речових прав на чужу земельну ділянку.

**Ключові слова:** емфітевзис, заповіт, земельний сервітут, римське право, рецепція, спадкування.

Резюме

**Легеца Ю. А. Наследование прав на чужой земельный участок.**

В статье изучаются вопросы правового регулирования использования чужого земельного участка для сельскохозяйственных нужд, для строительства, а также для реализации сервитутных прав. Автором предоставляется историко-правовая характеристика становления права на чужие вещи. Делается попытка анализа особенностей рецепции норм римского частного права, которое регулировало вопросы наследования прав на чужой земельный участок. Сделаны предложения по совершенствованию действующего законодательства Украины по вопросам регламентации порядка наследования прав на чужой земельный участок.

**Ключевые слова:** эфитевзис, завещание, земельный сервитут, римское право, рецепция, наследование.

Summary

**Legeza Y. Inheritance of land rights.**

The article deals with the legal regulation of the use of someone else's land for agricultural purposes, for construction, as well as for the implementation of servitude rights. The author provides historical and legal characteristic of the formation of the right to other people's things. Attempt analyzing the reception of Roman private law rules that regulate the inheritance rights of the opponent's land. The author has made proposals for improving the current legislation of Ukraine concerning the regulation of the order of succession rights to a opponent's land.

**Key words:** emphyteusis, testament land servitude, Roman law, reception, inheritance.

УДК 340

**Г. З. ОГНЕВ'ЮК**

*Ганна Зіновіївна Огнев'юк, доцент Київського університету права НАН України*

**ОБОВ'ЯЗКОВІСТЬ РІШЕННЯ СУДУ ЯК СКЛАДОВА  
ПРИНЦИПУ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ**

Обов'язковість рішення суду виступає невід'ємним елементом сучасної демократичної держави. Виконання судового рішення є проявом того реального рівня захисту прав свобод та інтересів особи, який може забезпечити держава. Саме тому увага до цього питання прикута як серед науковців, так і серед практиків. Не меншою мірою це питання стосується усіх пересічних громадян, які стикаються з порушеннями своїх прав та потребують їх дієвого захисту.

Обов'язковість судового рішення ставала предметом окремих досліджень як галузевого спрямування, так і загальнотеоретичних, зокрема таких вчених, як В. В. Городовенко, Г. М. Калішенко, В. В. Сердюк, Я. М. Романюк, О. З. Хотинська, Р. В. Ігонін, М. П. Кучерявенко, Е. В. Шевченко. Що стосується принципу правової визначеності, то його дослідженню присвятили свої праці М. І. Козюбра, Ю. І. Матвеева, С. П. Погребняк, Н. В. Варламова, С. В. Шевчук та інші.

Законодавче закріплення обов'язковості судового рішення отримала в Конституції України (ч. 5 ст. 124 – судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на всій території України) та відповідних процесуальних кодексах: ст. 115 Господарського процесуального кодексу України; ч. 2 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус судів»; ст. 533 Кримінального процесуального кодексу України; ст. 14 Цивільного процесуального кодексу України. Також був прийнятий спеціальний Закон України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» від 5 червня 2012 р. № 4901-VI. Незважаючи на таку увагу до цього принципу, ситуація з обов'язковістю виконання рішень судів в Україні залишається незадовільною. За даними Української Гельсінської спілки з захисту прав людини в Україні не виконуються 95 % рішень Європейського Суду та близько 70 % рішень національних судів<sup>1</sup>. За даними цієї організації найбільша кількість заяв проти України, за яким Європейським Судом у 2013 р. були прийняті рішення по суті, стосуються системної проблеми невиконання (тривалого невиконання рішень національних судів). Цей показник свідчить про актуальність та важливість дослідження названого питання.

Метою даної статті є встановлення взаємозв'язку обов'язковості рішення суду та принципу правової визначеності.

Принцип правової визначеності привертає все більшу увагу вітчизняних вчених, однак його теоретичне підґрунтя становлять переважно праці європейських теоретиків права, які досліджували верховенство права та питання правової визначеності. Це Ф. Гаєк, Р. Дворкін, Г. Харт, Р. Алексі, Б. Таманага. Відтак, у окремих вітчизняних дослідженнях, присвячених вивченню принципу правової визначеності, вже було проаналізовано погляди на визначення змісту принципу правової визначеності, встановлено взаємозв'язок цього принципу з принципом верховенства права. Європейський суд з прав людини у справі «Олсон проти Швеції»

визначив, що будь-яка норма не може вважатись законом, якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю так, щоб громадянин самостійно або, за необхідності, з професійною допомогою, міг з розумною вірогідністю передбачити наслідки, які можуть потягти за собою конкретні дії<sup>2</sup>.

Значення принципу правової визначеності вдало підкреслено в наступній цитаті: «Правова визначеність є універсальним правовим началом, дія якого поширюється на такі важливі сфери правовідносини між державою і особою, як реалізація та забезпечення прав і свобод людини і громадянина, встановлення юридичної відповідальності, підстав та порядку притягнення до неї, недопустимість дій та бездіяльності, спрямованих на безпідставне обмеження прав і свобод людини, встановлення пропорційності застосованих до особи обмежень, здійснення повноважень органами державної влади у межах, визначених Конституцією і законами України»<sup>3</sup>.

Принцип правової визначеності передбачає дотримання низки наступних вимог:

- норма права повинна бути несуперечливою, чіткою й зрозумілою;
- правова норма має бути доступна для ознайомлення, тобто офіційно оприлюднена у встановленому порядку;
- зміст правової норми повинен відповідати законним очікуванням особи, яка підпадаючи під регулятивну дію цієї правової норми, повинна усвідомлювати наслідки своїх дій та оцінювати свою поведінку з позицій законності як правомірну або неправомірну;
- визначеність меж дискреційних повноважень органів державної влади;
- забезпечення єдності судової практики, несуперечливості застосування законодавства, обов'язковості, остаточності та виконаності судових рішень.

Як випливає з цих вимог, дія принципу правової визначеності проявляється не тільки в чіткості, зрозумілості самого закону, скільки в процесі його правозастосування, частиною якого є його застосування при вирішенні судових спорів. При зверненні до суду за судовим захистом його рішення набуває ознак загальнообов'язковості як для самих сторін процесу, так і для державних органів та суду, який ухвалив таке рішення. Відтак, законними є очікування особи щодо безпосереднього виконання судового рішення. Виконання рішення суду на практиці найяскравіше свідчить про дієвість судового захисту порушених прав і свобод людини.

Як правило, невиконання рішення суду пов'язували з порушенням принципу законності, однак очевидно, що цей принцип не єдиний, який порушується. Якщо подивитись ширше, невиконання рішення суду нівелює усю діяльність правоохоронних органів, суду, завдає шкоди правам і свободам людини, порушує існуючий правопорядок, а такі порушення дають змогу простежити зв'язок принципу верховенства права і принципу правової визначеності при забезпеченні обов'язковості рішення суду. Будь-яке рішення суду залишається індивідуальним актом, однак його невиконання спричиняє істотну шкоду не тільки особі, інтереси якої не забезпечені, а й публічному порядку.

Аналізуючи праці основних теоретиків принципу правової визначеності, Ю. Б. Фогельсон дійшов висновку про те, що усі вони свідчать про право як про засіб захисту прав людей незалежно від прийнятих і опублікованих правил та зберігають суд як кінцеву інстанцію, яка забезпечує захист прав<sup>4</sup>. Невиконання рішення суду прямо впливає на забезпечення прав і основоположних свобод людини. З огляду на це можна погодитись з М. І. Козюброю<sup>5</sup>, В. В. Комаровим<sup>6</sup>, Ю. І. Матвеєвою<sup>7</sup>, В. В. Сердюком<sup>8</sup> в тому, що виконання судового рішення є невід'ємною частиною судового розгляду та елементом принципу правової визначеності.

Без забезпечення остаточності судового рішення та його неухильного виконання не можна говорити про дотримання таких вимог верховенства права, як забезпечення прав і свобод людини, правової визначеності, доступу до правосуддя, законності.

Так можна встановити лінію взаємозв'язку правової визначеності та обов'язковості виконання судового рішення. На думку В. С. Смородинського, згідно з принципом правової певності громадянин, звертаючись до суду, повинен бути задалегідь упевнений як в справедливості судового розгляду, так і у виконанні судового рішення. Невиконання рішень суду суперечить владній природі судової системи, дестабілізує її, знижує рівень довіри громадян до судових органів<sup>9</sup>. Незважаючи на таку однаковість у наукових колах стосовно безпосереднього зв'язку виконання рішення суду зі здійсненням правосуддя, ситуація щодо такого виконання є стабільно незадовільною, що підтверджується вищенаведеною статистикою. До того ж, велика кількість справ, що розглядалися Європейським Судом з прав людини і за якими були ухвалені рішення, по суті стосувалась питання тривалого невиконання рішення судів, що порушує ст. 6 і ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та ст. 1 Протоколу № 1 до неї. Після винесення пілотного рішення у справі «Юрій Іванов проти України» і незважаючи на прийняття Закону України «Про гарантії щодо виконання судових рішень» у справах «Цибулько та інші проти України» 20 червня 2013 р., «Харук та інші проти України» 26 липня 2012 р. Європейським судом були визнані порушення Україною прав громадян щодо тривалого невиконання рішення суду, тобто прийняття даного закону суттєво не вплинуло на покращення ситуації.

Слід припустити, що така ситуація викликана не однією, а рядом причин, які пропонується умовно поділити на економічні, правові та організаційні.

Правовим чинником можна назвати спробу надати «законності» невиконанню своїх зобов'язань державою з огляду на відсутність коштів. Така позиція наводиться, зокрема, в рішенні Конституційного Суду України від 26 грудня 2011 р., п. 2.1 абз. 10 якого передбачає, що механізм реалізації соціально-економічних прав може бути змінений державою, зокрема, через неможливість їх фінансового забезпечення шляхом про-

порційного перерозподілу коштів з метою збереження балансу інтересів усього суспільства. Відповідно до цього рішення була сформована практика Вищого адміністративного суду. Наприклад, у Довідці від 20 лютого 2012 р. про узагальнення та вивчення практики розгляду і вирішення адміністративними судами справ, пов'язаних із соціальними виплатами особам, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, зазначено, що вирішуючи такі спори, суди виходять з того, що у разі наявності суперечностей між нормами законів, які мають однакову юридичну силу, застосуванню підлягає той із них, який прийнято пізніше, тобто Закон України «Про Державний бюджет» на відповідний рік. У Довідці зазначено, що обґрунтованість такого підходу підтверджено рішеннями Конституційного Суду України від 26 грудня 2011 р. № 20-рп/2011 та від 25 січня 2012 р. № 3-рп/2012<sup>10</sup>. Рішення Конституційного Суду створило правове підґрунтя для невиконання зобов'язань держави щодо виплат, передбачених соціальними законами, і назвало таку ситуацію «обґрунтованою правовою позицією».

З точки зору перспектив покращення цієї ситуації можна стверджувати, що як би не змінювалось законодавство щодо порядку виконання майнових зобов'язань державою за судовими рішеннями, їх виконання повинно означати фактичне фінансування. Без передбачення бюджетом коштів на покриття таких виплат неможливим буде виконання таких зобов'язань, якою б досконалою не була система виконання судових рішень. Тому прийняття Закону України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» хоч і встановлює порядок звернення за виконанням рішень суду про стягнення коштів з державного підприємства та державного органу, створюючи додаткові правові гарантії для стягувача, однак фактичне забезпечення його вимог ставиться в залежність від наявних на ці витрати коштів. Фахівці з фінансового права, порівнюючи фінансові та бюджетні правовідносини, характеризують останні як внутрішньоорганізаційні<sup>11</sup>, покладаючи на державу функції з їх організації і забезпечення. З огляду на таку особливість стягувач може лише звернутись за виконанням судового рішення і очікувати на позитивний результат. Виконання судового рішення щодо майнової заборгованості держави перед особою поставлене в залежність від волі самого боржника – від того, чи передбачить держава кошти на покриття своїх боргів у поточному бюджетному періоді. Прийнята на виконання цього закону постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку погашення заборгованості за рішенням суду, виконання яких гарантується державою» № 440 від 3 вересня 2014 р. хоч і забезпечує безспірне списання коштів державного бюджету за бюджетною програмою для забезпечення виконання рішень суду, передбачає погашення заборгованості в межах бюджетних асигнувань, встановлених на відповідний рік. Тобто підтримує існуючу позицію законодавця.

Слід позитивно охарактеризувати передбачену ст. 5 цього закону компенсацію, що виплачується стягувачу за несвоєчасне виконання такого зобов'язання. Стягнення такої компенсації було визнане обґрунтованим Європейським Судом з прав людини. Однак порядок виплати такої компенсації покладається на ту ж таки статтю видатків бюджету.

Поряд з правовими чинниками однією з причин невиконання рішень суду є організаційна, яка вбачається у неефективній організації державної роботи компетентних органів щодо виконання рішень судів. Спроби пошуку ефективної організаційної моделі тривають дотепер. Так, після свого створення у 1998 р. Державна виконавча служба була реформована у 2005 р., реорганізована у 2007 р. та перепідпорядкована Міністерству юстиції України, відповідний Департамент ліквідовано. Серед причин неефективної роботи виконавчої служби є як об'єктивні, так і суб'єктивні – це і велике навантаження органів, відсутність належного матеріального забезпечення діяльності таких органів; невисока заробітна плата працівників, що створює підґрунтя для корупції. Після прийняття Кабінетом Міністрів постанови від 21 січня 2015 р. «Питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції» № 17 було ліквідовано Державну виконавчу службу, а її функції покладено безпосередньо на Міністерство юстиції. З огляду на проведені реформи можна стверджувати, що неефективність роботи державного органу, який здійснював примусове виконання рішень суду, спонукала уникати проміжних ланок у його підпорядкуванні. Власне, на сьогодні таку функцію виконує безпосередньо профільне міністерство. Кардинально новий підхід обговорюється нині щодо введення у процес виконання рішень суду приватних виконавців. На відміну від існуючої системи виконання рішень передбачається:

- матеріальна заінтересованість приватних виконавців в результатах своєї роботи оскільки оплата їх роботи буде безпосередньо залежати від ефективності роботи;
- страхування відповідальності приватних виконавців, що створюватиме додаткові гарантії для стягувачів;
- запровадження єдиного реєстру державного виконання судових рішень, що створюватиме можливість для контролю за своєчасністю вчинення виконавчих дій.

Досвід таких країн, як Франція, Нідерланди, Люксембург, Естонія, Латвія, Литва, Румунія свідчить про те, що приватні виконавці безпосередньо заінтересовані у виконанні судових рішень, що ефективно впливає на їх роботу. Однак слід пам'ятати, що Європейський Суд з прав людини розглядає виконання судових рішень як складову судового розгляду, тобто пов'язує здійснення правосуддя не тільки з винесенням остаточного рішення у справі, а і з його виконанням. Відтак покладення функції виконання судових рішень виключно на приватних виконавців ставитиме в залежність таку функцію держави, як здійснення правосуддя від незалежних приватних осіб. Тому розроблений законопроект хоч і містить позитивні і, безперечно, ефективні пропозиції щодо покращення роботи виконавців, втім, на приватних виконавців не можна повною мірою покласти функцію виконання судового рішення.

Не меншого значення в процесі виконання судового рішення мають економічні проблеми, що постають перед нашою державою. Вони являють собою економічний чинник, з яким також пов'язують невиконання рішень суду. Як вже зазначалось вище, хоч би якою ефективною була система виконання судових рішень, вона ставиться в залежність від наявності видатків, передбачених бюджетом на ці цілі. Фінансування таких видатків характеризує ставлення держави до виконання своїх зобов'язань. На підставі аналізу закону України про Державний бюджет (2010 р.) Г. М. Калішенко зазначає, що механізм виконання судових рішень не спирається на стабільну правову основу, що порушує принцип верховенства права, обов'язковим елементом якого є права визначеність<sup>12</sup>. Серед причин такого висновку – відсутність закону про порядок безспірного списання коштів державного бюджету та невідповідність підзаконних нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України Закону України «Про виконавче провадження».

Порушення принципу обов'язковості виконання судового рішення суперечить вимогам принципу правової визначеності. У своєму дослідженні О. З. Хотинська визначала загальнообов'язковість як спосіб регулювання відносин, які виникають при реалізації всіх судових рішень, незалежно від суб'єктивного ставлення осіб до приписів, що містяться в акті правосуддя. Це твердження можна доповнити також тим, що така незалежність повинна проявлятися і стосовно думки посадових осіб державного органу і фінансових можливостей держави.

Невиконання рішення суду створює ситуацію, за якої громадянин використав всі надані державою можливості захистити своє порушене право – звернувся до суду, брав участь у судовому розгляді, отримав рішення суду на свою користь, яке набуло законної сили, однак фактичного забезпечення свого права не отримав. Законні очікування такої особи є порушеними, адже виконання рішення суду поставлено в залежність від чинників, що лежать поза сферою її впливу, породжують ситуацію, за якої особа хоч і виконала всі вимоги закону, реалізувала своє право на захист, однак такого захисту не отримала. Спроби обґрунтувати цю ситуацію економічними проблемами та недостатністю коштів на покриття таких видатків порушує принцип правової визначеності, оскільки маючи винесене на свою користь рішення суду, що набрало законної сили, особа може так і не добитися його виконання.

<sup>1</sup> Правозахисники: невиконання рішень судів в Україні стало національною традицією : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://helsinki.org.ua/index.php?id=1418036630>

<sup>2</sup> Справа Олсон проти Швеції 24 березня 1988 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://european-court.eu/uploads/ECHR\\_Olsson\\_v\\_Sweden\\_N\\_1\\_28\\_03\\_1988.pdf](http://european-court.eu/uploads/ECHR_Olsson_v_Sweden_N_1_28_03_1988.pdf)

<sup>3</sup> Богачова Л. Л. Принцип правової визначеності в європейському і національному праві (змістова характеристика) / Л. Л. Богачова // Теорія і практика правознавства. – 2013. – Вип. 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/tipp\\_2013\\_2\\_74.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/tipp_2013_2_74.pdf)

<sup>4</sup> Фогельсон Ю. Б. Мягкое право и верховенство права / Ю. Б. Фогельсон // Журнал российского права. – 2014. – № 11. – С. 22–33. – С. 26–27.

<sup>5</sup> Козюбра М. І. Вимоги верховенства права і юридична відповідальність / М. І. Козюбра // Відповідальність у праві: філософія, історія, теорія : моногр. ; за заг. ред. І. А. Безклубого. – К. : Грамота, 2014. – 448 с. – С. 133.

<sup>6</sup> Комаров В. В. Курс цивільного процесу / В. В. Комаров. – Х. : Право, 2011. – 1352 с. – С. 145.

<sup>7</sup> Матвеева Ю. І. Принцип правової визначеності та проблеми невиконання судових рішень / Ю. І. Матвеева // Наукові записки НаУКМА. – Юридичні науки. – 2012. – Т. 129. – С. 50–53. – С. 51.

<sup>8</sup> Сердюк В. В. Обов'язковість судового рішення: окремі питання теорії і практики / В. В. Сердюк // Вісник прокуратури. – 2006. – № 8 (62). – С. 79–88. – С. 88.

<sup>9</sup> Смородинський В. С. Судова влада в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. : спец. 12.00.01 / В. С. Смородинський. – Х., 2001. – 20 с. – С. 11.

<sup>10</sup> Довідка про узагальнення та вивчення практики розгляду і вирішення адміністративними судами справ, пов'язаних із соціальними виплатами особам, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.vasu.gov.ua/userfiles/file/Uzagal\\_sud.../Uzagal\\_Chernobil.doc](http://www.vasu.gov.ua/userfiles/file/Uzagal_sud.../Uzagal_Chernobil.doc)

<sup>11</sup> Кучерявенко М. Проблема колізійності фінансового законодавства у рішеннях Вищого адміністративного суду України (деякі аспекти методології) / М. Кучерявенко // Право України. – 2008. – № 9. – С. 57–62. – С. 59.

<sup>12</sup> Калішенко Г. М. Правове регулювання виконання рішень суду, винесених проти держави / Г. М. Калішенко // Судова апеляція. – 2010. – № 4. – С. 23.

### Резюме

#### **Огнев'юк Г. З. Обов'язковість рішення суду як складова принципу правової визначеності.**

Стаття присвячена дослідженню принципу правової визначеності та принципу обов'язковості судового рішення у їх взаємозв'язку. Встановлено, що невиконання рішення суду порушує принцип правової визначеності. Чинники, які призводять до невиконання судових рішень, запропоновано поділити на правові, організаційні та економічні.

**Ключові слова:** права визначеність, законні очікування, обов'язковість судового рішення.

### Резюме

#### **Огнев'юк А. З. Обязательность решения суда как составляющая принципа правовой определенности.**

Статья посвящена исследованию принципа правовой определенности и принципа обязательности судебного решения и их взаимосвязи. Установлено, что неисполнение судебного решения нарушает принцип правовой определенности. Причины, которые приводят к неисполнению судебных решений, предложено поделить на правовые, организационные и экономические.

**Ключевые слова:** правовая определенность, законные ожидания, обязательность судебного решения.

## Summary

### **Ohneviuk G. Obligatoriness of the court decision as the demand of the legal certainty.**

This article is devoted to the general law principles such as legal certainty and binding of court decisions and to their interconnections. The article establishes that outperformance of court decisions violates the principle of legal certainty. The factors that cause such outperformance are proposed to be grouped into legal, organizational and economical.

**Key words:** legal certainty, legal expectations, binding of court decision.

УДК 346.2:35.072.2

## **А. О. ОЛЕФІР**

*Андрій Олександрович Олефір, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

## **ДЕРЖАВНА ПІДТРИМКА КОЛЕКТИВНИХ ФОРМ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЯК ОСНОВНИЙ МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІННОВАЦІЙНОГО РОЗВИТКУ**

Визначальною тенденцією сучасного етапу історичного розвитку є глобалізація економіки, якій притаманна субординаційна підпорядкованість національних господарств у міжнародному поділі праці. Вплив інтернаціоналізації на сферу господарювання України поки що має переважно негативний характер (деіндустріалізація, монополізація традиційних ринків, імпортозалежність, скорочення чисельності малого й середнього підприємництва), що вимагає невідкладного перегляду підходів до формування господарсько-правової політики – основи для інноваційного розвитку та інших реформ.

Проблеми, пов'язані з державною підтримкою суб'єктів господарювання, досліджувалися у працях таких вчених, як О. Вінник, Д. Задихайло, В. Мамутов, В. Пашков, О. Подцерковний, В. Устименко, О. Шаповалова, В. Щербина та ін. Водночас розгляд проблем державної підтримки саме колективних форм господарювання з погляду інноваційного інвестування не знайшов достатньо повного висвітлення.

Метою статті є дослідити проблеми та перспективи розвитку вітчизняної сфери господарювання, визначити організаційно-правові та договірні форми здійснення господарської діяльності, засоби державного регулювання економіки, що спроможні забезпечити економічне зростання.

До факторів, що негативно впливають на вітчизняну сферу господарювання, належать такі: 1) цивілізаційні проблеми, вирішити які можливо за допомогою мобілізації всіх національних ресурсів; 2) негативний досвід державного регулювання економіки, що є підставою для самоусунення держави зі сфери регулювання макроекономічних процесів; не використовуються засоби фінансово-економічного стимулювання платоспроможного попиту на інновації; 3) інноваційний фактор економічного зростання не використовується<sup>1</sup>, в глобальному рейтингу конкурентоспроможності Україна займає 60 місце<sup>2</sup>; 4) закріплення за вітчизняною наукою функцій імітації та незначного удосконалення іноземних розробок; 5) падіння іноземного споживчого та інвестиційного попиту на українські товари, скорочення внутрішнього ринку, зменшення ваги сировинного фактору економічного зростання; 6) якщо внутрішній ринок відкритий, іноземний інвестор заінтересований експортувати готові товари, аніж локалізувати виробництво; 7) диспропорції в економіці, зумовлені падінням промисловості при зростанні сфери торгівлі і послуг; 8) скорочення інвестицій в основний і обіговий капітал, насамперед внаслідок помилкової грошово-кредитної політики (державна допомога «банкам-спекулянтам» замість підтримки реального сектору); 9) скорочення видатків бюджету і зниження попиту (з погляду інвестора, бюджетні кошти, з огляду контроль за їх рухом, є найбільш ефективними).

Для удосконалення господарського законодавства слід враховувати три особливості економічного розвитку на сучасному етапі. По-перше, під час визначення підходів до формування національної інноваційної системи звертається увага на досвід США (кремнієва долина, венчурні фонди, університетські стартапи), ЄС (технологічні платформи, кластери, центри розвитку), але ігнорується успішний досвід так званих «економічних тигрів», що визначили пріоритетною підтримку великого національного підприємництва, у тому числі на зовнішніх ринках. У КНР в адміністративному порядку визначаються перспективні напрями розвитку, а не ринковим саморегулюванням<sup>3</sup>. Так, у КНР, де затверджена стратегія «50 глобальних лідерів», – це «Huawei», «Grate Wall», у Японії – «Toyota», «Mitsubishi», Південній Кореї – «Samsung», «Hyundai», «LG», США – «AOL», «GM», «Google» тощо<sup>4</sup>. В основі цієї політики – такі причини: 1) в умовах глобальної конкуренції тільки великі господарські об'єднання спроможні створювати високотехнологічну продукцію, що користується попитом на зовнішньому ринку і задовольняє потреби внутрішнього; 2) забезпечує надходження валюти, збільшення податкових платежів, створення робочих місць та ін. Транснаціональні корпорації контролюють 70–90 % ринків і визначають структуру світової торгівлі<sup>5</sup>. Наприклад, щоб фарма-

цвітична компанія успішно конкурувала з іншими, вона має щороку випускати на ринок кілька оригінальних лікарських засобів (для розробки одного препарату необхідно близько десяти років проводити дослідження, інвестувавши сотні млн дол. США). Об'єднані наукові бюджети провідних фармацевтичних компаній становлять 1–7 млрд дол. США<sup>6</sup>.

По-друге, зміна технологічних укладів, що відбувається зараз, з одного боку, створює умови для появи нових економічних лідерів (за умови відсутності значної концентрації капіталу в активах попереднього укладу), а, з іншого боку, створює загрозу значної технологічної залежності від виробників інноваційної продукції. Для реіндустріалізації в США і ЄС уже відбувається підготовка до четвертої промислової революції (індустрії 4.0) – інтеграції кіберфізичних систем у обробній промисловості за допомогою мережі Інтернет: у США створено некомерційний консорціум «Industrial Internet», до якого увійшли лідери промисловості – «General Electric», «Intel», «AT&T», «IBM», а в Німеччині щорічний обсяг відповідних інвестицій становить 40 млрд євро<sup>7</sup>. Також уже відбулися випробування «генератора Росії» (Energy Catalyzer)<sup>8</sup>, а американська корпорація «Lockheed Martin Corp» розробила перший компактний термоядерний реактор<sup>9</sup>.

По-третє, новітні технології створюють підстави для розвитку, поряд із великими підприємствами, також для малих і середніх суб'єктів господарювання. Зокрема, демократизація виробництва за допомогою технології тривимірного друку створює передумови для малосерійного виробництва для задоволення індивідуальних потреб людей.

Таким чином, основна мета будь-якої національної інноваційної системи – це створення (локалізація) великих підприємств (господарських об'єднань) на підставі проектного методу управління сферою господарювання. При цьому повинна забезпечуватися багатоукладність економіки. На підставі національних конкурентних переваг суб'єктів господарювання за галузевою належністю варто розподілити на три групи: 1) стратегічно важливі суб'єкти господарювання п'ятого технологічного укладу, які контролює держава або на контролера яких покладено значні інвестиційні зобов'язання: аерокосмічна галузь, кораблебудування, атомна енергетика (виробництво ядерного палива, для цього є найбільші в Європі поклади уранових руд), спеціалізоване машино- і роботобудування (безпілотні літальні апарати, військова техніка, електромобілі); 2) суб'єкти господарювання п'ятого або шостого технологічного укладу, переважно приватного права, що реалізують перспективні комерційні проекти і яким надається довгострокова державна підтримка: виробництво сільськогосподарської техніки; розвиток транспортної інфраструктури (у сенсі зв'язку між ринками ЄС, КНР і РФ); фармацевтична та хімічна промисловість, біотехнології та нанотехнології; виробництво електроніки; програмне забезпечення, зберігання, обробка даних; альтернативна енергетика, зокрема виробництво біопалива (у енергобалансі Німеччини частка біопалива становить 8,1 %, а природного газу – 11,8 %, державні асигнування на розвиток альтернативних джерел енергії у 2014 р. – 24 млрд євро<sup>10</sup>); вирощування органічних харчових продуктів для гарантування продовольчої безпеки та суспільного здоров'я; комплексний напрям, наприклад, «перемога над старінням», що забезпечить розвиток багатьох суміжних сфер і сприятиме залученню провідних фахівців; 3) решта суб'єктів господарювання здійснює діяльність в умовах відкритого ринку.

Суб'єкти господарювання, що належать до першої або другої груп, за умови відповідності критерію відбору (потенційна спроможність витримувати міжнародну конкуренцію) визнаватимуться лідерами економіки України та одержуватимуть всебічну державну підтримку на виконання спеціально розроблених і затверджених Кабінетом Міністрів України дорожніх карт. Враховуючи фінансовий потенціал України, таких суб'єктів господарювання (їх об'єднань) повинно бути не більше п'яти. При цьому необхідно забезпечити такі характеристики провадження господарської діяльності: високий рівень ризикової складової при ухваленні стратегічних рішень, розвиток технологічних інновацій, безперервний аудит і невідкладне закриття або заміна неефективних проектів.

Після визначення підходів до розвитку пріоритетних галузей економіки доцільно визначити найбільш конкурентоспроможні організаційно-правові форми провадження господарської діяльності, що є максимально ефективними в умовах глобалізації.

У 90-і рр. XX – на поч. XXI ст. в Україні було штучно ліквідовано багато виробничих і науково-виробничих комплексів, які склалися з технологічно взаємопов'язаних підприємств. Це призвело до того, що в глобальному інноваційному рейтингу Україна займає 67 місце серед 125 країн, поступаючись усім країнам ЄС, РФ, Казахстану<sup>11</sup>. На думку М. Портера, рівень життя нації залежить від спроможності національних підприємств досягати високого рівня виробництва і підвищувати його, оскільки на міжнародному ринку конкурують підприємства, а не держави<sup>12</sup>. Помилково протиставляти господарські інтереси держави та корпорацій, оскільки де-факто вони єдині.

Отже, для успішної діяльності в умовах ринкової економіки суб'єктам господарювання недостатньо функціонування в рамках окремих розрізнених господарських товариств, і тому логічним є їх об'єднання в групи за виробничою, галузевою, територіальною чи іншою ознакою. Це може бути як традиційний, так і усічений (залежний) тип кластеру, що складається з технологічно пов'язаних підприємств, розташованих територіально як в одному, так і різних місцях.

Розглянемо загальні конкурентні переваги та недоліки колективних форм господарювання. До переваг належать такі: 1) правове забезпечення інтеграції життєвого циклу виробу від конструкторської розробки до його комерціалізації і обслуговування за допомогою об'єднання виробничої, наукової, торговельної, сервісної та інших видів діяльності суб'єктів господарювання; 2) скорочення тривалості інноваційного циклу,



створення гарантованого попиту на інновації, концентрація комерційного досвіду, диверсифікація постачальницьких і збутових каналів, різні шляхи використання результатів наукових досліджень і розробок; 3) збільшення вірогідності виготовлення готової продукції кінцевого ступеня обробки, а отже, прибутковості, розширення товарного асортименту; 4) економія виробничих витрат, розподіл інвестиційних ризиків і господарської відповідальності між учасниками об'єднання; 5) підвищення ефективності управління господарською діяльністю через розподіл функцій між партнерами, з урахуванням їх спеціалізації; 6) можливості взаємовигідної співпраці з конкурентами (до учасників об'єднання належать суб'єкти господарювання з різним ступенем конкурентоспроможності); 7) концентрація активів, високий ступінь фінансової стійкості та незалежності від зовнішніх ресурсів, підвищена кредитоспроможність; 8) швидке реагування на потреби ринку; 9) спільне розв'язання завдань, що стоять перед учасниками, підвищення ефективності використання ресурсів на основі організації спільної діяльності, розподілу праці; 10) підвищення ефективності лобювання інтересів суб'єктів господарювання на рівні управління макроекономічними процесами. До типових недоліків належать: 1) складність організаційної структури, що знижує оперативність прийняття управлінських рішень; 2) проблема узгодження господарських інтересів об'єднання і його учасників; 3) антимонопольні та інші обмеження щодо провадження господарської діяльності.

До інших ознак об'єднань підприємств належать такі: 1) від свого імені виконує тільки функції, делеговані йому учасниками; 2) має право засновувати підприємства для надання його учасникам виробничих, транспортних, технологічних, комерційних, проектно-конструкторських, зовнішньоторговельних, юридичних, інформаційних, консультативних та інших послуг; 3) за учасниками об'єднання зберігається право виходу з його складу зі збереженням взаємних зобов'язань; 4) факторами, що визначають ефективність об'єднання підприємств, є наступні: а) ефективність антимонопольного законодавства; б) кількість продавців і покупців на ринку (чим менше підприємств на ринку, тим їм легше інтегруватися); в) однорідність продукції, що виробляється, і приблизна ідентичність витрат (якщо ці умови виконуються, то підприємствам легше ухвалити рішення про об'єднання); г) стабільність і передбачуваність попиту (суттєві та непрогнозовані зміни дестабілізують ситуацію, ускладнюють перемовини).

Таким чином, для визначення засобів правового забезпечення інноваційного розвитку вітчизняної сфери господарювання, де окремі підприємства (малі та середні) об'єктивно не можуть бути ефективними, варто розглянути організаційно-правові форми колективного здійснення господарської діяльності.

Виділяють такі основні види стратегій підприємств: 1) захисна, що передбачає невисокий ризик і придатна для підприємств, спроможних одержати прибуток в умовах конкуренції, підтримуючи норму прибутку за допомогою низьких витрат; 2) наступальна, що є високоризиковою і високорентабельною, передбачає пошук ринкових перспектив і наявність умінь швидко їх реалізувати; 3) змішана<sup>13</sup>. Зважаючи на те, що перша на сучасному етапі неприйнятна для України, для стимулювання інноваційного розвитку в порядку другої і третьої стратегій слід запровадити правову модель автономної промисловості в основних галузях економіки.

По-перше, це створення асоціації за галузевою ознакою для координації діяльності (узгоджена виробнича політика) і представництва спільних інтересів учасників на національному рівні. Орган управління асоціацією – комітет у формі приватного акціонерного товариства здійснюватиме генеральну координацію роботи відповідної галузі господарства та відповідатиме за випуск кінцевої продукції (інновацій, технологій).

По-друге, залежно від асортиментних позицій товарів, що виробляються, і стадій інноваційного циклу, суб'єктів господарювання доцільно об'єднати в конгломерати. До них можуть входити підприємства як однієї галузі, так і декількох. Головне, щоб учасники конкретного конгломерату забезпечували створення конкурентоспроможної готової продукції. Тобто, до конгломерату, що передбачає централізацію виробничої, науково-технічної та інвестиційної діяльності, входять підприємства, технологічно взаємозв'язані процесом виробництва. При цьому один конгломерат може підпорядковуватися кільком комітетам асоціацій.

Міжфірмова інтеграція у формі договірних (спільна діяльність, кооперація, аутсорсинг), довірчих партнерських відносин між усіма учасниками інноваційного циклу чи інституційних партнерств різної тривалості (короткі проекти з розробки технологій, близьких до стадії комерціалізації, розробка загальної стратегії розвитку, запровадження спільних стандартів тощо) може мати місце і між конкуруючими суб'єктами господарювання з приводу реалізації спільних інвестиційних проектів. При цьому має розв'язуватися завдання із забезпечення єдності України, оскільки виробнича інтеграція та взаємозалежність є вагомими стимулами для цього.

По-третє, між комітетами асоціацій і конгломератами слід встановити такий алгоритм взаємодії: комітети здійснюють загальну координацію виробництва інноваційної продукції, розміщуючи замовлення (державні та приватні) у спосіб державних закупівель серед конгломератів, які, в свою чергу, надають відповідні технічні завдання (у конкурентний чи переговорний спосіб) промисловим підприємствам та іншим організаціям. Щодо конкуренції на внутрішньому ринку, то в ключових галузях вона сприятиме розвитку галузі в цілому, а не окремих підприємств. Даний підхід забезпечить завантаження виробничих потужностей усіх суб'єктів інноваційного процесу та контроль за ефективним використанням (комерціалізацією товарів кінцевого ступеня обробки) державної підтримки.

Обгрунтованою є така правова форма публічного контролю за діяльністю названих господарських об'єднань, як закріплення за державою спеціальних організаційно-господарських (корпоративних) прав на управління (контроль) за їх діяльністю, з метою забезпечення національної безпеки держави, ефективності використання державних та іноземних інвестицій. Зокрема, це право на накладення вето щодо зміни уста-

новчих документів, укладення значних угод і тих, стосовно яких є заінтересованість, право на представництво у виконавчому органі та ревізійній комісії, право на внесення пропозицій у порядок денний зборів акціонерів, скликання позачергових зборів акціонерів тощо.

У галузях економіки, що становлять для держави стратегічний інтерес, доцільно заснувати національні корпорації з повним (замкненим) циклом виробництва стратегічних і обмежено оборотоздатних інновацій, правовий статус який визначити в окремих законах. Оптимальною правовою формою для них виступатиме змішаний холдинг, коли холдингова компанія, поряд із управлінням корпоративними правами й розподілом дивідендів, що в чистому вигляді може набувати спекулятивного характеру, провадитиме також певний вид господарської діяльності, наприклад, забезпечуватиме комерціалізацію інноваційних розробок. На сучасному етапі майже всі великі Західні корпорації мають холдингову форму організації<sup>14</sup>. Учасниками таких господарських об'єднань мають бути виключно українські суб'єкти господарювання, при цьому їх діяльність повинна спрямовуватися на задоволення передусім внутрішньодержавного попиту. Також має діяти заборона на експорт технологій, передача яких може обмежити конкурентоспроможність зазначеного об'єднання.

У сферах оборонної промисловості, де має місце стійка виробнича, технологічна та фінансова залежність між господарськими організаціями, доцільно створювати статутні об'єднання у формі концернів, з централізацією функцій науково-технічного і виробничого розвитку, інвестиційної, фінансової, зовнішньоекономічної діяльності. Їх створення значною мірою зумовлене потребами перемістити капітал з менш перспективних галузей у більш перспективні, реалізувати великі інвестиційні проекти, децентралізувати управління ними. Важливим є створення в структурі таких компаній торговельних (дистрибуторських) підрозділів для комерціалізації виготовленої продукції, контролю напрямів та обсягів її реалізації. Також обґрунтованим є заснування мереж пов'язаних малих підприємств, в рамках яких розвивати прикладні дослідження, розробляти інноваційні продукти, проводити їх комерціалізацію, засновувати корпоративні технопарки.

Поряд із заснуванням формальних і неформальних об'єднань технологічно подібних підприємств для вдосконалення виробництва на основі кооперації та контрактних відносин, на часі створення правових передумов для організованої участі фізичних осіб в інноваційному процесі. Доцільно закріпити таку організаційно-правову форму господарювання, як інноваційний кооператив або профіт-центр (добровільне статутне об'єднання громадян на засадах членства для спільної науково-дослідницької, експериментальної, впроваджувальної, виробничої та іншої господарської діяльності, яка базується на їхній особистій інтелектуальній, трудовій участі та об'єднанні його членами пайових внесків, з яких не менше 50 % повинні становити майнові права на об'єкти інтелектуальної власності та інші інноваційні об'єкти, або інноваційне обладнання, технології). До інших правових рис інноваційного кооперативу належать: а) розробляє, виробляє і реалізує інноваційні продукти і (або) продукцію чи послуги, обсяг яких у грошовому вимірі перевищує 50 % його загального обсягу продукції і (або) послуг, або надає послуги (юридичні, консультаційні тощо), спрямовані на правове, організаційне та економічне забезпечення такої діяльності, обсяг яких у грошовому вимірі перевищує 85 % його загального обсягу продукції і (або) послуг; б) мінімальна кількість членів – п'ять осіб, з яких не менше двох – з науковими ступенями; в) створюється на певний строк або безстроково; г) спрощений порядок реєстрації, звітності, пільговий режим оподаткування.

При цьому допустимою є інтеграція малих підприємств у господарсько-коопераційні системи за лідерства великих підприємств зі стійкою мережею постачальників, покупців і пакетами технологій, на основі інформаційних, виробничо-технологічних, науково-технічних і комерційних договірних зв'язків. Провідні корпорації стимулюють активність працівників шляхом імітації умов роботи малого бізнесу. Для цього в конструкторських і проектних підрозділах створюються групи з розробки нових продуктів, а їх учасники самостійно обирають способи організації та напрями роботи. У разі ринкового успіху їм гарантується участь у розподілі прибутків компанії.

Для господарсько-правового забезпечення ефективної зовнішньої торгівлі (експорт України ґрунтується на сировині чи продукції первинної обробки, запаси якої не є відновлювальними повною мірою) необхідно засновувати експортні консорціуми – зовнішньоторговельні об'єднання для сприяння експортним операціям учасників.

Визначимо основні правові засади створення та діяльності експортних консорціумів: 1) консолідована конкурентна позиція, коли учасники консорціуму конкурують між собою на внутрішньому ринку, але їх діяльність координуватиметься на зарубіжних ринках; 2) створення як тимчасового багатостороннього договірної об'єднання з реалізації великих інноваційних проектів для закріплення за національним товаровиробником домінуючих позицій на ключових експортних ринках, з перспективою перетворення в корпорацію чи концерн; 3) розвиток механізмів створення «продовжуваних» і «швидких» інновацій, коли певні галузі досягають зрілості й підприємці інвестують у сфери, не пов'язані з первинною спеціалізацією; 4) консорціум не має статусу юридичної особи, керівним органом є адміністративна рада, в якій пропорційно представлені всі його учасники, або діяльність координується підприємством-лідером; допустимою є подвійна система органів управління консорціумом – орган, що представляє засновників і виконавчий орган; 5) координаційна система реалізації функцій консорціуму (без втручання в оперативну діяльність учасників) передбачає покладення на орган управління виконання контролюючо-аналітичних, наглядових функцій і прийняття рішень господарського характеру стосовно розподілу активів, що перебувають у спільному користуванні, регулювання кредитних зобов'язань, напрямів використання науково-промислового потенціалу учасників для розробки спільних проектів; на час розробки та реалізації проекту може затверджуватися спеціальна

дирекція; 6) господарські функції між учасниками розподілені таким чином, щоб кожен з них провадив діяльність у тій сфері, в якій він є найбільш конкурентоспроможним; 7) учасником консорціуму може стати суб'єкт господарювання за умови, якщо він самостійно не може досягнути цілей, для яких створено консорціум, при цьому підприємство може бути членом декількох консорціумів; 8) засади майнових відносин у консорціумі: володіння спільно набутим майном здійснюється на частковій основі, пропорційно вкладам учасників у створення цього майна; консорціум має право створювати договірні підприємства, визначаючи форму їх взаємодії з консорціумом; майнові права та права управління розподіляються між учасниками пропорційно внесеному вкладу.

В умовах європейської інтеграції України в тих галузях, у яких має місце інвестиційний дефіцит і неможливо (недоцільно) створити замкнені інноваційні цикли, слід укладати стратегічні альянси з іноземними партнерами, у тому числі приєднуючись до вже діючих, засновувати спільні наукові, консалтингові підприємства. Стратегічний альянс – це горизонтальне договірне об'єднання двох чи більше незалежних суб'єктів господарювання, що провадять діяльність у суміжних сферах, володіючи взаємодоповнюючими технологіями, для досягнення середньо чи довгострокових комерційних і некомерційних результатів. Є такі види стратегічних альянсів: 1) зі створенням нових спільних підприємств; 2) з акціонерною участю в існуючих суб'єктах господарювання; 3) консорціуми для реалізації інвестиційних проектів, в основі управління якими лежать стратегічні дорожні карти (програма діяльності, строки її реалізації, взаємні зобов'язання учасників, керівництва об'єднання, держави); 4) альянси з незначною кооперацією – асоціації. Залежно від сфери діяльності, найбільш поширені альянси з реалізації наукових досліджень і розробок (інтеграція на рівні функцій трансферу та комерціалізації технологій), альянси з організації спільного виробництва чи освоєння ринків.

Все ж таки, саме спільні підприємства є найбільш перспективною формою розповсюдження інновацій<sup>15</sup>. Питання передачі технології вирішуються у спільному підприємстві двома шляхами: 1) контракт на передачу технології у відповідній формі (ліцензія на патент, передача ноу-хау, технічна допомога), що укладається одночасно з угодою про створення спільного підприємства чи є частиною цієї угоди; 2) технологія, комерційний досвід виступають внеском сторони у статутний капітал спільного підприємства. Водночас, якщо завищено вартість, наприклад технології, то спотворюється загальна структура капіталу спільного підприємства і власник технології отримуватиме завищені доходи та високу частку капіталу в разі припинення діяльності спільного підприємства. Навіть якщо інвестована технологія застаріє або ноу-хау втратить свій секретний характер, вона все одно збереже цінність, з урахуванням її капіталізації. Більше того, її вартість може зростати в міру збільшення активів спільного підприємства. Разом із тим отримання технології на початку діяльності спільного підприємства може відіграти важливу роль, оскільки при цьому економляться грошові кошти. Крім того, інвестор буде зацікавлений у постійному вдосконаленні вкладеної технології, оскільки він прямо бере участь в отриманні прибутку від реалізації об'єкта технології.

Як відомо, розробник мікропроцесорів «Qualcom» уклав договір з одним із найбільших у КНР виробників напівпровідників «Semiconductor Manufacturing International Corp. (SMIC)» про створення спільного підприємства, до якого також увійдуть «Huawei Technologies» і бельгійський дослідний центр «Imec». За допомогою цієї угоди китайські підприємства планують зменшити відставання від світових лідерів та імпортозалежність, а учасники з ЄС – покращити позиції на ринку КНР<sup>16</sup>. Спільні інновації розглядаються як етап розвитку інноваційного процесу. Наприклад, в автомобільній промисловості нараховується більше 100 альянсів, спільних підприємств і ця тенденція розвивається за висхідною: сформовано науково-технологічні альянси «Mitsubishi» з «Daimler-Benz», «Nissan» з «Renault»<sup>17</sup>. Кооперація в науково-технічній сфері між державами-членами ЄС відбувається за таким принципом: менше розвинені інноваційно Румунія, Болгарія, Литва, Латвія, Словаччина тяжіють до Греції, Португалії, Іспанії; більш розвинені Словенія, Чехія, Естонія – до Франції, Німеччини<sup>18</sup>.

Водночас слід враховувати певні негативні аспекти в діяльності стратегічних альянсів: учасник може вивчити методи ведення бізнесу партнера, розпочати їх впровадження і стати прямим конкурентом; маючи певну самостійність, учасники можуть приймати рішення, що не є оптимальними для альянсу в цілому; їх діяльність часто припиняється тим, що один із учасників поглинає іншого з огляду на фінансове становище останнього (наприклад, у стратегічному альянсі один учасник постачає іншому комплектуючі та в ході співпраці перетворюється на єдиного постачальника технологій цьому партнеру; і коли буде прийнято рішення про продаж підприємства, єдиним покупцем виявився лише цей постачальник). Тому необхідно визначити засоби подолання цих негативних явищ: товарні позиції на ринку і сфери кооперації партнерів мають бути взаємодоповнюючими, а не конкуруючими; не слід безконтрольно обмінюватися комерційною таємницею; не варто очікувати швидких прибутків; альянс необхідно розглядати як тимчасове взаємовигідне партнерство, тому коли він стає не вигідним, його слід припиняти.

Враховуючи все, викладене вище, можемо зробити наступні висновки. Незважаючи на вагомий економіко-правовий переваги об'єднань підприємств як учасників відносин у сфері господарювання, для забезпечення інноваційного інвестування необхідно застосовувати такі преференційні механізми:

1) затвердити державну програму збалансованого розвитку в трьох групах галузей економіки, що передбачає реалізацію конкретних господарських проектів, які виконуватимуться відповідно до п'ятирічних планів, розроблених на основі індикативного планування (узгоджені галузеві та територіальні програми), визначає цілі (проміжні та кінцеві), кваліфікаційні умови, за яких суб'єкт господарювання має право на одержання

гарантованого рівня підтримки, правові засоби державного регулювання залежно від галузевої специфіки; надання державної підтримки суб'єктам господарювання на підставі інших нормативних актів заборонити;

2) закріпити в ГК України такі положення: а) класифікацію підприємств за рівнем інноваційності (кількість працівників, розмір витрат на наукові дослідження й розробки, частка впроваджених технологій від загальної кількості розроблених, рівень модернізації основних фондів, показники ліцензійної діяльності); б) стадійну структуру інноваційного процесу і перелік суб'єктів на кожній із його стадій; в) наявність попередніх замовлень (укладених попередніх договорів) чи належних обґрунтувань гарантованого попиту на інноваційну продукцію, на виробництво якої буде надано державну підтримку; г) забезпечення рівного доступу до державного фінансування договірних та інституційних господарських об'єднань, поряд із окремими організаціями;

2) закріпити на рівні закону одним із основних завдань держави у зовнішній політиці експорт вітчизняної інноваційної продукції високих ступенів обробки; створити мережу українських торгових представництв, функції яких виконуватимуть суб'єкти господарювання-нерезиденти на підставі укладених договорів; у Положенні про Міністерство зовнішніх справ України встановити як один із обов'язків під час координації діяльності українських частин двосторонніх комісій, комітетів, координаційних рад, інших міжурядових органів з питань економічного співробітництва лобювання комерційних інтересів вітчизняних суб'єктів господарювання, які реалізують пріоритетні економічні проекти;

3) зобов'язати Міністерство економічного розвитку і торгівлі України проводити моніторинг товарних позицій на внутрішньому ринку, і якщо частка певної групи імпортованих товарів перевищить встановлений показник (45 % щодо тих, які вироблено в Україні), то міністерство повинно розробити заходи з підтримки національного виробника;

4) заходи з підтримки несировинного експорту (кредитування імпортерів і страхування ризиків, пільгове та довгострокове кредитування модернізації основних фондів, компенсація вартості послуг торгових представництв; заборона відшкодування податку на додану вартість експортерам сировини первинних ступенів обробки);

5) для заохочення реінвестицій знизити податок на прибуток підприємств, підвищивши податок на доходи фізичних осіб, у тому числі дивіденди; звільнити роботодавця від обов'язку сплачувати податок з доходів фізичних осіб і єдиний соціальний внесок, поклавши цей обов'язок на працівників, що сприятиме формуванню громадянського суспільства; для розвитку будівельної галузі надати податкові пільги підприємствам, що здійснюють «зелене будівництво» (енергоефективних будинків або таких, що акумулюють енергію);

6) для підвищення конкурентоспроможності суб'єктів господарювання п'ятого і шостого технологічних укладів запровадити жорсткий державний контроль за діяльністю природних монополій, зокрема: заборонити володіння непрофільними активами (засоби масової інформації, спонсорство), вимагати детальне обґрунтування інвестиційних витрат (заробітні плати), що мають бути погоджені Кабінетом Міністрів України;

7) прийняття закону про інвестування в інфраструктуру з використанням інфраструктурних облігацій;

8) зобов'язати науково-дослідні організації на стадії розробок залучати споживачів і потенційних покупців, розміщувати відомості про науково-дослідні розробки на власних веб-сайтах (з часу виникнення інноваційної ідеї), запровадити для інноваторів спрощений порядок заснування акціонерних товариств без стартового капіталу;

9) скасувати імпортні мита на товари виробничого призначення, якщо йдеться про технічну модернізацію підприємств;

10) визначити порядок закупівель та використання державних ліцензій шляхом надання їх у користування національним підприємствам на пільгових умовах: уповноважений суб'єкт господарювання публічного права провадить зовнішньоекономічну діяльність у сфері придбання прав на такі об'єкти, потреба в яких зумовлена інтересами національної безпеки, і в подальшому надає їх у користування резидентам, що безпосередньо виробляють товари за цією ліцензією; в договорі про закупівлю ліцензії бажано фіксувати положення, згідно з яким ліцензія діє для усіх підприємств певної галузі, які знаходяться на території України;

11) з огляду на наявність в Україні унікальних дослідницьких матеріалів (ядерні технології тощо) реалізувати наступні інвестиційні проекти: 1) створення міждисциплінарного дослідницько-технологічного центру колективного користування науковим обладнанням (на основі матеріально-технічної бази Національної академії наук України) у формі публічного акціонерного товариства; суб'єкти господарювання набувають право бути учасниками центру на підставі набуття у власність корпоративних прав; 2) заснування профільних лізингових компаній спільно з приватними інвесторами, що надаватимуть виробниче і дослідницьке обладнання інноваційним підприємствам у лізинг (держава фінансує частину вартості обладнання (10–30 %), а інвесторам надається пільговий період (два роки) щодо сплати лізингових платежів).

<sup>1</sup> *Одотюк І. В.* Технологічні новації в Україні: сильні та слабкі сторони, загрози і сприятливі можливості інноваційного розвитку / І. В. Одотюк // *Ефективна економіка*. – 2010. – № 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.vuzlib.com.ua/articles/book/14833-Tekhnologichni\\_novacii\\_v\\_1.html](http://www.vuzlib.com.ua/articles/book/14833-Tekhnologichni_novacii_v_1.html)

<sup>2</sup> *Конкурентоспособность Украины и России резко упала* // *Економічна правда*. – 2015. – 28 травня : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.epravda.com.ua/rus/news/2015/05/28/544291>

- <sup>3</sup> Медовников Д. Инновационное дао поднебесной / Д. Медовников, Т. Оганесян // ЭкспертOnline: Технологии. – 03.11.2014 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.expert.ru/expert/2014/45/innovatsionnoe-dao-podnebesnoj>
- <sup>4</sup> Амелін А. Десять майбутніх лідерів української економіки / А. Амелін // Економічна правда: Компанії. – 07.05.2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.epravda.com.ua/columns/2015/05/7/541334>
- <sup>5</sup> Бахчеванова Н. В. Міжнародні економічні відносини : навч. посіб. / Н. В. Бахчеванова, С. М. Макуха ; за ред. А. П. Голікова. – Х. : ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2010. – С. 148.
- <sup>6</sup> Миронишина О. В. Глобалізація фармацевтичної індустрії: наслідки впливу для української економіки / О. В. Миронишина // Вісник Донецького університету. – 2007. – № 2. – С. 159–168.
- <sup>7</sup> Хель И. Индустрия 4.0: что такое четвертая промышленная революция? / И. Хель // Hi-News.ru. – 15.04.2015 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.hi-news.ru/business-analitics/industriya-4-0-что-такое-четвертая-промышленная-революция.html>
- <sup>8</sup> Лемыш А. Цену на нефть убил холодный ядерный синтез / А. Лемыш // Еспресотв : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.espreso.tv/blogs/2014/10/16/cenu\\_na\\_neft\\_ubyl\\_kholodnyu\\_yadernyy\\_syntez](http://www.espreso.tv/blogs/2014/10/16/cenu_na_neft_ubyl_kholodnyu_yadernyy_syntez)
- <sup>9</sup> Пилипенко А. США на пороге эры изобилия энергии / А. Пилипенко // Экономические известия. – 2015 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ekonomika.eizvestia.com/full/374-aleksandr-pilipenko-ssha-naporoge-ery-izobiliya-energii.html>
- <sup>10</sup> Пилипенко А. США на пороге эры изобилия. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.ekonomika.eizvestia.com/full/374-aleksandr-pilipenko-ssha-naporoge-ery-izobiliya-energii.html>
- <sup>11</sup> Післякризовий розвиток економіки України: засади стратегії модернізації: аналітична доповідь / Я. А. Жаліло, Д. С. Покришка, Я. В. Белінська, Я. В. Бережний ; кер. авт. кол. Я. А. Жаліло. – К. : НІСД, 2011. – С. 40, 41.
- <sup>12</sup> Хмелев И. Б. Мировая экономика : учеб.-метод. комплекс / И. Б. Хмелев. – М. : Изд. центр ЕАОИ, 2009. – 360 с.
- <sup>13</sup> Гольдштейн Г. Я. Инновационный менеджмент : учеб. пособ. / Г. Я. Гольдштейн. – Таганрог : Изд-во ТРТУ, 1998. – 132 с.
- <sup>14</sup> Городова И. Б. Управление инновационными процессами : учеб. пособ. / И. Б. Городова. – Кемерово : Кемеровский технологический институт пищевой промышленности, 2005. – 76 с.
- <sup>15</sup> Васильев Н. М. Управление трансферным процессом в венчурном предпринимательстве : автореф. дисс. ... канд. экон. наук : спец. 08.00.05 «Экономика и управление народным хозяйством (экономика предпринимательства; логистика)» / Н. М. Васильев. – СПб. : СПбГТИ(ТУ), 2011. – 18 с.
- <sup>16</sup> Qualcomm поможет крупнейшему в Китае чипмейкеру освоить 14-нм технологи // 3Dnews : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.3dnews.ru/m/#page\\_916105](http://www.3dnews.ru/m/#page_916105)
- <sup>17</sup> Tanigawa T. Strategic Alliance and Capability Learning in the Global Automobile Industry / T. Tanigawa // Top Management Forum: Innovative Corporate Strategy in Global Competition. – Asian Productivity Organization, 2008. – P. 15.
- <sup>18</sup> Глобальная трансформация инновационных систем / Н. И. Иванова, И. Г. Дежина, Л. П. Ночевкина, И. В. Данилин ; отв. ред. Н. И. Иванова. – М. : ИМЭМО РАН, 2010. – 163 с.

#### Резюме

**Олефір А. О. Державна підтримка колективних форм господарювання як основний механізм забезпечення інноваційного розвитку.**

У статті визначено колективні форми здійснення господарської діяльності, що спроможні забезпечити економічне зростання, стати локомотивами інноваційного розвитку України. Також запропоновано правові засоби державної підтримки таких суб'єктів господарювання.

**Ключові слова:** колективні форми господарювання, господарські об'єднання, інноваційний розвиток, державне регулювання економіки.

#### Резюме

**Олефір А. А. Государственная поддержка коллективных форм хозяйствования как основной механизм обеспечения инновационного развития.**

В статье определены коллективные формы осуществления хозяйственной деятельности, которые способны обеспечить экономический рост, стать локомотивами инновационного развития Украины. Также предложены правовые средства государственной поддержки таких субъектов хозяйствования.

**Ключевые слова:** коллективные формы хозяйствования, хозяйственные объединения, инновационное развитие, государственное регулирование экономики.

#### Summary

**Olefy A. Public support of collective forms of economic activities as a major mechanism of ensuring the innovatively development.**

In this Article were identified collective forms of business activities, which can provide economic growth and become the locomotives of innovatively development of Ukraine. Also were proposed several legal measures of public supporting such entities.

**Key words:** collective forms of economic activities, enterprise association, innovation development, state regulation of economy.

**О. В. ОСИНЬСКА**

*Олена Валеріївна Осинська, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного університету технологій та дизайну*

## **ВПРОВАДЖЕННЯ РИЗИК ОРІЄНТОВАНОГО ПІДХОДУ У СФЕРУ УПРАВЛІННЯ ГОСПОДАРСЬКОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ**

Нинішній етап розвитку цивілізації стоїть на зламі, за яким наше ще не зовсім стало «інформаційне суспільство» перетворюється на «суспільство ризику». Сприйняття надзвичайної актуальності проблем безпеки та надійності, що матеріалізуються через оцінювання у показники ризиків, створюючи можливість керувати ними, у представників урядових та корпоративних кіл почало формуватися після низки гучних технологічних катастроф (Совецо в Італії, Бхопал в Індії, Чорнобильська катастрофа в Україні та аварія на АЕС у префектурі Фукусіма в Японії). Саме після цих подій, спільно із швидкими темпами розвитку ризик-менеджменту, почав також випереджаючими темпами розвиватися і пов'язаний з ним страховий бізнес. Саме симбіоз ризик-менеджменту і страхового бізнесу почав виконувати цілу низку дуже важливих функцій. Йдеться передусім про захист як державних, так і підприємницьких структур та пересічних громадян від можливих збитків.

Як на глобальному, так і на регіональному рівнях (у межах типового природно-територіального комплексу) під час господарської діяльності виникають природні, техногенні й соціальні ризики. Їх визначення вже стає найактуальнішою із завдань сьогодення. Розв'язання цих завдань допоможе впровадити ефективне попередження певної кількості негативних процесів. У випадках, коли цим процесам неможливо запобігти, доцільно застосовувати механізм страхування від негативних наслідків. Страхування дасть змогу проводити ефективну роботу щодо попередження або відвернення зазначених негативних наслідків.

На нашу думку, нові виклики, техногенні загрози і природні небезпеки (пожежі, затоплення, землетруси тощо), що особливо сьогодні почали відчутно впливати на господарську діяльність та її наслідки, привернули увагу до опрацювання та запровадження системного ризик-менеджменту.

В Україні ці тенденції починають знаходити своє місце, але, на жаль, ще дуже повільними темпами. Передусім йдеться про нормативно-правове забезпечення, а саме про підтримку цього спрямування вже діючими законами України<sup>1</sup>. Ці нормативно-правові акти концентрують свою увагу на засадах ризик-менеджменту щодо техногенної та екологічної безпеки і, на жаль, мають ще слабку підзаконну базу, а відтак – і низький загальний коефіцієнт корисної дії.

На сьогодні від вітчизняних вчених і фахівців вимагаються певні зусилля зі створення ефективної методичної бази, яка б надавала можливість встановлювати у нових для України напрямках ризику та визначати обсяги можливих економічних збитків. Аналіз вказує на те, що першочерговими у справі створення зазначеної методичної бази є розробка підходів до визначення:

- комплексної оцінки можливого негативного впливу від різного виду надзвичайних ситуацій, що можуть загрожувати населенню країни, її природному середовищу та об'єктам техносфери;
- політичних, економічних і екологічних збитків від можливого впливу явищ різної природи;
- ефективної державної стратегії щодо запобігання негативним наслідкам;
- збитків від негативного впливу безпосередньо на здоров'я людини;
- екологічної місткості природного середовища і припустимих рівнів впливу різної природи можливих антропогенних навантажень;
- вартості природних ресурсів і можливих втрат від їх виснаження;
- збитків від погіршення соціального клімату внаслідок прийняття недосконалих адміністративно-господарських рішень.

Були зроблені певні кроки до більш широкого втілення ризик орієнтованого підходу у сферу управління господарською діяльністю<sup>2</sup>. Метою цього стало адаптувати вже застарілий механізм державного управління під сучасний соціально-економічний уклад і ринкові відносини, які лише починають укорінюватися в нас і є вже сталими в країнах ЄС. Адже утворення свого часу недержавного сектору економіки спричинило виведення значної кількості різних господарських об'єктів з-під прямого державного управління. За цих умов та внаслідок загострення впливу зовнішніх негативних чинників зростає роль адміністративно-правового регулювання управлінських відносин, яка в економіці у цілому має залишатися як за власником, так і за державою. Тут управлінська сфера вже набула неабиякої ваги і потребує саме ефективної підтримки контролюючого і правоохоронного характеру. У сучасних умовах вона має забезпечувати суттєве збільшення обсягу (але не перенавантаження) державного регулюючого і контролюючого впливу в цілому на економіку країни, створюючи сприятливі умови для сучасної багатокладної господарської сфери. Трансформація, удосконалення і активізація ефективної системи державного контролю за ступенем ризику є саме тим важелем, який здатний істотно підвищити дієвість державного управління і сприяти виходу нашої держави

із системної кризи. Саме це відпрацювання і запровадження «підзаконного» нормативно-правового забезпечення ризик орієнтованого підходу в межах згаданого закону має нині першочергове значення.

Окрім того, сьогодні надзвичайно повільно здійснюється робота щодо втілення у життя нової Концепції національної безпеки України<sup>3</sup>. З великими перешкодами відбувається запровадження засад законодавчого акта щодо державно-приватного партнерства<sup>4</sup>. Цим законом передбачається створення підґрунтя для стимулювання розвитку широкої співпраці між державним та приватним секторами з метою підвищення загальної конкурентоспроможності економіки країни та залучення інвестицій у її господарський комплекс. Адже закон щодо засад державно-приватного партнерства передбачає запровадження в управлінську практику нових типів ризиків щодо визначення шляхів дієздатної підтримки вже організованого партнерства та, що надзвичайно важливо, реалізації сучасних методів ефективного управління системними ризиками.

Особлива й досить-таки вагома роль у забезпеченні ефективного, раціонального та відповідального господарювання повинна належати сьгодні страховій справі<sup>5</sup>. Окрім того, страховій справі має належати місія і щодо стримування ризиків на прийнятному та економічно обґрунтованому для суспільства рівні. Саме звідси і виникає нагальна необхідність застосування нових страхових механізмів, які наблизитимуть людину до виконання функцій управління ризиками, відповідно підвищуючи стійкість природних, соціальних господарських і техногенних систем та зменшуючи економічні втрати. Це стосується сучасних механізмів страхування, які мають стати більш орієнтованими на небезпечні події та явища, бути ефективними й масштабними.

Основною метою страхування, як показує аналіз, ще донедавна було лише відшкодування збитків, що виникають внаслідок реалізації обмеженого кола страхових випадків. Однак вже сьогодні у світовій практиці створюються і мають бути поширеними такі страхові механізми, котрі зосереджуються не тільки на функціях відшкодування, а й концентруються на стимулюванні запровадження превентивної стратегії. Тобто, страховій справі в Україні при відповідній організації має належати певна роль у підтриманні ефективного розвитку економіки з одночасною структурною її перебудовою у бік підвищення безпечності. Усе це має відбуватися за рахунок поліпшення інвестиційного клімату та створення у кінцевому підсумку прийнятних безпечних умов для життєдіяльності населення.

Тенденції до поки що помірнього зростання ринку страхових послуг почали на до кризовому етапі намічатися і в Україні. Це відбувалося переважно за рахунок глобалізації фінансово-страхового ринку. Саме через це сьогодні потрібні більш чітка позиція та аналіз переваг глобалізації загального ринку страхової справи і можливих від неї втрат для вітчизняного сектору.

Серед переваг слід назвати такі: значне розширення можливостей відшкодування збитків, що спричиняються внаслідок страхових випадків; підвищення відповідальності власників підприємств (джерел небезпек) перед фізичними і юридичними особами, які можуть постраждати внаслідок небажаних ситуацій; розширення доступу до світових фінансових ресурсів через механізм перестрахування; зниження питомих витрат на управління страховим бізнесом, маркетинг та залучення *know-how* у страхову справу; зниження недоброякісної конкуренції; досягнення світових стандартів обслуговування, підвищення безпеки та покращення якості праці тощо.

Серед негативних проявів глобалізації страхового ринку слід зазначити: ризик перетікання коштів за кордон; можливість переходу до транснаціональних правлінь страхових корпорацій абсолютної влади над національним страховим ринком; підвищення ризиків щодо впливу на вітчизняний ринок економічних послуг міжнародних криз, які перманентно відбуваються у світовому економічному просторі тощо.

Враховуючи вищенаведене, вважаємо, що у розвитку страхової справи слід врахувати, що сучасна передова практика страхування повинна перейти від суто відшкодування збитків, викликаних страховими випадками, до становлення багатопланового економічного інструменту, який стимулює підвищення рівня безпеки і покращення умов праці. Поглиблюється гармонізація у використанні добровільної і обов'язкової форм страхування. Це відбувається завдяки тому, що страхувальник (власник можливого джерела небезпеки) стає більш економічно заінтересованим з причин жорсткого запровадження в країні загальноновизнаного, а відтак і невідворотного правила щодо обов'язкового повного відшкодування збитку, заповідяного майну, навколишньому природному середовищу, життю та здоров'ю людей. В Україні слід запроваджувати принципи, що відповідають сучасним світовим тенденціям страхової справи, і саме це допоможе підійти до вирішення найактуальніших проблем медичного й пенсійного забезпечення.

Новим і дієвим етапом на шляху широкомасштабного запровадження в нашій країні фундаментальних засад ризик-менеджменту з метою запобігання небезпек та сприяння страховій справі у пом'якшенні наслідків від негативних подій має стати нормативно-правове становлення невідвратною відповідальності через відшкодування збитків державними службовцями (насамперед високого рангу) за неналежну якість і неефективність виконаних ними обов'язків. Цьому має передувати розробка пакету законодавчих актів щодо захисту споживачів послуг, контролю стану продукції та умов праці, охорони навколишнього середовища та поновлюваних і не поновлюваних ресурсів країни. Окрім цього, мають бути запроваджені механізми обов'язкового проходження через усі інстанції позовів, висунутих органам державної влади, щодо відшкодування ними заповідяних збитків.

Запровадження у вітчизняну практику нової методичної бази дасть змогу створити передумови для успішної реалізації заходів, що сприятимуть запровадженню реформ в Україні.

<sup>1</sup> Про об'єкти підвищеної небезпеки: Закон України від 18 січня 2001 р. № 2245-III : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2245-14>; Про захист населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру : Закон України від 8 червня 2000 р. № 1809-III : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1809-14/ed20120518>; Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80>; Про ліцензування видів господарської діяльності : Закон України від 2 березня 2015р. № 222-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/222-19>; Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності : Закон України від 5 квітня 2007 р. № 877-V : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/877-16>

<sup>2</sup> Про основи національної безпеки України : Закон України від 7 серпня 2015 р. № 964-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/964-15>

<sup>3</sup> Там само.

<sup>4</sup> Про загальні засади державно-приватного партнерства : Закон України від 1 липня 2010 р. № 2404-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2404-17>

<sup>5</sup> Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80>

### Резюме

#### **Осинська О. В. Впровадження ризик орієнтованого підходу у сферу управління господарською діяльністю.**

У статті аналізується необхідність втілення ризик орієнтованого підходу у сферу управління господарською діяльністю з метою запобігання небезпек та ефективного попередження негативних процесів техногенного й природного характеру. Задля попередження або відвернення зазначених негативних наслідків розглядається доцільність застосування механізмів страхування, котрі зосереджуються не тільки на функціях відшкодування, а й концентруються на стимулюванні запровадження превентивної стратегії.

**Ключові слова:** господарські відносини, підприємницька діяльність, ризик-менеджмент, страхування, державне управління.

### Резюме

#### **Осинская Е. В. Внедрение риск ориентированного подхода в сферу управления хозяйственной деятельностью.**

В статье анализируется необходимость внедрения риск ориентированного подхода в сферу управления хозяйственной деятельностью с целью предотвращения опасностей и эффективного предупреждения негативных процессов техногенного и природного характера. Ради предупреждения или предотвращения указанных негативных последствий рассматривается целесообразность применения механизмов страхования, которые сосредотачиваются не только на функциях возмещения, но и концентрируются на стимулировании внедрения превентивной стратегии.

**Ключевые слова:** хозяйственные отношения, предпринимательская деятельность, риск-менеджмент, страхование, государственное управление.

### Summary

#### **Osynska O. Risk-based approaches in the field of economic activities management.**

The article analyses the need to incorporate the risk-based approach into the field of economic activities management the practicability for the prevention of hazards and the effective prevention of negative natural and man-made processes. For warning or prevention of these negative effects the article discusses the practicability of the use of insurance mechanisms that focus not only on the functions of compensation, but also concentrate on the promotion of preventive strategy implementation.

**Key words:** economic relations, entrepreneurial activities, risk management, insurance, public administration.

УДК 347.941

**Г. В. ЧУРПИТА**

*Ганна Вікторівна Чурпіта, кандидат юридичних наук, доцент Національної академії внутрішніх справ*

## **ПРЕДМЕТ ДОКАЗУВАННЯ У СПРАВАХ ЩОДО ЗАХИСТУ СІМЕЙНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ, ЯКІ РОЗГЛЯДАЮТЬСЯ В ПОРЯДКУ НЕПОЗОВНОГО ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА**

Інститут доказів і доказування є невід'ємною складовою внутрішньої системи будь-якої процесуальної галузі права, адже регламентує суспільні відносини, що опосередковують порядок встановлення наявності або відсутності обставин, які мають значення для вирішення справи. За допомогою правового механізму цього інституту забезпечується чітка стадійність доказової діяльності, а також відповідність процесуальної форми доказів встановленим у законі вимогам.



Слід зазначити, що у справах непозовного цивільного судочинства (окремого та наказного провадження) діють загальні правила інституту доказів і доказування за певними винятками, встановленими законом. Такі винятки, здебільшого, стосуються предмета доказування у відповідних справах у зв'язку із його обумовленістю нормами матеріального, сімейного права.

Відтак, *метою* цієї наукової розвідки буде дослідження предмета доказування у справах щодо захисту сімейних прав та інтересів, які розглядаються в порядку непозовного цивільного судочинства.

Інститут доказів і доказування неодноразово був предметом наукових розвідок вчених-процесуалістів. Відповідну проблематику досліджували такі науковці, як: Ю. В. Білоусов, С. С. Бичкова, С. В. Васильєв, Л. Є. Гузь, В. В. Комаров, В. М. Кравчук, Л. А. Кондрат'єва, Г. О. Світлична, В. І. Тертишніков, О. І. Угриновська, І. В. Удальцова, С. Я. Фурса, Ю. С. Червоний, М. Й. Штефан та інші. Водночас зазначені процесуалісти розглядали здебільшого проблемні аспекти категорії доказів і доказування у справах позовного провадження без урахування специфіки матеріально-правого регулювання зазначених правовідносин.

З огляду на це наукові проблеми, пов'язані із визначенням предмета доказування в окремих категоріях справ інших видів цивільного судочинства (окремого та наказного провадження), залишаються малодослідженими і потребують подальшої наукової розробки.

Відповідно до ч. 1 ст. 179 ЦПК України предметом доказування під час судового розгляду є факти, які обґрунтовують заявлені вимоги чи заперечення або мають інше значення для вирішення справи (причини пропуску строку позовної давності тощо) і підлягають встановленню при ухваленні судового рішення.

З приводу феномена предмета доказування у цивільному процесі слушно висловився І. П. Коржаков: «Для цивільної юрисдикції, як і для правозастосовної практики в цілому, – пише він, – обов'язковим є встановлення дійсних обставин справи, прав та обов'язків учасників процесу, судження за якими суд робить на підставі доказів – фактичних даних, одержаних у порядку, встановленому цивільним процесуальним законом. Перш, ніж застосувати норму права, суб'єкт правозастосовної діяльності повинен знати, до яких обставин ця норма може бути застосовна. Пізнавальна канва подібної діяльності ґрунтується на вивченні неповторних особливостей об'єктів дослідження – феноменів предмета доказування»<sup>1</sup>.

У юридичній літературі й донині триває дискусія з приводу встановлення особи суб'єкта, який визначає предмет доказування у справі. Так, на думку одних процесуалістів, таким суб'єктом є заявник (стягувач), зміст заяви якого і становить предмет доказування у конкретній справі<sup>2</sup>; на думку інших – предмет доказування у кожній конкретній справі визначається законом<sup>3</sup>. Третя позиція є альтернативною і передбачає можливість окреслення предмета доказування як заявником (стягувачем), так і законом<sup>4</sup>.

На наше переконання, спосіб визначення предмета доказування залежить від виду цивільного судочинства, в порядку якого розглядається кожна конкретна справа. Вбачається, у справах позовного провадження з огляду на відсутність їх законодавчого переліку предмет доказування може визначатися як стягувачем, так і законом. Водночас у справах непозовного цивільного судочинства (окремого та наказного провадження) з огляду на поіменованій перелік останнього предмет доказування у кожній конкретній справі є таким, що чітко регламентований законом. При цьому закон встановлює, що у таких справах предмет доказування складається як з фактів процесуального характеру, які визначені цивільним процесуальним законодавством (наприклад, відсутність спору про право), так і обставин, які регламентовані нормами матеріального права.

Щодо фактів процесуального характеру, вбачається, у справах наказного провадження ними є: а) відсутність спору про право (п. 2 ч. 3 ст. 100 ЦПК України); б) належність вимоги стягувача до законодавчо встановленого переліку вимог, за якими може бути видано судовий наказ (ст. 96 ЦПК України). Разом із тим у справах окремого провадження до предмета доказування входять такі факти процесуального характеру, як-от: а) відсутність спору про право (ч. 6 ст. 235 ЦПК України); б) віднесення вимоги заявника до категоріальної групи цивільних справ, які підлягають розгляду в порядку окремого провадження (ч. 2, 3 ст. 234 ЦПК України).

Таким чином, у справах непозовного цивільного судочинства до обставин процесуального характеру, які формують предмет доказування, належать: а) відсутність спору про право (п. 2 ч. 3 ст. 100, ч. 6 ст. 235 ЦПК України); б) належність вимоги суб'єкта звернення із відповідною заявою до категоріальної групи цивільних справ, які підлягають розгляду в порядку певного виду непозовного цивільного судочинства (окремого чи наказного провадження) (ч. 2, 3 ст. 234 ЦПК України).

Щодо обставин, які входять до предмета доказування і регламентовані нормами матеріального права, в юридичній літературі акцентується увага на особливій складності визначення даної частини предмета доказування з розрахунком на судову конкретизацію закріплених у законі узагальнюючих обставин, із якими пов'язані правові наслідки<sup>5</sup>.

Зокрема, вплив сімейного права на формування предмета доказування пов'язується з його орієнтацією на конкретну норму чи сукупність матеріально-правових норм, на підставі яких вирішується справа. Специфіка цих норм, специфіка їх викладення формують особливості предмета доказування у справі<sup>6</sup>. Водночас відповідні правила поведінки, які регулюють сімейні відносини, знаходять своє відображення як в абсолютно визначених, так і у відносно визначених правових нормах<sup>7</sup>. Наприклад, як зазначає Я. Г. Тріпільський, особливості доказування у справах щодо захисту особистих немайнових прав батьків та дітей полягає у тому, що іноді у нормах сімейного права є відсутньою вказівка на ті факти, з настанням яких пов'язані певні правові наслідки, а містяться лише загальні властивості та ознаки<sup>8</sup>. Зокрема, це стосується справ про надання права на побачення з дитиною матері, батькові, які позбавлені батьківських прав (ст. 168

СК України), у яких матеріально-правову частину предмета доказування формують такі обставини, як відсутність потенційної загрози завдання шкоди життю, здоров'ю та моральному вихованню дитини.

Крім того, на формування предмета доказування у сімейних справах впливає також і включення у правові норми відкладальних умов, основних критеріїв задоволення заяви, а також різних оціночних понять, які містяться у сімейному законодавстві (зокрема таких, як «поважні причини», «інтереси іншого подружжя» тощо)<sup>9</sup>. Наприклад, розглядаючи справу про надання права на шлюб особі, яка досягла шістнадцяти років, суд повинен виходити із «її інтересів» (ч. 2 ст. 23 СК України). Відтак, наявність у сімейному законодавстві оціночних понять, що визначають ситуацію, вимагає від суду при підборі фактів враховувати мету та задачі конкретної правової норми<sup>10</sup>.

Таким чином, у справах щодо захисту сімейних прав та інтересів, які розглядаються в порядку неპозовного цивільного судочинства, обставини, які формують предмет доказування з огляду на їх регламентацію нормами матеріального права, визначаються залежно від специфіки останніх, яка зумовлена, у тому числі, наявністю у їх складі відкладальних умов, оціночних понять тощо.

З проблемою визначення предмета доказування у справах щодо захисту сімейних прав та інтересів тісно пов'язана проблема визначення кола підстав звільнення від доказування, якими відповідно до ст. 61 ЦПК України є такі обставини:

а) визнані заявником та іншими особами, які беруть участь у справі (наприклад, при вирішенні питання щодо визначення місця проживання дитини у справі про розірвання шлюбу за спільною заявою подружжя, яке має дітей, подружжя може визнати той факт, що батько дитини має кращі умови проживання та вищий матеріальний рівень).

Водночас слід зазначити, що у справах окремого провадження визнання заінтересованими особами юридичного факту встановленим не має для суду обов'язкового значення, оскільки воно не усуває перешкод у здійсненні прав заявника. Таким чином, на заявника на підставі ст. 10 ЦПК України покладається обов'язок довести суду наявність або відсутність певних обставин (зазначити на докази, якими заявник доводить певний юридичний факт)<sup>11</sup>;

б) визнані судом загальновідомими, тобто відомими широкому колу осіб, у тому числі й складу суду. Такі обставини не потребують доказування через очевидність об'єктивності їх існування. Зазвичай, загальновідомими є юридичні події (обставини, настання, зміна чи припинення яких не залежать від волі людини): аварія на Чорнобильській АЕС, землетрус, повінь тощо;

в) встановлені судовим рішенням у цивільній, господарській або адміністративній справі, що набрало законної сили, при розгляді інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, стосовно якої встановлено ці обставини, тобто преюдиціальні факти. Преюдиціальний зв'язок рішень у цивільних, господарських або адміністративних справах пояснюється тим, що одні й ті самі факти можуть тягти за собою різні юридичні наслідки;

г) встановлені у кримінальному провадженні вироком суду, що набрав законної сили, або постановою суду у справі про адміністративне правопорушення з питань, чи мали місце ці дії та чи вчинені вони особою, стосовно якої ухвалено вирок або постанову і про цивільно-правові наслідки дій якої суд розглядає справу. Ці обставини також є преюдиціальними фактами.

Таким чином, у ЦПК України встановлено різні правила преюдиції щодо вироків суду у кримінальній справі, постанов суду в адміністративній справі й судових рішень у цивільних, господарських та адміністративних справах. Відповідно до ч. 4 ст. 61 ЦПК України вирок у кримінальній справі, що набрав законної сили, або постанова суду у справі про адміністративне правопорушення обов'язкові для суду, що розглядає справу про цивільно-правові наслідки дій особи, стосовно якої ухвалено вирок або постанову суду, виключно з двох питань: чи мали місце ці дії та чи вчинені вони цією особою. Інші обставини, встановлені такими вироком і постановою, не є преюдиціальними і підлягають доказуванню в загальному порядку.

Преюдиціальні факти є досить поширеними у справах неპозовного цивільного судочинства, які виникають із сімейних правовідносин. Так, наприклад, у справах про розірвання шлюбу за заявою будь-кого з подружжя, якщо один із нього засуджений до позбавлення волі, преюдиціальним фактом є факт засудження одного з подружжя до позбавлення волі, встановлений вироком суду у кримінальному провадженні, який не підлягає доказуванню при розгляді таких справ.

Слід зауважити: хоча цивільне процесуальне законодавство України не відносить до підстав звільнення від доказування законні презумпції (закріплене у нормах права припущення істинності певних фактів без їх доведення за умови доведеності інших<sup>12</sup>, якщо вони не будуть спростовані протилежною стороною в судовому порядку<sup>13</sup>), вбачається, останні все ж таки є тими юридичними фактами, які звільняють від доказування через свою регламентацію нормами матеріального права. Наприклад, у ч. 1 ст. 122 СК України встановлено презумпцію батьківства, відповідно до якої дитина, зачата та (або) народжена у шлюбі, походить від подружжя. Отже, факт, що батьками дитини є подружжя, не підлягає доказуванню, водночас, може бути спростований на підставі наявних доказів.

Презумпції широко використовуються і у справах наказного провадження. Так, наприклад, презюмованим фактом у наказному провадженні є факт невиконання зобов'язання боржником<sup>14</sup>. Зважаючи на зазначене, ми приєднуємося до думки, що у ЦПК України потрібно закріпити законні презумпції як одну з підстав звільнення від доказування, «оскільки зазначене повністю відповідатиме положенням теорії доказування і буде однією з гарантій ефективного та швидкого правосуддя»<sup>15</sup>.

Дослідження взаємозв'язку між преюдиціальними та презюмованими фактами дає змогу сформулювати висновок про те, що преюдиція є різновидом презумпції істинності вироку чи рішення суду, які набрали законної сили. Крім того, взаємозв'язок між презумпцією та преюдицією полягає у тому, що презумпції, прийняті судом при ухваленні судового рішення, стають преюдиціальними фактами після набрання рішенням суду законної сили, так як і вся сукупність юридичних фактів, що були встановлені судом під час розгляду справи<sup>16</sup>.

Окремо слід акцентувати на тому, що від законних презумпцій слід відмежовувати доказові фікції – законодавчо закріплені положення, які не відповідають дійсності<sup>17</sup>. Наприклад, процесуальною фікцією вважається правило, закріплене у ч. 8 ст. 76 ЦПК України, відповідно до якого у разі відмови адресата одержати судову повістку особа вважається повідомленою про час і місце судового засідання. Отже, процесуальна фікція, на відміну від презумпції, повністю звільняє особу від доказування обставини, яка фікцією визнається за існуючу<sup>18</sup>.

Таким чином, у межах цієї наукової розвідки ми дослідили предмет доказування у справах щодо захисту сімейних прав та інтересів, які розглядаються в порядку непозовного цивільного судочинства. Загальний висновок буде таким: обставини, які формують предмет доказування у таких справах, з огляду на їх регламентацію нормами матеріального права, обумовлені специфікою останніх, яка пов'язана із наявністю у їх складі відкладальних умов, оціночних понять тощо.

Дослідження предмета доказування у справах щодо захисту сімейних прав та інтересів, які розглядаються в порядку іншого виду цивільного судочинства – позовного провадження, – виходить за межі цієї наукової статті і становить *перспективні напрями подальших наукових розвідок*.

<sup>1</sup> Коржаков И. П. Расторжение брака в судебном порядке: гражданско-процессуальные аспекты : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / И. П. Коржаков. – Саратов : Саратов. гос. акад. права, 1996. – С. 111.

<sup>2</sup> Тертишников В. І. Захист сімейних правовідносин в цивільному судочинстві / В. І. Тертишников. – Х., 1976. – С. 71.

<sup>3</sup> Світлична Г. О. Підготовка до судового розгляду справ окремого провадження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г. О. Світлична. – К., 1997. – С. 19, 346; Коментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / В. В. Бриксов, Е. С. Ганичева, Б. А. Горохов и др. ; отв. ред. Г. А. Жилин. – [3-е изд., перераб. и доп.]. – М. : ТК Велби, 2006. – С. 525; Коментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации : Постатейный научно-практический / С. Ф. Афанасьев, О. А. Бахарева, А. С. Вихут и др. ; отв. ред. М. А. Вихут. – М. : ТОН-ДЭКСТРО, 2003. – С. 513; Крючков Г. К. Судебное установление фактов, от которых зависит возникновение, изменение или прекращение личных или имущественных прав граждан. / Г. К. Крючков. – М. : Госюриздат, 1956. – С. 27.

<sup>4</sup> Решетникова И. В. Доказывание в гражданском процессе : учеб.-практ. пособие для магистр. / И. В. Решетникова. – [4-е изд., перераб. и доп.]. – М. : Изд-во Юрайт, 2014. – С. 423; Масюк В. В. Презумпції і преюдиції в цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Василь Васильович Масюк ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2010. – С. 11.

<sup>5</sup> Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства / К. И. Комиссаров. – Свердловск, 1971. – С. 27; Курьлев С. В. Основы теории доказывания в советском правосудии / С. В. Курьлев. – Минск : Изд-во БГУ, 1969. – С. 61; Треушников М. К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе / М. К. Треушников. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1982. – С. 38.

<sup>6</sup> Кострова Н. М. Теория и практика взаимодействия гражданского процессуального и семейного права // Н. М. Кострова ; отв. ред. Е. И. Филипов. – Ростов-на-Дону : Изд-во Ростов. ун-та, 1988. – С. 114.

<sup>7</sup> Там само. – С. 115.

<sup>8</sup> Тріпільський Г. Я. Процесуальні особливості розгляду спорів, які зв'язані з виникненням, здійсненням та зміною особистих немайнових правовідносин між батьками та дітьми : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Г. Я. Тріпільський ; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2008. – С. 11.

<sup>9</sup> Кострова Н. М. Вказана праця. – С. 116.

<sup>10</sup> Там само. – С. 117.

<sup>11</sup> Цивільний процесуальний кодекс України : Науково-практичний коментар / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, В. В. Васильченко та ін. ; за ред. Є. О. Харитонова, О. І. ХаритонОВОЇ, В. В. Васильченка, Н. Ю. Голубевої. – Х. : Одиссей, 2009. – С. 625.

<sup>12</sup> Курьлев С. В. Избранные труды / С. В. Курьлев. – Краснодар : Совет. Кубань, 2010. – С. 486.

<sup>13</sup> Білоусов Ю. В. Доказові презумпції у цивільному судочинстві : моногр. / Ю. В. Білоусов, В. П. Феннич. – Х. : Харків юридичний, 2012. – С. 3; Феннич В. П. Доказові презумпції в цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. П. Феннич. – К., 2009. – С. 4.

<sup>14</sup> Тришина Е. Г. Судебный контроль в гражданском судопроизводстве как одна из функций суда первой инстанции : учеб. пособ. / под ред. М. А. Вихут. – Саратов, 2004. – С. 113.

<sup>15</sup> Масюк В. В. Презумпції і преюдиції в цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. В. Масюк. – Х., 2010. – С. 9.

<sup>16</sup> Кострова Н. М. Теория и практика взаимодействия гражданского процессуального и семейного права / отв. ред. Е. И. Филипов. – Ростов-на-Дону : Изд-во Ростов. ун-та, 1988. – С. 126.

<sup>17</sup> Ясинок М. М. Особливості окремого провадження у цивільному процесуальному праві України: теорія та практика : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / М. М. Ясинок. – О., 2011. – С. 8.

<sup>18</sup> Проблеми теорії та практики цивільного судочинства : моногр. / В. В. Комаров, В. І. Тертишников, В. В. Баранкова та ін. ; за заг. ред. В. В. Комарова. – Х. : Харків юридичний, 2008. – С. 660–663.

### Резюме

**Чурпіта Г. В.** Предмет доказування у справах щодо захисту сімейних прав та інтересів, які розглядаються в порядку непозовного цивільного судочинства.

Наукова стаття присвячена дослідженню предмета доказування у справах щодо захисту сімейних прав та інтересів, які розглядаються в порядку непозовного цивільного судочинства. У результаті аналізу наукової доктрини, цивільного процесуального та сімейного законодавства України виокремлено особливості предмета доказування у таких справах, визначено коло обставин, які не підлягають доказуванню, а також обґрунтовано положення про обумовленість предмета доказування специфікою матеріально-правового регулювання сімейних правовідносин.

**Ключові слова:** предмет доказування, обставини, які не підлягають доказуванню, непозовне цивільне судочинство, окреме провадження, наказне провадження, сімейні права та інтереси.

### Резюме

**Чурпіта А. В.** Предмет доказывания по делам о защите семейных прав и интересов, рассматриваемых в порядке неискового гражданского судопроизводства.

Научная статья посвящена исследованию предмета доказывания по делам о защите семейных прав и интересов, рассматриваемых в порядке неискового гражданского судопроизводства. В результате анализа научной доктрины, гражданского процессуального и семейного законодательства Украины выделены особенности предмета доказывания по таким делам, определен круг обстоятельств, которые не подлежат доказыванию, а также обосновано положение об обусловленности предмета доказывания спецификой материально-правового регулирования семейных правоотношений.

**Ключевые слова:** предмет доказывания, обстоятельства, которые не подлежат доказыванию, неисковое гражданское судопроизводство, особое производство, приказное производство, семейные права и интересы.

### Summary

**Churpita G.** Fact in proof in cases of protection of family rights and interests considered in the order of non-lawsuit civil proceedings.

The scientific article is devoted to the research the fact in proof in cases of protection of family rights and interests considered in the order of non-lawsuit civil proceedings. As a result of the analysis of scientific doctrine, civil procedural and family legislation of Ukraine the features of the fact in proof in such cases have been defined, the circle of circumstances which are not to be proved is distinguished and also the provision of conditionality of the fact in proof with specific of substantive regulation of family relations is grounded.

**Key words:** subject of proof, circumstances not to be proved, non-lawsuit proceedings, special proceedings, writ proceedings, family rights and interests.

УДК 347.122/347.15/347.19

**О. В. ШИНКАРУК**

*Олександра Василівна Шинкарук, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету біоресурсів і природокористування України*

## ПРАВОВА ОХОРОНА НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Актуальним завданням вітчизняної правової науки є проведення глибокого та всебічного розгляду і опрацювання численних теоретико-прикладних правових проблем, однією з яких є вдосконалення правової охорони немайнових прав юридичних осіб, зокрема, їх ділової репутації. Необхідність правової охорони прав ділової репутації юридичних осіб особливо актуалізується у зв'язку із стрімким розвитком мас-медіа та технологій поширення інформації, зокрема, й в мережі Інтернет. Актуальність дослідження також зумовлена триваючими європейськими та світовими процесами уніфікації й гармонізації цивільного законодавства, що безумовно торкається й цивільно-правової охорони ділової репутації.

Сьогодні містить численні приклади посягання на ділову репутацію юридичних осіб, результатом яких в переважній більшості випадків є спричинення їм шкоди. З огляду на це намітилася тенденція до розширення сфери деліктних зобов'язань, пов'язаних з діловою репутацією юридичної особи. У судовій практиці справи про захист ділової репутації юридичних осіб вже не є поодинокими, і щороку їх кількість лише збільшується. Однак невизначеність законодавчих норм щодо охорони ділової репутації юридичної особи призводить до появи неоднозначної судової практики у таких справах.

Науково-теоретичну основу дослідження складають, насамперед, праці вітчизняних цивілістів, сфера наукових інтересів яких пов'язана із інститутом особистих немайнових прав і проблемами охорони (захисту) ділової репутації, зокрема: О. М. Жидкової, О. В. Синегубова, А. О. Церковної, І. В. Саприкіної, Д. Д. Лупеника, С. І. Шимон, В. П. Паліюка, О. В. Кохановської, Р. О. Стефанчука, С. І. Чорнооченко, Л. В. Красицької та ін., а також представників науки господарського права: О. М. Вінник, В. С. Куліщенко, О. П. Подцерковного, В. С. Щербини та ін.

Також питання окремих проблем юридичних осіб, особистих немайнових прав, охорони ділової репутації, висвітлені в роботах російських дореволюційних, радянських, а також сучасних вітчизняних та іноземних дослідників, зокрема: М. С. Александрова, А. Л. Анісімова, О. І. Антонюк, В. І. Бобрика, О. Є. Богданової, В. В. Бутнева, В. А. Васильєвої, А. О. Власова, М. К. Гальянтича, В. П. Грибанова, О. М. Ерделевського, Д. А. Керимова, С. Ф. Кечекьяна, Г. О. Коваленко, І. Ф. Коваль, Л. О. Красавчикової, Н. С. Кузнецової, І. М. Кучеренко, В. В. Луця, М. С. Малєїна, М. М. Малєїної, М. І. Матузова, Л. С. Нецької, З. В. Ромовської, Г. О. Свердлика, А. П. Сергєєва, О. Ф. Скакун, С. О. Сліпченка, Г. М. Стоякіна, Е. Л. Страунінга, Г. П. Тимченка, Ю. К. Толстого, Л. С. Явича, Р. О. Халфіної, Я. М. Шевченко, Р. Б. Шишки та ін. Найбільший внесок у розробку зазначеної проблематики здійснили дослідники науки цивільного права.

Ціла низка важливих питань правової охорони ділової репутації юридичних осіб потребує подальшого дослідження, зокрема, поняття правової охорони ділової репутації юридичної особи та визначення її цивільно-правових форм, розкриття умов пред'явлення позову, обґрунтування доцільності/недоцільності існування подвійної підвідомчості (юрисдикції) справ про захист ділової репутації тощо.

*Метою наукової статті* є розробка нових теоретичних положень та дослідження проблем правової охорони немайнових прав юридичних осіб.

Стосовно власне поняття «юридична особа» відзначимо, що статус юридичної особи надається організаціям, які у встановленому законом порядку створені і зареєстровані, і внаслідок цього наділені правоздатністю і дієздатністю. Загальна (універсальна) правоздатність надає можливість юридичній особі мати будь-які цивільні права й обов'язки. Таку правоздатність мають і всі юридичні особи приватного права незалежно від їх організаційно-правової форми, тобто вони наділяються можливістю мати такі ж цивільні права й обов'язки, які має й фізична особа, крім тих, що за своєю природою можуть належати лише людині.

Діловою репутацією володіють будь-які юридичні особи, незалежно від порядку їх створення: як юридичні особи приватного права та юридичні особи публічного права, і незалежно від організаційно-правової форми: товариства, установи та інші. Такими можуть бути навіть релігійні організації, що володіють спеціальною правоздатністю: майновими та немайновими правами (право на найменування, право на здійснення культової та позакультової та підприємницької діяльності)<sup>1</sup>.

Юридична категорія «ділова репутація» є відносно новим явищем у сучасних реаліях життя суспільства. Змісту права на ділову репутацію властивий постійний розвиток, який безпосередньо відбиває рух і зміну його соціального життя. За характером багатьох наукових робіт можна простежити мінливість правового становища ділової репутації залежно від того чи іншого історичного забарвлення<sup>2</sup>.

У науковій літературі існує чимало визначень юридичної категорії «ділова репутація», які є різні за своїм змістом. Зокрема, в Юридичній Енциклопедії за редакцією Ю. С. Шемшученка зафіксовано, що «ділова репутація – оцінка діяльності юридичної або фізичної особи – суб'єктів підприємницької діяльності, що ґрунтується на висновках щодо ділових якостей і морального обличчя цих суб'єктів, дотримання ними вимог законодавства (законотручності) і належного виконання договірних та інших зобов'язань перед діловими партнерами та споживачами»<sup>3</sup>.

Відповідно до ст. 299 ЦК України кожен має право на недоторканність ділової репутації, а ст. 94 ЦК України закріплює право на недоторканність ділової репутації юридичної особи. У ст. 81 ЦК України закріплюються типи юридичних осіб, і вони, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичні особи приватного права та юридичні особи публічного права<sup>4</sup>. Виходячи зі змісту цієї норми, законодавець закріплює право на недоторканність ділової репутації за будь-якою юридичною особою. І це питання є важливим з огляду на можливість судового захисту права на ділову репутацію юридичними особами публічного права, про що йтиметься нижче.

У сучасному цивільному праві довкола поняття «ділова репутація» ведуться активні дискусії. Зокрема, одні науковці пропонують залишити поняття ділової репутації в тому вигляді, в якому воно є зараз, інші пропонують внести зміни до чинного цивільного законодавства, замінивши термін «ділова репутація» терміном «репутація». Так, вітчизняний цивіліст Р. О. Стефанчук з метою розмежування понять «репутація» і «ділова репутація» пропонує взагалі замінити словосполучення «ділова репутація» на «репутацію»<sup>5</sup>, В. С. Кулішенко зазначає, що «діловою репутацією можуть володіти тільки особи, по-перше, що здійснюють соціально-значиму діяльність, по-друге, у сфері підприємництва»<sup>6</sup>.

Існує думка й про те, що поняття «ділова репутація» доцільно розглядати не стосовно ділового обігу, а щодо сфери господарської діяльності як більш чітко визначеного поняття в чинному законодавстві, оскільки згідно з ч. 1 ст. 42 ГК України підприємницька діяльність – це самостійна, ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку, а некомерційне господарювання – це самостійна систематична господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання, спрямована на досягнення економічних, соціальних та інших результатів без мети одержання прибутку (ч. 1 ст. 52 ГК України)<sup>7</sup>.

Останньою новелою цивільного і господарського права України є те, що юридичні особи приватного права може створюватися не тільки на підставі установчих документів, а може створюватися та діяти на підставі модельного статуту в порядку, визначеному законом. Модельний статут – це типовий установчий документ, затверджений Кабінетом Міністрів України, який використовується для створення та провадження діяльності юридичних осіб відповідних організаційно-правових форм, містить встановлені законом прави-

ла, що регулюють правовий статус, права, обов'язки та відносини, які пов'язані із створенням, управлінням та провадженням господарської діяльності відповідних юридичних осіб<sup>8</sup>.

Стосовно характеристик юридичної особи чи її діяльності, на які має звертатися увага при визначенні ділової репутації юридичної особи, то цей перелік, на нашу думку, не можна визначити остаточно і вичерпно. Це пов'язано з багатогранністю і невичерпністю суспільно-значимих видів діяльності, які можуть здійснювати юридичні особи. І якщо для юридичних осіб публічного права такий перелік видів діяльності є вичерпним, оскільки визначається закріпленими за ними повноваженнями, то для юридичних осіб приватного права свобода діяти у будь-який спосіб, не заборонений законом, спричиняє невичерпність видів діяльності.

Спробуємо акцентувати увагу на основних характеристиках юридичної особи і її діяльності, відомості про які охоплюються поняттям «ділова репутація».

Першою такою характеристикою вважаємо можливість або здатність юридичної особи виконувати взяті на себе зобов'язання або покладені законом обов'язки. Ця характеристика має глобальний характер і фактично пов'язана із дієздатністю юридичної особи. Неможливість виконання юридичною особою приватного права своїх зобов'язань за договором спричиняє формування негативних відомостей про неї і, відповідно, завдає шкоди діловій репутації такої особи. Так само і неможливість постійного чи тимчасового виконання встановлених законом завдань юридичною особою публічного права негативно відображається на її діловій репутації.

Другою характеристикою, що впливає з попередньої, вважаємо якість, повноту і своєчасність виконання юридичною особою своїх зобов'язань або функцій. Якщо юридична особа приватного права якісно, повно і своєчасно виробляє товари, виконує роботи чи надає послуги, а юридична особа публічного права (насамперед органи державної влади і місцевого самоврядування) – в установлені строки надає адміністративні послуги, реагує на запити і звернення громадян тощо, то і рівень ділової репутації таких юридичних осіб зростає.

Третьою важливою характеристикою, яка оцінюється при встановленні ділової репутації, є дотримання юридичною особою і її працівниками вимог законодавства України. Акцентуємо увагу на включення до цієї характеристики і відомостей про вчинення (невчинення) працівниками юридичної особи, насамперед керівниками, правопорушень (зокрема, злочинів). До цієї характеристики не включаємо виконання (невиконання) юридичною особою своїх обов'язків за цивільно-правовими договорами, оскільки це є складовою попередньої характеристики. При оцінці цієї характеристики для юридичної особи приватного права визначальними є, наприклад, своєчасна сплата податків та інших обов'язкових платежів, дотримання ліцензійних вимог здійснення певного виду підприємницької діяльності тощо; для юридичної особи публічного права – дотримання вимог законодавства при виконанні покладених на них обов'язків.

Четвертою ключовою ознакою юридичної особи, яка впливає на її ділову репутацію, є ділові зв'язки такої особи. На наш погляд, така характеристика притаманна переважно юридичним особам приватного права, оскільки лише для них важливими є репутація суб'єктів, з якими вони вступали чи вступають у договірні чи інші відносини. Юридичні особи публічного права здебільшого не повноважні обирати собі суб'єктів, з якими вступають у ділові стосунки.

П'ятою ознакою, яка характеризує ділову репутацію юридичної особи є склад працівників юридичної особи, їх професійні знання, навички та вміння. Ця характеристика притаманна юридичним особам і приватного, і публічного права і визначається впливом характеристик, професійних та інших якостей фізичних осіб – працівників юридичної особи на ділову репутацію юридичної особи. Причому для вибору засобів захисту порушених прав, наприклад при поширенні неправдивої інформації, важливо визначати на пониження ділової репутації якого суб'єкта було спрямовано порушення: юридичної особи чи працівника, який у ній працює.

Насамкінець звернемо увагу на одну з ключових ознак ділової репутації юридичної особи – динамічність оцінки юридичної особи і її діяльності. Ділова репутація має властивість постійно змінюватися як за суб'єктами, так і в просторі, а також, що найголовніше, – у часі. Зважаючи на інформаційний характер ділової репутації юридичної особи, вона може визнаватися позитивною певними суб'єктами, на певній території чи у певний заданий проміжок часу, а може бути негативною для інших суб'єктів, на іншій території, чи в інший період часу. Хоча тут варто зазначити про своєрідну презумпцію позитивної ділової репутації юридичної особи. Адже кожна юридична особа апріорі вважається такою, що має позитивну ділову репутацію, принаймні сама себе завжди такою визнає. І для формування належної системи правової охорони ділової репутації юридичної особи на цей факт варто звертати особливу увагу.

Перелік характеристик юридичної особи і її діяльності, відомості про які охоплюються поняттям «ділова репутація», не є вичерпними. Однак проаналізовані ключові характеристики дають нам можливість сформулювати визначення поняття «ділова репутація юридичної особи».

Таким чином, підсумовуючи викладене, формулюємо наступне визначення поняття «ділова репутація юридичної особи» – це відомості про юридичну особу, її діяльність (а саме про: можливість, здатність, якість, повноту і своєчасність виконання зобов'язань або обов'язків, дотримання нею та її працівниками вимог законодавства, ділові зв'язки, професійні знання, навички та вміння працівників юридичної особи тощо), які (відомості) динамічно формуються і поширюються суб'єктами, з якими юридична особа вступає у ділові стосунки, іншими суб'єктами, а також засобами масової інформації.

За юридичними особами визнано право на недоторканність ділової репутації. Це благо є недоторканим, тому воно має бути забезпеченим від можливих порушень формами, засобами та способами цивільно-правового захисту, а загалом забезпечуватися цивільно-правовим механізмом його охорони.

Правові ознаки ділової репутації як об'єкта охорони мають яскраво виражений цивільно-правовий характер. На сьогодні доцільно говорити про необхідність створення єдиного нормативно-правового акта, здатного забезпечити однакове регулювання цивільно-правових відносин, пов'язаних із застосуванням категорії «ділова репутація», з метою уникнення неоднозначних тлумачень та правозастосування.

*Перспективи подальших розвідок у даному напрямі.* Вітчизняне законодавство не містить визначення поняття ділової репутації, оскільки вважається, що це поняття є морально-етичною категорією. Зокрема, під діловою репутацією юридичної особи, у тому числі підприємницьких товариств, розуміється оцінка їх підприємницької, громадської, професійної чи іншої діяльності, яку здійснює така особа як учасник суспільних відносин.

Проблематика ділової репутації юридичної особи останніми роками набуває усе більшої актуальності. Причому науково-теоретичні дослідження поступово набувають суттєвого практичного спрямування, оскільки питання щодо визначення обсягу ділової репутації юридичної особи з урахуванням динаміки її господарських та інших соціальних зв'язків, встановлення дієвих юридичних гарантій недоторканості ділової репутації юридичної особи тощо безпосередньо впливають на ефективність виконання основних завдань юридичних осіб як приватного права, так і публічного права. Тому виникає необхідність наскрізного аналізу чинного законодавства України, яке прямо чи опосередковано спрямовується на регулювання суспільних відносин щодо охорони ділової репутації юридичної особи.

<sup>1</sup> Піддубна В. Ф. Релігійні організації як суб'єкти цивільних правовідносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. Ф. Піддубна; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2008. – 20 с.

<sup>2</sup> Хортюк О. В. Генезис категорії «ділова репутація» юридичної особи / О. В. Хортюк // Часопис Київського університету права / Український науково-теоретичний часопис. – К., 2010. – Вип. 3. – С. 182–185.

<sup>3</sup> Нагребельний В. П. Ділова репутація // Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр. енцикл. – 1998. – Т. 2: Д–Й. – 1999. – С. 211.

<sup>4</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – ст. 299, 94, 81.

<sup>5</sup> Стефанчук Р. О. Цивільно-правовий захист честі, гідності та репутації: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Р. О. Стефанчук. – НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2000. – 17 с.

<sup>6</sup> Кулішенко В. С. Захист від неправомірного використання ділової репутації суб'єктів господарювання у конкуренції: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Кулішенко Валерія Сергіївна. – О., 2003. – С. 66.

<sup>7</sup> Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – ст. 42, 52.

<sup>8</sup> Закон України від 21.04.2011 № 3262-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження принципу державної реєстрації юридичних осіб на підставі модельного статуту» // Офіційний вісник України. – 2011. – № 39. – Ст. 1577.

## Резюме

### **Шинкарук О. В. Правова охорона немайнових прав юридичних осіб.**

Розглянуто проблему правової охорони немайнових прав юридичних осіб, зокрема, цивільно-правової охорони ділової репутації юридичної особи, визначено поняття «ділова репутація юридичної особи», опрацьовано теоретико-прикладні правові проблеми, проаналізовано ознаки юридичної особи, пов'язані з діловою репутацією, а саме: можливість або здатність юридичної особи виконувати взяті на себе зобов'язання або покладені законом обов'язки; якість, повноту і своєчасність виконання юридичною особою своїх зобов'язань або функцій; дотримання юридичною особою і її працівниками вимог законодавства України; ділові зв'язки такої особи; склад працівників юридичної особи, їх професійні знання, навички та вміння; динамічність оцінки юридичної особи і її діяльності.

**Ключові слова:** ділова репутація, правова охорона, немайнові права, юридична особа.

## Резюме

### **Шинкарук А. В. Правовая охрана немущественных прав юридических лиц.**

Рассмотрена проблема правовой охраны немущественных прав юридических лиц, в частности, гражданско-правовой охраны деловой репутации юридического лица, определено понятие «деловая репутация юридического лица», описаны теоретико-прикладные правовые проблемы, проанализированы признаки юридического лица, связанные с деловой репутацией, а: возможность или способность юридического лица выполнять взятые на себя обязательства или положенные законом обязанности; качество, полноту и своевременность выполнения юридическим лицом своих обязательств или функций; сдерживание юридическим лицом и его работниками требований законодательства Украины; деловые связи такого лица; состав работников юридического лица, их профессиональные знания, навыки и умения; динамическая оценка юридического лица и ее деятельности.

**Ключевые слова:** юридическое лицо, деловая репутация, правовая охрана, немущественные права.

## Summary

### **Shynkaruk O. Legal protection of non-property rights of legal entities.**

The problem of the legal protection of non-property rights of legal entities, including civil and legal protection of business reputation of legal entity has been examined; the notion of “business reputation of legal entity” has been defined; theoretical and applied legal issues have been studied; the features of legal entity related to business reputation, namely: opportunity or legal entity’s ability to perform its obligations or duties imposed by law; quality, completeness and timeliness of legal entity’s performance of obligations or functions; legal enti-

ty's and its employees' compliance with the legislation of Ukraine; business connections of such person; staff of the legal entity, its employees' professional knowledge, skills and abilities; dynamic assessment of the legal entity and its activities have been analyzed.

**Key words:** legal entity, business reputation, legal protection, non-property rights.

УДК 346.12:368.347.413

**А. С. ГОЛОВАЧОВА**

*Анастасія Сергіївна Головачова, здобувач Київського національного університету імені Тараса Шевченка, помічник судді Святошинського районного суду м. Києва*

### ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО СТАНОВИЩА СТРАХОВИХ АГЕНТІВ

Сучасний страховий ринок характеризується наявністю великої кількості страховиків, загостренням конкуренції між учасниками страхового ринку, появою нових потреб у страхових послугах, зростанням обсягу операцій із надання страхових послуг. Особливо важливу роль у формуванні страхового ринку відіграють страхові посередники. Разом із тим у сучасних умовах в економіці України відбувається лише становлення страхового посередництва, яке, на жаль, гальмується через відсутність досконалої та ефективної нормативно-правової бази.

Одним із найпоширеніших суб'єктів, який має право здійснювати посередництво у страхуванні, є страховий агент. Актуальність обраної теми зумовлена тим, що чинне законодавство України, яке покликане регулювати правове становище страхового агента та особливості провадження ним господарської діяльності, на сьогодні характеризується проблемними питаннями і лакунами, що, в свою чергу, зумовлює досить слабкий державний контроль за діяльністю в даній сфері.

Дослідженням правового регулювання діяльності страхових агентів в сучасний період займаються такі вчені, як Н. Б. Пацурія, В. В. Резнікова, О. М. Залетов, Г. І. Сальнікова, Т. А. Федорова, Т. В. Степанова, Р. Т. Юлдашев та інші. Однак майже всі наявні дослідження носять уривчастий характер і не відрізняються системністю. А тому метою цієї статті є виявлення проблемних аспектів правового становища страхових агентів та з'ясування шляхів їх вирішення, встановлення особливостей провадження страховими агентами своєї господарської діяльності, а також розробка окремих пропозицій щодо внесення змін та/або доповнень до чинного законодавства України.

Основними нормативно-правовими актами, які здійснюють правове регулювання діяльності страхових агентів, є Закон України «Про страхування»<sup>1</sup> та постанова Кабінету Міністрів України «Про порядок провадження діяльності страховими посередниками»<sup>2</sup> (далі – Постанова КМУ № 1523). Також існують й інші законодавчі акти, які стосуються окремих питань правого статусу зазначених суб'єктів.

Стаття 15 Закону України «Про страхування» визначає, що страхові агенти є представниками страховика і діють у його інтересах за винагороду на підставі договору доручення із страховиком\*. Також страховий агент може діяти на підставі укладення агентської угоди із страховою компанією.

Господарський кодекс України<sup>3</sup> містить окрему главу 31, положення якої регламентують комерційне посередництво (агентська відносина) у сфері господарювання. Зокрема, ст. 295 встановлено, що комерційне посередництво (агентська діяльність) є підприємницькою діяльністю, що полягає в наданні комерційним агентом послуг суб'єктам господарювання при здійсненні ними господарської діяльності шляхом посередництва від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого він представляє.

Відносини, які виникають при здійсненні страховим агентом страхової посередницької діяльності мають регулюватися насамперед спеціальними нормами, які містяться у Законі України «Про страхування» та у Постанові КМУ № 1523, а також загальними нормами Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України.

Страховими агентами можуть бути як юридичні особи, так і фізичні особи – підприємці. Страхові агенти – юридичні особи (далі – страхові агентства), як правило, створюються у формі господарських товариств різних організаційно-правових форм. Державна реєстрація всіх суб'єктів господарювання є обов'язковою умовою їх діяльності. Відносини, які виникають у сфері державної реєстрації юридичних осіб регулюються Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців»<sup>4</sup> (загальна реєстрація).

Спеціальна реєстрація (внесення суб'єктів господарювання до відповідного реєстру суб'єктів господарювання, зареєстрованих як юридичні особи або фізичні особи – підприємці, що надає їм право здійснюва-

© А. С. Головачова, 2015

\* Правовий статус страхових агентів – фізичних осіб, які працюють на основі укладення договору доручення із страховою компанією, не є предметом нашого дослідження, оскільки в цьому випадку виникають цивільні відносини, які регулюються не господарським законодавством, а відповідно – цивільним. А отже, нас цікавлять виключно страхові агенти, які є суб'єктами господарювання.



ти певний вид господарської діяльності<sup>5</sup>) також має місце при здійсненні страховими агентами своєї господарської діяльності, але лише у випадку надання послуг з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності. Пункт 49.3 ст. 49 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів»<sup>6</sup> передбачає, що страхові агенти мають право здійснювати посередницьку діяльність з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності за умови їх реєстрації в Моторному (транспортному) страховому бюро України (далі – МТСБУ) в порядку, встановленому Уповноваженим органом за поданням МТСБУ. Також встановлено, що кваліфікаційні вимоги до страхових агентів, необхідні для здійснення вказаного виду посередницької діяльності, встановлюються Уповноваженим органом за поданням МТСБУ.

Розпорядженням Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 18 квітня 2013 р. № 1270<sup>7</sup> (далі – Розпорядження № 1270) було затверджено Порядок реєстрації страхових агентів, які мають право здійснювати посередницьку діяльність з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, у МТСБУ, а також Розпорядженням від 23 липня 2013 р. № 2410<sup>8</sup> (далі – Розпорядження № 2410) закріплено Кваліфікаційні вимоги до страхових агентів, необхідні для здійснення посередницької діяльності з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів.

Пунктом 1.2. Розпорядження № 1270 передбачено, що страхові агенти, які є фізичними чи юридичними особами, мають право здійснювати посередницьку діяльність з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності за умови їх реєстрації в МТСБУ. На сьогодні Реєстр страхових агентів функціонує повною мірою і кожен, хто бажає отримати інформацію щодо конкретного страхового агента, який має право здійснювати посередницьку діяльність з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності, може безперешкодно та безоплатно її отримати.

Створення Реєстру страхових агентів, безумовно, є позитивним кроком, оскільки підвищує довіру потенційних клієнтів до інституту страхових посередників та змушує агентів стежити за своєю діловою репутацією і рівнем кваліфікації. Але з точки зору правової регламентації даного питання виникає досить важливе питання. Закон України «Про страхування», яким вперше було закріплено правове становище страхових посередників на законодавчому рівні, в тому числі і страхових агентів, не передбачає умовою провадження останніми своєї господарської діяльності – обов'язкову реєстрацію. Натомість Закон України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» у ст. 49 містить імперативну норму, відповідно до якої страхові агенти мають право здійснювати посередницьку діяльність з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності за умови їх реєстрації в МТСБУ. На основі вказаної норми і був прийнятий зазначений вище Порядок реєстрації страхових агентів.

Дійсно, однією з проблем правового статусу страхових агентів є відсутність будь-яких вимог щодо їхнього обліку. Вирішити дане питання можливо шляхом прийняття імперативної норми, відповідно до якої, по-перше, страховик буде зобов'язаний вести реєстр страхових агентів, а, по-друге, перелік страхових агентів конкретного страховика буде міститися і у Державному реєстрі фінансових установ у відомостях про страховика. Таке вирішення проблеми, на нашу думку, є досить вдалим, оскільки для створення окремого реєстру страхових агентів необхідно додаткове фінансування, час на розроблення електронного варіанта реєстру, а також з'явиться ще одна громіздка процедура – включення до реєстру осіб, які бажають здійснювати страхову агентську діяльність. Важливим є те, що дане положення буде відповідати вимогам Директиви № 2002/92 ЄС про посередництво у страхуванні<sup>9</sup>, а саме – Главі 3, у якій визначено реєстраційні вимоги до страхових посередників: страхові та перестрахові посередники повинні бути зареєстровані в компетентному органі, в їх державі-учасниці походження. Будь-який страховий чи перестраховий посередник, що бажає вперше займатися посередницькою діяльністю, повинен повідомити про це компетентні органи держави-учасниці походження.

Отже, повертаючись до питання реєстрації в МТСБУ страхових агентів, які бажають здійснювати посередницьку діяльність з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності, вважаємо, що імперативна норма, яка стосується обов'язковості такої реєстрації, має міститися у Законі України «Про страхування», оскільки це – основний нормативно-правовий акт, який встановлює загальні засади діяльності та правового становища страхових агентів. Таким чином, пропонуємо доповнити ч. 7 ст. 15 Закону України «Про страхування» реченнями наступного змісту:

*«Страховик зобов'язаний вести реєстр страхових агентів (агентств) (далі – Реєстр), які мають право укладати договори страхування від його імені. Реєстр має бути загальнодоступним на сайті страховика та містити інформацію про: 1. Прізвище, ім'я, по батькові (для фізичної особи – підприємця) або назву страхового агентства (для юридичної особи). 2. Місцезнаходження. 3. Реєстраційний номер облікової картки платника податків (для фізичних осіб, які через свої релігійні переконання відмовляються від прийняття реєстраційного номера облікової картки платника податків та повідомили про це відповідний орган державної податкової служби і мають відмітку у паспорті – серія та номер паспорта, коли і ким виданий) або код за ЄДРПОУ для юридичної особи. 4. Контактні дані (телефон, електронна пошта, адреса для листування).*

*Протягом 10 днів з моменту внесення страхового агента (агентства) до Реєстру страховик зобов'язаний надати інформацію про нього до Уповноваженого органу для включення такої інформації до відомостей про страховика, які містяться в Державному реєстрі фінансових установ. Така інформація повинна бути загальнодоступною.*

*Страхові агенти мають право здійснювати посередницьку діяльність з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності за умови їх реєстрації в МТСБУ».*

Ще однією нагальною проблемою є те, що на законодавчому рівні відсутні вимоги щодо визначення необхідного професійного рівня страхових агентів. Аналізуючи чинне законодавство, доходимо висновку, що страховим агентом може стати будь-яка дієздатна особа. Але для здійснення діяльності щодо рекламування, консультування, пропонування страхувальникам страхових послуг та проведення роботи, пов'язаної з укладенням і виконанням договорів страхування (підготовка й укладення договорів страхування, виконання робіт з обслуговування договорів), у тому числі оформлення всіх необхідних документів для своєчасної виплати страхових сум або страхового відшкодування, а також здійснення цих виплат, необхідний певний професійний рівень знань. Про це наголошено і в Директиві № 2002/92 ЄС. Зокрема, нею встановлено, що страхові та перестрахові посередники повинні володіти відповідними знаннями і здібностями, що встановлюються державою-учасницею походження посередника. Важливим є те, що державам-учасникам походження дозволено скорегувати передбачені вимоги до знань і здібностей відповідно до конкретного виду посередницької діяльності.

Дану прогалину законодавець намагається врегулювати в проекті Закону «Про внесення змін до деяких законів України та виклад Закону України «Про страхування» у новій редакції»<sup>10</sup> від 6 вересня 2009 р. № 5199-VI (далі – Проект Закону № 5199-VI). Частина 12 ст. 92 «Вимоги до порядку провадження посередницької діяльності страхових агентів» передбачає, що страховики повинні забезпечити навчання страхових агентів, з якими вони уклали договір доручення на укладання договорів страхування, а також працівників страхового агента, які безпосередньо залучені до процесу страхового посередництва. Зазначене навчання повинно узгоджуватись з класами страхування, які пропонуються страховими агентами клієнтам і здійснюється за програмою, встановленою Уповноваженим органом. Таким чином, якщо страховик забажає здійснювати свою страхову діяльність через страхового агента, то саме він має забезпечити необхідний рівень професійних знань страхового агента.

В Україні у 2013 р. Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг (далі – Нацкомфінпослуг) запровадила кваліфікаційні вимоги до страхових агентів, необхідні для здійснення посередницької діяльності з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, шляхом прийняття відповідного Розпорядження № 2401. Положення вказаного підзаконного нормативно-правового акта передбачають, що у разі якщо страховик провадить діяльність у сфері обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів за участю страхових агентів, такі страхові агенти повинні відповідати встановленим Кваліфікаційним вимогам.

Розпорядженням № 2401 передбачено, що саме страховик зобов'язаний здійснювати підготовку страхових агентів шляхом проведення відповідних навчальних заходів, а МТСБУ, в свою чергу, здійснює у спосіб, погоджений з Нацкомфінпослуг, координацію перевірки у страхових агентів знань основних засад страхування та посередницької діяльності у сфері обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності.

Вважаємо, що врегулювання питання щодо навчання страхових агентів на законодавчому рівні є дуже важливим і нагальним. Оскільки на практиці трапляються випадки легковажного та безвідповідального ставлення до своїх обов'язків страховими агентами щодо страховиків, з якими укладено договір про надання агентських. Наприклад, як свідчить судова практика<sup>11</sup>, страховики вимушені звертатися до господарських судів з позовами про стягнення заборгованості за договорами доручення. Зокрема, страхові агенти, порушуючи взяті на себе зобов'язання, не виконують умов договорів, а саме частково або в повному обсязі не перераховують отримані страхові платежі від продажу страхових продуктів.

Зазначена проблема негативно впливає на розвиток страхового ринку, а також на загальний стан довіри населення до страхових посередників в цілому. А тому вважаємо, що Проект Закону № 5199-VI у ст. 92 «Вимоги до порядку провадження посередницької діяльності страхових агентів» містить досить вдале вирішення проблеми щодо навчання страхових агентів.

Отже, аналізуючи правове становище страхових агентів, можна зробити висновок, що чинне законодавство України майже не врегульовує правове становище страхових агентів. Зокрема, особливо гострими є проблеми відсутності загального обліку й реєстрації страхових агентів та вимог щодо професійного рівня знань і навчання страхових агентів (крім тих, хто здійснює посередницьку діяльність з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів).

<sup>1</sup> Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 18. – Ст. 78.

<sup>2</sup> Про порядок провадження діяльності страховими посередниками : постанова Кабінету Міністрів від 18 грудня 1996 р. № 1523 // Зібрання постанов уряду України. – 1996. – № 21. – Ст. 590.

<sup>3</sup> Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22. – Ст. 144.

<sup>4</sup> Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців : Закон України від 15 травня 2003 р. № 755-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31–32. – Ст. 263.

<sup>5</sup> Актуальні проблеми господарського права: навч. посіб. / за ред. В. С. Щербини. – К. : Юрінком Інтер, 2012. – 528 с. – С. 169.

<sup>6</sup> Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів : Закон України від 1 липня 2004 р. № 1961-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 1. – Ст. 1.

<sup>7</sup> Про затвердження Порядку реєстрації страхових агентів, які мають право здійснювати посередницьку діяльність з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, у Моторному (транспортному) страховому бюро України : розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 18 квітня 2013 р. № 1270 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0760-13/conv>

<sup>8</sup> Про затвердження Кваліфікаційних вимог до страхових агентів, необхідних для здійснення посередницької діяльності з обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів : розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 23 липня 2013 р. № 2401 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1398-13>

<sup>9</sup> Про посередництво у страхуванні : директива 2002/92 ЄС Європейського Парламенту та Ради від 9 грудня 2002 р. // Official Journal. – L 9. – 15.01.2003. – Р. 3–10.

<sup>10</sup> Про внесення змін до деяких законів України та виклад Закону України «Про страхування» у новій редакції : проект Закону від 6 вересня 2009 р. № 5199-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=42141](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42141)

<sup>11</sup> Господарський суд міста Києва : рішення від 10 вересня 2010 р. № 33/522 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/> ; Господарський суд міста Києва : рішення від 5 листопада 2009 р. № 4/540 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

#### Резюме

##### **Головачова А. С. Проблеми правового становища страхових агентів.**

У статті встановлено деякі проблемні аспекти правового становища страхових агентів в Україні та наведено шляхи їх вирішення. Виявлено особливості провадження страховими агентами своєї господарської діяльності, а також розроблено окремі пропозиції внесення змін та доповнень до чинного законодавства України щодо запровадження обов'язкової реєстрації страхових агентів.

**Ключові слова:** страховий агент, господарська діяльність, правове становище, реєстрація, кваліфікаційні вимоги.

#### Резюме

##### **Головачова А. С. Проблемы правового положения страховых агентов.**

В статье установлены некоторые проблемные аспекты правового положения страховых агентов в Украине и приведены пути их решения. Выявлены особенности ведения страховыми агентами своей хозяйственной деятельности, а также разработаны отдельные предложения внесении изменений и дополнений в действующее законодательство Украины о введении обязательной регистрации страховых агентов.

**Ключевые слова:** страховой агент, хозяйственная деятельность, правовое положение, регистрация, квалификационные требования.

#### Summary

##### **Golovachova A. The issues of the legal status of insurance agents.**

The paper establishes some problematic aspects of the legal status of insurance agents in Ukraine and proposes how to solve them. The paper defines the features of business activities conducted by the insurance agents and proposes some amendments and supplements to the current legislation of Ukraine regarding introduction of mandatory registration of insurance agents.

**Keywords:** insurance agent, business activities, legal status, registration, qualification requirements.

УДК 346.12

**Р. Л. ГОРДІЄНКО**

*Роман Леонідович Гордієнко, аспірант Київського університету права НАН України*

## **ОСОБЛИВОСТІ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЗДІЙСНЕННЯ КОНСАЛТИНГОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я**

Необхідність правового переосмислення здійснення консалтингової діяльності в сфері охорони здоров'я зумовлена тим, що упродовж тривалого часу вивчення питань особливостей надання інформаційних і консультаційних послуг (консалтингу) не викликало інтересу в цивільній та господарсько-правовій доктрині. Ситуація, що склалася, пояснюється насамперед станом вітчизняної економіки та сфери охорони здоров'я, що були отримані у спадок від командно-адміністративної системи, де значна частина послуг такого роду надавалася на безоплатній основі.

Сучасний стан розвитку соціальних сфер характеризується інноваційною спрямованістю. Перехід від постіндустріального суспільства до суспільства інформаційного зумовив різке зростання попиту на інформаційні й консультаційні послуги і сформував нові погляди на роль інформації в розвитку суспільства.

Водночас ні в науковій літературі, ні в нормативно-правових актах досі немає єдності думок у розумінні змісту консалтингової діяльності, порядку та принципів її надання.

У сучасних умовах інтеграції України до світового економічного середовища розвиток консалтингової діяльності набуває великого значення. У нових умовах господарювання виникають відносини, які прямо не передбачені законодавством, але потребують спеціального правового регулювання, зокрема, і в межах господарського законодавства. Такими відносинами є відносини з надання консалтингових послуг у сфері охорони здоров'я.

Наразі зазначена галузь перебуває в стані започаткування, наукову цінність мають дослідження ретроспективи розвитку консалтингової діяльності, встановлення обґрунтованого підходу до визначення поняття, видів, правової природи та економічної сутності консалтингової діяльності в сфері охорони здоров'я як виду господарської діяльності і консалтингової послуги у сфері охорони здоров'я, консалтингового договору у сфері охорони здоров'я, функцій та принципів здійснення такої діяльності для встановлення найбільш повного й належного її законодавчого регулювання.

На сучасному етапі прикметною є проблема відсутності у законодавстві спеціальних норм, які б належним чином регулювали консалтингові відносини в цілому і у сфері охорони здоров'я зокрема відповідно до сучасних викликів. Практика господарських відносин свідчить про необхідність такої регламентації, оскільки все поширенішими стають практичні проблеми у діяльності суб'єктів господарювання та життєдіяльності фізичних осіб, спори між суб'єктами господарювання щодо надання консалтингової послуги у сфері охорони здоров'я та можливої відповідальності в разі її порушення.

Нові завдання перед консалтинговою діяльністю у сфері охорони здоров'я поставлено у Проекті розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції побудови нової національної системи охорони здоров'я України», який розроблено Міністерством охорони здоров'я України на виконання доручення Кабінету Міністрів України<sup>1</sup>.

До основних проблем системи охорони здоров'я в Україні, що обумовлюють необхідність оновлення існуючої нормативної бази, належать значно нижча порівняно з іншими європейськими країнами середня тривалість життя та високий рівень інвалідизації населення, зумовлені високим рівнем захворюваності на серцево-судинні, судинно-мозкові, онкологічні хвороби, цукровий діабет, туберкульоз, ВІЛ-інфекцію/СНІД тощо, неефективна структура управління системи охорони здоров'я та недосконалість сучасних механізмів фінансування, розпорошеність та нераціональне використання наявних у ній ресурсів, дефіцит кадрів внаслідок знищення соціального престижу медичної професії, відсутність мотивацій до поліпшення якості та підвищення ефективності медичної допомоги.

На вирішення цих проблем спрямована реалізація положень зазначеної Концепції побудови нової національної системи охорони здоров'я України.

Розв'язання окреслених завдань видається ефективнішим, якщо їх аналіз та запропоновані шляхи реалізації будуть формуватися на основі «зовнішнього консалтингу» – аутсорсингу. Такий підхід надає можливість уникнути зловживань та побудови корумпованих схем.

Отже, викладемо авторське розуміння консалтингу і аутсорсингу у зазначеній сфері.

Досить поширеною є позиція, відповідно до якої консалтинг – це повний або частковий аутсорсинг (передача іншому суб'єкту господарювання базових бізнес-процесів компанії) в інтелектуальній діяльності клієнта. Консалтинг спрямований на передачу традиційних неключових функцій юридичної особи (таких, як бухгалтерський облік або рекламна діяльність, маркетингова політика тощо для непрофільних компаній) зовнішнім виконавцям – аутсорсерам, висококваліфікованим фахівцям сторонньої фірми<sup>2</sup>.

Консалтингом є вид діяльності, основне завдання якого націлено на аналіз, обґрунтування перспектив розвитку й використання науково-технічних та організаційно-економічних інновацій з урахуванням предметної сфери і проблем клієнта. Консалтинг вирішує питання управлінської, економічної, фінансової, інвестиційної діяльності організацій, стратегічного планування, оптимізації загального функціонування компанії, ведення бізнесу, дослідження та прогнозування ринків збуту тощо. Продуктом консалтингу як виду діяльності є консалтингова послуга. Консалтингова послуга являє собою інтелектуальний продукт<sup>3</sup>.

Нашими зарубіжними колегами консалтинг розглядається насамперед як «інформаційна послуга»<sup>4</sup>. Слід визнати, що поняття «інформаційна послуга» є досить поширеним у науковому обігу, проте при глибшому аналізі цієї сфери діяльності виявляється, що ця категорія вивчена недостатньо, а існуючі дослідження ґрунтувалися на теоретичному постулаті – інформації як об'єкті цивільного права, ігноруючи її роль у сфері здійснення господарської діяльності, де вона набуває свого економічного змісту.

Отже, звернімося до економічного змісту поняття консалтингу як об'єкта господарсько-правових відносин. Консалтинг – це діяльність спеціалізованих компаній із надання інтелектуальних послуг виробникам, продавцям, покупцям (поради і рекомендації) з різноманітних питань виробничої діяльності, фінансів, зовнішньоекономічної діяльності, створення та реєстрації фірм, дослідження й прогнозування ринків товарів і послуг, розробки бізнес-проектів, маркетингових програм, інноваційної діяльності, пошуку шляхів виходу з кризових ситуацій, підготовки статутних документів у разі створення нових підприємств і організацій тощо<sup>5</sup>.

У Великому енциклопедичному юридичному словнику вказано, що консалтинг (англ. *consulting*, буквально – консультуючий, від лат. *consultere* – радитись, просити поради) – діяльність, пов'язана з наданням консультативних послуг виробникам, продавцям і покупцям стосовно широкого кола економічних (у т.ч. зовнішньоекономічних), правових, організаційних та інших питань (наприклад, з дослідження і прогнозування

ринку збуту, аналізу виробничо-господарської діяльності підприємства, оцінки економіко-технічних проєктів, оподаткування, управління виробництвом, оцінка ризиків тощо). Такий вид діяльності здійснюється фізичними або юридичними особами і регулюється нормами договірної права<sup>6</sup>.

Аналіз наведених вище визначень спонукає до висновку, що в більшості існуючих у науковій літературі визначень поняття «консалтинг» розкривається саме як діяльність з надання відповідних послуг у різноманітних сферах. Отже, поняття «консалтинг» є ширшим, ніж поняття «консалтингова діяльність», оскільки консалтинг включає в себе діяльність фізичних та юридичних осіб щодо надання консультацій з найрізноманітніших питань. Натомість консалтингова діяльність є видом господарської діяльності, тобто діяльністю суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямованою на надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. З огляду на викладене доходимо висновку, що наукові категорії «консалтинг» та «консалтингова діяльність» є різними категоріями.

Слід звернути увагу на відсутність визначення консалтингової діяльності в законодавстві України, яке застосовувалося б для господарського обороту і врахувало специфіку господарських правовідносин.

Узагальнюючи поняття та ознаки консалтингової діяльності, сформулюємо її завдання, характерні для всіх сфер її проведення, серед яких:

- розробка допомоги при вирішенні проблем;
- забезпечення комплексної допомоги;
- гарантування системного характеру рекомендованих рішень.

Тому консалтинг можна охарактеризувати як допомогу суб'єктам господарювання в розробці комплексних і системних рішень проблем, що виникають при здійсненні професійної діяльності<sup>7</sup>.

До прикладу, Л. Б. Сітдікова аналізує у своїх роботах розроблений Європейською федерацією асоціацій з економіки і управління (FEACO) офіційний довідник, який передбачає 104 різновиди консалтингових послуг і угруповує їх залежно від напрямку надання відповідних послуг:

- 1) загальне управління – визначення конкурентоспроможності кон'юнктури ринку, міжнародне управління, управління якістю, кризове управління тощо (усього 20 різновидів послуг);
- 2) адміністрування – аналіз документообігу, розміщення і переміщення відділів, регулювання ризику тощо (сім різновидів);
- 3) фінансове управління – оцінка капітальних витрат, зниження собівартості, оподаткування тощо (дев'ять різновидів);
- 4) управління кадрами – культура корпорацій, пошук кадрів, мотивація, вирішення конфліктів тощо (двадцять різновидів);
- 5) маркетинг – реклама і сприяння збуту, корпоративний образ і відносини з громадськістю, соціально-економічні дослідження й прогнозування тощо (14 різновидів);
- 6) виробництво – автоматизація, використання обладнання та його технічне оснащення, управління запасами тощо (16 різновидів);
- 7) інформаційні технології – застосування комп'ютерів в аудиті й оцінці, адміністративні інформаційні системи, внутрішній аудит інформаційних систем тощо (дев'ять різновидів);
- 8) спеціалізовані послуги – навчальне консультування, консалтинг інженерний, екологічний, інформаційний і юридичний, з управління розподілом матеріалів, з матеріально-технічного постачання, щодо телекомунікацій, консалтинг в державному секторі тощо (дев'ять різновидів)<sup>8</sup>.

Наукова література послуговується значною кількістю класифікацій, які відносять до консалтингової діяльності надання занадто широкого переліку послуг, які не є тільки консалтинговими. Найбільш обгрунтованою, на думку автора, є класифікація консалтингової діяльності за критерієм сфери її здійснення:

- 1) *консалтингова діяльність у економічній сфері*: податкове планування та оптимізація оподаткування, постановка й ведення бухгалтерського обліку, розміщення, купівля, емісія цінних паперів, оцінка майнових комплексів, консультування за видами страхування, збільшення прибутку, зниження собівартості, неплатоспроможність (банкрутство), оцінка немайнових прав та інтересів, системний і фінансовий аналіз господарської діяльності, брокерське обслуговування тощо;
- 2) *консалтингова діяльність у соціальній сфері*: консультування з проблем соціальних організацій (організації в системі освіти, культури, охорони здоров'я, фізичної культури і спорту) або про місце організації в системі соціальних відносин;
- 3) *консалтингова діяльність у юридичній сфері*: консультування зі створення правової бази організації, функціонуванню організацій;
- 4) *консалтингова діяльність в культурній сфері*: консультування організацій соціокультурної сфери як загальної одиниці всередині установ культури з проблем їх функціонування;
- 5) *консалтингова діяльність у політичній сфері*: консультування з проблем функціонування як політичних організацій, так і будь-яких їхніх типів з політичних проблем;
- 6) *консалтингова діяльність в екологічній сфері*: консультування з екології природи, людини, соціальної екології тощо;
- 7) *консалтингова діяльність у сфері управління*: антикризове управління, реструктуризація, управлінський облік і діловодство, стратегічне планування та менеджмент, розробка організаційних структур і систем керування, діагностика, організаційний розвиток, управління організаційними змінами, розробка посадових інструкцій;

8) *консалтингова діяльність щодо інвестиційних проектів*: розробка, комплексна експертиза, аналіз і моніторинг, супровід інвестиційних проектів, підготовка інвестиційних меморандумів, управління фінансовими ризиками, лізинг, франчайзинг, розробка бізнес-планів, техніко-економічних обґрунтувань та ін.;

9) *консалтингова діяльність у сфері інтелектуальної власності*: інжиніринг, оцінка технологічних можливостей організації, створення виробничої інфраструктури, впровадження нових технологій і техніки, виробничий дизайн, ресурсне забезпечення, контроль якості, логістика;

10) *консалтингова діяльність в інформаційній сфері*: створення та супровід спеціалізованих баз даних, системне інтегрування, створення і супровід комп'ютерних систем і мереж, автоматизація офісів і документообігу, телекомунікації, реклама та зв'язки з громадськістю, маркетинг, надання інтернет-ресурсів, питання щодо безпеки на виробництві, в приватному секторі, громадських місцях.

На думку автора, ця класифікація є юридично значущою. Класифікаційні групи багато в чому зумовлюють зміст нормативних моделей договору на оплатне надання консультаційних послуг<sup>8</sup>. Одразу зазначимо, що консалтингова діяльність у сфері охорони здоров'я має низку суттєвих ознак, зумовлених власними особливостями сфери її здійснення – охороною здоров'я, під якою традиційно передусім розуміється сфера надання медичних послуг.

Проте при детальному аналізі вітчизняного законодавства в сфері охорони здоров'я стикаємося з проблемою відсутності легального визначення поняття «медицина». У законодавстві містяться лише такі етимологічно спільні поняття, як «медична освіта», «медична практика», «медична діяльність», «медична допомога», «медична інформація», «медичний експеримент» тощо. Наведені та інші поняття, що містяться у законодавстві і є дотичними до сфери медицини, охоплюються правовою категорією «охорони здоров'я». Оскільки пріоритетною метою даного дослідження є вироблення теоретичних узагальнень та практичних рекомендацій щодо регулювання договірних відносин у зазначеній сфері, проблеми аналізу і визначення співвідношення таких понять, як «охорона здоров'я» та «медицина» у вітчизняній правовій доктрині залишаються за межами даної роботи, а в представленій ми перебуватимемо у полі усталеного на сьогодні правового категоріального апарату.

Відповідно до Закону України «Основи законодавства про охорону здоров'я»<sup>9</sup> під охороною здоров'я розуміють систему заходів, які здійснюються органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, закладами охорони здоров'я, медичними та фармацевтичними працівниками і громадянами з метою збереження й відновлення фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості її життя.

Побудова нової системи охорони здоров'я зумовлює особливості внутрішньої диференціації сфер консалтингу в сфері охорони здоров'я. Так, консалтинг у сфері прав пацієнтів складається із таких напрямів:

– забезпечення якості та доступності послуг охорони здоров'я відповідно до міжнародних стандартів та національних клінічних протоколів;

– перехід від політики подолання наслідків порушень прав пацієнтів до політики їх запобігання;

– зростання рівня задоволення населення послугами сфери охорони здоров'я;

– створення для людей з особливими потребами відповідного життєвого середовища;

– забезпечення належного громадського контролю в сфері надання медичних послуг та закупівель.

Консалтинг у сфері забезпечення дотримання професійних прав та інтересів медичних працівників має такі напрями:

– участь медичної громадськості та пацієнтів в реалізації політики в сфері охорони здоров'я та управлінні закладами охорони здоров'я;

– безперервність освіти й професійної підтримки як чинника професійного зростання та зростання рівня економічного добробуту;

– підвищення соціального престижу і поваги до професії медичного працівника, рівня заробітної плати в сфері охорони здоров'я;

– ефективна економічна мотивація до продуктивної і якісної праці;

– законодавче врегулювання вимог професійної етики медичних працівників, правове та інституційне забезпечення самоврядності медичних професій.

Консалтинг у сфері державного управління охорони здоров'я передбачає:

– досягнення балансу між потребами населення у послугах з охорони здоров'я, пріоритетами суспільства у сфері охорони здоров'я і обсягами фінансових ресурсів, які спрямовуються на забезпечення зазначеної мети;

– зміцнення трудового потенціалу за рахунок підвищення якості медичної допомоги, збільшення обсягів профілактики захворювань та ефективної діяльності громадської охорони здоров'я.

Слід виділити окремі регіональні задачі консалтингу в сфері охорони здоров'я:

– розробка нових механізмів фінансування сфери охорони здоров'я з урахуванням розмежування рівнів надання медичної допомоги населенню;

– розвиток первинної медичної допомоги на засадах загальної практики сімейної медицини;

– структурна перебудова екстреної медичної допомоги відповідно до Закону України «Про екстрену медичну допомогу»<sup>10</sup>;

– розвиток перинатальної допомоги;

– формування мережі закладів охорони здоров'я вторинної (спеціалізованої) медичної допомоги;  
– поліпшення кадрового та матеріально-технічного забезпечення, передусім первинної ланки надання медичної допомоги населенню.

Хід реформування сфери охорони здоров'я відбувається на тлі активної участі громадських організацій, лікарських професійних організацій, комунікативного та наукового супроводу, який має бути складовою консалтингу у сфері охорони здоров'я.

Підсумовуючи викладене вище зазначимо, що у зв'язку з переходом до ринкової економіки різко зросла потреба і в отриманні консультаційних послуг. Проте зберігається значний простір правової невизначеності у названій сфері саме в галузі охорони здоров'я. На сьогодні виразно проявляється неповнота і суперечність правових норм, що регулюють поведінку суб'єктів консультаційної діяльності, чому сприяє неопрацьованість понятійного апарату у даній сфері правовідносин. В умовах недостатності теоретичних розробок, а також нормативно-правової регламентації зазначених відносин правозастосовна діяльність судів позбавлена теоретичного підґрунтя для їх правильної класифікації. Вказана проблема вимагає комплексного рішення, враховуючи широке змістовне значення такого поняття, як «консалтингова діяльність в сфері охорони здоров'я» та розробки відповідного законодавства.

<sup>1</sup> Про схвалення Концепції побудови нової національної системи охорони здоров'я України : проект розпорядження Кабінету Міністрів України ; розроблено Міністерством охорони здоров'я України на виконання доручення Кабінету Міністрів України : [Електронний ресурс] – Режим доступу : [www.moz.gov.ua/ua/portal/Pro\\_20140714\\_0.html](http://www.moz.gov.ua/ua/portal/Pro_20140714_0.html)

<sup>2</sup> Князева Н. В. Консалтинг: определения и особенности / Н. В. Князева : [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.pnalog.ru/material/konsalting-opredeleniya-osobnosti>

<sup>3</sup> Рак Ю. А. Основні тенденції розвитку світового ринку консалтингових послуг / Ю. А. Рак // Актуальні проблеми міжнародних відносин. – 2012. – № 108. – Ч. 2. – С. 92.

<sup>4</sup> Ситдикова Л. Б. Правовое регулирование отношений в сфере оказания информационных и консультационных услуг : дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. – М. : Академия труда и социальных отношений. – 2009 : [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.disscat.com/content/pravovoe-regulirovanie-otnoshenii-v-sfere-okazaniya-informatsionnykh-i-konsultatsionnykh-usl#ixzz3ORaUsQvI>

<sup>5</sup> Економічна енциклопедія / за ред. Л. М. Вороновича, С. В. Мочерного. – К. : Видавничий центр «Академія», 2000. – Т. 1. – 864 с.

<sup>6</sup> Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2007. – 992 с. – С. 379.

<sup>7</sup> Аминов В. А. Консалтинг и право / В. А. Аминов // Журнал Консалтинг : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.i2r.ru/static/229/out\\_3728.shtml](http://www.i2r.ru/static/229/out_3728.shtml)

<sup>8</sup> Ситдикова Л. Б. Проблемы классификации консультационных услуг / Л. Б. Ситдикова : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nauka-pravo.org/m/articles/view/Проблемы-классификации-консультационных-услуг>

<sup>9</sup> Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [zakon.rada.gov.ua/go/2801-12](http://zakon.rada.gov.ua/go/2801-12)

<sup>10</sup> Про екстрену медичну допомогу : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [zakon.rada.gov.ua/go/5081-17](http://zakon.rada.gov.ua/go/5081-17)

#### Резюме

##### **Гордієнко Р. Л. Особливості та перспективи здійснення консалтингової діяльності в сфері охорони здоров'я.**

Необхідність правового переосмислення здійснення консалтингової діяльності в сфері охорони здоров'я зумовлена тим, що упродовж тривалого часу питання щодо надання інформаційних і консультаційних послуг не викликало інтересу в цивільній та господарсько-правовій доктрині. Ситуація, що склалася, пояснюється насамперед станом вітчизняної економіки та сфери охорони здоров'я, що були отримані у спадок від командно-адміністративної системи, де велика частина послуг такого роду надавалася на безоплатній основі.

**Ключові слова:** консалтинг, організація консалтингу, охорона здоров'я, медицина.

#### Резюме

##### **Гордиенко Р. Л. Особенности и перспективы осуществления консалтинговой деятельности в сфере здравоохранения.**

Необходимость правового переосмысления осуществления консалтинговой деятельности в сфере здравоохранения предопределена тем, что на протяжении длительного времени вопросы предоставления информационных и консультационных услуг не вызывали интереса в гражданской и хозяйственно-правовой доктрине. Сложившаяся ситуация объясняется в первую очередь состоянием отечественной экономики и сферы здравоохранения, полученными в наследство от командно-административной системы, где большая часть услуг такого рода предоставлялась на бесплатной основе.

**Ключевые слова:** консалтинг, организация консалтинга, здравоохранение, медицина.

#### Summary

##### **Gordienko R. Specific Features and Perspectives of the Consulting Activity in the Sphere of Healthcare.**

The article concerns the rethinking of legal implementation consulting activities in the health sector due to the fact that for a long time studying for the provision of information and advisory services has caused interest in civil and commercial law doctrine.

**Key words:** consulting, organizing consulting, healthcare, medicine.

**Т. В. ДУБАС**

*Тетяна Володимирівна Дубас, суддя Києво-Святошинського районного суду Київської області*

## ПОНЯТТЯ І СУТНІСТЬ ЗВІЛЬНЕННЯ ПРАЦІВНИКІВ

Одне з першочергових місць в ієрархії завдань, що поставлені на даний момент перед наукою трудового права, посідає формування понятійного апарату галузі. Ця проблема набуває особливої актуальності у зв'язку з перспективою прийняття нового Трудового кодексу України. Чинний КЗпП не відрізняється достатніми термінологічними розробками. Одним із пояснень цього є невідповідність окремих положень Кодексу сучасним доктринальним дослідженням<sup>1</sup>.

Більше того, для розуміння тенденції розвитку відносин щодо припинення трудової діяльності слід дослідити на загальнотеоретичному рівні сутність та визначити доктринальне поняття «звільнення працівників».

Аналіз наукової юридичної літератури дає можливість стверджувати, що визначенню поняття та сутності звільнення працівників присвячені праці таких видатних вчених, як: Н. Б. Болотіна, В. І. Власов, В. С. Венедіктов, К. М. Гусов, В. В. Жернаков, М. І. Іншин, В. М. Корельський, В. В. Копейчиков, В. В. Лазор, Р. З. Лівшиць, К. Ю. Мельник, М. В. Молодцов, Н. М. Неумивайченко, В. І. Прокопенко, П. Д. Пилипенко та інші.

**Метою** статті є аналіз поглядів науковців, відповідних нормативних актів із метою визначення поняття та сутності правової категорії «звільнення працівників».

У словниках української мови поняття «працівник» майже знаходить своє однозначне тлумачення. Так, у Тлумачному словнику української мови І. О. Івченка термін «працівник» визначається як: 1) трудяща людина; 2) член якогось виробничого колективу; 3) особа, яка бере участь у певному трудовому процесі, працює за певним фахом<sup>2</sup>. Тобто, поняття «працівник» пов'язується з виконанням особою певної трудової функції.

У свою чергу, Великий тлумачний словник української мови надає таке визначення терміна «працівник» – 1) трудяща людина, трудівник; 2) член якогось виробничого колективу; 3) особа, яка бере участь у певному трудовому процесі, працює за певним фахом<sup>3</sup>.

Однак зрозуміло, що такі визначення у тлумачному словнику не можуть уособлювати конкретну характеристику поняття «працівник» і з огляду на наявність сучасного наукового обґрунтування потребують уточнення. Працівник – це особа, яка бере участь у певному трудовому процесі «та несе певні зобов'язання перед роботодавцем, які визначаються внутрішнім організаційним порядком».

Л. В. Котова зазначає, що найманий працівник – це залежний працівник, який здійснює в інтересах і на засоби виробництва роботодавця певну міру праці за певну плату з підпорядкуванням трудовому розпорядку<sup>4</sup>.

У свою чергу, на думку Ю. П. Дмитренка, працівник – це фізична особа, яка уклала трудовий договір і приступила до виконання трудової функції<sup>5</sup>.

Можна зробити висновок, що донині термін «працівник» малодосліджений, внаслідок цього постає необхідність, через аналіз нормативно-правових актів національного та зарубіжного законодавства, деталізування цього терміна.

Термін «працівник» був введений у трудове законодавство України Законом України «Про внесення змін і доповнень до Кодексу законів про працю Української РСР при переході республіки до ринкової економіки» № 871-12 від 20 березня 1991 р.<sup>6</sup> замість терміна «работник», але до теперішнього часу чинний КЗпП України досі не містить легального визначення цього поняття, що є істотним недоліком кодифікованого джерела трудового права<sup>7</sup>.

Закон України від 15 вересня 1999 р. «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» у ст. 1 визначає працівника як фізичну особу, що працює на підставі трудового договору на підприємстві, в установі, організації чи у фізичної особи, яка використовує найману працю<sup>8</sup>.

Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» дає ідентичне визначення, але використовує термін «найманий працівник»<sup>9</sup>. Законодавець використовує термін «працівник» і термін «найманий працівник», тому вони є рівнозначними

У Законі України «Про охорону праці»<sup>10</sup> вказується, що працівник – це особа, яка працює на підприємстві, в установі, організації і виконує обов'язки або функції відповідно до трудового договору (контракту). Але це визначення не є абсолютно ідентичним вищезазначеним. Розглядаючи визначення, що сформульовані у зазначених вище законах, необхідно вказати, що нормативні приписи, названі в них, не мають такої ознаки юридичної техніки, як системна узгодженість нормативного матеріалу. Відсутність чіткості й однозначності у визначенні правових понять стає приводом для розбіжностей, як серед вчених, так і серед практиків<sup>11</sup>.

Отже, працівник – це фізична особа, яка перебуває в трудових відносинах з роботодавцем, виконує трудову функцію, що відповідає певній спеціальності, кваліфікації чи посаді, отримує заробітну плату на підставі трудового договору, несе відповідальність за свою діяльність та має певні права й обов'язки, закріплені у трудовому законодавстві.



Проаналізувавши поняття «працівник», постає необхідність у виокремленні поняття «звільнення працівників». Вважаємо за необхідне аналізувати ці поняття разом із такими: «розірвання трудового договору», «розірвання трудових відносин», «припинення трудового договору», «звільнення», «відсторонення від роботи».

Термін «звільнення працівників» є малодослідженим. Чинне національне законодавство про працю не містить визначення цієї дефініції, це поняття вживається в контексті «підстави звільнення працівників». Трудове законодавство України та юридична наука використовують різні терміни для позначення **припинення трудових правовідносин (звільнення працівника відбувається на підставі припинення трудового договору)**. Таким чином, припинення трудових правовідносин пов'язане з припиненням трудового договору<sup>12</sup>.

Трудового договір припиняється тільки при наявності певних підстав його припинення та дотримання правил звільнення працівника. Підставою припинення трудового договору є життєва обставина, яка закріплена в законі як юридичний факт, необхідний для припинення трудових відносин. Припинення трудового договору означає одночасно звільнення працівника. Припинення трудового договору і звільнення працівника мають єдині підстави й порядок, але припинення належить до трудового договору, а звільнення – до працівника<sup>13,14,15</sup>.

У трудовому законодавстві та юридичній літературі вживаються три терміни: **припинення трудового договору, розірвання трудового договору і звільнення працівника**. Перші два використовуються в контексті трудового договору. При цьому розірвання означає припинення трудового договору одностороннім волевиявленням (з ініціативи працівника, роботодавця або третьої особи)<sup>16</sup>.

Надалі необхідно розглянути поняття «припинення трудового договору» для отримання можливості повного дослідження поняття «звільнення працівника».

На думку науковців В. Ф. Опришка та Ф. П. Шульженка, термін «припинення трудового договору» являє собою припинення трудових відносин за всіма підставами, передбаченими трудовим законодавством<sup>17</sup>. Таким чином, припинення трудових відносин можливе тільки за підстав, що передбачені трудовим законодавством.

**Припинення трудового договору** означає закінчення трудових відносин між працівником і роботодавцем, юридичним фактом якого є звільнення працівника<sup>18</sup>.

В. В. Жернаков зазначає, що **припинення трудового договору** – це закінчення дії трудових правовідносин працівника з роботодавцем у всіх випадках, передбачених законодавством про працю<sup>19</sup>.

Можна зробити висновок, що названі вище поняття є схожими. Науковці зазначають, що припинення трудового договору обумовлює припинення трудових відносин, але також важливим аспектом є певний факт, який виникає в цьому процесі – звільнення працівника за підставами, передбаченими трудовим законодавством. Припинення трудового договору є збірним для всіх випадків закінчення його дії – це як підстави, що передбачені КЗпП України, так і передбачені спеціальним законодавством<sup>20</sup>.

І. І. Андриановська вказує, що **припинення трудового договору** означає те, що трудовий договір не діє, трудові відносини конкретного працівника з підприємством не здійснюються, тому юридичні зв'язки між працівником і роботодавцем відсутні<sup>21</sup>.

Отже, необхідно зазначити, що при припиненні трудового договору юридичні зв'язки між працівником і роботодавцем обриваються. Але залишаються сталими соціальні зв'язки, в будь-якому випадку роботодавець може рекомендувати працівника при прийомі на іншу роботу.

У чинному трудовому законодавстві і в юридичній літературі поряд з поняттям «припинення трудового договору» зустрічаються й інші поняття, які означають закінчення трудових зв'язків між сторонами трудового договору (працівником і роботодавцем): «розірвання договору» і «звільнення». Дані поняття близькі за значенням, проте не ідентичні і розрізняються за своїм правовим змістом. Поняття «припинення» і «розірвання» вживаються стосовно трудового договору, а поняття «звільнення» – коли йдеться про працівника<sup>22</sup>.

Відмінність поняття «припинення трудового договору» від поняття «розірвання трудового договору» полягає в тому, що перше охоплює як вольові односторонні та двосторонні дії, так і події, а друге – лише односторонні вольові дії<sup>23</sup>. Надалі необхідно дослідити поняття «розірвання трудового договору».

На думку Д. О. Тузової, **розірвання трудового договору** – право працівника, засноване на проголошеному Конституцією принципі свободи праці<sup>24</sup>. У даному випадку це поняття розглядається автором як право фізичної особи. Право особи несе за собою розуміння її бажання до здійснення будь-якої дії, яка є не обов'язковою, але про це право можна говорити тільки у випадку звільнення за власною ініціативою. У випадку звільнення працівника за ініціативою роботодавця розірвання трудового договору є не правом працівника, а обов'язком.

**Розірвання трудового договору** являє собою вольове припинення трудових відносин з ініціативи однієї зі сторін трудового договору або за ініціативою певних органів, які мають право вимагати цього розірвання<sup>25</sup>.

**Розірвання трудового договору** означає припинення трудових правовідносин одностороннім волевиявленням (чи роботодавця, чи працівника, чи осіб, які не є стороною трудового договору)<sup>26</sup>.

**Розірвання трудового договору** стосується лише випадків, коли трудовий договір припиняється з ініціативи будь-якої з його сторін<sup>27</sup>.

Отже, розірвання трудового договору є вольовим припиненням трудових відносин. Тому головним аспектом при визначенні цього поняття є воля сторін трудового договору чи третіх осіб, які не належать то суб'єктів трудового договору, але мають право вимагати розірвання.

Також у законодавстві та науковій літературі можна зустріти поняття «відсторонення від роботи». Його необхідно чітко розрізняти з поняттям «звільнення з роботи». У вузькому **розумінні відсторонення від**

**роботи** – це залишення працівника без роботи із припиненням виплати заробітної плати, а в широкому воно означає будь-яке позбавлення працівника можливості виконувати трудову функцію як шляхом відсторонення від роботи у вузькому розумінні, так і переведенні на іншу роботу<sup>28</sup>. Важливо розуміти, що при відстороненні від роботи трудові правовідносини не припиняються.

В. Е. Теліпко зазнає, що **відсторонення працівника від роботи** – це призупинення виконання ним своїх трудових обов'язків за рішенням уповноважених на це компетентних органів, що, як правило, відбувається з одночасним призупиненням виплати йому заробітної плати<sup>29</sup>.

Отже, головна відмінність поняття «відсторонення працівника від роботи» та поняття «звільнення працівника» проявляється у тому, що відсторонення працівника не припиняє трудових відносин, рішення про відсторонення може приймати уповноважений державний орган. Відсторонення відбувається при неможливості працівника виконувати трудову функцію з причин, які передбачені в трудовому законодавстві. У свою чергу, при звільненні працівника припиняються трудові відносини між працівником та роботодавцем, звільнення можливе як за ініціативою роботодавця, так і за ініціативою працівника. Право на відсторонення має тільки роботодавець або уповноважений державою орган.

Термін «звільнення» теж застосовується для припинення **трудоного договору**, пов'язується передусім з процедурою технічного оформлення вже припинених трудових правовідносин<sup>30</sup>.

Н. Б. Болотіна та Г. І. Чанишева наводять ідентичне **поняття «звільнення»**<sup>31</sup>. Отже, процедура технічного оформлення припинених трудових відносин має важливе місце у процесі звільнення працівника, адже без неї неможливе легальне звільнення; також ця процедура повинна бути оформлена згідно з трудовим законодавством.

На думку Ю. Т. Тихоновича, звільнення працівників – це врегульований нормами трудового права процес припинення трудового договору та трудових правовідносин працівником за ініціативою і/або роботодавця, що здійснюється на підставі розірвання трудових відносин (посднуючи централізоване і локальне, державне і договірне регулювання), який потребує обов'язкового документального оформлення<sup>32</sup>.

Дослідивши вищевказані поняття можна зробити висновок, що звільнення працівників – це врегульована нормами трудового права процедура припинення трудових відносин одностороннім волевиявленням, що зумовлює розірвання трудового договору з підстав, які передбачені трудовим законодавством та яка має відповідне технічне оформлення.

Отже, підсумовуючи вищевикладений матеріал, зазначимо, що здійснення процесу звільнення працівника потребує термінологічної визначеності в частині термінів «працівник», «звільнення працівників». Тому на законодавчому рівні пропонується закріпити чітке визначення цих термінів шляхом вказівки на загальні ознаки цього процесу. Необхідно також на законодавчому рівні визначити поняття «звільнення працівників» для подолання неточностей в трактуванні даного поняття та прогалін національного трудового законодавства.

З огляду на це пропонуємо такі терміни: 1) працівник – це фізична особа, яка перебуває в трудових відносинах з роботодавцем, виконує трудову функцію, що відповідає певній спеціальності, кваліфікації чи посаді, отримує заробітну плату на підставі трудового договору, несе відповідальність за свою діяльність та має певні права й обов'язки, закріплені у трудовому законодавстві; 2) звільнення працівників – це врегульована нормами трудового права процедура припинення трудових відносин одностороннім волевиявленням, що зумовлює розірвання трудового договору з підстав, які передбачені трудовим законодавством та яка має відповідне технічне оформлення.

<sup>1</sup> Ярошенко О. М. Основні ознаки відсторонення працівника від роботи: на прикладі відмінностей від суміжних правових явищ / О. М. Ярошенко // Публічне право. – 2013. – № 1. – С. 192–199.

<sup>2</sup> Івченко А. О. Тлумачний словник української мови [Текст] / А. О. Івченко. – Х. : Фоліо, 2001. – 539 с.

<sup>3</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови [Текст] : 250000 / уклад. та голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Перун : Перун, 2005. – 1728 с.

<sup>4</sup> Котова Л. В. Розвиток правової категорії «працівник» у сучасних умовах / Л. В. Котова // Актуальні проблеми права: теорія і практика. – 2013. – № 27. – С. 65–75.

<sup>5</sup> Дмитренко Ю. П. Трудове право України : підруч. / Ю. П. Дмитренко. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 624 с.

<sup>6</sup> Про внесення змін і доповнень до Кодексу законів про працю Української РСР при переході республіки до ринкової економіки : Закон УРСР від 20 березня 1991 р. № 871-12 // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 23. – Ст. 267.

<sup>7</sup> Котова Л. В. Там само.

<sup>8</sup> Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності : Закон від 15 вересня 1999 р. № 1045-XIV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1999. – № 45. – Ст. 397.

<sup>9</sup> Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) : Закон від 3 березня 1998 р. № 137/98-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1998. – N 34. – Ст. 227.

<sup>10</sup> Про охорону праці : Закон від 14 жовтня 1992 р. № 2694-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1992. – № 49. – Ст. 668.

<sup>11</sup> Котова Л. В. Поняття та зміст правової категорії «працівник» в умовах ринкових відносин / Л. В. Котова // Актуальні проблеми права: теорія і практика. – 2010. – № 18. – С. 65–74.

<sup>12</sup> Припинення трудового договору : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.lnu.edu.ua/faculty/pravo/trudove/L07\\_tudove.doc](http://www.lnu.edu.ua/faculty/pravo/trudove/L07_tudove.doc)

<sup>13</sup> Трудове право : учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Проспект, 1998. – 448 с.

<sup>14</sup> Сыроватская Л. А. Трудовое право : учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. / Л. А. Сыроватская. – М. : Юристъ, 1998. – С. 312.

<sup>15</sup> Толкунова В. Н. Трудовое право : курс лекций / В. Н. Толкунова. – М. : ООО «ТК Велби», 2002. – С. 320.

<sup>16</sup> *Орбец В. М.* Трудовое право : учеб. пособ. – 2-е изд. / В. М. Орбец, Д. А. Яковлев. – СПб. : Питер, 2010. – 272 с. : ил. – (Серия «Учебное пособие»).

<sup>17</sup> Правознавство : підруч. / В. Ф. Опришко, Ф. П. Шульженко, С. І. Шимон та ін ; за заг ред В. Ф. Опришка, Ф. П. Шульженка – К : КНЕУ, 2003. – 767 с.

<sup>18</sup> Прекращение трудового договора (расторжение трудового договора) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.uvolneniy.net/articles/19-prekrashhenie-trudovogo-dogovora-rastorzhenie-trudovogo-dogovora.html>

<sup>19</sup> Трудове право : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / В. В. Жернаков, С. М. Прилипка, О. М. Ярошенко та ін. ; за ред. В. В. Жернакова. – Х. : Право, 2012. – 496 с.

<sup>20</sup> Припинення трудового договору : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.lnu.edu.ua/faculty/pravo/trudove/L07\\_tudove.doc](http://www.lnu.edu.ua/faculty/pravo/trudove/L07_tudove.doc)

<sup>21</sup> *Андреановская И. И.* Трудовой договор : учеб. пособ. / И. И. Андреановская. – Южно-Сахалинск : Изд-во СахГУ, 2012. – 156 с.

<sup>22</sup> Прекращение трудового договора (расторжение трудового договора) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.uvolneniy.net/articles/19-prekrashhenie-trudovogo-dogovora-rastorzhenie-trudovogo-dogovora.html>

<sup>23</sup> Прекращение трудового договора (расторжение трудового договора) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.uvolneniy.net/articles/19-prekrashhenie-trudovogo-dogovora-rastorzhenie-trudovogo-dogovora.html>

<sup>24</sup> Правове забезпечення професійної діяльності : підруч. [Текст] / під ред. Д. О. Тузова, В. С. Аракчєєва. – М. : ФОРУМ : ИНФРА-М, 2005. – 384 с. – (Професійна освіта.)

<sup>25</sup> Прекращение трудового договора (расторжение трудового договора) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.uvolneniy.net/articles/19-prekrashhenie-trudovogo-dogovora-rastorzhenie-trudovogo-dogovora.html>

<sup>26</sup> Трудове право : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / В. В. Жернаков, С. М. Прилипка, О. М. Ярошенко та ін. ; за ред. В. В. Жернакова. – Х. : Право, 2012. – 496 с.

<sup>27</sup> Трудове право України : підруч. / за ред. Н. Б. Болотіної, Г. І. Чанишевої. – 2-ге вид., стер. – К., 2001. – 559 С. – С. 223.

<sup>28</sup> Поняття та мета відсторонення від роботи / В. Г. Петров // Актуальні проблеми права: теорія і практика. – 2010. – № 18. – С. 462–468.

<sup>29</sup> *Телипка В. Е.* Трудовое право Украины : учеб. пособ. / В. Е. Телипка, О. Г. Дутова ; под общ. ред. В. Е. Телипка. – К. : Центр учебной литературы, 2009. – 456 с.

<sup>30</sup> Там само.

<sup>31</sup> Трудове право України : підруч. / за ред. Н. Б. Болотіної, Г. І. Чанишевої. – С. 223.

<sup>32</sup> *Тихонович Ю. С.* Правовий механізм регулювання звільнення з ініціативи працівника / Ю. С. Тихонович // Актуальні проблеми держави і права. – 2014. – № 73. – С. 408–413.

#### Резюме

##### *Дубас Т. В.* Поняття і сутність звільнення працівників.

У даній статті надано авторське визначення понять «працівник» та «звільнення працівників». Наведено позиції вчених щодо питання звільнення працівників. Проаналізовано нормативно-правові акти, що регулюють звільнення працівників в Україні.

**Ключові слова:** трудове право, працівник, звільнення працівників, припинення трудового договору, трудові правовідносини.

#### Резюме

##### *Дубас Т. В.* Понятие и сущность увольнения работников.

В данной статье дано авторское определение понятий «работник» и «увольнение работников». Наведены позиции ученых по вопросу увольнения работников. Проанализированы нормативно-правовые акты, регулирующие увольнение работников в Украине.

**Ключевые слова:** трудовое право, работник, увольнение работников, прекращение трудового договора, трудовые правоотношения.

#### Summary

##### *Dubas T.* The concept and essence of employees' dismissal.

In this article the author's definition of such concepts as "employee" and "workers' dismissal" were exposed. The positions of scientists on the issue of dismissal of employees were given. The legal regulation acts concerning the dismissal of employees in Ukraine were analyzed.

**Key words:** labour law, employee, dismissal of employees, labour relations.

**М. Б. МЕЛЬНИК**

*Марія Богданівна Мельник, аспірантка Інституту законодавства Верховної Ради України, старший лаборант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## **ІНСТИТУТ ПРИПИНЕННЯ ПРАВА НА АЛІМЕНТИ У ЗВ'ЯЗКУ З НАБУТТЯМ ДИТИНОЮ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО**

Інститут сімейних правовідносин із припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною нерухомого майна у власність має особливе значення для системи правового регулювання аліментних зобов'язань в сімейному праві, оскільки покликаний задовольнити майнові інтереси дитини та платника аліментів. Однак для реалізації таких інтересів законодавча конструкція задіює ряд спільних та відмінних інститутів публічного та приватного права, які хоча й покликані забезпечити належне правове регулювання даних відносин, проте ускладнюють визначення його місця в системі сімейного права. Відповідно, це пояснюється невизначеністю в доктринальному та правозастосовному аспекті через виникнення обставин, що унеможливають чітке визначення чи розмежування галузевої приналежності виниклих правовідносин, як і визначення місця цього інституту в системі права та ролі в аліментних зобов'язаннях. Це й пояснює актуальність порушеного питання.

Наявні наукові доробки з цієї проблематики, безумовно, сформували глибинний пласт інституту правовідносин як у теорії права, так і в інших його галузях, де увага не обійшла стороною й аліментні правовідносини та зобов'язання. Серед дослідників, які сфокусували на даному аспекті свій пошук, слід відмітити С. С. Алексєєва<sup>1</sup>, В. К. Антошкіну<sup>2</sup>, Т. О. Ариватюк<sup>3</sup>, Л. В. Афанасьєву<sup>4</sup>, Т. І. Євстіфєєву<sup>5</sup>, О. М. Калітенко<sup>6</sup>, Л. А. Смоліну<sup>7</sup>, Н. С. Ніжнік<sup>8</sup>, Я. В. Новохатську<sup>9</sup>, Р. О. Халфіну<sup>10</sup>, О. І. Харитонову<sup>11</sup>, Є. А. Чефранову<sup>12</sup> та інших. Разом із тим неможливо не згадати тих вчених, які безпосередньо переймалися проблемами інституту припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною права власності на нерухоме майно, а саме: Р. І. Ташьяна<sup>13</sup>, О. В. Розгон<sup>14</sup>, С. Я. Фурсу та Є. І. Фурсу<sup>15</sup> тощо. Натомість комплексному підходу сутності та особливостей інституту сімейного права щодо припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям права власності на нерухоме майно дитиною, на жаль, уваги не приділялось, що є неприпустимим, а тому виникає необхідність більш детального наукового дослідження.

За таких обставин також ставимо за мету з'ясування особливостей інституту із припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною права власності на нерухоме майно та місця і його ролі в системі сімейного права. Вирішення цієї проблеми надасть можливість більш чітко врегулювати даний вид правовідносин, детально сфокусувати погляд на елементах правовідносин, які регулюються таким інститутом, що приведе до належної практичної реалізації прав та обов'язків їх учасників, а відтак створить умови для охорони й захисту майнових прав та інтересів дитини.

У теорії права визначається, що правовий інститут є самостійним структурним підрозділом галузі, яка є першою та найбільш важливою сходинкою у формуванні галузі, де її правові норми групуються за їх юридичним змістом<sup>16</sup>, який відрізняється своєрідністю юридичної конструкції в силу охоплення ним за внутрішньою будовою системно-цілісного нормативного матеріалу – наявність комплексу «рівноправних» нормативних приписів; юридична різнорідність приписів; об'єднання всіх норм стійкими закономірними зв'язками<sup>17</sup> тощо.

Інститут аліментних зобов'язань традиційно відносять до зовнішніх сімейних правовідносин, оскільки учасники таких відносин пов'язані спільними правами та обов'язками. Такі відносини, як правило, виникають за межами сім'ї<sup>18</sup>. Їх сутність традиційно визначається як відношення, в силу якого одні члени сім'ї мають право вимагати від інших членів сім'ї надання їм матеріального утримання у формі аліментів за наявності підстав і в порядку, передбачених законом або угодою сторін<sup>19</sup>; разом із тим вони є різновидом тих сімейних правовідносин, які не можуть існувати поза юридичною формою<sup>20</sup>. Тому, як вбачається із практичного боку, така правова природа аліментних правовідносин завдяки юридичній формі утворює можливість виконання матеріальних зобов'язань із утримання, забезпечуючи майнові інтереси насамперед дитини. А в контексті теоретичного сенсу регулювання сімейних правовідносин із утримання дитини інститут аліментних зобов'язань зі сплати аліментів постає як самостійний галузевий регулятивно-охоронний інститут сімейного права.

Важливо також зазначити, що зміст ст.190 СК України, на відмінну від відносин зі сплати аліментів, довершує певним чином мету законодавця із утримання дитини, з урахуванням її інтересів (ч. 2 ст. 1, ч. 9 ст. 7, ст. 180 СК України), визначаючи відповідний механізм, зумовлюючи додаткове правове навантаження та режим регулювання майнових відносин дитини.

Зокрема, законодавцем визначається, що «...Той із батьків, з ким проживає дитина, і той із батьків, хто проживає окремо від неї, з дозволу органу опіки та піклування можуть укласти договір про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно (житловий будинок, квартиру, земельну ділянку тощо... ..такий договір нотаріально посвідчується і підлягає державній реєстрації... якщо дитина досягла 14 років... бере участь в укладенні... договору...».

Такі обставини надають можливість углядіти сукупність певно-послідовної цивільно-правової та сімейно-правової юридичної конструкції реалізації прав та виконання обов'язків із утримання дитини, із забезпечення її майнових інтересів тощо. Це пояснюється тим, що із конструкції ч. 1 ст. 190 СК України проглядаються певні матеріально-процедурні стадії реалізації даних правовідносин, яким передують наявність триваючих чи то реалізованих правовідносин, що повинні підтверджуватись наявністю того чи іншого юридичного факту (наявність аліментних зобов'язань, отримання дозволу на припинення аліментів від органів опіки та піклування, укладення договору, проживання дитини не із платником аліментів, наявність нерухомого майна тощо). Більше того, за своєю правовою природою ч. 1 ст. 190 СК України є по суті «складною гіпотезою»<sup>21</sup>, оскільки вона закріплює ряд умов, необхідних для припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям у власність дитиною нерухомого майна. А сама ст. 190 СК України – «спеціально нормою»<sup>22</sup>, оскільки виступає в якості однієї із юридичних передумов регулятивних правовідносин.

Для з'ясування специфіки інституту припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною нерухомого майна у власність важливо звернути більш детальну увагу на його зміст – конструкцію (елементи) цих правовідносин. Адже завдяки з'ясуванню їх сутності з'явиться можливість більш чіткого виокремлення особливостей інституту припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною у власність нерухомого майна.

Так, у юридичній літературі усталилася думка про те, що конструкції сімейних правовідносин притаманна наявність класичних елементів структури правовідносин, що вироблена у праві, де такі традиційно складаються із об'єкта, суб'єкта та змісту<sup>23</sup>. Однак, попри зовнішню ідентичність за їх складом із аліментними правовідносинами інституту припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною нерухомого майна, слід зазначити додаткову специфіку, яка характеризує відмінність за суб'єктивним та об'єктивним їх складом і, очевидно, за змістом.

Зокрема, за суб'єктивним складом відмінність проявляється в тому, що відповідно до ч. 1 ст. 190 СК України впливає додаткова участь у правовідносинах тих учасників правовідносин, які не є учасниками сімейних правовідносин, як і не є учасниками аліментних зобов'язань. Натомість такі учасники епізодично беруть участь в єдиному інституті – «із припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною права власності на нерухоме майно». Наприклад, до цих додаткових суб'єктів належать: наявність (а) органу опіки та піклування, який надає дозвіл на припинення аліментів; (б) нотаріуса, який укладає (посвідчує) безпосередньо договір; (в) реєстраційної служби, яка безпосередньо видає правостановлюючий документ на право приватної власності нерухомого майна, набутого дитиною у зв'язку із припиненням аліментних зобов'язань.

Але маємо деякі застереження. Слід зазначити, виходячи із конструкції норми із припинення права на аліменти у зв'язку із набуттям права власності на нерухоме майно на дитину, неможливо автономно розглядати цей правовий інститут від інших, по суті суміжних правових інститутів як сімейного, так і цивільного та адміністративного права. Такі взаємозв'язки і пояснюються, на нашу думку, тим, що досліджуваний інститут засновується вже на підставі чи то за допомогою інших правовідносин, завдяки приватноправовому чи то публічно-правовому методам правового регулювання.

Це й підтверджується наявністю сукупності (ряду) юридичних фактів, які породжені з єдиною та одночасно спільно пов'язаною метою – припинення права на аліменти та необхідністю набуття нерухомого майна у власність дитиною. Адже правове регулювання інституту із припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною у власність нерухомого майна, за наявності таких юридичних фактів, є вкрай важливим, оскільки вони становлять невід'ємні ознаки виникнення правовідносин із припинення права на аліменти у зв'язку із набуттям права власності на нерухоме майно дитиною.

А поділ у науці сімейного права на юридичні факти триваючі та одноразові<sup>24</sup> дає можливість споглянути такі й в інституті припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною права власності на нерухоме майно. Як приклад, тут юридичні факти можуть мати місце як одноразові, оскільки отримання дозволу на припинення права на аліменти є одноразовим юридичним фактом. Натомість інші юридичні факти, що виникають у відносинах із припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям права власності дитиною на майно, є триваючими фактами – як факт тривання зобов'язань із сплати аліментів, факт потреби утримання дитини, а також факти «спорідненості та нужденності»<sup>25</sup> тощо.

За таких обставин цілком справедливою видається позиція Л.В. Афанасьєвої у тому, що угоду про сплату аліментів слід розглядати передусім з точки зору визначення способу виконання вже існуючих аліментних правовідносин, а не як підставу виникнення нових сімейних зобов'язань<sup>26</sup>. Як бачимо, вчена не знаходить підстав виокремлювати виниклі аліментні зобов'язання від угоди про сплату аліментів. З одного боку, це пояснюється тим, що сутність правовідносин із утримання, як і сплати аліментів, полягає в їх змісті, який не змінюється, власне у правах та обов'язках сплачувати аліменти. Відтак, варто наголосити, що за таких обставин фактично відбувається трансформація зобов'язальних аліментних правовідносин у зв'язку з їх припинення в силу зарахування нерухомого майна у власність дитини, оскільки останні дорегулюють перший вид за допомогою

специфічного механізму, де сутність відносин із утримання зберігається. Власне, зберігається обов'язок платника аліментів забезпечити реалізацію майнових інтересів дитини. Змінюється лише форма утримання дитини, а в правовому сенсі – юридична конструкція способу аліментних зобов'язань із утримання.

З іншого боку, це пояснює правову природу, сутність та місце інституту припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною права власності на нерухоме майно. Власне, надається можливість виділити його як самостійний *суміжний інститут*. А правовідносини із отримання дозволу, із укладення договору, із реєстрації майна – субінститутами інституту припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною права власності на нерухоме майно.

Як слушно зазначає С. С. Алексєєв, формування суміжних інститутів викликано тісним контактом між галузями, їх взаємопроникненням, які зумовлюються існуванням «межових» суспільних відносин, їх функціональними та генетичними зв'язками, які необхідні для їх «надбудови» на режим правового регулювання певної сфери, яка є суміжною<sup>27</sup>. Незважаючи на те, що за своєю природою суміжні інститути мають «вкраплення» з інших частинок різних галузей, вчений додає, що вони є галузевими формуваннями<sup>28</sup>.

Варто вказати на те, що специфіка правового регулювання, яке уособлює самостійність досліджуваного інституту в аспекті специфіки об'єктів правового регулювання, криється в тому, що такі об'єкти, на відміну від об'єктів правовідносин в аліментних зобов'язаннях, є дещо ширшими та виражені в матеріальній і процедурній формі – нерухомому майні та отриманні дозволу, укладенні договору, реєстрації майна тощо.

Так, *до прикладу*, відповідно до ст. 190 СК України правовідносини із припинення права на аліменти включають не тільки такий *об'єкт правовідносин*, як *аліментні періодичні платежі* чи *процедура отримання дозволу*, а й *нерухоме майно*, серед якого законодавець визначив – житловий будинок, квартиру, земельну ділянку та ін.

Втім, з'ясовуючи питання особливостей *змісту* правовідносин щодо припинення права на аліменти у зв'язку із набуттям права власності на нерухоме майно дитиною, слід насамперед звернути увагу на природу суб'єктивних прав та обов'язків, як елементів складу правовідносин.

Так, у науці як цивільного<sup>29</sup>, так і *сімейного права*<sup>30</sup> зміст сімейного суб'єктивного права криється: а) у можливості здійснювати (реалізовувати) свої права на власний розсуд; б) у можливості спонукати до виконання іншими особами певної поведінки; в) у можливості вимагати (клопотати) застосування заходів примусу до інших осіб, з метою реалізації наданого законом права учаснику правовідносин. А суть суб'єктивного обов'язку криється у необхідності до здійснення певної поведінки (сплата аліментів, умов шлюбного контракту, тощо – активна форма) або утримуватись від такої (не порушувати (утримуватись) сімейні права учасників сімейних правовідносин – пасивна форма), а також перетерпіти (зазнання незручностей щодо безперешкодного користування своїми сімейними правами в силу виниклих інших сімейних правовідносин (обов'язків) – змішана форма).

Відтак, права та обов'язки можуть реалізовуватись учасниками даних правовідносин з огляду на різну специфіку предмета та дії методу правового регулювання, що в свою чергу буде позначатись на межах, строках та формі здійснення права й виконання обов'язків. Оскільки кожен субінститут системи інституту припинення права на аліменти у зв'язку із набуттям у власність нерухомого майна характеризуватиметься специфічною, властивою тільки їй процедурою, власне, цивільно- чи сімейно- або ж адміністративно-правовою формою. *До прикладу*, отриманню права на аліменти передують дозвіл органів опіки та піклування, процедура отримання якого поєднує як норми сімейного, так і адміністративного права. А процедура укладення договору із подальшою реєстрацією нерухомого майна відбиває цивільно-адміністративний спосіб правового регулювання. Отже, єдність регулювання прав та обов'язків повною мірою можлива лише за умови зосередження уваги на меті досліджуваного інституту та його розгляді як суцільної складної договірно-правової конструкції.

Приходячи до *висновку*, варто вказати на те, що інститут з припинення права на аліменти у зв'язку із набуттям дитиною права власності на нерухоме майно є самостійним суміжним регулятивно-охоронним інститутом сімейного права як галузі. Правовідносини, що охоплюються його регулюванням, характеризуються специфікою об'єктивного та суб'єктивного складу – наявністю посадових осіб, специфічного виду нерухомого майна; змісту – специфічних прав та обов'язків. Такі відносини засновані на особливій меті, яка є спільною для масиви правовідносин в правовому регулюванні та покликані задовольнити майнові інтереси дитини. Зрештою, інститут припинення права на аліменти у зв'язку із набуттям права власності дитиною на нерухоме майно вирізняється особливою процедурою здійснення: від отримання дозволу – укладення договору – та закінчуючи процедурою реєстрації нерухомого майна у власність дитини.

<sup>1</sup> Алексєєв С. С. Собрание сочинений : в 10 т. [+Справоч. том] / С. С. Алексєєв. – М. : Статут, 2010. – Т. 3: Проблемы теории права : курс лекций. – 781 с. – С. 246–270.

<sup>2</sup> Антошкіна В. К. Договірне регулювання відносин подружжя : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / В. К. Антошкіна ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2006. – 20 с.

<sup>3</sup> Ариванюк Т. О. Правове регулювання відносин власності між подружжям : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Тетяна Олексіївна Ариванюк. – К. : Б.в., 2002. – 20 с.

<sup>4</sup> Афанасьєва Л. В. Аліментні правовідносини в Україні : моногр. / Л. В. Афанасьєва ; МВС України, Луганськ. держ.ун-т внутр. справ. – Луганськ : РВ В ЛДУВС, 2006. – 224 с.

<sup>5</sup> Евстифеева Т. И. Гражданские процессуальные правоотношения [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 / Евстифеева Тамара Ивановна. – Саратов, 2001. – 154 с.

- <sup>6</sup> Калітенко О. М. Особисті відносини подружжя та відносини подружжя стосовно їх майна : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О. М. Калітенко ; Нац. ун-т внутр. справ МВС України. – Х., 2001. – 20 с.
- <sup>7</sup> Смолина Л. А. Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов / Л. А. Смолина. – М., 2006. – 156 с.
- <sup>8</sup> Нижник Н. С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории : моногр. / Н. С. Нижник. – СПб. : Р. Асланов: Юрид. центр Пресс, 2006. – 270 с.
- <sup>9</sup> Новохатська Я. В. Правове регулювання майнових відносин подружжя (порівняльно-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Я. В. Новохатська ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2006. – 20 с.
- <sup>10</sup> Халфина Р. О. Обще учение о правоотношении / Р. О. Халфина. – М. : Юрид. лит., 1974. – 340 с.
- <sup>11</sup> Харитонова О. І. Адміністративно-правові відносини (проблеми теорії) : моногр. / О. І. Харитонова. – Одеса : Юрид. літ., 2004. – 328 с.
- <sup>12</sup> Чефранова Е. А. Механизм семейно-правового регулювання имущественных отношений супругов : моногр. / Е. А. Чефранова. – М. : Российская правовая акад. МЮ РФ, 2006. – 403 с.
- <sup>13</sup> Ташьян Р. І. Договір про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно / Р. І. Ташьян // Проблеми законності. – 2010/110. – С. 64–73; Харьковская цивилистическая школа: антология семейного права : моногр. / В. К. Антошкина, И. В. Жилинкова и др.; под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Х. : Право, 2013. – 240 с. – С. 183–191.
- <sup>14</sup> Розгон О. Особливості договору про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухомість [Текст] / О. Розгон // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2013. – № 6. – С. 138–144 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://yuradnik.com.ua/stati/d0-be-d1-81-d0-be-d0-b1-d0-bb-d0-b8-d0-b2-d0-be-d1-81-d1-82-d1-96-d0-b4-d0-be-d0-b3-d0-be-d0-b2-d0-be-d1-80-d1-83-d0-bf-d1-80-d0-be-d0-bf-d1-80-d0-b8-d0-bf-d0-b8-d0-bd-d0-b5-d0-bd-d0-bd-d1-8f/>
- <sup>15</sup> Сімейний кодекс України : Науково-практичний коментар / за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. ; КНТ, 2008. – 1248 с. – С. 487–490.
- <sup>16</sup> Якушев В. С. О понятии правового института / В. С. Якушев // Правоведение. – 1970. – № 6. – С. 61–67. – С. 66 : 144 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : Федеральный правовой портал (v.3.2): Юридическая Россия. – URL.: <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=189034>; Алексеев С. С. Собрание сочинений : в 10 т. [+Справочный том] / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 2010. – Т. 2: Специальные вопросы правоведения. – 471 с. – С. 104.
- <sup>17</sup> Алексеев С. С. Указ. соч. – С. 107–108.
- <sup>18</sup> Сімейне право України : підруч. / Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін.; за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. – 4-ге вид. перероб. і допов. – Х. : Право, 2012. – 320 с. – С. 57.
- <sup>19</sup> Капитова О. В. Правовая природа механизма алиментирования в семейном праве Российской Федерации : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / О. В. Капитова. – М., 2009. – 25 с. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : Федеральный правовой портал (v.3.2): Юридическая Россия. – URL.: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1313237>
- <sup>20</sup> Афанасьева Л. В. Вказана праця. – С. 37.
- <sup>21</sup> Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М. И. Байтин. – М. ; Саратов : СГАП, 2001. – 416 с. – С. 198.
- <sup>22</sup> Там само. – С. 218.
- <sup>23</sup> Сімейне право України : підруч. / за ред. Ю. С. Червоного. – К. : Істина, 2004. – 400 с. – С. 75–79.
- <sup>24</sup> Сімейне право України : підруч. / Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін.; за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. – 4-ге вид. перероб. і допов. – Х. : Право, 2012. – 320 с. – С. 67.
- <sup>25</sup> Сімейне право України : підруч. / Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін.; за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. – 4-ге вид. перероб. і допов. – Х. : Право. – 2012. – 320 с. – С. 67.
- <sup>26</sup> Афанасьева Л. В. Вказана праця. – С. 26.
- <sup>27</sup> Алексеев С. С. Указ. соч. – С. 115.
- <sup>28</sup> Там само. – С. 115.
- <sup>29</sup> Цивільне право України : підруч. : у 2-х кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – 864 с. – С. 51.
- <sup>30</sup> Українське сімейне право / З. В. Ромовська : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://pidruchniki.ws/1838091944518/pravo/sanktsiyi\\_strukturi\\_simeynih\\_pravovidnosin](http://pidruchniki.ws/1838091944518/pravo/sanktsiyi_strukturi_simeynih_pravovidnosin)

## Резюме

**Мельник М. Б. Інститут припинення права на аліменти у зв'язку з набуттям дитиною права власності на нерухоме майно.**

У статті розглядаються питання, які стосуються з'ясування місця інституту припинення права на аліменти у зв'язку із набуттям дитиною нерухомого майна в системі аліментних зобов'язань. Аналізуються зміст правовідносин в інституті припинення права на аліменти у зв'язку із набуттям дитиною нерухомого майна. Акцентується увага на спільних та відмінних елементах структури правовідносин у аліментних зобов'язаннях та правовідносин інституту з припинення права на аліменти у зв'язку із набуттям дитиною нерухомого майна. Підкреслюється взаємопов'язаність досліджуваного інституту із інститутами аліментних зобов'язань, отримання права на припинення аліментних зобов'язань, набуття права на нерухоме майно дитиною.

**Ключові слова:** аліментні зобов'язання, припинення права на аліменти, сімейні правовідносини.

## Резюме

**Мельник М. Б. Інститут прекращения права на алименты в связи с приобретением ребенком права собственности на недвижимое имущество.**

В статье рассматриваются вопросы, касающиеся выяснения места института прекращения права на алименты в связи с приобретением ребенком недвижимого имущества в системе алиментных обязательств. Анализируются содержание право-

отношений в институте прекращения права на алименты в связи с приобретением ребенком недвижимого имущества. Акцентируется внимание на общих и отличительных элементах структуры правоотношений по алиментным обязательствам и правоотношений института по прекращению права на алименты в связи с приобретением ребенком недвижимого имущества. Подчеркивается взаимосвязанность исследуемого института с институтами алиментных обязательств, получение права на прекращение алиментных обязательств, приобретение права на недвижимое имущество ребенком.

**Ключевые слова:** алиментные обязательства, прекращение права на алименты, семейные правоотношения.

### Summary

**Melnik M. Institute of termination of the right to child support in connection with the acquisition of a child's right to real property.**

In this article are considered the questions about finding out the place of institute of termination the right to alimony because of acquisition the fixed assets by a child in the system of alimony obligations. There is analyzed a content of legal relationship in the institute of termination of right to alimony due to acquisition of fixed assets by a child. There is emphasized an attention to common and different elements of structure of legal relationship in alimony obligations and of relationship of the institute of termination the right to alimony due to acquisition the fixed assets by a child. There's emphasized an interconnection between the studied institute and the institutes of alimony obligations, acquisition the right to termination of alimony obligations, obtaining the right of fixed assets.

**Key words:** alimony obligations, termination of right to alimony, family relationship.

УДК 349.2

**Е. О. МИРГОРОДСЬКИЙ**

*Едуард Олексійович Миргородський, здобувач  
Дніпропетровського державного університету*

## ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ІНДИВІДУАЛЬНИХ СУБ'ЄКТІВ ТРУДОВОГО ПРАВА

Наукові дослідження індивідуальних суб'єктів трудового права на сучасному етапі розвитку української сфери трудових правовідносин тривають досить динамічно. Особливо динамічно досліджується проблематика визначення поняття та ознак індивідуальних суб'єктів трудового права, однак склад індивідуальних суб'єктів трудового права не для всіх вчених є однозначним, а тому з цього приводу тривають дискусії. Шляхом наукового аналізу необхідно виявити найбільш актуальні наукові підходи щодо трактування поняття «індивідуальні суб'єкти трудового права» та навести власну унікальну позицію, а також визначити, які є класифікації ознак індивідуальних суб'єктів трудового права та запропонувати свій перелік характерних ознак даної наукової категорії.

Серед науковців, які присвятили науковій праці дослідженню проблематики визначення поняття та ознак індивідуальних суб'єктів трудового права, наведемо наступних: Н. Б. Болотіна, В. С. Венедіктов, С. В. Венедіктов, Н. Д. Гетьманцева, Л. П. Грузінова, Ю. П. Дмитренко, В. В. Жернаков, М. І. Іншин, І. Я. Кисельов, І. Г. Козуб, Р. І. Кондратьєв, В. Г. Короткін, Л. І. Лазор, А. М. Лушніков, М. В. Лушнікова, В. Г. Малов, А. Р. Мацюк, П. Д. Пилипенко, С. М. Прилипко, В. І. Прокопенко, О. І. Процевський, Л. А. Сироватський, І. О. Снігирьова, Н. М. Хуторян, Г. І. Чанишева, І. І. Шамшина, В. І. Щербина, О. М. Ярошенко та ін.

Отже, **метою** статті є визначення поняття індивідуальних суб'єктів трудового права та виокремлення їх ознак.

Розгляд індивідуальних суб'єктів трудового права в розрізі окремих їх сторін варто почати із дослідження поняття «працівники» або «працівник» на базі існуючих наукових трактувань.

М. І. Іншин та В. І. Щербина висловлюють думку, що «трудова діяльність» – це специфічний термін трудового права, який визначає трудову правосуб'єктність конкретного громадянина<sup>1</sup>.

Однак попередньо вчений В. І. Щербина виражав позицію, що трудова діяльність – це потенційні працівники, які характеризуються певними ознаками: трудовою правоздатністю і дієздатністю; а працівник – особа, яка уклала трудовий договір з підприємством, установою, організацією або фізичною особою<sup>2</sup>. Підтримуємо позицію, що термін «трудова діяльність» є досить специфічним, адже застосовується в трудовому праві набагато менше, ніж дефініція «працівники», однак наступну позицію В. І. Щербини ми не підтримуємо, оскільки категорія «потенційних працівників» є дуже широкою і до неї можна віднести все населення, яке ще не є працездатним, у зв'язку із не досягненням визначеного в законодавстві віку для можливості працевлаштування.

Такі вчені, як Н. М. Хуторян, М. П. Стадник, С. В. Дріжчана, А. Ю. Бабаскін, Т. С. Прокопова вважають, що працівник (робочий і службовець) – це особа, яка має здатності до праці, продає свою робочу силу на певних умовах за винагороду<sup>3</sup>. Подібну позицію підтримує А. М. Куренной, який визначає працівника як людину, що «продає» на певних умовах свою здатність працювати<sup>4</sup>. Аналізуючи перелічені думки науковців щодо визначення поняття «працівник», змушені не погодитися з ними, адже застосування дієслова «продає» або «продавати» стосовно людської праці за сучасних умов розвитку суспільної думки є негуманним.



Наведеними визначеннями поняття «працівник» українське законодавство не обмежується, оскільки трактування терміна присутнє ще в Законі України «Про професійні спілки, їх права та гарантії їх діяльності» від 15 вересня 1999 р., де працівник – це фізична особа, яка працює на підставі трудового договору на підприємстві, в установі, організації чи у фізичної особи, яка використовує найману працю<sup>5</sup>. У даній позиції законодавців очевидним є те, що підприємство, установа, організація використовують найману працю, однак подача визначення є такою, що можна не одразу дійти висновку. Адже з такого визначення можна, окрім наведеної думки, інтерпретувати працівника як фізичну особу, яка використовує найману працю і це лише тому, що не чітко сформульовано норму даного Закону.

Отже, на основі розглянутих наукових позицій та законодавчих визначень поняття «працівник» пропонуємо власне трактування даного терміна. Так, працівник як індивідуальний суб'єкт трудового права – це працевлаштована фізична особа, що застосовує свою працю на основі трудового договору (контракту) на підприємстві установи, організації або працює на фізичну особу-роботодавця, з метою матеріального та/або духовного задоволення особистих потреб, відповідно до норм трудового законодавства.

Після наведення поняття «працівник як індивідуальний суб'єкт трудового права» необхідно розглянути наявні в науковому просторі думки щодо класифікації ознак працівника. На даний момент питання ознак працівника як індивідуального суб'єкта трудового права недостатньо досліджено і в науковому просторі існує практично лише дві точки зору щодо визначення ознак працівника.

Л. В. Котова вважає, що визначення поняття «працівник», як загальне базове поняття у трудовому законодавстві, має включати такі кваліфікуючі ознаки: 1) приналежність працівника до категорії фізичних осіб; 2) наявність трудової правосуб'єктності; 3) наявність юридичного факту – трудового договору<sup>6</sup>.

Повністю підтримуємо думку автора, адже всі перелічені ознаки, безумовно, є визначальними для працівника, не просто як для загальноправової категорії, але й як для індивідуального суб'єкта трудового права. По-перше, працівник є фізичною особою, по-друге, він є суб'єктом трудового права, по-третє, юридичним фактом виникнення правовідносин у трудовому праві є трудовий договір, на основі якого звичайна фізична особа трансформується у працівника. Однак варто додати, що працівником може бути і особа, яка працює на фізичну особу-роботодавця, тому перелік ознак потребує доповнення.

Наприклад, Ю. П. Дмитренко не наводить переліку ознак працівника, але висловлює позицію, що основною ознакою працівника є особиста здатність до праці незалежно від статі, національності, раси, майнового стану тощо<sup>7</sup>. Підтримуємо думку вченого, адже тільки на основі застосування праці, у визначених законодавством рамках, звичайна фізична особа стає працівником. Для того, щоб працювати, потенційному працівнику потрібно мати здатність до праці, а якщо говорити більш конкретно – здатність до певного виду діяльності та професії.

Отже, проаналізувавши наукові підходи до визначення ознак працівника як індивідуального суб'єкта трудового права пропонуємо власний перелік ознак, до яких входять наступні: 1) є фізичною особою, здатною до виконання праці; 2) є особою, що досягла встановленого законодавством віку; 3) підставою для трансформації фізичної особи в працівника є трудовий договір (контракт) або праця на фізичну особу-роботодавця; 4) метою діяльності є задоволення матеріальних та духовних цінностей; 5) діє в рамках норм трудового законодавства та правил внутрішнього трудового розпорядку; 6) є учасником трудових правовідносин; 7) має визначені права та обов'язки.

Наступним індивідуальним суб'єктом трудового права, який маємо розглянути, є роботодавець. Роботодавець, як і працівник, є основними структурними одиницями, на основі яких будують колективні суб'єкти трудового права. Тому, враховуючи важливе значення роботодавця для сфери трудового права, розглянемо наукові підходи до визначення поняття «роботодавець».

Досить неоднозначну думку щодо визначення поняття «роботодавець» висловлює О. М. Ярошенко, який вважає, що роботодавець – це фізична або юридична особа, незалежно від форми власності та організаційно-правової форми створення, з якими працівники вступають у трудові правовідносини, встановлені трудовим договором або контрактом<sup>8</sup>. Наведена позиція є дискусійною, а дискусійність її полягає в тому, що роботодавець одночасно є індивідуальним та неіндивідуальним суб'єктом трудового права. За своєю суттю поняття «роботодавець» може одночасно виражати і господарський суб'єкт, який є наймачем працівника, і власника господарського суб'єкта. Але варто розділяти ці дві категорії для того, щоб виражати максимально точні й чіткі наукові визначення.

Ю. П. Дмитренко вважає, що роботодавець – власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа, що перебуває в трудових правовідносинах з працівником, якому він надає роботу, на підставі трудового договору, контракту чи іншого юридичного факту (складу) та використовує найману працю<sup>9</sup>. Визначення вченого є найбільш вдалим у науковій літературі. Воно найкраще передає значення поняття «працівник» не лише як правового феномена, але і як індивідуального суб'єкта трудового права.

Велику кількість визначень поняття «роботодавець» можна знайти в законодавчій базі. Так, першим прийнятим за часів незалежної України нормативно-правовим документом, який містив визначення дефініції «роботодавець», був Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15 грудня 1993 р., у ст. 1 якого зазначалося, що роботодавець – особа, яка найняла працівника за трудовим договором (контрактом)<sup>10</sup>. Дане трактування не дає чіткого розуміння того, який самий вид наймача працівника мається на увазі – фізична чи юридична особа.

15 вересня 1999 р. було прийнято Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», за яким роботодавець – власник підприємства, установи або організації незалежно від форм власності, виду діяльності та галузевої належності або уповноважений ним орган чи фізична особа, які відповідно до законодавства використовують найману працю<sup>11</sup>. А найбільш чітко визначення, яке враховує всі особливості українського трудового законодавства було запропоновано в Законі України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», де роботодавець – власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган незалежно від форм власності, виду діяльності та господарювання; фізична особа, яка використовує працю найманих працівників (у тому числі іноземців, які на законних підставах працюють за наймом в Україні); власник розташованого в Україні іноземного підприємства, установи, організації (у тому числі міжнародної), філії та представництва, який використовує працю найманих працівників, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України<sup>12</sup>. Останнє визначення є ґрунтовним та повною мірою передає всі суттєві особливості як працівника – суб'єкта трудового права, так і особливості його правового статусу.

Таким чином, роботодавець як індивідуальний суб'єкт трудового права – це фізична особа-роботодавець, власник підприємства, установи, організації або власник іноземного підприємства, установи, організації, представленого в Україні, які використовують працю найманих працівників на основі національного та міжнародного трудового законодавства, з метою задоволення власних потреб й інтересів, переважно отримання доходу (прибутку).

Зважаючи на проведений аналіз визначень поняття «роботодавець» та навівши власне трактування роботодавця як суб'єкта трудового права, необхідно надати найбільш характерні риси роботодавця в трудовому праві.

А. Р. Мацюк та М. І. Іншин пропонують розглядати дві найістотніші особливості роботодавця:

- 1) використання найманої праці на підставі трудового договору;
- 2) реєстрація як платника обов'язкових страхових внесків до позабюджетних фондів<sup>13</sup>.

Як і в попередній позиції питання ознак роботодавця як суб'єкта трудового права розкриті через його колективну особливість, тобто щодо роботодавця як неіндивідуального суб'єкта трудового права. Враховуючи це та на основі детально проаналізованої наукової літератури з трудового права змушені констатувати, що проблематика ознак роботодавця як індивідуального суб'єкта трудового права до цього моменту є нерозкритою науковцями, тому пропонуємо свій розподіл ознак.

Отже, ознаки роботодавця як індивідуального суб'єкта трудового права такі: 1) є фізичною особою; 2) є власником підприємства, установи, організації, фізичною особою-роботодавцем або власником іноземного підприємства, установи, організації, представленого в Україні; 3) використовує працю найманих працівників; 4) діє відповідно до норм національного та міжнародного трудового законодавства; 5) шляхом трудової взаємодії реалізують цілі діяльності.

Таким чином, досліджено два індивідуальних суб'єкти трудового права – працівника та роботодавця на предмет визначення їх поняття та ознак. Той факт, що деякі наукові позиції були вдосконалені, а інші запропоновані вперше дає нам змогу говорити про те, що дане дослідження має позитивний ефект. Для посилення цього позитивного ефекту наведемо загальне визначення поняття «індивідуальні суб'єкти трудового права» та запропонуємо його актуальні ознаки.

Зауважимо, що термін «індивідуальні суб'єкти трудового права» не є достатньо популярним предметом дослідження серед науковців. Саме тому маємо лише два трактування даного поняття в науковій літературі, причому обидва з них повністю ідентичні. Так, авторський колектив підручника «Трудове право України» М. І. Іншин, В. І. Щербина, Д. І. Сіроха та В. С. Венедіктов вважають, що індивідуальні суб'єкти трудового права – це трудящі, працівники та фізичні особи, які наймають працівників на роботу<sup>14,15</sup>. Трудящі є тотожним поняттям до працівників, а тому єдине визначення поняття «індивідуальні суб'єкти трудового права» не є актуальним.

Враховуючи всі обставини, наведемо власну позицію щодо інтерпретації дефініції «індивідуальні суб'єкти трудового права». Отже, індивідуальні суб'єкти трудового права – це працівники та роботодавці в особі власників підприємств, установ, організацій, фізичних осіб-роботодавців та іноземних власників підприємств, що розташовані на території України, предметом взаємодії яких є праця, що регулюється на основі національного та міжнародного трудового законодавства.

Надавши визначення поняття «індивідуальні суб'єкти трудового права» приступимо до розгляду ознак індивідуальних суб'єктів трудового права. Питання ознак індивідуальних суб'єктів трудового права в науковій літературі попередньо не було досліджено, тому одразу ж запропонуємо власну класифікацію ознак, до складу якої входять такі: 1) складається із працівників та роботодавців в особі власників підприємств, установ, організацій, фізичних осіб-роботодавців та іноземних власників підприємств, що розташовані на території України; 2) кожен суб'єкт представлений лише однією фізичною особою; 3) предметом їх взаємодії є праця; 4) взаємовідносини регулюються на основі національного та міжнародного трудового законодавства; 5) є структурними одиницями неіндивідуальних суб'єктів трудового права; 6) метою їх діяльності є задоволення матеріальних та духовних потреб і цінностей; 7) мають визначені права та обов'язки; 8) взаємодіють на основі відносин найманця та наймача.

Отже, підбиваючи підсумки нашого дослідження, необхідно зазначити, що проблематика дослідження поняття та ознак індивідуальних суб'єктів трудового права в комплексному вигляді та в розрізі окремих

суб'єктів попередньо ще не проводилася. Було детально проаналізовано найбільш ґрунтовні автореферати, дисертаційні дослідження, підручники, наукові статті та законодавство щодо питання суб'єктів трудового права. У цілому розглянута тематика є цікавою, оскільки існує багато позицій науковців та й законодавчих норм, які визначають поняття «працівник» і «роботодавець», однак багато із існуючих думок не розкривають дані категорії в аспекті індивідуальних суб'єктів трудового права.

<sup>1</sup> *Іншин М. І.* Трудове право України : підруч. / М. І. Іншин, В. І. Щербина. – Х. : Діа плюс, 2014. – 500 с.

<sup>2</sup> *Щербина В. І.* Трудове право України : підруч. / В. І. Щербина ; за ред. В. С. Венедиктова. – К. : Істина, 2008. – 384 с.

<sup>3</sup> Удосконалення трудового законодавства в умовах ринку / відп. ред. Н. М. Хуторян. – К. : Ін Юре, 1998. – 180 с.

<sup>4</sup> *Куренной А. М.* Трудовое право: на пути к рынку / А. М. Куренной. – М. : Дело Лтд, 1995. – 304 с.

<sup>5</sup> Про професійні спілки, їх права та гарантії їх діяльності : Закон України від 15 вересня 1999 р. № 1045-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 45. – Ст. 397.

<sup>6</sup> *Котова Л. В.* Проблеми правового статусу працівника як суб'єкта трудового права в умовах ринкових відносин : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 / Л. В. Котова. – Луганськ, 2009. – 201 с.

<sup>7</sup> *Дмитренко Ю. П.* Трудове право України : підруч. / Ю. П. Дмитренко. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 624 с.

<sup>8</sup> *Ярошенко О. М.* Правовий статус сторін трудових відносин : автореф. ... диС. канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 / О. М. Ярошенко ; НЮАУ ім. Ярослава Мудрого. – Х., 1999. – 18 с.

<sup>9</sup> *Дмитренко Ю. П.* Вказана праця.

<sup>10</sup> Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3687-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994.

<sup>11</sup> Про професійні спілки, їх права та гарантії їх діяльності : Закон України від 15 вересня 1999 р. № 1045-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 45. – Ст. 397.

<sup>12</sup> Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : Закон України від 9 липня 2003 р. № 1058-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003.

<sup>13</sup> Курс порівняльного трудового права: підруч. / М. І. Іншин, А. Р. Мацюк, А. М. Соцький, В. І. Щербина ; за ред. акад. А. Р. Мацюка. – Х. : НікаНова, 2011. – 980 с.

<sup>14</sup> Трудове право України : підруч. / М. І. Іншин, В. І. Щербина, Д. І. Сіроха та ін.; за ред. проф. М. І. Іншина та доц. В. І. Щербини. – Х. : НікаНова, 2012. – 560 с.

<sup>15</sup> *Венедиктов В. С.* Трудове право України: Підручник / В. С. Венедиктов. – К. : Істина, 2008. – 384 с.

#### Резюме

##### **Миргородський Е. О. Поняття та ознаки індивідуальних суб'єктів трудового права.**

У даній статті надано авторське визначення поняттям «працівник», «роботодавець» та «індивідуальні суб'єкти трудового права». Наведено перелік ознак індивідуальних суб'єктів трудового права. Проаналізовано позиції вчених щодо суб'єктів трудового права.

**Ключові слова:** трудове право, суб'єкти трудового права, індивідуальні суб'єкти, працівник, роботодавець.

#### Резюме

##### **Миргородский Э. А. Понятие и признаки индивидуальных субъектов трудового права.**

В данной статье дано авторское определение понятиям «работник», «работодатель» и «индивидуальные субъекты трудового права». Приведен перечень признаков индивидуальных субъектов трудового права. Проанализированы позиции ученых относительно субъектов трудового права.

**Ключевые слова:** трудовое право, субъекты трудового права, индивидуальные субъекты, работник, работодатель.

#### Summary

##### **Myrgorodskiy E. Concept and features of individual subjects of labour law.**

In this article the author's definitions of terms "employee", "employer" and "individual subjects of labour law" were given. The list of features of individual subjects of labour law was exposed. The positions of scientists regarding the subjects of labour law were analyzed.

**Key words:** labour law, labour law subjects, individual subjects, employee, employer.

О. А. ПЕТРЕНКО

*Ольга Анатоліївна Петренко, здобувач Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

## ВИДИ ЗАБОРОН У ТРУДОВОМУ ПРАВІ

**Актуальність** даної теми дослідження зумовлена тими процесами, які відбуваються в нашій державі. Проголошення курсу на євроінтеграцію, демократизація публічних відносин, масове незадоволення громадянами рівнем життя, громадські та військові конфлікти – все це є свідченням того, що права, свободи, інтереси та життя людей є найвищими цінностями, з якими держава повинна рахуватись. Дослідження видів заборон у трудовому праві дасть змогу сформулювати бачення того, наскільки кожен громадян нашої держави захищений у його трудових інтересах та виявити ті сфери, які врегульовуються неналежним чином.

Серед дослідників даного питання необхідно назвати таких, як: А. І. Алімпієв, Н. Б. Болотіна, К. М. Гусов, А. М. Денисова, Ю. П. Дмитренко, В. В. Жернаков, Л. С. Мельник, Д. А. Паньков, О. І. Процевський, О. А. Ситницька, О. В. Старчук, І. М. Твердовський, О. М. Ярошенко та ін.

Основна **мета** статті полягає в проведенні теоретико-правового аналізу видів заборон у трудовому праві.

У вітчизняному трудовому законодавстві наявна система заборон, покликана захистити права та інтереси найманих працівників. Основоположними для галузі є заборони, закріплені в Конституції України та Кодекси законів про працю України. Тож характеристику видів розпочнемо із заборон, закріплених Основним Законом.

Стаття 43 Конституції України закріплює: 1) заборону використання примусової праці; 2) заборону використання праці жінок і неповнолітніх на небезпечних для їхнього здоров'я роботах<sup>1</sup>.

Примусом у загальному розумінні є примушування, натиск, зумовлена кимось необхідність діяти певним чином незалежно від бажання<sup>2</sup>. Тобто, примусовою працею є такий вид трудових відносин, за якого особа виконує трудові функції всупереч своїй волі, під натиском та незалежно від її бажання.

Регулювання заборони примусової праці в Україні здійснюється міжнародно-правовими актами: ст. 8 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р.<sup>3</sup>, ст. 4 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.<sup>4</sup>, Конвенцією МОП № 29 про примусову чи обов'язкову працю 1930 р.<sup>5</sup>, Конвенцією МОП № 105 про скасування примусової праці 1957 року<sup>6</sup>.

Поняття примусової праці закріплене в ст. 2 Конвенції Міжнародної організації праці № 29, згідно з якою примусовою працею є робота чи служба, що вимагається від особи під загрозою покарання, для якої ця особа не запропонувала добровільно своїх послуг<sup>7</sup>. Тому ознаками примусової праці є: 1) існування загрози покарання для особи; 2) відсутність добровільної згоди на виконання даної роботи.

Таким чином, примусовою працею є грубе порушення прав людини та обмеження свобод у тому вигляді, в якому вони визначені у відповідних конвенціях МОП та інших міжнародних актах.

Стаття 1 Конвенції про скасування примусової праці Міжнародної організації праці № 105 закріплює форми примусової праці: 1) як засіб політичного впливу чи виховання або як засіб покарання за наявність чи за висловлювання політичних поглядів, чи ідеологічних переконань, протилежних усталеній політичній, соціальній, чи економічній системі; 2) як метод мобілізації і використання робочої сили для потреб економічного розвитку; 3) як засіб підтримання трудової дисципліни; 4) як засіб покарання за участь у страйках; 5) як захід дискримінації за ознаками расової, соціальної й національної приналежності чи віросповідання<sup>8</sup>.

Деякі з даних форм були характерними для радянської держави, зокрема такі різновиди, як трудова мобілізація, як засіб підтримання трудової дисципліни, як виховний засіб. Більш того, такі заходи були закріплені на законодавчому рівні і широко застосовувались до громадян. Саме тому заборону примусової праці саме в такому вигляді було встановлено в Україні лише після здобуття незалежності.

Конституцією України закріплено лише два види із вищезазначеного переліку робіт, які не варто вважати примусовими: 1) військова або альтернативна (невійськова) служба; 2) робота чи служба, яка виконується особою за вироком чи іншим рішенням суду або відповідно до законів про воєнний і про надзвичайний стан<sup>9</sup>. Проте враховуючи, що дана Конвенція ратифікована в Україні, зазначена норма є обов'язковою до виконання в повному обсязі.

Однак щодо даного виду заборони також існують винятки. Як зазначає О. А. Ситницька, принцип заборони примусової праці презюмує, що у всіх випадках зміни трудового договору, незалежно від того, хто виступає ініціатором – роботодавець або працівник, необхідно досягти згоди між сторонами щодо таких змін<sup>10</sup>. О. І. Процевський зі свого боку стверджує, посилаючись на ст. 31 Кодексу законів про працю України, що за загальним правилом роботодавцеві заборонено вимагати від працівника виконання роботи, не обумовленої трудовим договором<sup>11</sup>.

Таким чином, підсумовуючи дослідження заборони примусової праці як важливого конституційного принципу та принципу трудового права, підкреслимо, що за своєю сутністю така заборона є видом трудових

відносин, за якого особа працює всупереч своїм бажанням та волі, що спричинено дією на неї зовнішніх факторів. Двома основними ознаками примусової праці є існування загрози для особи та відсутність згоди на виконання даної роботи. Перелік випадків, коли праця може бути визнана примусовою, закріплений у міжнародно-правових нормативних актах, що свідчить про прискіпливу увагу світової спільноти до фактів порушення даних принципів. Тож можна зробити висновок, що дана заборона діє в Україні.

**Наступною заборонаю, закріпленою в ст. 43 Конституції України,** є заборона використання праці жінок і неповнолітніх на небезпечних для їхнього здоров'я роботах<sup>12</sup>.

Принцип заборони використання праці жінок на небезпечних для їхнього здоров'я роботах врегульовується передусім Кодексом законів про працю України та актами центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я.

Так, ст. 174 Кодексу законів про працю України закріплено заборону застосування праці жінок на важких роботах і на роботах зі шкідливими або небезпечними умовами праці, а також на підземних роботах, крім деяких підземних робіт (нефізичних робіт або робіт із санітарного та побутового обслуговування). Також нормою даної статті заборонено залучення жінок до підймання і переміщення речей, маса яких перевищує встановлені для них граничні норми<sup>13</sup>. Чіткий перелік робіт, на яких праця жінок заборонена, існує, його встановлено наказом міністерств охорони здоров'я України № 256 від 29 грудня 1993 р. «Про затвердження Переліку важких робіт та робіт із шкідливими і небезпечними умовами праці, на яких забороняється застосування праці жінок»<sup>14</sup>. Список таких професій є довгим, тому вони в основному пов'язані з видобувною та металургійною сферами.

Дана заборона, встановлена на конституційному рівні, в цілому знайшла своє вираження і в галузевому кодифікованому нормативно-правовому акті.

Заборона використання праці неповнолітніх на небезпечних для їхнього здоров'я роботах врегульовується схожим чином, як і праця жінок. По-перше, ст. 190 Кодексу законів про працю України встановлено заборону застосування праці осіб молодше вісімнадцяти років на важких роботах і на роботах зі шкідливими або небезпечними умовами праці, а також на підземних роботах. Разом із тим забороняється залучати осіб молодше вісімнадцяти років до підймання і переміщення речей, маса яких перевищує встановлені для них граничні норми<sup>15</sup>. Таким чином, дана норма права фактично дублює аналогічну, присвячену забороні праці жінок на подібних роботах.

Більш того, 31 квітня 1994 р. Міністерством охорони здоров'я України було видано наказ «Про затвердження Переліку важких робіт і робіт із шкідливими і небезпечними умовами праці, на яких забороняється застосування праці неповнолітніх»<sup>16</sup>. Даний перелік дещо відрізняється від попереднього розглянутого нами власне переліком професій і тим, що до деяких з робіт особи можуть бути допущені після досягнення ними сімнадцятирічного віку.

Отже, заборона праці жінок та неповнолітніх осіб врегульовується передусім Кодексом законів про працю України та підзаконними нормативно-правовими актами Міністерства охорони здоров'я України. Специфіка даної заборони полягає в наявності законодавчо закріпленого переліку професій та робіт, до яких не допускаються зазначені суб'єкти, при чому якщо неповнолітні особи можуть бути залучені до деяких з професій ще до настання вісімнадцятиріччя, то стосовно жінок тотожні норми є імперативними і не підлягають двозначному тлумаченню, тобто до таких робіт жінки категорично не допускаються.

Дослідивши заборони в трудовому праві, закріплені на конституційному рівні, перейдемо до аналізу заборон, що врегульовуються галузевими нормативно-правовими актами, передусім закріплених Кодексом законів про працю України.

З моменту проголошення незалежності України до Кодексу законів про працю України було внесено понад сотню змін. Значна кількість з них була присвячена встановленню заборон у трудових правовідносинах, тому проаналізуємо їх.

Так, у формі заборони сформульована ст. 22 Кодексу законів про працю України, згідно з якою забороняється необґрунтована відмова в прийомі на роботу<sup>17</sup>. Необґрунтованість в загальному значенні – це певне явище, позбавлене доказів, фактів чи аргументів<sup>18</sup>. Тобто, сутність даної заборони полягає в тому, що роботодавці зобов'язані прийняти на роботу особу, яка володіє необхідним рівнем знань та кваліфікації для отримання відповідної посади, якщо не буде доведено наявності критеріїв, за якими потенційний працівник є непідходящою кандидатурою.

Наступна група заборон стосується процесу укладення трудового договору. Так, ст. 24 Кодексу законів про працю України встановлюється заборона на укладення трудового договору з громадянином, якому за медичним висновком робота протипоказана за станом здоров'я. Стаття 25 закріплює заборону вимоги від осіб, які поступають на роботу, відомостей щодо їх партійної і національної приналежності, походження, реєстрації місця проживання чи перебування та документів, подання яких не передбачено законодавством<sup>19</sup>.

Продовжуючи характеристику заборон при укладенні трудових договорів, назвемо заборону включення до змісту трудових договорів умов, які погіршують становище працівників порівняно з чинним законодавством, колективними договорами та угодами<sup>20</sup>.

А отже, підсумовуючи дослідження даної групи заборон, необхідно зазначити їх спрямованість на захист інтересів потенційного працівника та їх сприяння об'єктивності роботодавця в процесі працевлаштування.

Наступний види заборони в трудовому праві передбачений ст. 33 Кодексу законів про працю України. Так, даною нормою забороняється тимчасове переведення працівника на іншу роботу, не обумовлену тру-

довим договором, без згоди на те працівника<sup>21</sup>. Як слушно зазначає О. І. Процевський, заборона переведення працівника на іншу роботу без його згоди є інструментом забезпечення реалізації працівником свого права на працю<sup>22</sup>. В основу даної особливості покладено заборону примусової праці, оскільки зміна місця роботи без відома працівника є примусовою працею, також забороненою.

Підсумовуючи дослідження даного виду заборон, зазначаємо його відносну диспозитивність, адже існують законодавчо встановлені умови, за яких заборони втрачають свою силу, при чому дані умови можна застосувати до всіх виділених груп суб'єктів, яких вони стосуються.

Проаналізувавши заборони, закріплені в Конституції України та у галузевому кодифікованому нормативно-правовому акті – Кодексі законів про працю України, перейдемо до аналізу заборон, які є керівними в державних механізмах розвинутих європейських держав та були перейняті нашою країною в процесі ратифікації міжнародно-правового законодавства. Розпочнемо із заборони дискримінації.

Заборона даного явища була проголошена Декларацією МОП основних принципів і прав у сфері праці 1998 року. Даний документ проголосив недопущення дискримінації у сфері праці та занять одним із базових принципів правового регулювання трудових відносин<sup>23</sup>.

Враховуючи джерела вітчизняного права, визначення дискримінації можна знайти в ст. 1 Конвенції Міжнародної організації праці № 111 про дискримінацію в галузі праці й занять 1958 року.

У даному міжнародному документі дефініція в загальному розумінні відсутня, проте закріплені межі дискримінації. Так, термін «дискримінація» охоплює: 1) будь-яке розрізнення, недопущення або перевагу, що робиться за ознакою раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних переконань, іноземного походження або соціального походження і призводить до знищення або порушення рівності можливостей чи поведіння в галузі праці та занять; 2) будь-яке інше розрізнення, недопущення або перевагу, що призводить до знищення або порушення рівності можливостей чи поведіння в галузі праці та занять і визначається відповідним членом Організації після консультації з представницькими організаціями роботодавців і працівників та з іншими відповідними органами<sup>24</sup>.

Таким чином, підсумовуючи дослідження заборони дискримінації у вітчизняному трудовому праві, зазначаємо, що дана правова категорія є досить новою для нас, а отже, її правове регулювання потребує значних змін. Насамперед необхідно визначити дане поняття, встановити його чіткі критерії та розробити механізм запобігання, подолання й покарання винних у дискримінаційних діях. Тому, проголошуючи курс на інтеграцію у європейське співтовариство, необхідно подбати про впровадження керівних ідей даного товариства у наше повсякдення життя.

Підсумовуючи дослідження видів заборон у трудовому праві, зазначимо, що їх значна кількість створює незручності у вивченні та дослідженні, тому необхідно класифікувати дану правову категорію, виділивши три основних групи:

1. Заборони, закріплені Конституцією (заборона використання примусової праці; заборона використання праці жінок і неповнолітніх на небезпечних для їхнього здоров'я роботах).

2. Заборони, закріплені Кодексом законів про працю України (заборона необґрунтованої відмови в прийомі на роботу; заборони в процесі укладення трудового договору; заборона тимчасового переведення працівника на іншу роботу, не обумовлену трудовим договором; заборона роботи в нічний час для окремих категорій працівників; заборона залучення до надурочних робіт; заборона роботи у вихідні дні; заборона на ненадання щорічних відпусток протягом двох років підряд).

3. Заборони, закріплені міжнародними правовими актами (недопущення дискримінації у сфері праці; заборони, пов'язані з працею неповнолітніх осіб).

<sup>1</sup> Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к / 96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і допов. голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпін'я : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

<sup>3</sup> Міжнародний пакт про громадянські і політичні права: Міжнародний документ від 16 грудня 1966 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043)

<sup>4</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : міжнародний документ від 4 листопада 1950 р. // Офіційний вісник України від 16.04.1998. – 1998 р. – № 13 / № 32. – від 23.08.2006. – Стор. 270.

<sup>5</sup> Конвенція МОП про примусову чи обов'язкову працю : міжнародний документ від 28 червня 1930 р. № 29 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993\\_136](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_136)

<sup>6</sup> Конвенція МОП про скасування примусової праці : міжнародний документ від 25 червня 1957 р. № 105 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993\\_013](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_013)

<sup>7</sup> Конвенція МОП про примусову чи обов'язкову працю : міжнародний документ від 28 червня 1930 р. № 29 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993\\_136](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_136)

<sup>8</sup> Конвенція МОП про скасування примусової праці : міжнародний документ від червня 1957 р. № 105 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993\\_013](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_013)

<sup>9</sup> Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к / 96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>10</sup> Ситницька О. А. Заборона примусової праці у трудовому законодавстві України / О. А. Ситницька // Університетські наукові записки. – 2011. – № 3. – С. 156–162.

<sup>11</sup> Процевський О. І. Новий зміст права на працю – основа реформування трудового законодавства України / О. І. Процевський // Право України. – 1999. – № 6. – С. 101–105.

<sup>12</sup> Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>13</sup> Кодекс законів про працю України : кодекс від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1971. – Дод. до № 50. – Ст. 375.

<sup>14</sup> Про затвердження Переліку важких робіт та робіт із шкідливими і небезпечними умовами праці, на яких забороняється застосування праці жінок : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 29 грудня 1993 р. № 256 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0051-94>

<sup>15</sup> Кодекс законів про працю України : кодекс від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1971. – Дод. до № 50. – Ст. 375.

<sup>16</sup> Про затвердження Переліку важких робіт і робіт із шкідливими і небезпечними умовами праці, на яких забороняється застосування праці неповнолітніх : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 31 березня 1994 р. № 46 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0176-94>

<sup>17</sup> Кодекс законів про працю України : кодекс від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1971. – Дод. до № 50. – Ст. 375.

<sup>18</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і допов. голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

<sup>19</sup> Кодекс законів про працю України : кодекс від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1971. – Дод. до № 50. – Ст. 375.

<sup>20</sup> Про колективні договори і угоди : Закон України від 1 липня 1993 р. № 3356-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – 1993. – № 36. – Ст. 361.

<sup>21</sup> Кодекс законів про працю України : кодекс від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1971. – Дод. до № 50. – Ст. 375.

<sup>22</sup> *Процесвський О. І.* Вказана праця. – С. 101–105.

<sup>23</sup> Декларація МОП основних принципів та прав у світі праці : міжнародний документ від 18 червня 1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993\\_260](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_260)

<sup>24</sup> Конвенція МОП про дискримінацію в галузі праці та занять : міжнародний документ від 25 червня 1958 р. № 111 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993\\_161](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_161)

#### Резюме

##### ***Петренко О. А. Види заборон у трудовому праві.***

У даній статті проаналізовано нормативно-правові акти, що регулюють заборони у трудовому праві України. Досліджено види заборон у трудовому праві, що закріплені міжнародними правовими актами. Надано авторську класифікацію заборон у трудовому праві.

**Ключові слова:** трудове право, заборони у трудовому праві, міжнародні правові акти, Конституція України, Кодекс Законів про працю України.

#### Резюме

##### ***Петренко О. А. Виды запретов в трудовом праве.***

В данной статье проанализированы нормативно-правовые акты, регулирующие запреты в трудовом праве Украины. Исследованы виды запретов в трудовом праве, которые закреплены международными правовыми актами. Предоставлено авторскую классификацию запретов в трудовом праве.

**Ключевые слова:** трудовое право, запреты в трудовом праве, международные правовые акты, Конституция Украины, Кодекс законов о труде Украины.

#### Summary

##### ***Petrenko O. Types of prohibitions in labour law.***

In this article the legal regulations governing the labour law prohibitions in Ukraine were analyzed. The types of prohibitions in labour law, enshrined in international legal acts were investigated. The author's classification of prohibitions in labour law was given.

**Key words:** labour law, the prohibitions in labour law, international legal acts, the Constitution of Ukraine, the Labour Code of Ukraine.

**А. М. СОЦЬКИЙ**

*Андрій Михайлович Соцький, здобувач Східно-українського національного університету імені Володимира Даля*

## СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВА ПРИРОДА НЕПОВНОЇ ЗАЙНЯТОСТІ ПРАЦІВНИКІВ В УКРАЇНІ

Актуальність дослідження даного питання обґрунтовується тим, що в юридичній теорії нашої держави, незважаючи на величезну кількість думок, відсутня варіативність визначення поняття «неповна зайнятість» та його ознак, що є неприпустимим з урахуванням того, наскільки дане явище набуло широкого розповсюдження у трудових правовідносинах в нашій державі. Це спричинило виникнення низки проблем правового характеру, зумовлених в тому числі недосконалістю законодавчого регулювання даного питання. Тому питання неповної зайнятості, на нашу думку, потребує детального розгляду, аналізу та пошуку шляхів удосконалення чинного трудового законодавства в даному напрямі.

Дослідженням неповної зайнятості в Україні займалися В. С. Васильченко, В. М. Венедиктова, В. В. Безусий, Н. Б. Болотіна, Л. П. Грузінова, П. І. Закерничий, В. Г. Короткін, В. Н. Костюк, О. М. Пищуліна, С. М. Прилипка, В. І. Прокопенко, Н. В. Ушенко, Н. М. Хуторян, О. М. Ярошенко, Р. І. Шабанов, В. І. Щербина та ін.

Отже, метою статті є з'ясування соціально-правової природи неповної зайнятості працівників в Україні.

У науковій літературі зайнятість одночасно виступає як юридична, економічна та соціологічна категорія. Дане явище зумовлене тим, що зайнятість як соціально-економічна категорія формується передусім економічними законами, проте всі процеси, що включає в себе дана категорія з правової точки зору, регулюються правовими нормами. Тобто, дані погляди можна розглядати як окремо, так і в сукупності та взаємодії. У даному контексті цікавою є думка С. М. Прилипка та О. М. Ярошенко, які характеризують зайнятість з соціально-економічного боку як діяльність громадян, що пов'язана із задоволенням особистих і суспільних потреб та не суперечить чинному законодавству. А загалом зайнятість розуміється вченими як сукупність суспільних відносин, пов'язаних із забезпеченням роботою<sup>1</sup>. Поняття «зайнятості» слід розглядати у широкому та вузькому розумінні. Широким розумінням даної категорії в цьому випадку буде загальний розгляд зазначеного питання, використовуючи всю наявну інформацію без урахування сфери дослідження. Тобто, коли зайнятість аналізується в комплексі як правова, економічна та соціологічна категорія. Вузьким розумінням буде розгляд цього питання через призму особливостей кожної конкретної науки, що досліджує «зайнятість» у своїй теорії, у нашому випадку – трудового права України.

Так, дослідники Л. П. Грузінова та В. Г. Короткін надають визначення зайнятості на основі Закону України «Про зайнятість населення» і характеризують її як діяльність громадян, пов'язану із задоволенням особистих та суспільних потреб, що приносить їм дохід у грошовій або іншій формі<sup>2</sup>. Серед важливих ознак зайнятості вченими виділено основні положення, що впливають із визначення зайнятості, наданого законодавцями: здійснення діяльності громадянином, відповідність даної діяльності законодавству України, зв'язок даної діяльності із задоволенням особистих чи суспільних потреб, наявність доходу як результату діяльності.

Отже, на підставі вищевикладеного варто виділити наступні особливості зайнятості населення як правової категорії: 1) зайнятість регулюється на основі правових та організаційних норм, які в своїй сукупності дають змогу забезпечувати реалізацію права на працю, надавати соціальні гарантії та здійснювати захист від безробіття, основоположну роль при цьому виконують норми трудового права України; 2) зайнятістю може вважатись лише діяльність, що не заборонена законом; 3) основою зайнятості є одержання працюючими особами доходу; 4) наявність правових норм, що регулюють здійснення зайнятості людиною та громадянином, гарантують соціальний захист та захист від безробіття, регламентують діяльність спеціальних органів, створених державою для сприяння й підтримки даних процесів в Україні; 5) зайнятими на території нашої держави можуть бути як громадяни України, так і громадяни інших держав та особи без громадянства.

Таким чином, варто виразити правову категорію зайнятості у вузькому розумінні як урегульовану нормами трудового та інших галузей права не заборонену законом діяльність осіб, наділених трудовою правосуб'єктністю та які виявили бажання до реалізації свого гарантованого Конституцією України права на працю, здійснювану задля одержання доходу, що регламентується державою шляхом надання соціальних гарантій, захисту від безробіття, і створенням системи державних органів та установ для сприяння та підтримання даного процесу.

Неповну зайнятість Закон України «Про зайнятість населення» визначає як зайнятість працівника на умовах робочого часу, що менший від норми часу, передбаченої законодавством і може встановлюватися за договором між працівником і роботодавцем з оплатою праці пропорційно відпрацьованому часу або залежно від виробітку<sup>3</sup>.



Загалом, дане визначення є досить вдалим та цілком відповідає вимогам часу й сучасним суспільним відносинам, проте, на нашу думку, у даному випадку було б доцільним з боку законодавця роз'яснити можливі причини неповної зайнятості та охарактеризувати права такого працівника, які згідно з юридичною теорією нічим не відрізняються від прав працівника повної зайнятості. Тому, вважаємо, було б доцільно доповнити дану позицію вищезазначеними положеннями.

Характеризуючи неповну зайнятість, звернемось до Конвенції МОП № 175, яка хоч і не ратифікована Верховною Радою України, проте як міжнародний нормативно-правовий акт є важливим джерелом права. Даний документ визначає працівників, зайнятих неповний робочий час, як осіб, які працюють за наймом, нормальна тривалість робочого часу яких менша від нормальної тривалості робочого часу працівників, зайнятих повний робочий час та які перебувають у порівнянній ситуації<sup>4</sup>. Серед особливостей даного визначення зазначимо, що воно наближене до аналогічного, закріпленого законодавством України. Серед відмінностей звернемо увагу на протиставлення повної і неповної зайнятості в самому визначенні та відсутність пояснення щодо врегулювання оплати праці для таких працівників, а отже, вважатимемо позицію українського законодавця більш уточненою, сучаснішою та вдальшою.

В. І. Прокопенко визначає неповну зайнятість як явище, за якого тривалість робочого часу є меншою порівняно з робочим днем нормальної тривалості, або робочим тижнем<sup>5</sup>. Дана позиція є не визначенням, а розумінням дослідником даного питання, а тому воно однозначно потребує розширення, доповнення в частині оплати праці, а також прав таких працівників.

Щодо економічного тлумачення неповної зайнятості, Г. Т. Завіновська вважає, що неповна зайнятість характеризує зайнятість конкретної особи або протягом неповного робочого часу, або з неповною оплатою чи недостатньою ефективністю<sup>6</sup>.

Дослідниця виділяє два види неповної зайнятості: явну та приховану. Явну неповну зайнятість вчена пояснює соціальними чинниками, до яких відносить необхідність здобути освіту, професію, підвищити кваліфікацію тощо. Прихована неповна зайнятість пояснюється зменшенням обсягів виробництва, реконструкцією підприємства і виявляється в низьких доходах населення, неповному використанні професійної компетенції або в низькій продуктивності праці<sup>7</sup>. Тобто, явна неповна зайнятість, з точки зору дослідниці, зумовлюється суб'єктивними факторами, залежними від працівника. Іншими словами, особа працює неповний робочий день за власною ініціативою. Прихована неповна зайнятість має місце з економічних причин, залежних від держави чи конкретного підприємства, тобто є чітка залежність від об'єктивних факторів, не залежних від працівника.

Л. Ю. Леваєва до неповної зайнятості включає часткову зайнятість, сезонну зайнятість, поденну зайнятість, зайнятість з неповним робочим днем (тижнем), тимчасову – пов'язану з тимчасовим характером роботи та вимушену – виникає через різні виробничі та бізнесові негаразди (несвоєчасна поставка сировини, матеріалів, падіння збуту продукції, внутрішні зміни й простої тощо)<sup>8</sup>. Не погодимось з усіма зазначеними різновидами, оскільки такі види, як сезонна, поденна та тимчасова зайнятість, розглянуті через призму неповної зайнятості, не відповідають визначенню, даному законодавцем, та суперечать його сутності. А позиція законодавця в даному випадку є основоположною.

Отже, сформулюємо поняття неповної зайнятості працівника як зайнятості працівника протягом робочого часу, меншого від норми, встановленої законодавством за власною ініціативою на підставі суб'єктивних факторів або за ініціативою роботодавця на підставі об'єктивних факторів, зумовлена трудовим чи колективним договором, що оплачується згідно з відпрацьованим часом чи виробітком і не тягне за собою обмеження обсягу прав працівника, наданих йому трудовим законодавством та Конституцією України.

Тому варто виділити наступні ознаки неповної зайнятості працівників:

- 1) робочий час за такої зайнятості є меншим від норми, передбаченої законодавством;
- 2) встановлення неповної зайнятості на основі договору між працівником та роботодавцем або на підставі колективного договору;
- 3) здійснення оплати пропорційно відпрацьованого часу або виробітку;
- 4) неповна зайнятість не тягне за собою обмеження обсягу трудових прав працівника;
- 5) може мати місце як з ініціативи робітника, так і роботодавця.

Щодо першої наведеної ознаки, що стосується робочого часу працівників на умовах неповної зайнятості, як зазначає Б. С. Стичинський, навіть тоді, коли законодавство встановлює обов'язкове застосування неповного робочого часу, воно не визначає жорстко його тривалість, а лише передбачає верхню межу його тривалості<sup>9</sup>. В. Г. Ротань додає, що тривалість робочого часу встановлюється нормативними актами, у тому числі локальними<sup>10</sup>.

Для окремих категорій працівників тривалість робочого часу все ж суворо регламентується. Так, згідно з п. 2 постанови Кабінету Міністрів України «Про роботу за сумісництвом працівників державних підприємств, установ і організацій» від 31 серпня 1996 р. обов'язкове застосування неповного робочого часу тривалістю не більше чотирьох годин на день і половини норми робочого часу на місяць встановлюється для працівників державних підприємств, установ і організацій, які суміщають декілька посад<sup>11</sup>.

Зазначимо, що відповідно до листа Міністерства соціальної політики України «Про розрахунок норми тривалості робочого часу на 2014 рік» № 9884/0/14-13/13 від 4 вересня 2013 р. нормальна тривалість робочого часу працівників не може перевищувати 40 годин на тиждень<sup>12</sup>. Тобто, неповною зайнятістю буде вважатись зайнятість працівника на умовах робочого часу, значно меншого, ніж зазначений.

А отже, неповністю зайнятими можна вважати лише тих осіб, які працюють на умовах трудового договору менше від нормативно визначеної тривалості робочого часу, тому дана ознака є керівною серед інших особливостей, притаманних неповній зайнятості.

З приводу ознаки встановлення режиму неповної зайнятості на підставі трудового чи колективного договору, то Л. П. Грузінова зазначає, що неповний робочий день чи тиждень може встановлюватись як під час прийняття на роботу, так і згодом. Угода сторін трудового договору щодо тривалості робочого дня (тижня) чи режиму роботи працівника – одна з необхідних умов такого виду трудового договору<sup>13</sup>.

Стаття 7 Закону України «Про колективні договори і угоди» закріплює встановлення у колективному договорі взаємних зобов'язань сторін щодо регулювання виробничих, трудових та соціально-економічних відносин, до яких, зокрема, належить режим роботи, тривалість робочого часу і відпочинку<sup>14</sup>.

Таким чином, варто зазначити, що договірний характер встановлення режиму неповної зайнятості дійсно передбачений чинним законодавством України та має місце як в теорії юридичної науки, так і на практиці суспільних відносин з працевлаштування.

Третьою ознакою є взаємозалежність оплати праці та відпрацьованого робочого часу, що закріплюється ст. 56 Кодексу законів про працю України, яка встановлює, що оплата праці в даному випадку провадиться пропорційно відпрацьованому часу або залежно від виробітку<sup>15</sup>.

У разі якщо працівник офіційно працює на умовах неповного робочого часу, його заробітна плата може бути меншою, ніж це встановлено законодавчо. Механізм її розрахунку затверджується на підприємствах, установах, організаціях, які використовують найману працю, та про це обов'язково мають бути повідомлені самі працівники. А отже, передбачається, що існує взаємозалежність заробітної плати працівників неповної зайнятості і відпрацьованого робочого часу.

Четверта ознака полягає в положенні, закріпленому ст. 56 Кодексу законів про працю України, згідно з якою робота на умовах неповного робочого часу не тягне за собою будь-яких обмежень обсягу трудових прав працівників<sup>16</sup>. Іншими словами, робітники, що працюють на умовах неповної зайнятості, наділені тими ж правами і свободами, що й робітники на повний робочий час. Дана ознака підкріплена ст. 4 Конвенції МОП № 175, відповідно до якої працівники, зайняті неповний робочий час, користуються таким самим захистом, як і працівники, які зайняті повний робочий час, щодо права на організацію, права на ведення колективних переговорів, права на діяльність у якості представників працівників, щодо питань безпеки та гігієни праці та дискримінації в галузі праці та занять<sup>17</sup>.

Стаття 4 Директиви Ради Європейського Союзу щодо Рамкової Угоди про неповну зайнятість гарантує робітникам неповної зайнятості захист від менш зручних умов, порівняно з робітниками повної зайнятості, якщо інше ставлення не обґрунтовано об'єктивними причинами<sup>18</sup>.

Серед інших важливих прав працівників неповної зайнятості варто зазначити, що Інструкція про порядок ведення трудових книжок не передбачає внесення до них записів про режим робочого часу, а в трудовій книжці робиться лише відмітка про прийняття на роботу, тобто відсутні будь-які юридичні передумови, щоб вважати трудовий стаж працівників неповної зайнятості менш вартісним та певним чином зазначати це в даному документі<sup>19</sup>.

А отже, аналіз законодавства чітко свідчить про те, що обмеження обсягу трудових прав працівників неповної зайнятості суворо засуджується не лише на українському, а й на міжнародному рівні та даний захист закріплюється законодавчо.

Про те, що режим неповної зайнятості може встановлюватись як з ініціативи працівника, так і роботодавця, залежно від обставин, свідчить Директива Ради Європейського Союзу про Рамкову Угоду про неповну зайнятість, згідно з якою роботодавці мають приділяти увагу наступному: 1) переведенню працівників повної зайнятості на неповну, якщо це можливо в установі; 2) переведенню працівників з неповної зайнятості на повну чи збільшенню їх робочого часу, якщо це можливо; 3) вчасному інформуванню працівників щодо наявності посад неповної і повної зайнятості в установі для сприяння переходу з повної зайнятості на неповну і навпаки; 4) сприянню доступу до неповної зайнятості на усіх рівнях установи, включаючи досвідчені та керівні посади, і де необхідно – доступу робітників неповної зайнятості до професійної освіти для покращення кар'єрних можливостей і професійної мобільності; 5) належному інформуванню працівників про існування осіб, які роз'яснюють робітникам про особливості неповної зайнятості в установі<sup>20</sup>.

Таким чином, відбувається юридичне регулювання неповної зайнятості на рівні європейських стандартів.

Законом не заборонено встановлювати режим неповного робочого часу в будь-який момент за заявою працівника, а у разі коли даний процес ініціюється роботодавцем, працівник повідомляється про це не пізніше ніж за два місяці, адже даний момент згідно з ч. 3 ст. 32 Кодексу законів про працю України можна вважати зміною істотних умов праці<sup>21</sup>.

Отже, для узагальнення дослідження варто зробити наступний висновок: сучасна багатоманітність форм зайнятості, до якої належить і категорія «неповної зайнятості», з огляду на сучасні тенденції виникнення нових видів, потребує належного дослідження. Законодавець не завжди встигає за даною динамікою, в результаті чого існування даних форм не знаходить вчасної правової регламентації та достатньої уваги, з урахуванням їх ролі у суспільстві. Рівень дослідженості правової категорії «неповної зайнятості» перебуває на неприпустимо низькому рівні, його законодавче врегулювання ми визначимо як недостатнє. У даному контексті варто звернути увагу на позитивну тенденцію до поступового покращення ситуації, що має вияв у новій редакції Закону України «Про зайнятість населення», у якому були враховані недоліки попередньої

редакції у частині правильного та сучасного визначення категорії зайнятості та тісно пов'язаних з нею категорій. Проте плин часу і розвиток суспільства є настільки стрімким, що даний процес вдосконалення має бути значно динамічнішим та досконаліше враховувати сучасні особливості суспільних відносин. Серед проблематики дослідження питання неповної зайнятості також варто виокремити керування багатьма дослідниками радянськими категоріями, що давно застаріли в моральному та правовому сенсі. Тож категорія «неповної зайнятості», як поширене в світі та Україні поняття, потребує кращої регламентації й тлумачення з боку законодавця, а також прискіпливішої уваги з боку вчених-правовиків.

- <sup>1</sup> Прилико С. М., Ярошенко О. М. Трудове право України : підруч. – Х.: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М. – 2008. – 664 с.
- <sup>2</sup> Грузінова Л. П., Короткін В. Г. Трудове право України: Навч посіб. – К.: МАУП, 2003. – ISBN 966-608-242-X Ч. 1. – 128 с.
- <sup>3</sup> Про зайнятість населення: Закон України від 05.07.2012 № 5067-VI // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2013. – № 24. – Ст. 243
- <sup>4</sup> Конвенція МОП про роботу на умовах неповного робочого часу: Міжнародний документ від 24.06.1994 № 175 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу до Конвенції: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993\\_040](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_040)
- <sup>5</sup> Прокопенко В. І. Трудове право України : підруч. / В. І. Прокопенко. – Х. : Фірма «Консум», 1998. – 480 с.
- <sup>6</sup> Завіновська Г. Т. Економіка праці : навч. посіб. / Г. Т. Завіновська. – К. : КНЕУ, 2003. – 432 с.
- <sup>7</sup> Там само.
- <sup>8</sup> Леваєва Л. Ю. Зайнятість як основний показник ефективності функціонування ринку праці / Л. Ю. Леваєва : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc\\_gum/Evu/2010\\_15\\_1/Levaeva.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Evu/2010_15_1/Levaeva.pdf)
- <sup>9</sup> Стичинський Б. С. Науково-практичний коментар до законодавства України про працю / Б. С. Стичинський, І. В. Зуб, В. Г. Ротань. – 2-ге вид., доп. та переробл. – К. : А.С.К., 2000. – 1068 с.
- <sup>10</sup> Ротань В. Г. Науково-практичний коментар законодавства України про працю [Текст] : законодавство враховане станом на 1 верес. 2011 р. / В. Г. Ротань, І. В. Зуб, О. Є. Сонін. – К. : Правова єдність, 2011. – 671 с.
- <sup>11</sup> Про роботу за сумісництвом працівників державних підприємств, установ і організацій : постанова Кабінету Міністрів України від 3 квітня 1993 р. № 245 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/245-93-p>
- <sup>12</sup> Про розрахунок норми тривалості робочого часу на 2014 рік : лист Міністерства соціальної політики України від 4 вересня 2013 р. № 9884/0/14-13/13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.nibu.factor.ua/ukr/info/N\\_rab\\_yrem/p-9884](http://www.nibu.factor.ua/ukr/info/N_rab_yrem/p-9884)
- <sup>13</sup> Грузінова Л. П. Трудове право України : навч посіб. / Л. П. Грузінова, В. Г. Короткін. – К. : МАУП, 2003. – Ч. 2. – 148 с.
- <sup>14</sup> Про колективні договори і угоди : Закон України від 1 липня 1993 р. № 3356-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 36. – Ст. 361.
- <sup>15</sup> Кодекс законів про працю України : кодекс від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 1971. – Дод. до № 50. – Ст. 375.
- <sup>16</sup> Там само.
- <sup>17</sup> Конвенція МОП про роботу на умовах неповного робочого часу : міжнародний документ від 24 червня 1994 р. № 175 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993\\_040](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_040)
- <sup>18</sup> Директива Ради Європейського Союзу про Рамкову Угоду про неповну зайнятість : міжнародний документ від 15 грудня 1997 р. №97/81/ЄС : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/file/32380.doc>
- <sup>19</sup> Про затвердження Інструкції про порядок ведення трудових книжок працівників : наказ Міністерства праці України (до 1997 р.), Міністерства юстиції України, Міністерства соціального захисту України від 29 липня 1993 р. № 58 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/file/32380.doc>
- <sup>20</sup> Директива Ради Європейського Союзу про Рамкову Угоду про неповну зайнятість : міжнародний документ від 15 грудня 1997 р. №97/81/ЄС : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/file/32380.doc>
- <sup>21</sup> Кодекс законів про працю України : кодекс від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 1971. – Дод. до № 50. – Ст. 375.

## Резюме

### **Соцький А. М. Соціально-правова природа неповної зайнятості працівників в Україні.**

У даній статті наведено перелік ознак неповної зайнятості працівників. Виділено особливості зайнятості населення як правової категорії. Проаналізовано позиції вчених щодо неповної зайнятості працівників в Україні.

**Ключові слова:** неповна зайнятість, трудове право, працівник, зайнятість працівників, зайнятість населення.

## Резюме

### **Соцький А. М. Социально-правовая природа неполной занятости работников в Украине.**

В данной статье приведен перечень признаков неполной занятости работников. Выделены особенности занятости населения как правовой категории. Проанализированы позиции ученых по неполной занятости работников в Украине.

**Ключевые слова:** неполная занятость, трудовое право, работник, занятость работников, занятость населения.

## Summary

### **Sotskyi A. Socio-legal nature of underemployment in Ukraine.**

In this article the list of features of underemployment was given. Peculiarities of employment as a legal category were distinguished. The positions of scientists regarding part-time employment in Ukraine were analyzed.

**Key words:** underemployment, labour law, employee, employment of workers, employment.

**O. A. CHABAN**

*Olena Anatoliivna Chaban, applicant for PhD in law  
of Kiev University of Law of the NAS of Ukraine*

## **PECULIARITY OF INDIVIDUAL RIGHT TO HEALTH DATA WITHIN THE FAMILY**

According to the Universal Declaration of Human Rights the family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State. Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution. At the same time the family as well as a particular individual is protected against any interference in privacy issues, notably, no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honor and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks<sup>1</sup>.

By this article we are drawing attention to the right of person to marry and to found a family and the right of person to the privacy in health issues, the balance between these rights, situations when one right may prevail upon the other, ways of resolving the existing disputable issues in the current law of Ukraine.

To research and resolve the above we are going to analyze the right of person to marry and to found a family and the right of person to the privacy in health issues according to the Law of Ukraine; to analyze the right of person to marry and to found a family and the right of person to the privacy in health issues abroad; to reason when the right to found the family may prevail over the right to the privacy or vice versa, that is to find the balance of the said rights when necessary; to offer amendments to the law of Ukraine to improve the existing legal norms and to overcome the probable ambiguity in the above mentioned relations.

In order to do the complete and interesting research a combination of approaches are used. The descriptive analysis of a number of technical rules helps to organise and characterize the legal rules related to the sphere of the research. The sociological approach includes both qualitative and quantitative research methods. As we are comparing the national law with the EU existing best practice and the practice of other countries, the comparative analysis approach is used as well.

The research of the above mentioned issues is of urgency as family life and individual privacy play a great role in the everyday life of a person and at the same time influence greatly the public law aspects. Moreover, according to the requirements of the Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, one of the requirement for Ukraine is ensuring respect for common EU values, achieving convergence with the EU in a number of areas including the legal one, that is to reinforce the rule of law and respect human rights and fundamental freedoms and to meet other requirements relating to the Law referring to e-communication in all the spheres of Ukrainian life and health sphere including<sup>2</sup>. In conformity with the Strategy of firm development “Ukraine – 2020” the reform of the health care system is one of the main targets aiming to approximate to the values and standards stipulated by the “European health strategy – 2020”<sup>3</sup>.

In terms of philosophical and theoretical grounds and “support” for our research we have analyzed the works of Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Tom L. Beauchamp and James F. Childress, John Hardwig, Ruslan Stefanchuk, Oksana Kashyntseva, Geraldine van Buren and other researchers. Moreover, International documents, norms, precedents are studying and evaluating by us as indisputable rich sources of information and practice that rule and direct our research.

According to the law of Ukraine right to found a family is the individual non property right ensuring the natural life of the person. The family consists of persons living together, having the common everyday life, mutual rights and obligations<sup>4</sup>. The number of mutual obligations is imposed to husband and wife in conformity with the current Family Code of Ukraine. For instance, the husband and the wife shall resolve the family issues together with the equal opportunities; the husband and the wife are entitled to object to inequality in family issues’ resolution. They shall bring together the family relations on the ground of love, respect, friendship and mutual help<sup>5</sup>.

Despite all the above mentioned general norms regulating the equality of the rights of husband and wife, their rights to share family problems in order to resolve them together, there is no any legislative explicit obligation of resolving the health issues of each other together, nor of sharing health information. On the one hand, the reasons of this are clear – we shall respect the individual privacy issues, guaranteed by the Universal Declaration of human rights and by the norms of national legislation, the Constitution of Ukraine included<sup>6</sup>. On the other hand, we see some sort of contradictions in this aspect on the national level. To be more precise, the article 30 of the Family Code of Ukraine states that the fiancés shall share with each other health information; moreover, the legislator confirming that the result of medical check-up of the fiancés is the confidential information but may be shared with fiancés. It means that the health information of the each of fiancé is to be disclosed to the both of them. Taking the above into consideration, we see the inconsistency of the Ukrainian legislator. First of all, according to the national law the fiancés are persons who has an intention to marry and who filed application for marriage registration<sup>7</sup>. It means that according to the law persons who have already made decision to marry shall share health issues with each other and

during twenty days they are offered to do the medical check-up. But, as health information is considerable and highly important issue that may influence greatly the decision to marry or not to marry, we believe that the said information shall be shared before the couple makes the decision to marry and file the application for marriage registration. Moreover, twenty days may be not enough to have the detailed medical check-up done and it may be too late to do it just before the marriage. Taking into consideration the above, it seems to be highly advisable to modify the current law referring to the said aspect of the Family Code of Ukraine. We believe that it would be more appropriate to legally instruct persons who plan to marry to share health information before filing of the application for marriage registration. To update health information the persons may do the medical check-up. Nevertheless, the results of the said medical check-up are confidential and shall be opened to the couple upon the consent of each member of the couple to the disclosure. So, we are of the opinion that disclosure of the health information of the capable mature person, in any marital status, shall be eligible upon the consent of the said person to the disclosure, except the situations stipulated by law and referring to the ensuring and protecting the public health and counteraction against spread of HIV and other diseases.

In regards to the health information of married couple, as it is mentioned above, the Ukrainian legislator does not explicitly oblige the husband and the wife to share their health data, nor shall other member of the family share their information within the family. It is fair to mention that this issue is very disputable in legal and ethical aspects. Some researchers believe that this kind of information must be shared within the family. For instance, John Hardwig in his paper “What About the Family? – The Role of Family Interests in Medical Decision Making” states that it is highly important to give an opportunity to the family to participate in decision making process relating to the ill member of the family and its treatment as “there is no way to detach the lives of patients from the lives of those who are close to them” and as the decision made by one member who is ill may or “will have dramatic and importantly impacts on the lives of the whole family”; family according to John Hardwig does not necessarily mean immediate family member but also “those who are close to the patient”<sup>8</sup>. In our opinion this scientific view is very close to the communitarian values – values of the social and political philosophy that emphasizes the importance of community in the functioning of political life, in analysis and evaluation of political institutions and in understanding human identity and well-being<sup>9</sup>. This approach is very interesting and gives the food for the scientific thought.

As for the Ukrainian law regulating the private health information and family relations issues, considering the private nature of family relations and life it should be advisable for the married couple to share health information. So, we believe that it would be better if the law could give as a general rule an opportunity to the physician or other medical officer to provide the mentioned health information to the married couple upon the consent of each member of the said couple. In this situation one of the principles of Biomedical Ethics developed by Tom L. Beauchamp and James F. Childress – principle of respect for autonomy meaning the respecting decision-making capacities of autonomous persons; enabling individuals to make reasoned informed choices<sup>10</sup> would be respected and at the same time the interests and rights of the other member of the married couple could be protected.

To summarize the above, in our opinion, it would be more appropriate to legally instruct, by the Family Code of Ukraine, persons who only plan to marry rather than persons who have already filed application to marry (fiancés) to share health information. To update health data the said persons shall have the opportunity do the medical check-up. The results of the said check-up are confidential and shall be advised to the couple upon consent of each member of the couple to disclose the health information. Moreover, in our opinion, considering the private nature of family relations and life it should be advisable for the married couple to share health information. So, we believe that it would be accurate if the law could outline an opportunity to the physician or other medical officer to provide the health information of one of the members of the married couple or of both of them to the said couple upon their consent to the above disclosure.

<sup>1</sup> The Universal Declaration of human Rights. [Online access]. – Online link: <http://www.un.org/Overview/rights.html>

<sup>2</sup> The Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part. [Online access]. – Online link: [http://eeas.europa.eu/ukraine/docs/association\\_agreement\\_ukraine\\_2014\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/ukraine/docs/association_agreement_ukraine_2014_en.pdf)

<sup>3</sup> Strategy of firm development “Ukraine – 2020” [Online access]. – Online link: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5/2015>

<sup>4</sup> The Family Code of Ukraine. [Online access]. – Online link: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>

<sup>5</sup> The Family Code of Ukraine. [Online access]. – Online link: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>

<sup>6</sup> The Constitution of Ukraine. [Online access]. – Online link: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>7</sup> The Family Code of Ukraine. [Online access]. – Online link: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>

<sup>8</sup> John Hardwig. “What About the Family? – The Role of Family Interests in Medical Decision Making”. [Online access]. – Online link: <http://web.utk.edu/~jhardwig/family.htm>

<sup>9</sup> Encyclopedia Britannica. [Online access]. – Online link: <http://www.britannica.com/topic/communitarianism>

<sup>10</sup> Tom L. Beauchamp and James F. Childress. Principles of Biomedical Ethics. 5<sup>th</sup> edition. [Online access]. – Online link: [https://books.google.de/books/about/Principles\\_of\\_Biomedical\\_Ethics.html?id=\\_14H7MOw1o4C&hl=ru](https://books.google.de/books/about/Principles_of_Biomedical_Ethics.html?id=_14H7MOw1o4C&hl=ru)

#### Резюме

#### **Чабан О. А. Особливості реалізації права на таємницю про стан здоров'я залежно від сімейного стану.**

Стаття присвячена аналізу права особи на шлюб, а також права на таємницю про стан здоров'я; досліджені основні права та обов'язки подружжя та наречених в аспекті інформації про стан здоров'я особи; випадки розкриття такої інформації і збе-

реження її конфіденційної. Для вирішення наявної законодавчої неузгодженості в досліджуваному аспекті запропоновані зміни до Сімейного кодексу України.

**Ключові слова:** право на таємницю приватного життя, інформація про стан здоров'я, право на шлюб, розголошення, конфіденційність, чоловік, жінка, повага автономії волі, біомедична етика.

### Резюме

**Чабан Е. А. Особенности реализации права на тайну о состоянии здоровья в зависимости от семейного положения.**

Статья посвящена анализу права на заключение брака и права на тайну о состоянии здоровья; изучены основные права и обязанности супругов, а также помолвленных лиц в отношении информации о состоянии здоровья в Украине и за рубежом. Для разрешения существующих спорных вопросов в законодательстве предложены изменения в Семейный кодекс Украины.

**Ключевые слова:** право на тайну о личной жизни, информация о состоянии здоровья, право на заключение брака, раскрытие информации, конфиденциальность, супруг, супруга, уважение автономии воли, биомедицинская этика.

### Summary

**Chaban O. Peculiarity of individual right to health data within the family.**

The article is dedicated to the analysis of the right of the person to marry and to found a family, and the right of the person to the health data privacy; the main duties, obligations and rights of the married couple and fiancés in terms of the disclosure or non-disclosure of the health information of each of the member of the couple are researched on national and international levels. To resolve the existing ambiguity in aspect of balancing of the above mentioned rights the amendments to the current Family Code of Ukraine are offered.

**Key words:** right to the privacy, health information, right to marry and to found a family, disclosure, confidentiality, husband, wife, respect for autonomy, biomedical ethics.

УДК 346.12

### Т. В. ШЕЛЬПЯКОВА

*Тетяна Володимирівна Шельпякова, аспірантка  
Київського університету права НАН України*

## СТРАХУВАННЯ ЯК СПОСІБ УПРАВЛІННЯ РИЗИКАМИ В СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

Одним із шляхів підвищення ефективності та якості надання медичної допомоги є впровадження системи управління ризиками, що дає змогу виявити та оцінити негативні наслідки, спланувати стратегію протидії, яка була б спрямована на зменшення випадковості подій, які завдають фізичної та моральної шкоди медичному закладу, його персоналу та пацієнтам.

На європейському ринку медичних послуг страхування вже давно розглядається як ефективний метод управління індивідуальним соціальним ризиком, що забезпечує компенсацію шкоди (відшкодування шкоди). Проте страхування є ефективним інструментом управління ризиками лише у поєднанні з іншими формами організації управління ризиками, які спрямовані на виявлення та чітке окреслення як очевидних джерел небезпеки (ятрогенної патології), так і прихованих (неочевидних) джерел небезпеки та заходів протидії. В іноземній практиці впровадження систем управління ризиками сформувало багатий досвід, який повинен бути використаний Україною в процесі реформування системи охорони здоров'я<sup>1</sup>.

Незважаючи на те, що система контролю якості медичної допомоги в Україні існує, аналіз узагальнення судової практики та наукової літератури свідчать про її неефективність у частині відшкодування шкоди здоров'ю пацієнтів внаслідок різних подій<sup>2, 3, 4, 5</sup>.

Світовий досвід демонструє ефективність прийняття уніфікованих стандартів, що допомагають медичному закладу вибрати найбільш оптимальну форму побудови системи безпеки пацієнтів. Цьому сприяють створені в різних країнах національні агентства з безпеки медичної допомоги. Системний аналіз проблеми управління ризиками свідчить про її комплексність. Причини виникнення помилок мають вагомий людський фактор та системний компонент<sup>6</sup>. Дослідження показали, що людський чинник відіграє важливу роль у виникненні дефектів у наданні медичної допомоги, частота помилок персоналу варіює від 30 % до 80 %<sup>7, 8</sup>. Доведено, що стимулювання персоналу до уважності й обережності найчастіше не є ефективним механізмом запобігання дефектам надання медичної допомоги – людські помилки невідворотні. Як зазначає у своїй роботі Дж. Ризон: «...ми не в змозі змінити суть людей, але ми в змозі змінити суть організацій, в яких працюють люди»<sup>9</sup>.

Наприклад, якщо існують помилки у виборі лікарських засобів, що мають схоже упакування і які розташовані в одному місці, то з позиції підходу, орієнтованого на людських фактор (людиноцентричний підхід) вирішення проблеми лежить у площині навчання персоналу, покарання за недбалість чи халатність. Як протилежність людиноцентричному підходу є значно ефективніший системний підхід, орієнтований на зміну умов – два препарати повинні зберігатися в двох різних місцях, мати різне кольорове маркування<sup>10</sup>.

Існуючі класифікації ризиків побудовані на основі різних критеріїв, проте, як правило, вони базуються на критеріях класифікації ризиків у сфері підприємництва без урахування медичної специфіки. Стосовно діяльності людини ризики можуть бути природні й антропогенні.

Дефекти медичної допомоги є окремими випадками антропогенних ризиків. Щодо організації ризики можуть підрозділятися на зовнішні (соціально-політичні, природні) й внутрішні (управлінські, клінічні, економічні та ін.) та ризики допоміжних процесів.

У своїй діяльності медичний працівник постійно стикається з ризиком розвитку небажаних реакцій на лікарські засоби, ускладненнями захворювань, несприятливістю результатів або відсутністю позитивної динаміки перебігу захворювання.

У науці медичного права існують різні точки зору на поняття дефектів надання медичної допомоги (медичної послуги). Проте частіше автори звертаються до визначення належної і неналежної роботи лікарів. Як основний критерій неналежного надання медичної допомоги пропонується або недотримання вимог медичної науки і порушення вимог деонтології, або порушення норм медичної етики і медичного права, затверджені наказами МОЗ України. Водночас з позицій сучасного розвитку медичного права разом з поняттями належного або неналежного надання медичної допомоги вельми важливо дати медико-правове визначення дефекту при наданні медичної допомоги.

Дефект надання медичної допомоги – це неналежне здійснення діагностики, лікування хворого, організації медичної допомоги, яке призвело або могло призвести до несприятливого результату медичного втручання. В основу класифікації дефектів надання медичної допомоги покладено такі критерії:

- причини несприятливих результатів;
- аспекти відповідальності медичних працівників.

Враховуючи необхідність медико-правового осмислення дефектів надання медичної допомоги, зважаючи на підходи, що існують у правовій науці, оптимальним є такий варіант правової класифікації дефектної роботи медиків, відповідно до якого розрізняють такі види дефектів надання медичної допомоги: лікарські помилки; нещасні випадки; професійні злочини.

При цьому, оцінюючи дефекти медичної допомоги, насамперед необхідно встановити правильність або неправильність надання такої допомоги. Керуватися важливо насамперед положеннями нормативно-правових актів, зокрема стандартами надання медичної допомоги. У цьому аспекті особлива роль належить судово-медичній експертизі, яка відіграє неабияку роль у визначенні правильності надання медичної допомоги, а також клініко-експертній оцінці якості та обсягів медичної допомоги. Практикою доведено, що при дослідженні дефектів надання медичної допомоги основні принципові рішення у медицині ухвалюються колегіально, проте відповідальність у випадках невдач індивідуалізується і покладається на певних медичних працівників.

У управлінні ризиками та при розробці страхового продукту не слід нехтувати впливом та значенням *ризиків допоміжних процесів*, які можуть бути пов'язані з: фінансами (брак коштів, не надання звітів в строк); постачанням матеріальними ресурсами (відсутність необхідних медикаментів, відключення електроенергії, води); харчуванням хворих (неякісні продукти, затримки, харчові отруєння); прибиранням установи (неякісне прибирання, виникнення внутрішньолікарняних інфекцій) тощо.

Під впливом викладених соціальних проблем зростають індивідуальні ризики, пов'язані з необхідністю отримання медичної допомоги. Щодо цього обрано особливий метод управління – передача їх на страхування спеціально створеним організаціям, системоутворюючу роль серед яких могли б відігравати державні позабюджетні фонди. У обов'язковому медичному страхуванні державні позабюджетні фонди виступають «у зв'язці» зі страховими медичними організаціями (агрегований страховик).

Зважаючи на актуальність порушеного питання, протягом останніх 10 років триває дискусія щодо необхідності введення обов'язкового страхування відповідальності в сфері медичної діяльності. Такий механізм, на думку провідних експертів, зможе забезпечити права пацієнтів на отримання адекватної компенсації за шкоду здоров'ю, що була нанесена, а також надасть більшої впевненості медичним працівникам у питанні виплат відшкодування.

На сьогодні в Україні страхування професійної відповідальності медичних працівників здійснюється в добровільній формі на підставі Закону України «Про страхування»<sup>11</sup>.

Зазначимо, що жодним спеціальним «медичним» нормативно-правовим актом такий вид страхування не передбачений.

Слід підкреслити, що у 2010 р. на публічне обговорення було винесено проект постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Переліку осіб, діяльність яких може заподіяти шкоду третім особам, порядку і правил проведення обов'язкового страхування професійної відповідальності медичних і фармацевтичних працівників, діяльність яких може заподіяти шкоду третім особам». Проект документа розроблявся для запровадження дієвого механізму захисту прав пацієнтів та економічного механізму захисту відповідальності медичних і фармацевтичних працівників на випадок заподіяння шкоди життю та здоров'ю третіх осіб внаслідок професійних помилок у зв'язку із здійсненням професійної діяльності, не пов'язаних з халатністю або з недбалістю виконанням ними професійних обов'язків. Проект постанови передбачав:

– визначення переліку осіб, діяльність яких може заподіяти шкоду третім особам, шляхом внесення в нього медичних і фармацевтичних працівників з визначенням відповідних спеціальностей. Зазначений перелік складено згідно з переліками лікарських, провізорських посад, а також переліком посад молодших спе-

ціалістів з фармацевтичною освітою (фармацевтів) у закладах охорони здоров'я, затвердженим наказом Міністерства охорони здоров'я України від 28 жовтня 2002 р. № 385, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 12 листопада 2002 р. № 892/7180;

- затвердження відповідного Порядку і правил проведення обов'язкового страхування професійної відповідальності медичних і фармацевтичних працівників, діяльність яких може заподіяти шкоду третім особам;
- затвердження форми типового договору обов'язкового страхування професійної відповідальності медичних і фармацевтичних працівників, діяльність яких може заподіяти шкоду третім особам.

На жаль, зазначений проект постанови не був прийнятий і реалізований.

На сьогодні як теоретичні, так і практичні аспекти запровадження страхування професійних ризиків у сфері охорони здоров'я залишаються недостатньо вивченими.

Проте аналіз світового досвіду дає можливість зробити певні узагальнення щодо видів ризиків, які належать до обов'язкового медичного страхування.

У зв'язку з формуванням значних соціально-економічних відмінностей виникають проблеми щодо ефективності об'єднання страхових ризиків в обов'язковому медичному страхуванні в пули на рівні відповідних фондів обов'язкового медичного страхування, в частині територіальних програм державних гарантій обов'язкового медичного страхування і реалізації принципу соціальної справедливості.

У певній частині суспільства, що включає середні верстви населення та заможні прошарки, заохочується розвиток екстремальних видів діяльності й хобі, що мають необґрунтовано високу вірогідність ризиків, пов'язаних із загрозами здоров'ю і життю. Таким чином, у системі обов'язкового медичного страхування формується категорія надмірних ризиків. Аналіз збитків (шкоди) від наслідків цих ризиків на усіх застрахованих на підставах обов'язкового медичного страхування може призвести до ще більшої недостатності засобів обов'язкового медичного страхування і, відповідно, до ще більшого розшарування суспільства.

Проблеми, пов'язані з платними медичними послугами, що нав'язуються застрахованим на підставах обов'язкового медичного страхування в державних медичних установах, доволі часто замість гарантованої державою безплатної медичної допомоги зачіпають майнові інтереси більшості пацієнтів.

Платні медичні послуги, що надаються в державних і комунальних медичних закладах, створюють умови для зростання сукупного ризику в системі обов'язкового медичного страхування і завдають шкоди не лише самим застрахованим, а й самій системі обов'язкового медичного страхування.

Досвід східноєвропейських країн, які впровадили систему обов'язкового медичного страхування, свідчить, що упродовж її існування змінюється соціальна політика держав у бік підвищення якості соціального страхування, а також конституційних гарантій на медичні послуги. Одним з напрямів, спрямованих на вирішення проблем системи обов'язкового медичного страхування, є розвиток нової діяльності страхових медичних організацій в частини визначення страхового ризику в системі обов'язкового медичного страхування і порядок прийняття страховою медичною компанією страхового ризику.

Найпоширенішим є розуміння соціального страхового ризику з обов'язкового медичного страхового ризику, як події, що передбачає необхідність захисту майнових інтересів шляхом надання безплатної медичної допомоги внаслідок причини шкоди життю і (чи) здоров'ю громадянина (або внаслідок загрози спричинення такої шкоди), що реалізовується в страховому випадку, передбаченому програмами обов'язкового медичного страхування.

У вітчизняній літературі переважає розуміння управління ризиками як системи заходів, метою яких є зменшення негативних наслідків та небезпеки для здоров'я, життя, майнового чи фінансового становища відповідної особи. Проте, на думку автора, управління ризиком для організатора охорони здоров'я слід розглядати з позиції системи охорони здоров'я. У цьому випадку її можна визначити як комплекс системних заходів, спрямованих на гарантування безпеки медичного закладу: пацієнтів, персоналу та матеріальних об'єктів (устаткування, приміщень, інструментарію, медичних виробів, лікарських засобів).

В управлінні ризиками виділяють різні системи і методи, які допомагають фахівцеві виявляти інциденти, аналізувати причини їх появи і протидіяти їм. Для збору первинної інформації та моніторингу в організації має бути система моніторингу й виявлення інцидентів. Система аналізу інцидентів включає дослідження причин і розробку заходів протидії інцидентам. Координуюча система повинна забезпечувати ефективну комунікацію, що дає змогу передавати інформацію, накопичений досвід, методи боротьби з інцидентами і їх наслідками між відділеннями, органами управління охорони здоров'я різного рівня.

Відповідно до міжнародної практики до системи моніторингу інцидентів належать: реєстрація інцидентів (*incident reporting*); реєстрація клінічних подій (*occurrence reporting*); скринінг клінічних подій (*occurrence screening*). Методи аналізу інформації з інцидентів включають: оцінку ризику (*risk assessment*); аналіз причин (*root cause analysis*); аналіз істотних подій (*significant event analysis*); дерево рішення інцидентів (*incident decision tree*). Для системи управління ризиками використовуються також індикатори<sup>12,10</sup>. Від уміння коректно і правильно використати ці методи залежить ефективність побудованої системи управління ризиками в організації<sup>13</sup>.

Управління ризиками в системі обов'язкового медичного страхування ґрунтується на наступних принципах:

- цільової спрямованості: підпорядкування усіх завдань управління ризиками в системі обов'язкового медичного страхування і способів їх вирішення цілям забезпечення прав і законних інтересів громадян, а також дотримання законодавства у сфері медичного страхування;



- єдності функціонування нормативного, методичного, інформаційного забезпечення сфери охорони здоров'я;
- соціальної справедливості: забезпечення прав застрахованих на рівний доступ до безплатної медичної допомоги за рахунок ефективного управління ризиками.

На сьогодні перед реформуванням вітчизняної системи охорони здоров'я, як однієї зі сфер найвищого рівня ризиків, постали виклики щодо формування ефективних механізмів управління останніми. І серед таких механізмів одним з найефективнішим, на думку автора, є механізмів страхування ризиків.

<sup>1</sup> Card A. J. Successful risk assessment may not always lead to successful risk control: A systematic literature review of risk control after root cause analysis / A. J. Card, J. War., P. J. Clarkson // Journal of Healthcare Risk Management. – 2012. – V. 31. – № 3. – P. 6–12.

<sup>2</sup> Хафизьянова Р. Х. Проблема разработки качества оказания медицинской помощи и пути ее оптимизации / Р. Х. Хафизьянова, И. М. Бурыкин, Г. Н. Алеева // Экономика здравоохранения. – 2011. – № 11–12. – С. 50–56.

<sup>3</sup> Хафизьянова Р. Х. Роль индикаторов в оценке качества фармакотерапии и оказания медицинской помощи / Р. Х. Хафизьянова, И. М. Бурыкин, Г. Н. Алеева // Вестник Санкт-Петербургского университета. – 2011. – Сер. 11. – № 4. – С. 103–112.

<sup>4</sup> Гладун З. С. Державне управління в галузі охорони здоров'я / З. С. Гладун. – Тернопіль. : Укрмедкнига. – 1999.

<sup>5</sup> Рудий В. Регуляторна основа для запровадження обов'язкового медичного страхування в Україні / В. Рудий // Гл. врач. – 2004. – № 5. – С. 74–76.

<sup>6</sup> Reason J. Human error: models and management / J. Reason // BMJ. – 2000. – V. 320. – № 7237. – P. 768–770.

<sup>7</sup> Human errors in a multidisciplinary intensive care unit: a 1-year prospective study / Bracco D. et al. // Intensive Care Med. – 2001. – V. 27. – № 1. – P. 137–145.

<sup>8</sup> Iatrogenic complications in adult intensive care units: a prospective two-center study / Giraud T. et al. // Crit. Care Med. – 1993. – V. 21. – № 1. – P. 40–51.

<sup>9</sup> Reason J. Human error: models and management / J. Reason // BMJ. – 2000. – V. 320. – № 7237. – P. 768–770.

<sup>10</sup> Overview of medical errors and adverse events / Garrouste-Orgeas M. et al. // Annals of Intensive Care. – 2012. – V. 2. – № 1. – P. 2.

<sup>11</sup> Про страхування : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/85/96-вр

<sup>12</sup> Briner M. Clinical risk management in hospitals: strategy, central coordination and dialogue as key enablers / M. Briner, T. Manser, O. Kessler // Journal of Evaluation in Clinical Practice. – 2012. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dx.doi.org/10.1111/j.1365-2753.2012.01836>

<sup>13</sup> National Patient Safety Agency. Seven steps to patient safety An overview guide for NHS staff : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.npsa.nhs.uk/sevensteps](http://www.npsa.nhs.uk/sevensteps)

#### Резюме

##### **Шельпякова Т. В. Страхування як спосіб управління ризиками в сфері охорони здоров'я.**

Стаття присвячена проблемам підвищення ефективності та якості надання медичної допомоги та перспектив впровадження системи управління ризиками, що допомагає виявити та оцінити негативні наслідки, спланувати стратегію протидії, яка була б спрямована на зменшення випадковості подій, що завдають фізичної й моральної шкоди медичному закладу, його персоналу та пацієнтам.

**Ключові слова:** страхування, охорона здоров'я, ризики, управління ризиками.

#### Резюме

##### **Шельпякова Т. В. Страхование как способ управления рисками в сфере здравоохранения.**

Статья посвящена проблемам повышения эффективности и качества предоставления медицинской помощи и перспектив внедрения системы управления рисками, что позволяет выявить и оценить негативные последствия, спланировать стратегию противодействия, которая была бы направлена на уменьшение случайности событий, наносящих физический и моральный вред медицинскому заведению, его персоналу и пациентам.

**Ключевые слова:** страхование, здравоохранение, риски, управление рисками.

#### Summary

##### **Shel'pikova T. Insurance as the method of management of risks is in the sphere of healthcare.**

One of the ways of increase of efficiency and quality of the granting of medicare is introduction of the risks control system, which allows educing and estimating negative consequences, plan strategy of counteraction, which would be sent to reduction chances of events, which inflict physical and moral harm to medical institutions, its personnel and patients.

**Key words:** insurance, health care, risks, management risks.

**В. А. ЯРЕМА**

*Валерій Анатолійович Ярема, здобувач Східно-українського національного університету імені Володимира Даля*

## ПОНЯТТЯ І СУТНІСТЬ ТРУДОВИХ ПРАВ СУДДІВ

У розумінні чинного трудового законодавства України суддя є найманим працівником. Як і будь-який працівник, він наділяється трудовою правосуб'єктністю – тобто певним комплексом трудових прав та обов'язків. Саме категорія «трудова праця» є однією з найважливіших в доктрині трудового права та має надзвичайно вагоме практичне значення, оскільки опосередковує всю сферу дії трудових правовідносин. Трудові права суддів, як найманих працівників, в Україні є похідними від трудових прав найманих працівників загалом, однак мають і власну специфіку, зумовлена правовим статусом судді. Останнє з названого обумовлює важливість, науковий та практичний інтерес, а отже, і актуальність досліджуваної тематики.

Досліджувана проблематика не є новою для юридичної науки, оскільки тією чи іншою мірою порушені питання висвітлювалися в доктринальних працях таких вчених, як: М. Г. Александров, Г. О. Барабаш, Н. Б. Болотіна, Б. К. Бегічев, В. Я. Буряк, В. С. Венедіктов, Т. В. Галайденко, Л. Я. Гінзбург, М. А. Дідиченко, Ю. П. Дмитренко, Б. Є. Желіка, М. І. Іншин, І. І. Ішутін, О. В. Лавриненко, В. В. Лазор, Р. З. Лівшиць, М. І. Логвиненко, Л. М. Москвич, П. В. Панталієнко, А. Ю. Пашерстник, О. С. Пашков, С. М. Прилипка, В. І. Прокопенко, Г. І. Чанишева, Т. В. Штих, О. М. Ярошенко та інших науковців-правників в галузі трудового права.

Основною метою статті є визначення поняття та з'ясування сутності трудових прав суддів.

Розглядаючи досліджувану проблематику необхідно передусім зв'язувати сутність категорії «суддя». Академічний тлумачний словник української мови розкриває сутність категорії «суддя» як службової особа органів суду, яка виносить вирок у судовій справі<sup>1</sup>. З аналізу наведеної дефініції вбачається, що відповідне поняття розкривається занадто вузько, оскільки вирок закінчується розгляд судової справи лише у кримінальному провадженні і тільки в суді першої інстанції. Тобто, за таких умов суддею, як найманим працівником, визнається тільки та особа, яка здійснює розгляд судових справ у порядку кримінального судочинства. Однак варто зауважити, що судді загальних судів системи загальної юрисдикції, реалізуючи покладену на них трудову функцію, розглядають не тільки кримінальні спори, а й цивільні, адміністративні, а також справи про адміністративні правопорушення. Таким чином, до службово-трудова повноважень судді в Україні не віднесено розгляд виключно кримінальних проваджень, крім тих судів, де наявна спеціалізація суддів, а також тих працівників, які обрані слідчими судьями.

Відповідно до ст. 127 Конституції України на посаду судді може бути рекомендований кваліфікаційною комісією суддів громадянин України, не молодший двадцяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж роботи у галузі права не менш як три роки, проживає в Україні не менш як десять років та володіє державною мовою. Судьями спеціалізованих судів можуть бути особи, які мають фахову підготовку з питань юрисдикції цих судів. Ці судді відправляють правосуддя лише у складі колегій суддів. Додаткові вимоги до окремих категорій суддів щодо стажу, віку та їх професійного рівня встановлюються законом<sup>2</sup>. З наведеного конституційного положення вбачаються такі ознаки судді з точки зору законодавства про працю: 1) це найманий працівник, який має громадянство України; 2) вік такого працівника – не менше двадцяти п'яти років; 3) він має вищу юридичну освіту; 4) такий найманий працівник має досвід роботи в галузі права не менше трьох років; 5) він проживає в Україні до призначення на посаду судді протягом не менш як десяти років; 6) відповідний працівник обов'язково володіє державною, тобто українською мовою.

Згідно зі ст. 52 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» суддею є громадянин України, який відповідно до Конституції України та цього Закону призначений чи обраний суддею, займає штатну суддівську посаду в одному з судів України і здійснює правосуддя на професійній основі. Судді в Україні мають єдиний статус незалежно від місця суду в системі судів загальної юрисдикції чи адміністративної посади, яку суддя обіймає в суді<sup>3</sup>. З аналізу законодавчого визначення можна встановити такі ознаки, які характеризують відповідну категорію найманих працівників: 1) такий працівник має громадянство України; 2) він призначається або обирається на посаду в порядку, встановленому актами спеціального законодавства – відповідно до Конституції України та Закону України «Про судоустрій та статус суддів»; 3) такий працівник займає штатну посаду в одному із судів України; 4) він здійснює правосуддя на професійній основі, тобто реалізація трудової функції щодо розгляду та вирішення судових спорів має для нього основне значення; 5) його статус як найманого працівника – судді, є єдиним незалежно від місця роботи, зайняття адміністративної посади тощо.

З аналізу вищенаведених конституційних норм слідує, що саме здійснення правосуддя на професійній основі є основним змістом трудової діяльності суддів. Так, Конституція України проголошує, що ключовим

суб'єктом, на якого покладено здійснення правосуддя в Україні, є професійні судді. Тобто, Основний Закон держави акцентує на «професійній» формі виконання службових обов'язків із здійснення правосуддя, що передбачає особливі вимоги до освіти, досвіду та інших професійно важливих характеристик цього суб'єкта<sup>4</sup>. У тлумачному словнику категорія «професіоналізм» розкривається як оволодіння основами і глибинами якої-небудь професії<sup>5</sup>. Варто наголошувати саме на глибинах, специфіці, особливостях тощо тієї чи іншої професії, оскільки знання основ навряд чи можна охарактеризувати як професіоналізм.

У науковій літературі зазначається, що поняття «професійний суддя» акумулює якісно-ціннісний комплекс поєднання глибоких різносторонніх знань, умінь, професійних суддівських навиків, практичного досвіду, загальнолюдської культури, що відображає ступінь самоорганізації особи, рівень її професійної діяльності, забезпечує ефективність судової системи та сприяє зростанню її авторитету. Рівень професіоналізму суддів залежить від внутрішніх чинників, детермінованих специфікою суддівської професії, і зовнішніх чинників, спричинених політичними, економічними, соціальними та культурними умовами розвитку суспільства<sup>6</sup>.

Отже, підсумовуючи наведені вище положення чинного законодавства України та доктринальні підходи, можна надати таке визначення поняття «суддя» – це найманий працівник, трудова діяльність якого характеризується наступними особливостями: він призначається або обирається на посаду судді в порядку, встановленому Конституцією України, Законом України «Про Конституційний Суд України» або Законом України «Про судоустрій та статус суддів», відповідає вимогам, які передбачені для трудової правосуб'єктності таких працівників, встановленими актами спеціального законодавства, а також займає штатну посаду у суді та здійснює правосуддя на професійній основі.

Відповідно до ст. 3 Кодексу законів про працю України законодавство про працю регулює трудові відносини працівників усіх підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, виду діяльності й галузевої належності, а також осіб, які працюють за трудовим договором з фізичними особами<sup>7</sup>. Таким чином, професійні судді в розумінні чинного трудового законодавства України є найманими працівниками, а тому вони наділяються відповідним комплексом трудової правосуб'єктності, однак з особливостями, встановленими нормами спеціальних нормативно-правових актів, які зумовлені специфікою правового статусу судді в Україні.

Враховуючи предмет даного дослідження, слід більш детально зупинитися на питаннях, які пов'язані з трудовими правами найманих працівників. Останні з названих є похідним від прав людини загалом. У науковій юридичній літературі зазначається, що питання прав людини, основних свобод, демократії й верховенства закону мають міжнародний характер, оскільки їхнє дотримання – одна із основ світобудови. У правах людини відбиті найважливіші загальнолюдські цінності, які повинен мати кожен індивідуум, ким би він не був і де б не проживав. Вони універсальні, тобто є надбанням кожного. Міжнародне співтовариство визнає права за всіма людьми як неподільні, взаємозалежні й взаємообумовлені<sup>8</sup>. З даного приводу не є винятком і трудові права найманих працівників, що, належачи до економічної групи прав, забезпечують життєдіяльність особи, даючи можливість заробляти собі на життя, утримувати родину тощо.

Права людини – це могутній пласт загальнолюдської культури, оволодіння яким дає особі можливість вільно орієнтуватися в оцінці існуючих політичних режимів, у гуманітарній і соціальній діяльності держави, правовій та моральній культурі політичних лідерів, правосвідомості народу<sup>9</sup>. З наведеної дефініції вбачається, що її автори застосували принципово інший підхід, за допомогою якого здійснюється характеристика певної держави, її політичного режиму в частині дотримання прав людини, що дає змогу встановити ступінь розвитку такої держави, її інститутів, суспільства загалом.

Таким чином, права людини – це гарантована на найвищому, законодавчому, рівні міра можливої поведінки особи, яка відображає еволюційний стан розвитку суспільних відносин, дістала своє загальне визнання на міжнародному рівні та має на меті забезпечити існування людини і її розвиток в конкретно-історичних умовах.

Основні трудові права працівника є складовою частиною його об'єктивного трудо-правового статусу, тому вони мають бути належним чином відображені в трудовому законодавстві. Законодавче закріплення основних прав працівника свідчить про рівень цивілізованих, гуманних відносин у сфері застосування найманої праці. Основні трудові права працівника мають бути адекватними рівню розвитку ринкових відносин у державі, забезпечувати соціальний мир у суспільстві, а також безперешкодний розвиток національної економіки<sup>10</sup>. Чинне на сьогодні законодавство про працю України не закріплює дефініції трудових прав найманих працівників. У доктрині трудового права з даного приводу різними науковцями висловлюються наступні думки. Так, іноді основні працівника права ототожнюються з правосуб'єктністю, що є достатньо спірним. Правосуб'єктність співвідноситься з основними правами працівника як причина і наслідок, вона є чимось первинним, передумовою праву, що виступає умовою правоволодіння<sup>11</sup>. Ми підтримуємо позицію, згідно з якою категорії «правосуб'єктність» та «трудова праця» необхідно розмежовувати, оскільки вони не є тотожними поняттями. Перше з наведених полягає в тому, що це певна можливість особи бути потенційним учасником тих або інших суспільних відносин, які врегульовані правовими нормами. Останнє забезпечується завдяки наділенню особи певним комплексом суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, що й надають можливість вступати в певні правовідносини.

У доктрині трудового права пропонується визначати трудові права через розуміння суб'єктивних прав особи. Так, на думку Л. В. Котової, всі права найманого працівника: як ті, яких він набуває, вступаючи у

конкретні трудові правовідносини, так і ті, що прямо закріплюються за ним у трудовому законодавстві або безпосередньо випливають із законодавства, є суб'єктивними. Суб'єктивне трудове право передбачає певне соціальне благо (право на своєчасну і в повному обсязі виплату заробітної плати відповідно до кваліфікації, складності праці, кількості й якості виконаної роботи; на відпочинок; на повну достовірну інформацію про умови праці і вимоги охорони праці на робочому місці; на професійну підготовку, перепідготовку і підвищення кваліфікації та ін.), можливість користування яким і утворює один із елементів змісту кожного суб'єктивного права<sup>12</sup>.

На думку Л. В. Котової, права працівника – це ті соціальні блага, які є метою вступу працівника у трудові відносини і забезпечують реалізацію природних прав людини при здійсненні трудової діяльності<sup>13</sup>. У наведеній дефініції акцентовано увагу на тому, що метою вступу найманого працівника у трудові відносини є наявність соціальних благ, які закріплені на законодавчому рівні актами законодавства про працю.

Таким чином, основні трудові права найманого працівника відображають основні права та свободи, які закріплені в численних нормативно-правових актах, зокрема: Загальній декларації прав людини, Міжнародних пактів: Про цивільні і політичні права, Про економічні, соціальні і культурні права, Декларації Міжнародної Організації Праці, Конституції України, Кодексу законів про працю України тощо.

Щодо розуміння поняття основних трудових прав суддів, то вони є похідними від загальних трудових прав найманих працівників. У доктрині під ними розуміють формально визначені й гарантовані можливості: 1) діяти самому; 2) вимагати дій від інших; 3) звертатися в необхідних випадках за сприянням у реалізації права (за захистом) до відповідного державного органу<sup>14</sup>. З аналізу наведеної дефініції вбачається, що її основною ознакою є те, що суддя у необхідних випадках має право звертатися за сприянням в реалізації права (за захистом) до відповідного державного органу. З таким підходом погодитися не можна, оскільки навряд чи наведену характеристику можна визначити як таку, завдяки якій можна відмежувати трудові права суддів від трудових прав будь-яких інших найманих працівників.

Працівник має право самостійно захищати свої трудові права, звернутися до профспілки, органів прокуратури, підрозділів Державної інспекції з питань праці тощо. Крім того, і судді можуть звертатися не лише за захистом своїх трудових прав до органів державної влади, а й органів суддівського самоврядування. Отже, враховуючи зазначене вище, не можна говорити про те, що розглянута ознака є такою, що дає змогу відмежувати трудові права суддів від суміжних категорій.

На переконання Б. Б. Курбанова, суб'єктивне трудове право суддів включає можливість самостійно, на власний розсуд розпоряджатися вказаними правами, вимагати виконання всіх необхідних дій, спрямованих на забезпечення реалізації права на заробітну плату, на належні й безпечні умови праці, а у випадку невиконання чи неналежного виконання такого обов'язку – застосовувати усі необхідні й можливі законні способи захисту свого трудового права<sup>15</sup>. З наведеної дефініції вбачається, що в ній розуміння трудових прав судді здійснено через визначення категорій можливої поведінки найманого працівника. Також автор особливу увагу акцентує на тому, що у разі порушення трудових прав найманий працівник має право захищати свої права всіма доступними засобами і способами. Вважаємо, що наведення переліку окремих трудових прав судді у дефініції є зайвим, оскільки ускладнює її розуміння та аналіз.

Беручи до уваги наведене вище, під трудовими правами суддів, як найманих працівників, варто розуміти встановлені актами загального та спеціального законодавства певні блага соціально-економічного характеру, на які має відповідна особа право, реалізуючи своє природне право на працю та набуваючи статусу судді Конституційного Суду України або судді суду загальної юрисдикції, за допомогою яких забезпечується належний рівень її життєдіяльності шляхом зайняття трудовою діяльністю та виконання державно-трудової функції з вирішення правових спорів.

Отже, в розумінні чинного трудового законодавства України суддя є найманим працівником, який перебуває у трудових відносинах, тому він наділяється всім комплексом трудової правосуб'єктності, за винятком випадків, встановлених нормами законодавства. Останнє передбачається актами спеціального законодавства і пов'язано з особливостями трудової діяльності суддів в Україні, які зумовлені підвищеними вимогами до кандидатів на посаду судді, умовами грошової винагороди, надання відпусток тощо. Отже, судді, як суб'єкти трудових правовідносин набувають відповідних прав при виконанні своїх безпосередніх функцій – розгляду та вирішенню правових спорів.

<sup>1</sup> Словник української мови : в 11 т. / І. К. Білодід (ред., голова), Л. С. Паламарчук (заст. голови), Є. П. Кирилук та ін. – К. : Наукова думка, 1978. – Т. 9 / І. С. Назарова, О. П. Петровська, Л. Г. Скрипник, Л. А. Юрчук (ред. тому), 1978. – 916 с.

<sup>2</sup> Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>3</sup> Про судоустрій та статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради. – 2010. – № 41–42, 43, 44–45. – Ст. 529.

<sup>4</sup> Тацій В. Я. Конституція України : наук.-практ. коментар / ред. колегія В. Я. Тацій, О. В. Петришен, Ю. Г. Барабаш та ін.; Національна академія правових наук України. – 2-ге вид. – Х. : Право, 2011. – 1128 с.

<sup>5</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. – 1428 с.

<sup>6</sup> Тацій В. Я. Там само.

<sup>7</sup> Кодекс законів про працю України : Закон України від 10 грудня 1971 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1971. – № 50. – Ст. 375.

<sup>8</sup> Колесніченко Н. М. Універсальність прав людини: сучасні підходи до проблеми / Н. М. Колесніченко // Наукові праці Чорноморського державного університету імені Петра Могили. – 2012. – Т. 178. – Вип. 166. – С. 31–35. – (Серія «Політологія»).

<sup>9</sup> Орленко В. Еволюція прав і свобод людини / В. Орленко, Л. Орленко // Вісник Київського національного торговельно-економічного університету. – 2011. – № 3. – С. 89–100.

<sup>10</sup> Шамшина І. І. Проблеми регулювання основних трудових прав працівника / І. І. Шамшина // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 1102–1109 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP\\_index.htm\\_2011\\_1\\_178.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2011_1_178.pdf)

<sup>11</sup> Котова Л. В. Основні трудові права працівника: правова природа та перспективи розвитку / Л. В. Котова // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 507–515 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP\\_index.htm\\_2011\\_1\\_82.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2011_1_82.pdf)

<sup>12</sup> Там само.

<sup>13</sup> Там само.

<sup>14</sup> Штих Т. В. Правовий статус суддів як суб'єктів трудового права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 / Штих Тетяна Василівна ; Східноукр. нац. ун-т ім. В. Даля. – Луганськ, 2010. – 19 с.

<sup>15</sup> Курбанов Б. Б. Сутність та значення захисту суб'єктивних трудових прав суддів / Б. Б. Курбанов // Форум права. – 2014. – № 4. – С. 195–198 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP\\_index.htm\\_2014\\_4\\_35.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_4_35.pdf).

#### Резюме

##### **Ярема В. А. Поняття і сутність трудових прав суддів.**

У даній статті надано авторське визначення понять «суддя», «права людини», «трудова права найманого працівника» та «трудова права суддів». Проаналізовано позиції вчених щодо питання трудових прав суддів. Досліджено нормативно-правові акти, що регулюють діяльність суддів в Україні.

**Ключові слова:** трудове право, суддя, трудові права суддів, права найманого працівника, права людини.

#### Резюме

##### **Ярема В. А. Понятие и сущность трудовых прав судей.**

В данной статье даны авторские определения понятий «судья», «права человека», «трудова права наемного работника» и «трудова права судей». Проанализированы позиции ученых по вопросу трудовых прав судей. Исследованы нормативно-правовые акты, регулирующие деятельность судей в Украине.

**Ключевые слова:** трудовое право, судья, трудовые права судей, права наемного работника, права человека.

#### Summary

##### **Yarema V. Concept and essence of the labour rights of judges**

In this article the author's definitions of the concepts «judge», «human rights», «labour rights of the employee» and «labour rights of judges» were given. The positions of scientists concerning the issue of judges' labour rights were analyzed. The normative-legal acts regulating the activity of judges in Ukraine were investigated.

**Key words:** labour law, judge, judges' labour rights, employee rights, human rights.

УДК 347.7

**Ю. Л. БОШИЦЬКИЙ**

*Юрій Ладиславович Бошицький, ректор Київського університету права НАН України, професор, заслужений юрист України*

## **ВПЛИВ КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕФОРМИ ТА ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ НА РОЗВИТОК ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ**

Політичні, економічні та суспільні вимоги сьогодення висувають реформу конституційного регулювання суспільних відносин до стратегічних пріоритетів у нашій країні. Чинна Конституція України містить загальні базові позиції державної стратегії переходу України від адміністративно-командної системи державної влади, господарювання та управління до демократії як загального принципу організації і функціонування суспільного життя. Конституція як основний політико-правовий акт має бути основою формування демократичної правової системи українського громадянського суспільства, розвитку й зміцнення соціальної, правової держави, системи її законодавства. У даній статті виділимо чотири напрями конституційного регулювання, які, на нашу думку, потребують підвищеної уваги та оптимізації з позиції інтересів інтелектуальної власності.

**Перший напрям – необхідність удосконалення Конституції України в частині прав і свобод людини і громадянина.** Доцільно звернути увагу на окремі проблеми й прогалини конституційного регулювання гарантій та захисту прав людини в Україні. Виходячи із логічних міркувань, Конституцією України як Основним Законом держави закріплено фундаментальну ідею – пріоритет прав людини в кожному конституційному положенні. Внесення змін до Конституції України, посиляючись на модернізацію її положень, повинні виходити із принципу верховенства права. Метою зміни має бути ефективна дієвість.

Необхідно реальне забезпечення на конституційному рівні принципу пріоритету прав людини стосовно держави та обмеження всевладдя держави правами людини. За умови зростання ролі громадянського суспільства конституційно-правові норми в частині прав і свобод людини та громадянина мають базуватися на універсальному принципі рівності всіх суб'єктів суспільних відносин, включаючи й державу. Зважаючи на ці аргументи, необхідно удосконалювати Конституцію України в частині прав і свобод людини і громадянина. Діяльність України на шляху до європейської інтеграції, яка раніше була уявою невідомого майбутнього, сьогодні починає вибудовуватись у певну більш-менш зрозумілу форму. Така нова тенденція потребує певного юридичного оформлення, зумовлює неминучість реформи національного законодавства, зокрема Основного Закону держави – Конституції України.

**Другий напрям – форма внесення змін до Конституції України у сфері прав людини.** Основний Закон, як нормативна основа національної правової системи, з одного боку, своїми конституційними приписами повинна забезпечити стабільність і непорушність основ конституційного ладу та демократичного устрою держави, а з другого боку, – прогресивний розвиток та модернізацію суспільних відносин. Конституційна реформа має базуватися на загальносвітових стандартах порядку прийняття та внесення змін до конституцій.

Особливої уваги в контексті конституційної модернізації другого розділу Конституції України потребують права та свободи в соціальній сфері. Права й свободи людини та громадянина визначають сутність, зміст і прийняття нормативно-правових актів, а також спрямовують та визначають діяльність органів законодавчої, виконавчої і судової влади та органів місцевого самоврядування. І саме тому внесення змін в частині прав та свобод людини і громадянина має стати системоутворюючим фактором для всієї структури оновленої Конституції України та перебувати у структурно-логічному зв'язку з іншими розділами Основного Закону.

Отже, конституційна реформа має розпочатися із реформи системи влади й державної служби. Політики, обрані на парламентських і президентських виборах, громадяни, які стали суддями, мають демонструвати зразкову етичну поведінку та відповідальність за свої дії. Саме тому необхідним є скасування абсолютної недоторканності суддів і депутатів.

Поряд із тим головним напрямом конституційного реформування є створення умов для децентралізації системи публічної влади. Ухвалення змін до Конституції потребує оновлення Закону про місцеве самоврядування та бюджетного кодексу. Об'єднання зусиль щодо прийняття зазначених змін до кінця поточного

року дасть змогу у 2016 р. перейти до бюджетної децентралізації й виділити регіонам ресурси для вирішення місцевих питань.

**Третій напрям – модернізація Конституції (внесення змін та доповнень) як правотворчий процес.** Наслідком конституційної реформи мати стати системне оновлення Конституції України, зокрема удосконалення конституційно-правового регулювання форм безпосереднього народовладдя (вибори та референдуми). Передусім це – реформування виборчої системи як на загальнодержавному, так і на місцевому рівнях; врегулювання механізму проведення референдумів; вдосконалення моделі розподілу влади шляхом посилення засад парламентаризму в Україні; посилення механізму забезпечення та гарантування прав і свобод людини та громадянина.

У зв'язку з розробкою проекту внесення змін та доповнень до Конституції України сьогодні, як ніколи, значно актуалізується необхідність наукових досліджень чи розробок юридичної категорії «правотворення» як багатоаспектного явища, що обумовлено інтенсивністю правотворчого процесу в Україні, тенденціями глобалізації та уніфікації законодавчої бази, посиленням політичного фактору в сфері творення права.

**Четвертий напрям – оптимізація конституційних прав інтелектуальної власності в Україні.** Надзвичайно інтенсивний розвиток світової науки, техніки та культури останніх десятиліть підтверджує, XXI ст. стає епохою інтелектуальної діяльності та панування її результатів – інтелектуальної власності. Економічний, соціально-культурний розвиток та процвітання країн світу вже залежать від інтелектуальної діяльності людини, створення та ефективного використання різноманітних об'єктів інтелектуальної власності. Різноманітність інтелектуальної діяльності, її активність яскраво визначає і майбутній розвиток держави. Тому значення інтелектуальної діяльності і її результатів, що створюють інтелектуальну власність для сучасної України, не можна недооцінювати. Соціально-економічний прогрес нашої країни залежить від створення та впровадження у всіх галузях народного господарства нових, сучасних та високоефективних об'єктів інтелектуальної власності, від спрямованої державної політики у даній сфері.

Активізація творчої інтелектуальної діяльності людини в Україні сьогодні вимагає серед інших економічних чинників переосмислення ставлення до винахідницької діяльності, формування у свідомості громадян її престижності. Особливо це стосується юнацтва та молоді, прагнення яких до нового завжди було природним та більш ефективним. Для того, щоб винахідництво в Україні стало запорукою її економічного розвитку, потрібно формувати й виховувати психологію наших співвітчизників, особливо молоді, в цьому напрямі. Необхідні більш рішучі і активні дії з боку держави, в тому числі й на законодавчому рівні. Держава має стимулювати винахідницьку активність шляхом впровадження пільгового оподаткування та кредитування підприємств, що використовують об'єкти інтелектуальної власності, сприяння експортній діяльності власників прав на ці об'єкти, персональної допомоги морального та матеріального стимулювання новаторів.

Державі належить домінуюча роль у формуванні заінтересованості та раціональному стимулюванні винахідників. Так, стимулювання винахідників, здійснюване державними підприємствами, знаходить своє відображення в тому, що останні оптимізують необхідні умови для винахідницького процесу і використання винаходів у виробництві. Для активізації винахідницької діяльності в Україні, використання науково-технічного інтелектуального потенціалу нації потрібна комплексна програма сприяння масовому винахідництву, що спроможна змінити ставлення громадян до винахідницької або будь-якої іншої творчої діяльності людей. Відповідна державна програма повинна бути націлена передусім на молодь, на її залучення до творчості.

Стосовно проблем вдосконалення законодавства в сфері інтелектуальної діяльності, то слід наголосити на аспектах підвищення якості нормативної бази, посилення наукової обґрунтованості й демократизації правотворчості і правозастосування. В умовах ринкових відносин правове регулювання в сфері інтелектуальної і творчої діяльності людини передбачає зміну кордонів правового впливу. Повнота правового регулювання передбачає створення таких правових гарантій, що можуть забезпечити розвиток і реалізацію різних форм власності як у сфері науково-технічної творчості, так і творчості в цілому. Тому сучасне законодавство в цій галузі повинно бути повним, системним і обґрунтованим. Це означає урегульованість у законодавстві всіх видів і форм відносин, які виникають у процесі винахідницького пошуку. Однак повноту законодавства не треба зводити до зростання кількості підвищення рівня системності і обґрунтованості правового регулювання.

Створення в Україні відповідної правової охорони інтелектуальної власності в умовах глобалізації наукових досягнень, новітніх технологій, Інтернет тощо не може вже розцінюватися сьогодні тільки як внутрішня справа нашої країни. Тому розвиток національного законодавства у сфері інтелектуальної власності відображає ті перетворення, що відбуваються в суспільстві. Це відповідна логічна і зрозуміла реакція на зміни, що відбуваються в економічному житті держави, намагання створити умови для реалізації передбачених Конституцією України прав громадян на творчу діяльність. Водночас це й прагнення створити надійний механізм захисту прав на результати інтелектуальної діяльності. Для цього національне законодавство імплементує норми та правила, прийняті у світовому співтоваристві. Необхідність такої гармонізації є об'єктивними вимогами часу, не враховувати які неможливо.

Забезпечення ефективного комплексного правового регулювання інтелектуальної власності потребує часу, а також більш глибокого осмислення важливості значення інтелектуальної власності в житті нашої країни, концептуально нового ставлення до стимулювання творчості наших співвітчизників. Тому завдання державних діячів, вчених та фахівців-практиків полягає у чіткому визначенні напрямів нормативного забезпечення цього процесу на перспективу, окресленні конкретних завдань з метою створення максимально сприятливих умов для творчості й ефективного впровадження її результатів у народне господарство для поліпшення соціально-економічного та культурного життя нації.

До важливих, але не цілком вирішених спеціальних питань продовжує належати проблема правового режиму так званих службових винаходів. Визначення правового статусу винаходів та інших об'єктів промислової власності, що створюються за сприяння роботодавця, сьогодні є конче важливим. Необхідні новий ринковий підхід і осмислення цих питань, а також пошук компромісу, в результаті якого повинні справедливо враховуватися інтереси винахідника, роботодавця та держави.

Щодо інших проблем у галузі інтелектуальної власності, то варто підкреслити відсутність чіткого законодавчого врегулювання такого об'єкта промислової власності, як комерційне (фірмове) найменування. У сучасних умовах розвитку ринкової економіки і як наслідок – зростання конкурентної боротьби різних суб'єктів господарювання, особливе значення набуває ідентифікація учасників економічного обороту. Вони зацікавлені у формуванні позитивного ставлення до себе, завоювання визнання на ринку, а це можливо тільки, якщо споживачі та інші виробники зможуть правильно ідентифікувати самого суб'єкта і його діяльність. Правове регулювання відносин щодо фірмових найменувань здійснюється різними нормативно-правовими актами. Але ці акти не можуть дати відповіді на багато питань, пов'язаних з виникненням, використанням та припиненням права на фірмове найменування.

Відсутність окремого закону, який би містив визначення фірмового найменування, врегулював спірні питання, що виникають у цій сфері, встановлював належний захист права на фірму, ускладнює практичне здійснення суб'єктами цивільного обороту прав, пов'язаних з даними суспільними відносинами. Прийняття відповідного закону сприятиме удосконаленню державного регулювання конкурентного середовища та розвитку ринкових відносин.

Відомо, що права, надані власникам охоронних документів на об'єкти інтелектуальної власності, нічого не варті, якщо вони не забезпечені адекватним та ефективним захистом в адміністративному або судовому порядку. Сьогодні залишається відкритим питання захисту прав інтелектуальної власності. У цьому напрямі також потрібно поетапне приведення національного законодавства у відповідність із правовими нормами, що діють у країнах-членах ЄС. Тому проблема захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності потребує подальшого удосконалення системи судових органів.

Враховуючи все викладене вище, зазначимо необхідність подальшого вдосконалення законодавства, спрямованого на забезпечення конституційних прав громадян на захист інтелектуальної власності, створення сприятливих умов для нових, сучасних об'єктів інтелектуальної власності, розвитку цивілізованого ринку цих об'єктів тощо. Державне сприяння охороні інтелектуальної власності вимагає запровадження організаційно-правових заходів, об'єднання зусиль різних органів державної влади, недержавних установ та громадських організацій, визначення подальших шляхів розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності.

Децентралізація влади – це одна із запорок ефективного територіального розвитку України та шлях до демократизації, дійсного народовладдя й результативної регіональної політики. Відповідно до положень Закону України «Про засади державної регіональної політики» від 5 лютого 2015 р.<sup>1</sup> державна регіональна політика – це система цілей, заходів, засобів та узгоджених дій центральних і місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб для забезпечення високого рівня якості життя людей на всій території України з урахуванням природних, історичних, екологічних, економічних, географічних, демографічних та інших особливостей регіонів, їх етнічної і культурної самобутності. Враховуючи наведене положення закону, доцільно зауважити, що сучасні реалії економічних, соціальних та військових викликів, результативна та цілеспрямована розбудова України, здійснення послідовної децентралізації неможливі без концентрації зусиль на шляху розвитку й модернізації вітчизняної економіки. Такий розвиток, як правило, все більше спирається на створення і впровадження в господарській та соціальній інфраструктурі, по-перше, широкого кола об'єктів інтелектуальної власності, а, по-друге, охорону і захист прав українських вчених, інженерів, численних винахідників, які працюють у цій сфері.

Досвід країн із розвинутою економікою підтверджує, що інтелектуальна діяльність, новаторство та креативність технічних рішень визначають стратегію і тактику стрімкого й комплексного розвитку держави, її високий технічний рівень виробництва, інтеграцію наукової, технологічної складової промисловості.

Важливою умовою прискорення науково-технічного прогресу в Україні є створення ефективної інноваційної системи, яка спроможна забезпечити технологічну модернізацію національної економіки, підвищити її конкурентоспроможність на основі передових технологій. Удосконалення ринку прав на результати інтелектуальної діяльності, модернізація державної системи правової охорони інтелектуальної власності може перетворити науковий потенціал країни на ефективний ресурс економічного зростання.

Дієва охорона прав інтелектуальної власності повинна забезпечити сучасні суспільні вимоги, однак має бути демократичною, легкодоступною та прозорою. Так, наприклад, спрямовані на охорону промислової власності закони повинні ефективно забезпечувати моральні та економічні права авторів на результати інтелектуальної діяльності, стимулювати творчу активність людей, відповідно до державних інтересів, використовувати її результати, а також заохочувати чесну та взаємовигідну торгівлю. Розвиток державної системи правової охорони інтелектуальної власності України в умовах децентралізації влади повинен покращувати інвестиційний клімат країни, вітчизняне підприємництво, підвищувати рівень свідомості та правової культури українського суспільства у сфері інтелектуальної власності. А це також і створення умов для реалізації конституційних прав громадян на доступність освіти у сфері інтелектуальної власності, захисту прав на результати їх творчої діяльності, реалізації трансферу технологій та участі в інноваційній діяльності. Тому



саме розробка фундаментальних принципів системи інтелектуальної власності є одним із нагальних завдань центральних та місцевих органів державної влади, вітчизняної правової, економічної освіти та науки.

Сфера інтелектуальної власності сьогодні залишається надзвичайно актуальною також і тому, що притаманна їй творча діяльність характеризується інтеграцією приватних та публічних інтересів. А права інтелектуальної власності не є кінцевими по суті, вони повинні тільки сприяти забезпеченню впровадження інновацій у науці та культурі. Тому законодавство у сфері інтелектуальної власності й має комплексний та системний характер. Так, регулюючи режим того чи іншого об'єкта інтелектуальної власності, використовуються положення цивільного, фінансового, адміністративного, конституційного, процесуального законодавства тощо. У свою чергу, право інтелектуальної власності в цілому і кожен із його об'єктів зокрема мають той чи інший зв'язок з різними галузями права, здійснюючи певний взаємний вплив.

Конституція України гарантує кожній людині охорону результатів її інтелектуальної діяльності, спираючись на європейську правову традицію, закріплюючи такі права серед конституційних<sup>2</sup>. Так, у ст. 41 Основного Закону передбачено право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної та творчої діяльності, ст. 54 Конституції України гарантує громадянам свободу літературної, художньої, наукової творчості та захист інтелектуальної власності. А пріоритетним завданням України в сфері управління інтелектуальною власністю є комерціалізація її об'єктів, в тому числі й у результаті інноваційної діяльності. У Законі України «Про інноваційну діяльність»<sup>3</sup> передбачено, що інноваційна діяльність має на меті впровадження досягнень науково-технічного прогресу у виробництво і соціальну сферу, включає випуск та розповсюдження принципово нових видів техніки і технології, прогресивні міжгалузеві структурні зрушення. Інноваційна діяльність є складовою довгострокових науково-технічних програм, а фінансування фундаментальних досліджень сприяє розробці і впровадженню нових, ресурсозберігаючих технологій, призначених для поліпшення соціального та екологічного становища в державі. Тому в процесі децентралізації на місцевих рівнях інноваційна діяльність, в тому числі й у діяльності технологічних парків, повинна отримати відповідну фінансову підтримку на місцевому рівні. Таке цільове фінансування різних конкурентоспроможних проектів реалізується в інтересах вирішення місцевих проблем та розвитку того чи іншого регіону. Для реалізації соціально корисних і важливих для громади проектів, досліджень та розвитку технологічних парків всім учасникам, які виконують ці проекти, місцева влада повинна надавати відповідні пільги та заохочення.

Головною метою регулювання інноваційної діяльності та проведення державної інноваційної політики на місцевому рівні повинно бути створення соціально-економічних, організаційних і правових умов для ефективного відтворення, розвитку й використання науково-технічного потенціалу регіонів, забезпечення впровадження сучасних екологічно чистих, безпечних, енерго- та ресурсозберігаючих технологій, виробництва та реалізації нових видів конкурентоспроможної продукції для потреб місцевих громад.

Серед інших питань, які потребують вирішення, є узгодження актів національного законодавства між собою та відповідність загальному законодавству України, а також забезпечення лібералізації, спрощення, прискорення, максимальної зручності для заявників процедур набуття прав на об'єкти інтелектуальної власності. Крім того, необхідне законодавче посилення відповідальності за порушення прав інтелектуальної власності, вдосконалення правового регулювання економічних аспектів права інтелектуальної власності, в тому числі системи сплати зборів і мита за дії, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності, вдосконалення правового регулювання механізмів економічного стимулювання творчості тощо.

Формування правової культури з питань інтелектуальної власності повинно спиратися на всі верстви населення. У цій площині важлива роль належить сучасним телекомунікаційним засобам, які могли б забезпечити публічні інформаційні акції із роз'яснення негативних наслідків неправомірного використання об'єктів права інтелектуальної власності. Особливої уваги потребують заходи щодо підготовки наукових кадрів у сфері інтелектуальної власності, запровадження різних форм і методів перепідготовки й підвищення кваліфікації різних соціальних категорій – патентних повірених, керівників підприємств, установ та організацій, працівників органів державної влади, місцевого самоврядування, які в силу службових обов'язків причетні до сфери управління інтелектуальною власністю. Це і пропаганда знань у сфері інтелектуальної власності з метою охоплення навчанням різних категорій населення, насамперед шкільної молоді, і удосконалення нормативно-правової бази діяльності патентних повірених, підвищення кваліфікації суддів, які розглядають справи з питань інтелектуальної власності тощо.

Слід зауважити, що поява принципово нових та ефективніших технічних засобів сьогодні гостро ставить питання відповідності освіти умовам сучасного суспільства, вимогам науково-технічного прогресу. Тому необхідно створювати при університетах центри наукових досліджень з проблем права інтелектуальної власності, посилити роботу над дослідженням широкого кола проблем у сфері інтелектуальної власності з використанням зарубіжного досвіду, сприяти роботі над підготовкою монографій та підручників з права інтелектуальної власності. Безумовно, місцева влада повинна створювати умови мотивації наукового інтересу до питання розвитку відносин інтелектуальної власності серед науковців, викладачів у навчальних закладах, місцевих університетах.

Крім необхідності правової охорони об'єктів інтелектуальної власності важливим питанням залишається покращення економічних показників від впровадження результатів інтелектуальної власності у виробництво на підприємствах, підконтрольних місцевим органам влади. У сучасних економічних та суспільних відносинах, в процесі виробництва матеріальних благ на місцевих рівнях також все більшого значення набуває впровадження інноваційних засобів виробництва, його удосконалення із застосуванням новітніх технологій.

В Україні діяльність з управління інтелектуальною власністю знаходиться на периферії інтересів менеджменту, а її значення у більшості випадків недооцінене або ігнорується. На відміну від розвинутих країн, на значній кількості підприємств України, особливо державної власності, нині відсутні спеціальні підрозділи, орієнтовані на менеджмент інтелектуальної власності, впровадження спеціалізованих знань, інновацій, інформації тощо. Такий стан справ – наслідок того, що інтелектуальна власність ще не визнана підприємцями в якості інструменту, застосування якого буде надавати конкурентні вигоди й переваги, а також великі доходи. Навіть на потужних підприємствах управління інтелектуальною власністю належить до додаткових обов'язків однієї особи, як правило, юриста, діяльність якого найчастіше обмежується тільки одержанням охоронних документів, продовженням строку їх дії, вирішенням спорів і практично не стоїть питання управління інтелектуальною власністю. Разом із тим на деяких крупних підприємствах портфелі об'єктів інтелектуальної власності постійно збільшуються, що вимагає створення спеціальних структур для забезпечення ефективного управління інтелектуальною власністю.

Нагальною стала й необхідність визначення місця центрального органу виконавчої влади у сфері інтелектуальної власності, що має розробляти та забезпечувати реалізацію національної політики у цій сфері. При цьому зазначений орган, враховуючи міжгалузевий характер сфери інтелектуальної власності, повинен отримати статус органу, діяльність якого спрямовується і координується безпосередньо Кабінетом Міністрів України. Його повноваження мають забезпечувати сприяння трансферу технологій, надання правової охорони сортам рослин, породам тварин тощо. Однак на сьогодні так і залишається не розробленою така система економічних стимулів, як податкових, кредитних, страхових щодо створення та комерціалізації об'єктів права інтелектуальної власності з метою формування ринку цих об'єктів. Враховуючи перспективи децентралізації влади, наведені вище роботи логічно вписуються в регіональні потреби і можуть адмініструвати органи місцевої влади в інтересах розвитку конкретних регіонів.

Відповідно до вимог європейського законодавства в сфері інтелектуальної власності в Україні, на жаль, ще не визначено на законодавчому рівні мінімальні ставки винагороди винахідникам, а також авторам за використання об'єктів прав промислової власності. Також не запроваджено механізми державної підтримки патентування вітчизняних об'єктів патентного права в іноземних державах, створених за рахунок бюджетних коштів. До речі, також відсутня методика визначення розміру шкоди, завданої порушенням прав на об'єкти промислової власності. Не здійснено розробку, з урахуванням досвіду іноземних країн, методики оцінки рівня піратства щодо використання різних об'єктів права інтелектуальної власності. Існує ще ціла низка проблем в цій сфері, які могли б стати предметом дослідження і регулювання на місцевому рівні. У цьому контексті не можна допустити ситуації, коли діями виконавчої влади створюються нові проблеми, що призводить до суттєвого погіршення стану справ у сфері правозастосування та захисту прав інтелектуальної власності, передусім національних авторів та творців. Все це вимагає спільної роботи на місцях і в центрі щодо створення повноцінної сучасної національної системи інтелектуальної власності. Її формування має здійснюватися в інтересах суспільства, розбудови економіки країни, її науково-технічного потенціалу, сфери інтелектуальної власності. А для цього необхідна відкритість державного управління, як центрального так і місцевого, впровадження громадського контролю та забезпечення його прозорості, відповідності стану законодавчого забезпечення взятих Україною міжнародним зобов'язанням, європейському вектору розвитку, а також правового механізму правової охорони й захисту прав інтелектуальної власності сучасним викликам інформаційного середовища.

Місцева влада повинна оперативнo реагувати на зміни, що відбуваються як у національній економіці, так і в міжнародно-правовому регулюванні сфери інтелектуальної власності; вона має також розуміти велику роль виховання у молоді поваги до людей, які створюють об'єкти інтелектуальної власності, сприяння формуванню загальної культури у суспільстві, за якого усі громадяни усвідомлюють позитивний вплив прав інтелектуальної власності на економічний, культурний та соціальний розвиток держави. Повага до прав інтелектуальної власності, розвиток творчого потенціалу нації, розбудова економіки знань мають висувати виклик перед освітою і наукою. З метою формування високого рівня культури, науки та освіти українського суспільства необхідно забезпечити розробку й затвердження комплексу заходів з поширення знань про інтелектуальну власність та розглянути питання щодо державної підтримки спеціалізованих засобів масової інформації, що займаються висвітленням знань у сфері інтелектуальної власності. Вбачається доцільним запровадження викладання обов'язкового курсу «Основи інтелектуальної власності» на рівні шкільної середньої освіти, сприяння розвитку учнівської творчості тощо. Доцільно також, щоб уповноважений центральний орган виконавчої влади у сфері інтелектуальної власності спільно з місцевими органами влади ініціювали дослідження щодо правової охорони традиційних знань, фольклору, народних промислів із залученням широких громадських кіл, творців, науковців тощо.

На місцевому рівні необхідно передбачити застосування системного, багатогалузевого та зваженого підходу до питань, пов'язаних із сферою інтелектуальної власності, який базується на ефективному співробітництві всіх рівнів державного устрою і може забезпечити зміцнення системи інтелектуальної власності. Своєю чергою, це потребує належного рівня правової, інституційної та соціальної бази, яка відповідає міжнародно визнаним стандартам, а також створення, охорони, захисту та найбільш повного використання інтелектуального потенціалу нації в інтересах розвитку конкурентоспроможної економіки України, максимальної заснованої на знаннях та інноваціях.

Інтелектуальна власність має стати фундаментальним і міцним інструментом створення сприятливого середовища для творчої активності та вільної конкуренції в місцевих громадах, як базових засад економіч-

ного, соціального й культурного розвитку нашої держави. А основні зусилля місцевих органів державної влади в процесі децентралізації повинні бути зосереджені на реалізації стратегічних напрямів розвитку сфери інтелектуальної власності, подоланні наявних проблем, активізації новаторських пошуків, мотивації могутнього науково-технічного людського потенціалу до створення і впровадження в економіку країни результатів інтелектуальної діяльності наших громадян.

<sup>1</sup> Про засади державної регіональної політики : Закон України від 5 лютого 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)

<sup>2</sup> Конституція України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)

<sup>3</sup> Про інноваційну діяльність: Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)

#### Резюме

**Бошицький Ю. Л. Вплив конституційної реформи та децентралізації влади в Україні на розвиток інтелектуальної власності.**

Стаття присвячена питанням перспективного впливу конституційної реформи та процесів децентралізації влади в Україні на оптимізацію та розвиток відносин у сфері інтелектуальної власності. Даються пропозиції щодо модернізації чинного законодавства, важливості формування правової культури населення, заходів із підготовки наукових кадрів та запровадження різноманітних форм і методів перепідготовки й підвищення кваліфікації всіх соціальних категорій у сфері інтелектуальної власності.

**Ключові слова:** конституційна реформа, децентралізація влади, інтелектуальна власність, права і свободи людини і громадянина, правова культура з питань інтелектуальної власності, підвищення кваліфікації фахівців у сфері інтелектуальної власності.

#### Резюме

**Boshytskyi Y. L. Vplyvnyie konstitutsionnoyi reformy i decentralizatsii vlasti v Ukrainie na razvitiye intellektualnoyi sobstvennosti.**

Стаття посвячена вопросам влияния конституционной реформы и децентрализации власти в Украине на оптимизацию и развитие отношений в сфере интеллектуальной собственности. Даются предложения по модернизации действующего законодательства, подчеркивается важность формирования правовой культуры населения, мероприятий по подготовке научных кадров и внедрению различных форм и методов переподготовки и повышения квалификации всех социальных категорий в сфере интеллектуальной собственности.

**Ключевые слова:** конституционная реформа, децентрализации власти, интеллектуальная собственность, права и свободы человека и гражданина; правовая культура в вопросах интеллектуальной собственности, повышение квалификации специалистов в сфере интеллектуальной собственности.

#### Summary

**Boshytskyi Y. The influence of the constitutional reform and the decentralisation of power in Ukraine over the intellectual property development.**

The article highlights the advanced impact of constitutional reform and decentralization of power processes in Ukraine on the optimization and relations development in the intellectual property law realm. Four directions of the Constitution of Ukraine improvements are being considered. The modernization of the current intellectual property legislation, the introduction of measures creating strata intellectual property legal culture, measures to prepare intellectual property scientific personnel, introduction of various forms and methods of different social categories professional training and development are being suggested.

**Key words:** constitutional reform, decentralization of power, intellectual property, rights and freedoms of a man and a citizen, intellectual property legal culture, intellectual property professional development.

УДК 347.7

**Г. О. АНДРОЩУК**

*Геннадій Олександрович Андрощук, кандидат економічних наук, доцент, завідувач лабораторії НДІ інтелектуальної власності НАПрН України*

## **ЗАХИСТ ПРАВ НА ТОВАРНІ ЗНАКИ (ЗМІШУВАННЯ) В ІНТЕРНЕТІ: ДОКТРИНА І ПРАВЗАСТОСОВНА ПРАКТИКА ЄС**

Стаття 10-bis(3) Паризької конвенції з охорони промислової власності містить неповний перелік трьох типів проявів недобросовісної конкуренції, а саме: 1) дії, які здатні викликати змішування, 2) дії, що здатні дискредитувати конкурентів, 3) дії, які можуть ввести в оману громадськість<sup>1</sup>. Оскільки дії, які можуть викликати змішування, і ті, що вводять громадськість в оману, дуже схожі і часто збігаються, розглянемо їх більш докладно.

**Загальні випадки змішування.** Стаття 10-bis(3) Паризької конвенції зобов'язує країни-учасниці заборонити всі дії, які за своєю природою здатні викликати змішування (ввести в оману) у різний спосіб, щодо організації, товарів або промислової чи торговельної діяльності конкурентів<sup>2</sup>. Стаття 10-bis(3)1 охоплює дуже широке поле випадків у комерційній діяльності і стосується знаків, етикеток, гасел, упаковки, форми і кольору товарів, чи інших ознак розпізнавання, які вживаються підприємцями. Таким чином, не тільки ознаки, що використовуються для впізнавання товарів, послуг чи окремих підприємств, але також сам зовнішній вигляд товарів і репрезентація послуг вважаються суттєвими, коли йдеться про заборону введення в оману. Наприклад, ст. 2598(1) Цивільного кодексу Італії чітко зазначає, що ті, хто використовують імена чи знаки розпізнавання, як правило, введуть в оману і призведуть до змішування з іменами чи знаками іншої особи, чи буквально імітують продукцію конкурента, чи будь-якими іншими засобами створюють змішування щодо назв, знаків, товарів або діяльності конкурентів, чинять недобросовісну конкуренцію. Схожим чином відповідно до ст. 6 іспанського Закону про недобросовісну конкуренцію будь-яка дія, що може привести до змішування стосовно діяльності, досягнень підприємства чи іншої особи, включно з подібністю асоціації, які виникають у споживачів щодо комерційного походження, вважається недобросовісною. У країнах, де дотримуються традицій загального права, поняття «комерція під чужим іменем» досить широке, щоб надавати захист від змішування через різні види характеристик, товарів тощо.

Згідно зі ст. 10-bis(3)1 Паризької конвенції «намір» викликати змішування не дає підстави для визначення тієї чи іншої дії актом недобросовісної конкуренції. Однак недобросовісність імітатора може вплинути на вибір санкцій, які будуть застосовані.

Крім того, не завжди необхідно, щоб змішування сталося насправді, оскільки схожість на змішування часто є достатнім доказом для судового рішення про наявність недобросовісної конкуренції. І нарешті, захист від змішування надається без жодних обмежень у часі. Захист надається протягом усього часу, доки є вірогідність змішування, однак передбачений достатній простір для використання характеристик, які не приводять до змішування стосовно товарів, послуг і підприємництва, аби не обмежувати конкуренцію на даному ринку. Проте як тільки ринковий продукт стає традиційним чи загальновідомим, він втрачає свій оригінальний чи характерний вигляд, і ймовірність змішування визначити стає ще важче.

Дві основні галузі, в яких найчастіше виникають змішування: з одного боку, вказівки на комерційне походження, а з іншого – зовнішній вигляд товарів. Утім, це не виключає й не обмежує охорону інших атрибутів чи досягнень від змішування.

Змішування товарних знаків (*confusion*) вважається традиційною підставою для визнання порушення прав на товарний знак. Останнім часом суди країн ЄС розглядають величезну кількість справ, у яких змішування знаків в Інтернеті є суттєвою частиною позову, в тому числі коли всі розглянуті факти мали місце в Інтернеті<sup>3</sup>. Являє собою інтерес питання, чи діє обґрунтування змішування по-різному в онлайн-світі і поза Інтернетом.

**Обґрунтування змішування в законодавстві ЄС.** Про змішування товарних знаків в умах споживачів говориться в ст. 5 (1) (b) Директиви ЄС про товарні знаки 2008/95 (далі – Директива), ст. 9 (1) (b) Регламенту ЄС 207/2009 та ст. 10 (2) Закону про товарні знаки Великобританії 1994 року. Ці три положення практично ідентичні. Змішування, якому прагне запобігти законодавець, стосується насамперед торгового походження товарів і послуг, маркованих зареєстрованим товарним знаком. Обґрунтування змішування *ставить у центр фігуру середнього споживача, оскільки ймовірність змішування оцінюється його очима.*

Розвиток Інтернету створює нові форми використання товарних знаків, пов'язані з онлайн-торгівлею та рекламою, і нові можливості для змішування знаків в умах користувачів.

**Доктрина первісного змішування в Інтернеті.** Ця правова доктрина існує в рамках законодавства про товарні знаки<sup>4</sup>. Суть первісного змішування полягає в тому, що людина, яка побачила позначення, схоже із зареєстрованим товарним знаком, спочатку відчуває змішування щодо джерела походження товару, але потім перестає помилятися і здійснює покупку, уже маючи правильне уявлення про комерційне походження товару. Первісне змішування позначення і товарного знака може бути підставою для встановлення порушення товарного знака. Навіть якщо змішування розсіюється до здійснення покупки, воно все ще може призвести до ймовірності змішування, яке вважається ознакою порушення товарного знака згідно зі ст. 5 (1) (b) Директиви. У цій статті йдеться, що правовласник вправі заборонити третім особам використовувати в процесі торгівлі будь-яке позначення, що ідентичне належному йому товарному знаку або схоже з ним, щодо подібних або ідентичних товарів, якщо існує ймовірність змішування для частини покупців; ймовірність змішування включає ймовірність асоціації між позначенням і товарним знаком.

У справі OCH-Ziff проти OCH Capital (2010) Високий суд Англії та Уельсу обговорював, чи може початкове змішування бути частиною обґрунтування змішування. Хоча суд позитивно відповів на це питання, залишилося незрозумілим, до якої міри це так, особливо коли йдеться про покупки в Інтернеті<sup>5</sup>.

Особливий інтерес являє собою встановлення точного моменту, коли початкове змішування в Інтернеті відповідає вимогам ст. 5 (1) (b) Директиви. При купівлі товарів в Інтернеті покупці здійснюють пошук, вносячи слова, що позначають товарні знаки, в рядок пошуку, сподіваючись, що пошукова програма приведе їх до потрібного сайту. Однак в Інтернеті дуже поширена практика перенаправлення трафіку на сайти конкурентів, зокрема за допомогою контекстної реклами.

Пошукові служби займаються продажем ключових слів, ідентичних товарних знаків і перенаправленням запитів користувачів на сайти за спонсорованими посиланнями, які належать конкурентам власників

товарних знаків. Більша частина користувачів досить швидко усвідомлює, що було використано не те посилання, але деякі затримуються на помилково знайдених сайтах. Однак і ті, й інші знають тепер про існування цих сайтів, і мета залучення до них більшої кількості користувачів досягається. Оскільки контекстна реклама є сьогодні великим бізнесом, початкове змішування отримало значне поширення в Інтернеті.

Якщо доктрина первісного змішування буде повністю прийнята для обґрунтування змішування в сенсі ст. 5 (1) (b) Директиви, це означатиме розширення меж дії цієї статті. Враховуючи значимість первісного змішування в Інтернеті, сфера дії ст. 5 (1) (b) стосовно онлайн-торгівлі буде ширше, ніж у звичайному світі.

**Первісне змішування як частина обґрунтування змішування.** Методологія визначення ймовірності змішування для середнього споживача згідно зі ст. 5 (1) (b) була запропонована Європейським судом справедливості (далі – Європейський суд) у справі *Sabel проти Puma* (1997)<sup>6</sup>. Вона полягає в тому, що суд повинен зважити на всі реальні обставини. Європейський суд уникнув ряду заплутаних правових питань, наприклад про те, чи слід надавати більшого значення подібності між зареєстрованим товарним знаком і спірним позначенням або подібності між продуктами, для яких вони призначені, і чи потрібно при порівнянні знаків приділяти більшу увагу домінуючим деталям, що визначають їх схожість або відмінність, або ж загальному враженню, здійснюваному знаками.

*Європейський суд запропонував враховувати всі релевантні фактори, включаючи схожість між зареєстрованим знаком і спірним позначенням та відповідними товарами й послугами.* Чим більше ступінь подібності між знаками, тим більш різними можуть бути продукти, для яких вони призначені, і навпаки. Оцінюються знаки в цілому, але з урахуванням їх розрізнявальних і домінуючих компонентів та умов, у яких споживач здійснює порівняння (навіть чи він буде мати можливість бачити знаки поруч один з одним, йому доведеться орієнтуватися на не зовсім чіткий спогад про них).

*Потрібно враховувати також первісну і придбану розрізняльну здатність знаків, тривалість їх використання та географічне поширення.* Чим більше знак відомий, тим вірогідніше, що споживач може прийняти за нього інший знак. До цього набору факторів слід додати оцінку початкового змішування, яке стає однією з вирішальних обставин для суду.

Згідно зі ст. 5 (1) (b) ймовірність змішування включає ймовірність асоціації. У справі *Sabel проти Puma* Європейський суд підтримав рішення Високого суду Англії у справі *Wagamama Ltd проти CityCentreRestaurantsPlc* (1995). У цьому рішенні сказано, що змішування має місце, коли користувачі, зустрівшись з позначенням, схожим на зареєстрований товарний знак, доходять помилкового висновку про існування економічного зв'язку між володільцями позначення і знака (наприклад, вважають, що вони являють собою споріднені компанії або компанії, є учасниками однієї франчайзингової мережі). У зазначеній справі суд вирішив, що середній споживач, почувши або побачивши позначення *Rajamata* для індійського ресторану, помилково зв'яже його з відомим товарним знаком для мережі китайських ресторанів *WAGAMAMA* і буде думати, що індійський ресторан – нова ланка мережі китайських ресторанів.

У справі *ОСН-Ziff проти ОСН Capital* позивач, володільець знака *ОСН-ZIF*, звинуватив відповідача в первісному змішуванні в результаті використання трьох перших букв його знака. Адвокат позивача заявив, що початкове змішування є елементом обґрунтування змішування відповідно до ст. 9 (1) (b) Регламенту ЄС 207/2009. Він зазначив, що доктрина первісного змішування походить із законодавства про товарні знаки США. Адвокат навів відомий (гіпотетичний) приклад з розглянутої судом США справи *Brookfield Communication Inc проти West Coast Entertainment Corp* (1999). Два магазини продавали відеопродукцію. Один з них називався *West Coast*, другий *Blockbuster*. Якби *Blockbuster* виставив на шосе білборд з написом «*West Coast Video: дві милі вперед, з'їзд № 7*» (насправді, щоб потрапити у *West Coast Video*, потрібно скористатися з'їздом з магістралі № 8, а щоб потрапити в *Blockbuster* – з'їздом № 7), це означало б, що відповідач користується стратегією «заманити і підмінити». Покупці, яким потрібно у *West Coast Video*, потрапляли б у *Blockbuster*. Навіть зрозумівши помилку, вони могли б заїхати в *Blockbuster* і зробити там покупки<sup>7</sup>.

Хоча цей приклад стосується пересування по трасі в реальному світі, він дуже нагадує інтернет-трафік, який збивається з потрібного шляху за допомогою контекстної реклами і пошукових систем зі спонсорованими посиланнями. Різниця в тому, що в Інтернеті такі події трапляються з більшою ймовірністю та більшою частотою.

У справі *ОСН-Ziff проти ОСН Capital* суддя зазначив дві важливі обставини: подвійна ідентичність (тобто, однакові знаки стосовно однакового продукту) і навмисне використання відповідачем «приманки» для привернення уваги покупців. Була підтримана точка зору адвоката *ОСН-Ziff* про те, що змішування щодо походження продукту до моменту продажу залишається змішуванням, яке призводить до порушення товарного знака і завдає шкоди його власнику<sup>8</sup>.

Оскільки користувачі часто роблять помилки, набираючи назви відомих товарних знаків (брендів) в рядку пошуку, рекламодавці практикують покупку рекламних ключових слів у вигляді неправильно написаних товарних знаків своїх конкурентів. Тому, строго кажучи, товарний знак і порівнюване з ним позначення не зовсім ідентичні, але реклама в Інтернеті при цьому виконує ту ж функцію «заманити і підмінити». При такому використанні товарних знаків можливий позов з посиланням на ст. 5 (1) (a) і 5 (1) (b). У ст. 5 (1) (a) говориться, що власник товарного знака вправі забороняти третім особам використовувати в процесі торгівлі будь-яке позначення, ідентичне його товарному знаку, щодо товарів або послуг, ідентичних товарів або послуг, для яких товарний знак зареєстрований. Це – новий рубіж у битві за захист товарних знаків, і головною зброєю тут є *доктрина про початкове змішування*.

Ця теза може бути проілюстрована на прикладі справи Interflora проти M & S Flowers Direct (2012). Компанія Interflora звинуватила компанію Marks&Spencer у використанні її товарного знака INTERFLORA в якості ключового слова в контекстній рекламі, яка запускала спонсороване посилання на веб-сайт M & S Flowers Direct після набору слова в пошуковій системі. Суд вирішив, що встановлення факту порушення товарного знака має залежати від змісту веб-сайту, на який користувач потрапляє за спонсорованими посиланнями. Якщо з нього неясно, що це не та компанія, яку користувач хотів знайти, порушення має місце, що й було встановлено в даній справі. І хоча термін «первісне змішування» не згадувався, саме використання відповідачем слова INTERFLORA в якості приманки для користувачів, що спрямовувала їх на сайт відповідача, становило суть справи.

Рішення у справі OCH-Ziff проти OCH Capital може стати детонатором розвитку доктрини первісного змішування і допоможе описати більш конкретно, проти якої діяльності вправі заперечувати правовласник при використанні знаків в Інтернеті.

**Можливість асоціації знаків в Інтернеті.** Особливості використання товарних знаків в Інтернеті створюють сприятливі умови для виникнення у користувачів помилкового уявлення про існування економічного зв'язку між товарними знаками. Потрапляючи на сайти за спонсорованими посиланнями, користувач може думати, що він на сайті правовласника або ж що сайт якимось чином пов'язаний з правовласником чи належить йому. Тут принцип «заманити і підмінити» переходить в принцип «заманити і ввести в оману».

Справа 32Red проти William Hill Group Ltd (2011), що стосується онлайнного казино, демонструє нові витончені способи заманювання користувачів на ігрові веб-сайти.

Компанії 32Red (Red у перекладі з англійської означає «червоний») належав ігровий веб-сайт і зареєстрований знак Співтовариства 32Red. Позначення 32Red було обрано в якості фірмового найменування та товарного знака завдяки його стислості, незвичайності, здатності легко запам'ятовуватися і легко (без пробілів) набиратися на клавіатурі комп'ютера. Позначення мало британський аромат і містило натяк на гру в рулетку (32 на колесі рулетки позначається червоним). Крім того, червоний колір, як і чорний або золотистий, повсюдно використовується для брендів онлайнних казино. Він привабливий для далекосхідного ринку та має особливе значення в культурі Китаю.

Компанія 32Red пред'явила позов компанії William Hill Group у зв'язку з тим, що остання використовувала для свого ігрового веб-сайту позначення 32Vegas, 32vegas.com, 32vegas. Суд постановив, що використання відповідачем цих позначень здатне викликати змішування в умах споживачів, причому не тільки тому, що вони містять цифри 32 і слово vegas, що має ігрову конотацію. Суд вирішив, що для більшості учасників гра є відпочинком, і вони рідко зіставляють знаки, сподіваючись на свою пам'ять; все це відбувається на тлі онлайнного ігрового ринку, наповненого великою кількістю конкуруючих брендів. У зв'язку з викладеним гравець може припустити, що знак 32Red належить відповідачу. Висновок про можливість змішування підкріплювався використанням червоного кольору в позначенні 32Vegas.

Первісне змішування і ймовірність асоціації підсилюють один одного в онлайн і розширюють межі дії ст. 5 (1) (b). Наприклад, якщо онлайнний гравець вносить позначення 32Red в рядок пошуку, серед результатів будуть і органічні, і спонсоровані посилання, які з'являться в результаті того, що це позначення було куплено як ключове слово для контекстної реклами. Серед органічних посилань на сайт компанії 32Red може з'явитися і посилання на сайт 32Vegas, хоча воно не повністю відповідає запиту і тому буде не на перших позиціях. Його поява пов'язана з тим, що пошукова система врахує частину знака або назву сайту таким же чином, як це буває при неправильному написанні або неправильному введенні слів.

Також імовірно, що конкуренти компанії 32Red виберуть її бренд в якості ключового слова. Серед спонсорованих посилань може з'явитися перелік сайтів, які купили позначення 32Red як ключове слово для контекстної реклами. Якщо серед них є сайт 32Vegas та інші ігрові сайти з номерами, наприклад 8Black, 28Even, це збільшить імовірність первісного змішування. Користувач може потрапити на ці сайти, і, якщо з їх змісту не буде зрозумілим, що вони не пов'язані з 32Red, у нього складеться хибне уявлення про зв'язок цих сайтів між собою.

**Підходи Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ).** Крім викладених вище підходів доцільно використовувати методичні рекомендації ВОІВ. Міжнародним бюро ВОІВ було підготовлено Типові положення про захист від недобросовісної конкуренції (Model provisions on protections against unfair competition. Articles and Notes)<sup>9</sup>. Розглянемо ст. 2 цих положень з відповідними коментарями, що викладені в роботі<sup>10</sup>.

2. Створення змішування щодо підприємства іншої особи чи його діяльності.

(1) *(Загальний принцип)*. Будь-який акт чи звичай при здійсненні промислової або комерційної діяльності, що створює чи може створити змішування щодо підприємства іншої особи чи його діяльності, зокрема, продуктів чи послуг, пропонованих таким підприємством, вважається актом недобросовісної конкуренції.

(2) *(Приклади змішування)*. Змішування може, зокрема, бути створене щодо: (I) зареєстрованого чи незареєстрованого товарного знака; (II) фірмового найменування; (III) розпізнавального знака підприємства, відмінного від товарного знака чи фірмового найменування; (IV) зовнішнього вигляду продукту; (V) презентації продуктів чи послуг; (VI) знаменитості чи добре відомого вигаданого героя.

(1) *(Загальний принцип)* Будь-який акт чи звичай при здійсненні промислової або комерційної діяльності, який створює чи може створити змішування щодо підприємства іншої особи чи його діяльності, зокрема, продуктів чи послуг, пропонованих таким підприємством, вважається актом недобросовісної конкуренції.

**(2) (Приклади змішування) Змішування може, зокрема, бути створене щодо:**

2.01. *Пункт (1).* Стаття 2 заснована на ст. 106/5(3)1 Паризької конвенції. Замість слова «викликати» у ст. 10-bis(3)1 використовується слово «створити». Це зміна чисто редакційного характеру з метою відновлення термінології. Формулювання пункту (1) не обмежуються охопленням «конкурента», як це робиться в ст. 10-bis(3)1. При використанні в Типових положеннях терміна «підприємство» цей термін означає фізичних, а також юридичних осіб.

2.02. Наявність наміру викликати змішування не має значення для визначення того, чи є акт актом недобросовісної конкуренції. Крім того, змішування необов'язково повинно відбутися фактично, оскільки імовірність змішування дає достатні підстави для пред'явлення звинувачення в недобросовісній конкуренції. Імовірність змішування має пагубні наслідки порівняно з фактичним змішуванням. Як правило, чим більш широко відомий товарний знак, фірмове найменування чи інший розпізнавальний знак підприємства, тим більша імовірність змішування.

2.03. *Пункт (2).* Як зазначено у ст. 10-bis(3)1 Паризької конвенції, змішування може бути створено «яким би то не було способом». У пункті (2) даються приклади подібних способів.

2.04. У тих випадках, коли товарний знак, фірмове найменування чи інший розпізнавальний знак підприємства асоціюється у споживачів з визначеним комерційним джерелом чи походженням, будь-який акт, який створює чи може створити змішування відносно джерела чи походження, буде, як правило, вважатися актом недобросовісної конкуренції. Поняття «змішування» не слід, однак, обмежувати змішуванням стосовно комерційного джерела чи походження, варто включати в це поняття все, що могло б вказувати на діловий зв'язок, наприклад, між двома користувачами одного і того ж товарного знака чи схожих товарних знаків (*змішування щодо зв'язку*).

Крім того, у деяких випадках споживачі, не припускаючи, що продукти чи послуги походять з того самого джерела, можуть, проте, думати через їхню подібність, що використання товарного знака для зазначених продуктів і послуг було дозволено іншим підприємством (*змішування щодо спонсорства*).

2.05. *Пункт (2)(I).* Товарний знак служить для розрізнення продуктів чи послуг, пропонуєваних підприємством, від продуктів чи послуг інших підприємств. Створення змішування щодо зареєстрованого товарного знака за допомогою використання ідентичного чи подібного товарного знака, як правило, забороняється конкретними положеннями закону про товарні знаки. Оскільки з погляду споживачів, які постраждали в результаті змішування, не має значення, зареєстрований товарний знак чи ні, *захист на підставі закону про недобросовісну конкуренцію повинен надаватися однаковою мірою зареєстрованому і незареєстрованому товарному знакам*.

2.06. Змішування може відбутися особливо щодо добре відомого товарного знака, ідентичного чи подібного товарного знака, який використовується для продуктів чи послуг, що не мають подібності з продуктами чи послугами, у зв'язку з якими цей товарний знак є добре відомим. Згідно із загальним правилом, оскільки несанкціоноване використання товарного знака для відмінних продуктів або послуг навряд чи викличе змішування, подібний акт не вважається порушенням товарного знака в силу того, що закон про товарні знаки традиційно обмежує рамки охорони актами, що належать до одних і тих же або схожих продуктів чи послуг. Проте у випадку використання знака, ідентичного чи подібного з добре відомим товарним знаком, для інших продуктів або послуг, подібне використання цього знака все ж може призвести до змішування. Це може відбутися, зокрема, при такому використанні добре відомого товарного знака, коли реклама несхожого продукту чи послуги спрямована на те, щоб скористатися існуючою в уяві споживачів асоціацією з продуктами чи послугами, для яких даний товарний знак є добре відомим. Ці міркування застосовуються незалежно від того, є добре відомий товарний знак зареєстрованим чи ні.

2.07. *Пункт (2)(II).* Фірмова назва слугує для ідентифікації підприємства і його підприємницької діяльності, а також їх відмінності від інших підприємств та їх підприємницької діяльності.

2.08. *Пункт (2)(III).* Термін «розпізнавальний знак підприємства, інший ніж товарний знак чи фірмове найменування» охоплює цілий спектр позначень, таких як символи, емблеми, логотипи і девізи, використовувани підприємством для вираження при здійсненні промислової чи комерційної діяльності визначеної індивідуальності щодо підприємства та продуктів чи послуг, що випускаються чи надаються цим підприємством.

2.09. *Пункт (2)(IV).* «Зовнішній вигляд продукту» включає упаковку, форму, колір, інші нефункціональні характерні риси зазначеного продукту. Змішування щодо промислового зразка, зареєстрованого чи ні, може підпадати під дію даного положення.

2.10. *Пункт (2)(V).* «Презентація продуктів чи послуг» включає, зокрема, рекламу. Змішування може, наприклад, виникнути в результаті надання інформації, яка стосується продуктів, послуг чи зв'язку між підприємством, що пропонує продукти і послуги, та іншими підприємствами, які випускають чи надають подібні продукти або послуги. Причиною змішування може бути також зовнішнє комерційне оформлення чи стиль торгових місць підприємства, що можуть створити враження про те, що продукти чи послуги пропонуються або надаються з дозволу підприємства, яке розробило зовнішнє комерційне оформлення чи стиль торгових місць.

2.11. *Пункт (2)(VI)* стосується так званих «рекламних прав», зв'язаних з добре відомими виконавцями, працівниками засобів масової інформації і спортсменами, а також іншими знаменитостями, і «прав на комерційне використання», пов'язаних з вигаданими героями літературних чи художніх творів. Ці права сто-

суються методів маркетингу, за допомогою яких підприємства в рамках отриманої ліцензії використовують протягом визначеного часу популярність чи славу, зв'язані з іменами чи образом, включаючи, наприклад, голос певних знаменитостей чи героїв, оскільки очікується, що подібне використання буде стимулювати споживчий попит на продукти чи послуги ліцензіата. Несанкціоноване використання імені чи образу може створити змішування або ризик змішування стосовно популярності або слави знаменитості чи героя.

**Висновки.** Поширення інформації, що вводить в оману, є одним із найпоширеніших видів недобросовісних дій, які вчиняються з метою досягнення неправомірних переваг у конкуренції. Згідно з річним звітом Антимонопольного комітету України за 2013 р. цей вид порушення становив 85 % від загальної кількості порушень у вигляді недобросовісної конкуренції суб'єктів господарювання<sup>1</sup>. Із введенням у 2008 р. до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» ст. 15-1 «Поширення інформації, що вводить в оману» та визнанням поширення інформації, що вводить в оману, актом недобросовісної конкуренції, запроваджено правові засади захисту від таких дій.

Наявність наміру викликати змішування не має значення для визначення того, чи є цей акт актом недобросовісної конкуренції. Крім того, змішування не обов'язково повинно відбутися фактично, оскільки імовірність змішування дає достатні підстави для пред'явлення звинувачення в недобросовісній конкуренції. Імовірність змішування має пагубні наслідки порівняно з фактичним змішуванням. Як правило, чим більш широко відома торгова марка, фірмове найменування чи інший розпізнавальний знак підприємства, тим більша імовірність змішування.

Як зазначено у ст. 10-bis(3)1 Паризької конвенції, змішування може бути створено «яким би то не було способом»<sup>12</sup>. У тих випадках, коли торгова марка, фірмове найменування чи інший розпізнавальний знак підприємства асоціюється у споживачів з визначеним комерційним джерелом чи походженням, будь-який акт, що створює чи може створити змішування щодо джерела чи походження, буде, як правило, вважатися актом недобросовісної конкуренції. Поняття «змішування» не слід, однак, обмежувати змішуванням стосовно комерційного джерела чи походження, варто включати в це поняття все, що могло б вказувати на діловий зв'язок, наприклад, між двома користувачами однієї і тої ж торгової марки чи схожих торгових марок (змішування щодо зв'язку). Крім того, у деяких випадках споживачі, не припускаючи, що продукти чи послуги походять з того самого джерела, можуть, проте, думати через їхню подібність, що використання торгової марки для зазначених продуктів і послуг було дозволено іншим підприємством.

Торгова марка слугує для відрізнення товарів чи послуг, пропонованих підприємством, від товарів чи послуг інших підприємств. Створення змішування щодо зареєстрованої торгової марки за допомогою використання ідентичної чи подібної торгової марки, як правило, забороняється конкретними положеннями закону про торгові марки. Оскільки з погляду споживачів, які постраждали в результаті змішування, не має значення, зареєстрована торгова марка чи ні, захист на підставі закону про недобросовісну конкуренцію повинен надаватися однаковою мірою зареєстрованим і незареєстрованим торговим маркам.

Активне використання торгових марок в Інтернеті, безумовно, приведе до створення специфічного тесту на порушення прав на торгові марки внаслідок імовірності їх змішування. Тест повинен відобразити ті реальні види діяльності в Інтернеті, яким правовласники хотіли б і могли протистояти, і реакцію користувачів на знаки при перегляді інтернет-ресурсів.

<sup>1</sup> Законодавство України у сфері інтелектуальної власності (Верховна Рада України, Комітет з питань науки і освіти) / упор. Г. О. Андрощук, М. М. Шевченко, Б. Г. Чижевський, С. В. Семенюк. – К.: Парламентське видавництво, 2013. – 704 с. – С. 283 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kno.rada.gov.ua/komosviti/doccatalog/document?id=60195>

<sup>2</sup> Там само. – С. 282.

<sup>3</sup> Blythe A. Confusion online: does the test for trade mark confusion on the Internet differ from that applied to infringement in other spheres? / A. Blythe // E.I.P.R. – 2014. – V. 36. – № 9. – P. 563–568.

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Trade mark infringement based on initial interest confusion in the UK : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2012/tm-infringement-iic>

<sup>6</sup> European Court of Justice: “Sabel/Puma” Decision: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.communitytrademark.org/miscellaneous/misc/misc-017.htm>

<sup>7</sup> Blythe A. Confusion online: does the test for trade mark confusion on the Internet differ from that applied to infringement in other spheres? / A. Blythe // E.I.P.R. – 2014. – V. 36. – № 9. – P. 563–568.

<sup>8</sup> Trade mark infringement based on initial interest confusion in the UK [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2012/tm-infringement-iic>

<sup>9</sup> Model provisions on protections against unfair competition. Articles and Notes. WIPO. – Geneva, 1996. – P. 66.

<sup>10</sup> Андрощук Г. О. Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції. Науково-практичне видання / Г. О. Андрощук, В. В. Шкляр. – К.: Юстініан, 2012. – 472 с. – С. 191–193.

<sup>11</sup> Звіт Антимонопольного комітету України за 2013 рік: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=103172&schema=main>

<sup>12</sup> Законодавство України у сфері інтелектуальної власності (Верховна Рада України, Комітет з питань науки і освіти) / упор. Г. О. Андрощук, М. М. Шевченко, Б. Г. Чижевський, С. В. Семенюк. – К.: Парламентське вид-во, 2013. – 704 с. – С. 283: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kno.rada.gov.ua/komosviti/doccatalog/document?id=60195>



#### Резюме

**Андрушук Г. О. Захист прав на товарні знаки (змішування) в Інтернеті: доктрина і правозастосовна практика ЄС.**

Розглянуто проблемні питання захисту товарних знаків від недобросовісної конкуренції–змішування (confusion) в Інтернеті. Проаналізовано загальні випадки змішування, обґрунтування змішування в законодавстві ЄС, доктрину первісного змішування в Інтернеті, можливість асоціації знаків в Інтернеті, правозастосовну практику ЄС. Даються рекомендації щодо застосування методичних підходів Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ).

**Ключові слова:** товарний знак, змішування, введення в оману, недобросовісна конкуренція, споживач.

#### Резюме

**Андрушук Г. А. Защита прав на товарные знаки (смешивания) в Интернете: доктрина и правоприменительная практика ЕС.**

Рассмотрены проблемные вопросы защиты товарных знаков от недобросовестной конкуренции-смешивания (confusion) в Интернете. Проанализированы общие случаи смешивания, обоснование смешивания в законодательстве ЕС, доктрину первоначального смешивания в Интернете, возможность ассоциации знаков в Интернете, правоприменительную практику ЕС. Даются рекомендации по применению методических подходов Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС).

**Ключевые слова:** товарный знак, смешивания, введения в заблуждение, недобросовестная конкуренция, потребитель.

#### Summary

**Androschuk G. Protection of trademarks (confusion) on the Internet: doctrine and law enforcement EU.**

Consider issues of protection of trademarks against unfair competition – confusion online. The common cases of confusion, blending justification in EU legislation, doctrine initial confusion of the Internet, the possibility association signs on the Internet, law enforcement EU. The recommendations on the use of methodological approaches of the World Intellectual Property Organization (WIPO).

**Key words:** trademark, confusion, misrepresentation, unfair competition, consumer.

УДК 347.77

### У. Б. АНДРУСІВ

*Уляна Богданівна Андрусів, кандидат юридичних наук, доцент Львівського державного університету в внутрішніх справах*

## ПЛАТФОРМИ ДИСТРИБУЦІЇ МОВЛЕННЄВОГО КОНТЕНТУ СУБ'ЄКТІВ ІНФОРМАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: КЛЮЧОВІ ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

До сфери правового впливу права інтелектуальної власності належить діяльність, яку здійснюють організації мовлення, потреба в охороні суб'єктивних прав яких зумовлена значним розширенням обсягів мовлення, розвитком супутникового і кабельного телебачення, мережі Інтернет та мобільної телефонії, а також інтенсивною конвергенцією комп'ютерних і телевізійних мереж, впровадженням цифрового телебачення і нелінійних послуг.

Функціонування цих суб'єктів інформаційної діяльності відображається через їхню діяльність, яку варто характеризувати як мовлення. Статтею 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» регламентовано, що мовлення – створення (комплектування та/або пакетування) і розповсюдження програм, пакетів програм, передач з використанням технічних засобів телекомунікацій для публічного приймання за допомогою побутових теле- та радіоприймачів у відкритий спосіб чи за абонентну плату на договірних засадах.

На наше глибоке переконання, наведена дефініція досить чітко і ґрунтовно характеризує сутність окресленого терміна, оскільки у ній немає вказівки на платформи дистрибуції мовного контенту, тобто знайшов відображення принцип технологічного нейтралітету, сутність якого полягає в тому, що правова охорона повинна надаватися незалежно від того, було розповсюдження програм (передач) організацій мовлення традиційним, чи ні.

Залежно від організаційно-технологічних особливостей розповсюдження програм, на законодавчому рівні закріплені такі види мовлення: супутникове, ефірне, кабельне, проводове, багатоканальне. Окрім наведених традиційних видів мовлення, Директивою 2007/65/ЄС закріплені види мовлення, які набули поширення з розвитком нових засобів телекомунікацій: потокове мовлення в режимі реального часу, Інтернет-мовлення та близько-до-відео-на-замовлення<sup>1</sup>.

З наведеного випливає, що мовлення може здійснюватися різними способами. На жаль, на законодавчому рівні не визначено понятійного апарату цієї правової категорії. З огляду на це, спробуємо дати наукове визначення цьому терміну: спосіб мовлення – розповсюдження програми (передачі) в загальнодоступній або закодованій формі, що здійснюється з використанням наземних станцій (ефірне мовлення), багатоканальних телемереж (багатоканальне мовлення), кабельних мереж (кабельне мовлення), телевізійних ретрансляторів,

розміщених на штучних супутниках землі (супутникове мовлення), мережі Інтернет (Інтернет мовлення), мереж мобільного зв'язку (мобільне мовлення) та інших телекомунікаційних засобів доставки сигналів, що несуть інформаційний контент на приймачі глядачів/слухачів.

Вважаємо доцільним з'ясувати особливості різновидів мовлення залежно від способів розповсюдження мовного контенту.

### *Традиційні способи розповсюдження інформаційного контенту.*

Історично першим з'явилося проводове мовлення. Законодавство не визначає понятійний апарат цього способу розповсюдження контенту. У Законі України «Про телебачення і радіомовлення» закріплена дефініція терміна «проводова мережа» – комплекс поєднаних у єдиному технологічному процесі споруд і технічних засобів, призначений для трансляції однієї чи кількох радіопрограм у штучному закритому середовищі (проводі) (ст. 1)<sup>2</sup>. З огляду на це, під проводовим мовленням слід розуміти систему звукового мовлення, у якій радіопроекти (звуки) передаються великій кількості слухачів за допомогою електричних коливань, що поширюються по проводових мережах.

Найпоширенішим видом мовлення є ефірне наземне мовлення, оскільки цей спосіб мовлення є найменш витратним. Принцип його здійснення простий: сигнал формується на телестудії, передається на ретранслятор, а звідти – на приймальні антени споживачів.

Ефірне мовлення – це мовлення, що здійснюється за допомогою засобів бездротового зв'язку, тобто радіохвилями або хвилями Герца, у тому числі через супутник, і яке робить інформаційний контент доступним телеглядачам.

Поряд з безкоштовним наземним мовленням у великих населених пунктах з високою концентрацією населення розвивається платне кабельне телебачення, яке надає населенню більший пакет каналів і низку додаткових послуг. Відмінність кабельного мовлення від ефірного полягає в технічних засобах доставки контенту: при ефірному передача здійснюється засобами бездротового зв'язку, а при кабельному – по дротах. Отже, під кабельним мовленням слід розуміти мовлення, яке здійснюється з використанням кабельних мереж.

Системний аналіз законодавчих положень дає підстави дійти висновку, що організації кабельного телебачення можуть виступати як творці програм (передач), так і користувачі контенту. У першому випадку йдеться про організації кабельного мовлення, а у другому – про провайдерів програмної послуги.

Організація кабельного мовлення, здійснюючи мовлення, створює програми (передачі) для подальшого розповсюдження. Вона несе відповідальність за усі питання, що виникають у процесі поширення інформаційного продукту.

Натомість провайдери програмної послуги не створюють власних передач, а лише здійснюють доставку контенту від організації мовлення до споживачів, що складається з транзиту сигналу по кабельних мережах і трансляції споживачам, тобто вони надають так звані програмні послуги. Такі організації є лише розповсюджувачами, їхня діяльність має суто технічний характер і є залежною від діяльності організацій мовлення. При цьому провайдери телекомунікацій не ініціюють інформаційне праворідношення, не вибирають та не впливають на зміст поширюваного контенту.

З огляду на це, вважаємо доцільним відмежовувати кабельне мовлення від провайдерських програмних послуг, які поширюються по кабельних мережах.

Альтернативою кабельному мовленню є супутникове мовлення. Супутникова технологія дає якісно і кількісно більше контенту, ніж ефірне та кабельне мовлення. Супутникова платформа дозволяє доставляти інформацію споживачам у будь-яку точку Землі.

Супутникове мовлення означає створення та розповсюдження теле- і радіопрограм від передавального центру до споживача через телевізійні ретранслятори, що розміщуються на супутниках.

Варто відзначити, що станом на січень 2015 р. супутникове телевізійне мовлення здійснювали 101 компанія, радіомовлення – 3<sup>3</sup>. Невиконання державної програми із запуску та введення в експлуатацію вітчизняного супутника зв'язку за технологією DTH (DirecttoHome) «Либідь» змушує вітчизняні організації мовлення орендувати потужності закордонних супутникових мереж.

У розумінні Модельного закону № 11-11 держав-учасниць СНД, супутник – низькоорбітальний або геостационарний космічний апарат, використовуваний для прийому інформації з метою її подальшої ретрансляції (ст. 2)<sup>4</sup>. Міжнародний Союз електрозв'язку розрізняє два види супутників телевізійного зв'язку: супутники фіксованої служби та супутники безпосереднього (прямого) мовлення.

Супутники першого виду передають сигнали до однієї або декількох наземних приймальних станцій, при цьому ці сигнали широкій публіці не доступні. Вони зазвичай призначені для мереж приймачів, що обслуговуються провайдерами або організаціями мовлення, які потім розповсюджують ці сигнали споживачам. З огляду на це, передача сигналу супутником фіксованої служби не є мовленням.

Сигнали, що випромінюються супутниками другого типу, можуть прийматися на землі в індивідуальному порядку за допомогою параболічних антен, без участі наземних станцій. Безсумнівно, що передача програм за допомогою супутників прямого мовлення багато в чому аналогічна звичайній наземній ретрансляції.

Під супутниковим прямим мовленням слід розуміти мовлення, при якому передача телевізійних програм на приймальне обладнання споживачів (параболічні антени), здійснюється безпосередньо за допомогою супутника зв'язку.

Як зазначалось, сигнали з супутників передаються не лише безпосередньо на клієнтське обладнання, але і в кабельні мережі. При цьому важливо зважати на те, що супутникові мовники, які «спілкуються» з спо-

живачем через кабельні мережі, повинні отримати другу ліцензію на кабельне мовлення, оскільки у таких випадках йдеться не про мовлення з супутникової платформи, а про використання супутника як технології донесення сигналу.

Окрім того, знову ж таки видається доцільним розрізняти діяльність організацій супутникового мовлення, які створюють власні програми та використовують супутникові мережі як платформи дистрибуції, та діяльність провайдерів програмної послуги з використанням супутникової ємності, які надають програмні послуги, ретранслюючи при цьому виключно програми (передачі) інших мовників. За таких умов, за наповнення та зміст контенту відповідальність несе організація мовлення.

Національне законодавство залишає неврегульованим питання узаконення діяльності на території України дистрибуторів програм, якими слід вважати суб'єктів господарювання, що здійснюють діяльність у сфері мовлення, яка полягає у відчуженні прав організацій мовлення на програми (передачі) вітчизняним організаціям мовлення та/або провайдерам телекомунікацій (кабельних, супутникових) для подальшого використання. Без вирішення цієї проблеми суб'єкти інформаційної діяльності здійснюватимуть діяльність поза правовим полем.

#### ***Різновиди платформ дистрибуції програм (передач) організацій мовлення в цифрову епоху.***

На ринок мовлення, окрім вже існуючих традиційних гравців, завдяки фіксованим або мобільним платформам, виходять нові учасники. До них належать організації мобільного мовлення та провайдери, які надають програмні послуги з використанням мереж мобільного зв'язку (технології MobileWiMAX).

Мобільні телефони вже давно перетворилися із засобу зв'язку на багатофункціональні мультимедійні пристрої. Однією з найбільш перспективних VAS-послуг є мобільне мовлення, під яким слід розуміти телевізійне мовлення, здійснюване з використанням базових станцій, розташованих на обслуговуваній території (мобільних телекомунікаційних мереж), для утворення мобільної структури доступу програм на портативні пристрої споживача, включаючи мобільні телефони.

Впровадження стандартів мобільного мовлення (DVB-H, DVB-SH) дозволило транслювати контент наживо безпосередньо на мобільні портативні пристрої. Тепер немає ніяких обмежень – дивитись телевізійні програми (передачі) можна де завгодно й коли завгодно. Матеріалами, що розповсюджуються передавачем мобільного телебачення, можуть бути програми організацій ефірного, кабельного, супутникового мовлення, а також контент з Інтернету.

На жаль, на законодавчому рівні відсутнє будь-яке нормативне регулювання стосовно розповсюдження мультимедійного продукту за допомогою мобільних мереж, що призводить до неконтрольного використання суб'єктами інформаційної діяльності результатів діяльності авторів та суб'єктів суміжних прав. Безперечно, ця прогалина повинна бути усунена законодавцем, оскільки подальше легальне використання розглядуваного способу мовлення створить передумови для чергового етапу розвитку охорони прав організацій мовлення.

Сьогодні існує три основних напрями розвитку мовлення: телебачення високої чіткості, інтерактивне мовлення та мультимедійні послуги.

Під телебаченням високої чіткості (High-definition television) ми розуміємо телебачення з роздільною здатністю значно більшою за аналогові стандарти, широкоформатним зображенням та цифровим звуком. Для передачі сигналу HDTV здебільшого використовують технології цифрового мовлення (DVB). Цей термін не є сталим, оскільки підлягає застосуванню щодо наявного стандарту чіткості.

Нові досягнення спостерігаються також у сфері інтерактивного мовлення, яким є мовлення, яке здійснюється з використанням зворотного зв'язку від споживача програмного наповнення до його розповсюдвача. Інтерактивне телебачення надає глядачеві необмежені можливості активної участі в телепередачах. Суть зводиться до того, що людина по той бік екрану може вплинути не лише на хід передачі у прямому ефірі, а й на розвиток сюжету.

За допомогою інтерактивного мовлення телеглядач отримує доступ до додаткових інформаційних ресурсів. До прикладу, переглядаючи матч, він може водночас ознайомитися зі складом учасників, купити квитки та сувеніри, довідатися про коментаторів, прочитати спортивні новини.

Існує два типи інтерактивних телевізійних послуг: місцеві, де інформація зберігається у приймачі (наприклад, телетекст); віддалені – інформація надсилається провайдеру через зворотний канал (відео за запитом, сплата за перегляд кожної передачі, двосторонні програми).

Окрім того, в Україні дуже швидко почали приживатися нові мультимедійні стандарти передачі контенту – IPTV (Internet Protocol Television), OTT (Over The Top Television) та HbbTV (Hybrid broadcast broadband). На жаль, серйозним бар'єром для широкого й швидкого поширення цих послуг є законодавча неврегульованість.

З огляду на те, що окрім традиційних платформ дистрибуції мовного контенту, найбільшого розповсюдження набуло Інтернет-мовлення, питання про забезпечення належного рівня охорони прав організацій мовлення у цій сфері набуло особливої значимості.

Передусім відзначимо, що глобальна мережа Інтернет – передове досягнення телекомунікаційних технологій сьогодення. Значущість комп'ютерної мережі полягає у тому, що вона є важливим джерелом отримання і поширення інформації. Адже фактично будь-який об'єкт як авторського права, так і суміжних прав може бути перенесений у «віртуальний простір».

На жаль, доводиться констатувати, що сьогодні в Україні немає жодного нормативно-правового акта, який би на достатньому рівні забезпечував регулювання відносин, пов'язаних із web-мовленням, розповсюдженням інформації в українському сегменті Інтернет, у тому числі з використанням перетворених у циф-

рову форму програм (передач) організацій мовлення, що своєю чергою, як слушно відзначається в літературі, «гальмує розвиток нових правовідносин»<sup>5</sup>.

Із збільшенням кількості користувачів мережі Інтернет ця сфера стала привабливою і для організацій мовлення, які транслюють у мережі в режимі реального часу свої програми та передачі. Як слушно відзначається фахівцями, Інтернет є альтернативною платформою мовлення<sup>6</sup>. З огляду на це, практично усі провідні телевізійні та радіокомпанії інтегруються в Інтернет. Національний реєстр електронних інформаційних ресурсів налічує 17 назв сайтів, що стосуються телебачення, 23 – радіо і 66 – винятково мережевих видань<sup>7</sup>.

Під Інтернет-ЗМІ слід розуміти регулярно оновлювані веб-сторінки, на яких розміщується інформаційний контент для перегляду/прослуховування публікою.

Серед цивілістів немає єдиного трактування щодо того чи вважати веб-сайт ЗМІ чи Інтернет-ЗМІ є лише одним з різновидів сайтів мережі. Поширеним є погляд, що веб-ресурсам вітчизняного сегмента Інтернет надається статус ЗМІ<sup>8</sup>. Однак існують думки, що спростовують цю позицію<sup>9</sup>.

На законодавчому рівні правовий статус інформаційних джерел у мережі Інтернет теж не визначений. Єдиним документом, у якому міститься вказівка на необхідність реєстрації інформаційних ресурсів у мережі Інтернет як ЗМІ, є Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи».

Звернувшись до зарубіжного досвіду, зауважимо, що у США Верховний суд штату Нью-Йорк прийняв рішення, згідно з яким усі Інтернет-сайти, незалежно від їхнього змісту та професійного рівня, вважаються ЗМІ<sup>10</sup>.

Інтернет-ЗМІ мають суттєві відмінності від традиційних ЗМІ, що відображається як в поданні контенту, так і в концептуальних засадах роботи з інформацією. На відміну від організацій мовлення, основною метою діяльності яких є створення та розповсюдження мовного контенту, Інтернет є технологією організації мережевих ресурсів, яка базується на цифровому способі передачі даних між комп'ютерами світу. З огляду на це, викликає великі сумніви коректність віднесення веб-сайтів та інших інформаційних ресурсів Інтернету до ЗМІ.

Неврегульованим на законодавчому рівні залишається питання ліцензування та легітимації Інтернет-ЗМІ. Звернувшись до європейського досвіду, відзначимо, що Резолюцією Парламентської Асамблеї Ради Європи «Індикатори становища ЗМІ в умовах демократії» зафіксовано, що ЗМІ, які використовують Інтернет-технології, не зобов'язані мати державну ліцензію або реєстрацію<sup>11</sup>. Нам цілком імпонує ця позиція.

Необхідно також враховувати, що окрім організацій, які є аналогами існуючих традиційних ЗМІ, тобто здійснюють мовлення в ефір або по кабелю, а також з використанням Інтернету (до прикладу, сайт телеканалу), існують організації, які спеціально створені для трансляції власного мультимедіа в Мережі (до прикладу, сайт <http://www.hromadske.tv/>).

Організація мережевого мовлення – особа, яка бере на себе ініціативу і несе відповідальність за передачу публіці звуків або/та зображень, або їх відображень, а також за монтаж і час розміщення контенту у цифровій формі в Інтернеті.

Під мережевим мовленням слід розуміти надання користувачам доступу до медіа-контенту як записаного організацією мовлення, так і в режимі реального часу, шляхом передачі через комп'ютерну мережу. Такі передачі є «мережевим мовленням», якщо засоби декодування надаються користувачеві організацією мережевого мовлення або з її згоди.

Безліч позитивних моментів, що виникають у зв'язку із розростанням комп'ютерних мереж, практично врівноважуються наявністю низки проблем, які слід вирішувати шляхом удосконалення законодавчих приписів.

Так, з метою запобігання неправомірного використання іншими особами програм (передач), які одночасно з наземними та кабельними платформами транслюються в мережі Інтернет, необхідно запровадити у законодавстві механізм правового регулювання сімюлькастінгу (практика мовлення на території більш ніж одного середовища).

Наглядним при цьому є використання досвіду ВОІВ. Так, п. 3 Робочого документу по альтернативним і необов'язковим рішенням у зв'язку з охороною мережевого мовлення передбачено необхідність розширення охорони прав організацій ефірного мовлення на їхні власні передачі на одночасне і незмінне мережеве мовлення («одночасне мовлення»)<sup>12</sup>. Ця позиція ґрунтується на юридичних методах асиміляції одночасного мовлення в ефірне мовлення. Вбачаємо за доцільне відобразити ці положення у національному законодавстві.

Окрім того, практика розповсюдження програм та передач організацій ефірного мовлення та наземних радіостанцій у мережі Інтернет викликала стурбованість щодо охорони та захисту суб'єктивних прав суб'єктів авторського права та суміжних прав. Вважаємо, що розміщення об'єктів авторського права і/або суміжних прав в телекомунікаційних мережах, зокрема, в мережі Інтернет, не змінює існуючих положень про їхню охорону, які задекларовані Законом про авторське право. Отже, норми, що регулюють відносини, які виникають у реальному світі (поза мережею – оф-лайн), поширюються на відповідні відносини у віртуальному просторі (у мережі – он-лайн).

Підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що сьогодні як на міжнародному, так і на національному рівнях існують значні труднощі щодо адекватного регулювання відносин мовлення на різноманітних платформах дистрибуції інформаційного контенту.

Беручи до уваги законодавчу неврегульованість окремих видів мовлення, «прогресивні» суб'єкти змушені здійснювати свою діяльність поза межами правового поля. Враховуючи це, нарізла потреба в удоско-

наленні законодавчих приписів у досліджуваній сфері, що, у свою чергу, прискорить процес впровадження новітніх технологій мовлення.

<sup>1</sup> Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities // Official Journal of the European Union. L 332. – 18.12.2007. – P. 27–45.

<sup>2</sup> Про телебачення і радіомовлення : Закон України від 21 грудня 1993 р. № 3759-ХІІ (в редакції від 12 січня 2006 р. № 3317-ІV 18. – Ст. 155.

<sup>3</sup> Звіт Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення за 2014 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nrada.gov.ua>

<sup>4</sup> О модельном законе «О трансграничном спутниковом телевизионном и радиовещании и международном спутниковом информационном обмене» : Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ от 15 июня 1998 р. № 11-11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.spravka-jurist.com/base/part-xq/tx\\_essmpy.htm](http://www.spravka-jurist.com/base/part-xq/tx_essmpy.htm)

<sup>5</sup> Аляб'єва Н. В. Договір про надання послуг у мережі Інтернет : автореф. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Н. В. Аляб'єва. – Х., 2010. – 18 с. – 12 с.

<sup>6</sup> Оганджян С. Проблемы этического регулирования Национального общественного радио США в новейшей технологической среде [Электронный ресурс] / Сатин Оганджян // Законодательство и практика масс-медиа. – 2010. – № 3. – Режим доступа : <http://www.medialaw.ru/publications/zip/185/2.htm>

<sup>7</sup> Козьяков Д. Масова інформація в мережі Інтернет: правові аспекти / Дмитро Козьяков // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2010. – № 1. – С. 120–123. – 120 с.

<sup>8</sup> Красноступ Г. М. Правове регулювання Інтернет-засобів масової інформації / Г. М. Красноступ // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 3 (101). – С. 82–87. – 84 с.; Новицький А. М. Сучасне правове становище засобів масової інформації, що здійснюють діяльність у мережі Інтернет / А. М. Новицький, П. С. Ріппа // Правова інформатика. – 2010. – № 1 (25). – С. 30–34. – 32 с.

<sup>9</sup> Бурило Ю. Правовий режим веб-сайту як засобу масової інформації в Україні / Юрій Бурило // Юридична Україна. – 2011. – № 12. – С. 26–30. – 29 с.

<sup>10</sup> Мацкевич О. Правовий статус Інтернет-ЗМІ / Ольга Мацкевич // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2011. – № 1. – С. 28–36. – 28–29 с.

<sup>11</sup> Баранов О. А. Правове регулювання ЗМІ, що використовують Інтернет-технології / О. А. Баранов // Правова інформатика. – 2012. – № 2 (34). – С. 28–38. – 35 с.

<sup>12</sup> Working paper on alternative and non-mandatory solutions on the protection relation to webcasting. Prepared by the Chair of the Standing Committee on Copyright and Related Rights SCCR/12/5 Prov. [Electronic resource] / Standing Committee on Copyright and Related Rights. – 12<sup>th</sup> Session Geneva, April 13, 2005. – Mode of access : [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_12/sccr\\_12\\_5\\_prov.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_12/sccr_12_5_prov.pdf)

## Резюме

**Андрусів У. Б. Платформи дистрибуції мовленнєвого контенту суб'єктів інформаційної діяльності: ключові питання правової охорони.**

У цій статті досліджуються питання, пов'язані з правовою охороною способів розповсюдження контенту суб'єктів інформаційної діяльності.

Оскільки на законодавчому рівні належна охорона надається лише традиційним платформам дистрибуції контенту, запропоновано легалізувати способи розповсюдження програм (передач) організацій мовлення з використанням засобів мобільної телефонії, мережі Інтернет і зворотного зв'язку.

**Ключові слова:** мовлення, способи розповсюдження програм, Інтернет-мовлення, мобільне мовлення, інтерактивне мовлення, правова охорона.

## Резюме

**Андрусів У. Б. Платформы дистрибуции вещательного контента субъектов информационной деятельности: ключевые вопросы правовой охраны.**

В этой статье исследуются вопросы, связаны с правовой охраной способов распространения контента субъектов информационной деятельности.

Поскольку на законодательном уровне надлежащая охрана предоставляется лишь традиционным платформам дистрибуции контента, предложено легализовать способы распространения программ (передач) организаций вещания с использованием средств мобильной телефонии, сети Интернет и обратной связи.

**Ключевые слова:** вещание, способы распространения программ, Интернет-вещание, мобильное вещание, интерактивное вещание, правовая охрана.

## Summary

**Andrusiv U. Platforms for distribution of broadcast content subjects of information activity: the key issues of legal protection.**

This article investigates the issue of dissemination content subjects of information activities legal protection methods.

As in law proper protection should be granted only to traditional content distribution platforms, it suggested ways to legalize software distribution (transmission) of broadcasting organizations with the use of mobile telephony, the Internet and podcast.

**Key words:** broadcasting, ways to share applications programs, webcasting, mobile broadcasting, interactive broadcasting, legal protection.

**Л. Л. ТАРАСЕНКО**

*Леонід Леонідович Тарасенко, кандидат юридичних наук, викладач юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка, адвокат*

## **ЗАХИСТ АВТОРСЬКИХ ПРАВ: ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ**

Актуальність наукового дослідження зумовлена тим, що справи щодо захисту авторських прав мають процесуальні особливості розгляду. Проте в чинному законодавстві України небагато правових норм безпосередньо присвячені особливостям судового розгляду справ вказаної категорії (винятком є норми процесуальних кодексів щодо забезпечення позову до подання позовної заяви). Крім того, навіть ці норми не позбавлені недоліків.

У науковій літературі відсутні монографічні дослідження щодо процесуальних особливостей розгляду справ щодо захисту авторських прав, натомість досить багато уваги приділено матеріально-правовим аспектам захисту авторських прав, зокрема, Г. В. Чурпіта «Авторське право на твори образотворчого мистецтва» (Х., 2003), Є. А. Греков «Авторське право на твори архітектури» (К., 2007), О. М. Пастухов «Авторське право у сфері функціонування всесвітньої інформаційної мережі Інтернет» (К., 2002), С. М. Клейменова «Авторські правовідносини як форма реалізації правомочностей суб'єктів авторського права» (К., 2004) та інші. Оскільки жодне із вказаних наукових досліджень не було присвячене вивченню проблем судового розгляду спорів щодо захисту авторських прав, винятком є дисертаційне дослідження О. О. Штефан на тему: «Позовне провадження у справах з авторських і суміжних правовідносин у цивільному судочинстві України» (К., 2000), однак воно здійснювалося п'ятнадцять років тому, а відтоді відбулися значні зміни як у матеріально-правовому регулюванні досліджуваних відносин (у 2001 році був викладений у новій редакції Закон України «Про авторське право і суміжні права», у подальшому були внесені численні зміни до нього), так і в процесуальному (прийнято новий Цивільний процесуальний кодекс України, 2004 р.). Крім того, позиції вищих судових інстанцій щодо розгляду і вирішення спорів щодо авторського права також були суттєво оновлені впродовж останніх років.

**Метою цієї статті** є здійснення аналізу правових норм, які визначають процесуальні особливості захисту авторських прав, здійснення аналізу теоретичних позицій і судової практики, а також висунення пропозицій для вдосконалення правового регулювання цих відносин.

Процесуальне законодавство, а саме Цивільний процесуальний кодекс України та Господарський процесуальний кодекс України, містять норми, які є однаковими для всіх категорій судових справ у межах відповідного виду судочинства та/або виду провадження. Водночас справи щодо захисту авторських прав мають певну специфіку їх розгляду (щодо виду судочинства, суб'єктного складу учасників процесу, забезпечення позову, доказування тощо).

Справи щодо захисту авторських прав можуть розглядатися судами в рамках або цивільного, або господарського судочинства. Відповідно до п. 3 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 04.06.2010 р. № 5 «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» при визначенні судової юрисдикції судам слід мати на увазі, що відповідно до ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» автором вважається фізична особа, яка своєю творчою працею створила твір, і у зв'язку з цим усі спори щодо визнання авторства на твір належать розгляду в порядку цивільного судочинства, у тому числі в разі набуття юридичною особою права суб'єкта права інтелектуальної власності на твір, який створений у зв'язку з виконанням трудового договору (ч. 2 ст. 429 ЦК України) або який створено за замовленням (ч. 2 ст. 430 ЦК України). Натомість, як надалі слушно наголошує Верховний Суд України, при визначенні судової юрисдикції інших категорій справ щодо захисту авторського права судам слід виходити з положень статей 3 та 15 Цивільного процесуального кодексу України, статей 1 та 12 Господарського процесуального кодексу України, а саме – в порядку цивільного судочинства підлягає вирішенню спір за участю фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності, якщо цей спір виник не у зв'язку зі здійсненням нею господарської діяльності.

Вищий господарський суд України також висловив позицію щодо юрисдикції господарських судів у цій категорії справ. Зокрема, у п. 1.3. Постанови Пленуму Вищого господарського суду від 17.10.2012 р. № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» зазначено, що господарським судам підвідомчі справи у спорах, пов'язаних з використанням у господарському обороті об'єктів інтелектуальної власності, коли склад учасників спору відповідає приписам статті 1 Господарського процесуального кодексу України, а саме до кола підвідомчих господарському суду спорів слід відносити й спори, пов'язані з визнанням недійсними документів, які засвідчують право на об'єкти інтелектуальної власності (свідоцтва, патенти), стосуються питань права власності на відповідні об'єкти і за своїм характером є цивільно-правовими чи господарсько-правовими й не належать до числа публічно-правових спорів.

Таким чином, основним критерієм розмежування цивільного та господарського виду судочинства при розгляді цієї категорії справ є суб'єктний склад правовідносин, а саме, якщо учасником процесу є автор (яким може бути лише фізична особа), то такий спір повинен вирішуватися за правилами цивільного судочинства.

Більше того, слід також зважати на характер спору, який виникає між сторонами, що теж має значення для правильного визначення підвідомчості справи. Наприклад, Державною службою інтелектуальної власності України за бажанням автора може здійснюватися реєстрація авторських прав. Відтак, якщо при цьому виникає спір, і відповідачем у справі може виступати Державна служба інтелектуальної власності України, цей спір не підлягає розгляду адміністративними судами, оскільки характер спору є цивільним, бо здійснюється захист цивільних прав та інтересів суб'єктів, а не вирішуються питання про порушення в сфері публічно-правових відносин. На це також наголошує і Верховний Суд України (ч. 3 п. 4 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 04.06.2010 р. № 5 «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав»).

Справи, пов'язані із захистом авторських прав, розглядаються судами в порядку позовного провадження (як в цивільному, так і в господарському судочинстві) за загальними правилами підсудності. Слід наголосити, що у цій категорії справ немає альтернативної підсудності (тобто підсудності за вибором позивача), і такі спори розглядаються за місцем проживання (місцезнаходженням) відповідача. Вважаємо, що такий підхід не є правильним, оскільки відповідач у разі пред'явлення до нього позову перебуває у більш вигідному становищі, ніж позивач, зважаючи на те, що нерідко позивачеві доводиться долати до суду, який розглядає справу, чималу відстань, нести витрати на проживання, харчування в іншому населеному пункті тощо. Навіть незважаючи на те, що в разі задоволення позову витрати, пов'язані з розглядом справи (якщо вони будуть документально підтверджені), покладатимуться судом на відповідача, позивач несе додаткові незручності, пов'язані із захистом свого порушеного авторського права, і більше того, ці витрати треба буде ще стягнути.

У зв'язку з цим вважаємо, що законодавчий підхід до вирішення цього питання, що був закріплений у Цивільному процесуальному кодексі УРСР (ч. 1 ст. 126), і який надавав позивачеві право обрати підсудність справи, пов'язаної із захистом свого авторського права, необхідно повернути у чинний Цивільний процесуальний кодекс України.

Судовий збір у справах щодо захисту авторського права сплачується позивачем на загальних засадах і відповідності до процесуального законодавства та Закону України «Про судовий збір». Знову ж таки, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 4 Декрету Кабінету Міністрів України від 21 січня 1993 року № 7-93 «Про державне мито» (який діяв до набрання чинності Законом України «Про судовий збір») позивачі були звільнені від сплати державного мита за позовами, що випливають з авторського права. На нашу думку, позивачі цієї категорії справ не повинні мати привілеїв щодо сплати судового збору з огляду на те, що судовий збір – це збір за подання позову (заяви) до суду, і цей судовий спір виникає між двома рівними суб'єктами правовідносин (і в даному випадку зазвичай немає так званої «слабкої» сторони, наприклад, як працівник в трудовому спорі). Відтак зміни у законодавчому регулюванні сплати судового збору позивачами, які звертаються за захистом свого порушеного авторського права, є виправданими та доцільними.

До осіб, які беруть участь у справах щодо захисту авторських прав, належать сторони, треті особи, представники сторін і третіх осіб, прокурор, органи та особи, які можуть звертатися до суду на захист прав та інтересів інших осіб. Для з'ясування питання про учасників судового процесу у вказаній категорії справ, слід визначити, хто є суб'єктами вказаних матеріальних правовідносин. Слушно зазначає С. М. Клейменова, що суб'єктами авторських правовідносин є власники суб'єктивних прав і носії обов'язків, що зв'язані зі створенням і використанням творів науки, літератури і мистецтва, крім того, спадкоємці автора набувають комплекс авторських правомочностей на підставі спадкування за законом чи за заповітом, а інші правонаступники отримують авторські правомочності в силу укладених з ними авторських договорів самим автором, або з його спадкоємцям<sup>1</sup>. Дещо простіше про учасників матеріальних правовідносин висловлюється Г. О. Ульянова, яка відзначає, що первинним суб'єктом авторських прав є автор, а похідними суб'єктами авторського права можуть виступати юридична особа, з якою автор перебуває у трудових відносинах, та інші особи, які на підставі договору або закону набули авторські майнові права<sup>2</sup>. Таким чином, у матеріальних правовідносинах суб'єктами авторського права є автор і інші особи, які набувають майнові права автора на підставі договору або закону.

Водночас в процесуальних правовідносинах учасниками судового розгляду крім вказаних суб'єктів можуть бути і інші особи, наприклад, порушники авторських прав (на думку, позивача), які, зокрема, не пов'язані з автором (чи іншими суб'єктами авторського права) договірними відносинами. Характерною ознакою осіб, які беруть участь у справі з авторських правовідносин, є наявність у них заінтересованості в наслідках розгляду судом справи. Це зумовлено тим, що вони є учасниками матеріального спору, і тому їх заінтересованість у справі носить і матеріально-правовий, і процесуально-правовий характер. Однак інколи до суду звертаються особи, які не є учасниками матеріальних правовідносин, зокрема, організації колективного управління, тому вони не є позивачами, оскільки звертаються до суду в порядку, передбаченому статтею 45 Цивільного процесуального кодексу України, за захистом не своїх прав, а – прав суб'єктів авторського права (які і є позивачами). Тому заінтересованість організації колективного управління має виключно процесуальний характер.

Сторонами у справі є позивач та відповідач, між якими виник спір. Як вказує О. О. Штефан, сторонами у цій категорії справ є заінтересовані особи по справі, спір між якими про авторське право виступає предметом розгляду і вирішення суду та з приводу яких є припущення, що вони є суб'єктами таких спірних чи

порушених правовідносин<sup>3</sup>. Досить цікаве визначення сторін у даних правовідносинах, яке заслуговує на увагу, оскільки, справді, спір між сторонами існує, і цей спір передано на розгляд суду.

У досліджуваній категорії справ можливою є і процесуальна співучасть, як на стороні позивача, так і стороні відповідача. Співучасть може бути як обов'язковою (але тільки на стороні відповідача), так і факультативною. Наприклад, кілька співпозивачів можуть брати участь у справі у разі співавторства, а кілька співвідповідачів – у разі, якщо вимогу пред'явлено до особи, яка здійснила плагіат, і друкованого видання, яке цей плагіат надрукувало.

У справах про захист авторського права позивачами є автори творів, їх спадкоємці та особи, які набули права на твори відповідно до договору чи закону (суб'єкти авторського права), а також інші заінтересовані особи, які мають право в разі смерті автора та за відсутності уповноваженої ним особи звернутися до суду з позовом про охорону недоторканності твору.

За загальним правилом відповідачем є особа, яка, на думку позивача, порушила його право. Цей факт буде встановлено судом під час розгляду справи і ухвалення рішення, і якщо суд дійде до висновку про підставність вимог позивача, позов підлягає до задоволення. Як наголошує Вищий господарський суд України у п. 33 Постанови Пленуму Вищого господарського суду від 17.10.2012 р. № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» якщо організація, яка здійснює видавничу діяльність і надала друкарні оригінал-макет твору для друкування книжки, порушила права автора твору, належним відповідачем виступатиме саме така організація, але не друкарня, що здійснювала лише технічне сприяння у створенні книжки. Тому в даному випадку слід розмежувати видавничу діяльність як діяльність, яка має організаційно-творчий характер, стосується господарсько-виробничої діяльності видавців, яка спрямована на підготовку і випуск у світ видавничої продукції, і типографську діяльність як діяльність суто технічно без творчого характеру. Саме тому друкарня як юридична особа не може виступати відповідачем у справах про захист авторського права. Однак якщо друкарня з власної ініціативи перевищить замовлений тираж твору, то вона нестиме відповідальність за порушення авторського права.

Ще одним випадком коли друкарня може бути відповідачем є тоді, коли видавець одночасно технічно забезпечує і друк відповідних творів, в яких йдеться про порушення авторських прав. Тоді видавець (і друкарня водночас) виступатиме відповідачем у спорі.

Також варто наголосити, що відповідно до ч. 2 ст. 19 Закону України «Про авторське право і суміжні права» виключні майнові права на використання друкованого засобу масової інформації у цілому належать видавцеві, а не редакції газети. Згідно зі статтею 7 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» редакція має право виступати засновником (співзасновником), видавцем, розповсюджувачем.

Під час розгляду спорів щодо порушення, на думку позивача, авторських прав в мережі Інтернет, слід враховувати наступне. У вирішенні відповідних спорів слід встановити, чи перебуває веб-сайт та розміщена на ньому інформація в розпорядженні особи, якій пред'явлено позовні вимоги, а також чим підтверджується факт порушення нею авторського права. Дані щодо власника веб-сайту можуть бути витребувані судом відповідно до положень пункту 4 статті 65, статті 38 ГПК у адміністратора системи реєстрації та обліку доменних імен і адрес українського сегменту мережі Інтернет. На це наголошує Вищий господарський суд України у п. 46 Постанови Пленуму Вищого господарського суду від 17.10.2012 р. № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності».

Однак, на нашу думку, у позивача можуть бути певні труднощі на попередньому етапі, тобто на стадії звернення до суду. Оскільки без цієї інформації позивач не зможе вказати, хто є відповідачем по справі. Тому, справді, якщо є необхідність в процесі судового розгляду уточнити особу відповідача, а позивач не володіє вказаною інформацією (при цьому представить відповідні докази, що він намагався отримати таку інформацію, але не зміг через певні об'єктивні труднощі, саме такий порядок вимагає ЦПК України у ст. 137), є можливість подати відповідне клопотання до суду про витребування доказів (це право встановлене для позивача як в порядку цивільного, так і господарського судочинства). Натомість на момент звернення до суду позивач може такою інформацією не володіти, що фактично унеможлиблює подання позову без відповідача (особливо в тих випадках, коли твір, авторство на який належить позивачеві, передруковано на Інтернет-сайті без вказівки автора, а на самому сайті не вказано, хто його адмініструє. Такі випадки часто мають місце на веб-сайтах, на яких без дозволу авторів розміщені тексти підручників, монографій тощо).

Звертаємо також увагу на те, що сам по собі факт розміщення на сайті відповідача твору, тотожного об'єктові інтелектуальної власності, майнові права на який належать позивачу, свідчить про факт порушення таких прав відповідачем за умови, що останнім не подано суду доказів на підтвердження правомірності розміщення ним на своєму сайті спірного об'єкта інтелектуальної власності. Відтворення такого об'єкта з іншого сайту без підтвердження правомірності використання об'єкта інтелектуальної власності не може бути підставою для звільнення відповідача від відповідальності.

Наголошуємо, що належним відповідачем у справі про захист авторського права є особа, яка своїми діями порушила особисті немайнові чи майнові права суб'єктів авторського права. При цьому види порушень авторського права наведені в статтях 50 та 52 Закону України «Про авторське право та суміжні права», а як співвідповідачі можуть залучатися кілька осіб, які, залежно від характеру порушення майнових прав суб'єкта авторського права і суміжних прав, несуть солідарну або часткову відповідальність, на що наголошують і вищі судові інстанції у своїх роз'ясненнях.

Процесуальне законодавство містить вимоги щодо того, що кожна сторона зобов'язана довести підставність своїх вимог і заперечень, тобто йдеться про обов'язок доказування. В цивільних справах за загаль-



ним правилом ці дані встановлюються на підставі пояснень сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків, показань свідків, письмових доказів, речових доказів, зокрема звуко- і відеозаписів, висновків експертів. Про це зазначено у ст.57 ЦПК України. У господарському процесі показання свідків як доказ не застосовуються. У справах щодо захисту авторських прав позивач повинен довести належність йому авторського права та права на його захист, а також факт використання об'єктів даних прав відповідачем. Тобто позивач перш за все повинен довести наявність в нього права на позов, довести наявність спірних матеріальних правовідносин, які виникли з авторських прав (майнових чи особистих немайнових прав).

Проте, як слушно наголошує Вищий господарський суд України, який у п. 29 Постанови Пленуму Вишого господарського суду від 17.10.2012 р. № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» у випадках коли права автора засвідчено свідоцтвом, виданим в установленому порядку уповноваженим органом, власник майнових прав інтелектуальної власності на твір, які було передано на зазначений у свідоцтві твір, звільняється від доведення належності йому відповідних прав, і в таких випадках обов'язок доведення належності цих прав іншій особі, ніж та, що зазначена у свідоцтві, покладається на відповідача. Варто зазначити, що в даному випадку позивач все ж виконує свій обов'язок по доказуванню факту наявності в нього авторського права, представляючи суду відповідне свідоцтво, яке і засвідчує наявність в позивача авторських прав, однак наявність свідоцтва вже, своєю чергою, звільняє позивача від необхідності подання інших доказів для підтвердження вказаного факту.

Також позивачеві досить часто слід довести, що спір стосується саме об'єкту, який є об'єктом авторського права. У вирішенні питань про те, чи є конкретний результат об'єктом авторського права, слід враховувати, що за змістом статей 421, 433, 435 ЦК України, статей 7 і 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» в їх взаємозв'язку таким є лише той результат, який створено творчою працею і доки не доведено інше, результат інтелектуальної діяльності вважається створеним творчою працею, відтак відповідач повинен доводити відсутність творчого характеру у відповідного результату діяльності.

Відповідач теж зобов'язаний доводити свої заперечення під час судового розгляду, зокрема, він повинен довести додержання ним вимог ЦК України і Закону України «Про авторське право і суміжні права» при використанні ним твору, в іншому разі він визнається порушником авторського права, і для нього настають негативні наслідки, передбачені цими законодавчими актами. Крім того, відповідач повинен спростувати визначену цивільним законодавством презумпцію винного заподіяння шкоди (статті 614, 1166 ЦК України). Суд під час розгляду справи повинен з'ясувати конкретну форму і спосіб використання кожного об'єкта авторського права, на який вказує позивач, з обґрунтуванням незаконності дій збоку відповідача. Якщо ж ці факти позивачем не доведені, суд відмовляє у задоволенні позову.

Позивач повинен довести протиправну дію відповідача, шкоду, яка цим завдана, та причинний зв'язок між ними, натомість відповідач повинен спростувати презумпцію вини, яка визначена чинним законодавством. Однак це не позбавляє відповідача можливості заперечувати з посиланням на докази відсутність інших обставин (відсутність протиправності в його діях, відсутність самих дій, відсутність шкоди тощо).

Як свідчить судова практика, найбільш складно для позивача довести причинний зв'язок між протиправною поведінкою відповідача і заподіяною йому шкодою<sup>4</sup>. Крім того, досить складно довести і розмір шкоди, яка заподіяна позивачеві внаслідок порушення його авторських прав. Тому досить часто позивачі спрощують собі перелік обов'язкових для доказування обставин, обираючи такий спосіб захисту, як сплата порушником компенсації за порушення авторського права (п. «г» ч.2 ст.52 Закону України «Про авторське право і суміжні права»), для задоволення цієї позовної вимоги позивачеві достатньо довести факт порушення його авторських прав відповідачем, що є підставою для сплати компенсації.

Окремо слід наголосити на проблемах доказування своїх позовних вимог у справах щодо захисту авторських прав, що порушені в мережі Інтернет. У вирішенні відповідних спорів суд повинен встановити, чи чим підтверджується факт порушення відповідачем авторського права позивача. Враховуючи те, що авторське право виникає за фактом створення твору і не потребує реєстрації, позивачам досить складно обґрунтувати право вимоги до відповідача. Вважаємо, що такими доказами можуть бути раніше оприлюднені твори позивача, які повністю або частково містять твір, що розміщений без відома позивача на Інтернет-сайті відповідача. Також є труднощі з доказуванням самого факту розміщення твору в Інтернеті, оскільки на момент розгляду справи відповідач може припинити таке розміщення і заперечувати сам факт такого порушення. Відтак позивач повинен забезпечити доказову базу для підтвердження своїх вимог, зокрема, такими доказами можуть бути скріншот Інтернет-сторінки (в тому числі завірених нотаріально).

**Висновки.** Справи щодо захисту авторських прав розглядаються або ж в порядку цивільного, або господарського судочинства (залежно від суб'єктного складу правовідносин та характеру спору), підсудність – загальна (за місцем проживання або місцезнаходженням відповідача), що, на нашу думку, є недоліком правового регулювання, судовий збір сплачується в загальному порядку, а правом на звернення до суду наділені як суб'єкти авторського права, так і інші особи, які за законом мають право на таке звернення (зокрема, організації колективного управління). Відповідачем є особа, яка, на думку позивача, порушила його авторське право, і якщо цей факт буде встановлено судом під час розгляду справи, позов підлягає до задоволення. За обов'язком доказування у вказаній категорії справ позивач повинен довести протиправну дію відповідача, шкоду, яка цим завдана, та причинний зв'язок між ними, натомість відповідач повинен спростувати презумпцію вини, яка визначена чинним законодавством, однак це не позбавляє відповідача можливості заперечувати з посиланням на докази відсутність інших обставин (відсутність протиправності в його діях, відсутність самих дій, відсутність шкоди тощо).

<sup>1</sup> Клейменова С. М. Авторські правовідносини як форма реалізації правомочностей суб'єктів авторського права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / С. М. Клейменова; НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2004. – 20 с. – С. 10.

<sup>2</sup> Ульянова Г. О. Захист авторських прав у правовідносинах, які виникають у зв'язку з рекламою: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Г. О. Ульянова; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2008. – 20 с. – С. 9.

<sup>3</sup> Штефан О. О. Позовне провадження у справах з авторських і суміжних правовідносин у цивільному судочинстві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. О. Штефан; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2000. – 18 с. – С. 11.

<sup>4</sup> Рішення Кіровського районного суду м. Дніпропетровська від 22.04.2013 року. Справа № 2-86/11 // [Електронний ресурс]. – Єдиний державний реєстр судових рішень. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31002564>; Рішення Голосіївського районного суду м. Києва від 06.09.2013 року. Справа № 752/6963/13-ц // [Електронний ресурс]. – Єдиний державний реєстр судових рішень. Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33659659>

### Резюме

#### **Тарасенко Л. Л. Захист авторських прав: процесуальні аспекти.**

У статті досліджувалися проблемні питання розгляду судових спорів щодо захисту авторського права. Здійснено аналіз правових норм процесуального законодавства щодо особливостей захисту авторських прав, зокрема, щодо особливостей звернення до суду, щодо суб'єктного складу цієї категорії справ, щодо особливостей доказування, в тому числі у разі порушення авторських прав в мережі Інтернет. Проаналізовано теоретичні позиції, які висловлені в науковій літературі, та судову практику, в тому числі позиції вищих судових інстанцій, з тематики наукового дослідження. Зроблено висновки щодо необхідності зміни законодавчих положень про підсудність, щодо права на звернення до суду, щодо розподілу обов'язку доказування у вказаній категорії справ, а також висунуто інші пропозиції для усунення суперечностей та колізій правового регулювання цих відносин.

**Ключові слова:** авторське право, суд, захист, автор, позивач, відповідач, докази.

### Резюме

#### **Тарасенко Л. Л. Защита авторских прав: процессуальные аспекты.**

В статье исследовались проблемные вопросы рассмотрения судебных споров по защите авторского права. Осуществлен анализ правовых норм процессуального законодательства относительно особенностей защиты авторских прав, в частности, об особенностях обращения в суд, по субъектному составу этой категории дел, об особенностях доказывания, в том числе в случае нарушения авторских прав в сети Интернет. Проанализированы теоретические позиции, высказанные в научной литературе, и судебную практику, в том числе позиции высших судебных инстанций, по тематике научного исследования. Сделаны выводы о необходимости изменения законодательных положений о подсудности, о праве на обращение в суд, относительно распределения обязанности доказывания в указанной категории дел, а также выдвинуто другие предложения для устранения противоречий и коллизий правового регулирования этих отношений.

**Ключевые слова:** авторское право, суд, защита, автор, истец, ответчик, доказательства.

### Summary

#### **Tarasenko L. Procedural aspects of copyright protection cases.**

The article examines issues of consideration of litigation to protect copyright. There was done the analysis of legal peculiarities of copyright protection cases. Theoretical positions and court practice on the subject of research were analyzed. Proposals to eliminate the contradictions and conflicts of legal regulation of these relations were done.

**Key words:** copyright, protection court, author, litigant, defendant, evidence, proof.

УДК 347.7

### **М. М. ЯШАРОВА**

*Марія Миколаївна Яшарова, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

## **ОСОБЛИВОСТІ ПАТЕНТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРОМИСЛОВО РОЗВИНЕНИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН ТА КРАЇН, ЩО РОЗВИВАЮТЬСЯ**

Національне право кожної країни має свої особливості. У рамках даної теми висвітлюються найважливіші особливості патентного права найбільш розвинених капіталістичних країн: США, ФРН, Японії, Франції, Великобританії, Швейцарії.

*Особливості патентного права США.* Основним джерелом права є патентний закон 1952 р. з наступними змінами, з яких найбільш значні внесені в грудні 1980 року. Найважливіший підзаконний акт, що регламентує порядок видачі патентів – Правила діловодства в Патентному відомстві США по патентних спра-

вах («Патентні правила»). Офіційним джерелом права є також судові прецеденти: судові тлумачення законів при їх застосуванні в конкретних спірних випадках. Суб'єктом первинного права на патент визнається «перший дійсний винахідник». Тому при визначенні новизни винаходу, що патентується, юридичне значення надається не тільки дню подачі заявки, а й даті створення винаходу. У разі необхідності заявник повинен довести, на яку найбільш ранню дату він або його правопередник мав на території США в кресленні, моделі і т.п. розроблений працездатний варіант винаходу. Це і є його дата створення. Необхідної новизни немає, якщо тотожне технічне рішення було відомо раніше цієї дати. Новизна повинна зберегтися і на дату подання заявки в патентне відомство, але щодо цієї дати встановлена річна пільга за новизною: не протиставляються друковані видання, опубліковані в межах 12 місяців до дати подання заявки, і факти публічного застосування даного або тотожного технічного рішення в зазначеному періоді. Якщо тотожне технічне рішення відомо з раніше поданої заявки або патенту, виданого не більше ніж за рік до пріоритетної дати наступної заявки, між нею і попередньою заявкою (або патентом) оголошується в «пріоритетне зіткнення» – суперечка, розглянута за особливими правилами в спеціальному підрозділі патентного відомства: палаті пріоритетних зіткнень. Право на отримання патенту зазвичай визнається за тією з сторін спору, яка має перевагу за доведеною нею датою створення винаходу<sup>1</sup>.

Патент видається за одноступеневою процедурою експертизи патентоспроможності, в ході якої перевіряється відповідність критеріям об'єкта патентоспроможного винаходу, новизни і неочевидності. Особливості діловодства з видачі патентів у США такі:

- а) дозволяється розділяти, виділяти матеріали патентних заявок зі збереженням пріоритету «батьківської» заявки і замінювати розглянуту заявку заново складеною;
- б) при наявності передбачених законом підстав та умов клопотати про позачергове прискореного розгляду заявки;
- в) після видачі патенту клопотати про повторну експертизу патентоспроможності, якщо виявлено джерело попередньої інформації, не враховане при першій експертизі;
- г) клопотати про внесення змін до патентного опису або в патентну формулу, якщо в них виявлені деякі неточності чи помилки (перевидання патенту).

Виданий патент діє 17 років, рахуючи з дня видачі. За підтримання чинності в дії введені в 1980 р. мита, внесені три рази протягом цього терміну: через три з половиною роки, сім з половиною років і одинадцять з половиною років, рахуючи від дати видачі.

Предметні межі патентної монополії визначаються в межах, окреслених патентною формулою, виходячи з наведених у патентному описі прикладів і технічних еквівалентів до них. Виданий патент може бути оскаржений, як правило, лише шляхом пред'явлення зустрічного позову проти позову патентовласника, що провокують переслідування за порушення патенту. У 1980 р. введена своєрідна процедура ревізії дійсності виданого патенту шляхом порушення у патентному відомстві клопотання про проведення повторної експертизи, якщо до клопотання може бути докладено документальний доказ початкової непатентоспроможності захищеного патентом технічного рішення<sup>2</sup>.

*Щодо патентного права ФРН*, то тут основним джерелом є патентний Закон 1981 року. Діє також закон про службові винаходи і технічні удосконалення, який оголосив їх власністю наймача. Право на патент має винахідник або його правонаступник. Критерії патентоспроможності уніфіковані на основі Страсбурзької угоди. Передбачена автоматична публікація заявки через 18 місяців від пріоритетної дати. Опублікована заявка, що не піддавалася експертизі, дає тимчасову обмежену охорону винаходу (третім особам не заборонено його використовувати, але в разі використання вони повинні платити власнику заявки помірну винагороду). Виключне право виникає в результаті видачі патенту. Він видається за одноступеневою експертизою патентоспроможності, яка проводиться тільки за спеціальним клопотанням заявника чи третьої особи. Клопотання може бути порушено не пізніше семи років з дня подачі заявки (відстрочена експертиза). Патент діє 20 років, рахуючи з дня подачі заявки, якщо заявка подана після 1 червня 1978 року. Термін дії патенту за більш ранніми заявками – 18 років. Проти видачі патенту може бути подана апеляція в патентне відомство протягом трьох місяців з дня видачі. Після закінчення цього терміну патент може бути оскаржений у Федеральному патентному суді. Особливість закону 1981 р. – правило про «внутрішній пріоритет», аналогічне правилу заміни заявок (заявок, що продовжуються) в патентній праві США: на підставі заявки, поданої в Патентне відомство ФРН, можна протягом 12 місяців подати перероблену заявку на той самий винахід, зберігши пріоритет попередньої заявки, яка в такому випадку відпадає. В іншому патентне право ФРН має риси, характерні для патентного права інших європейських капіталістичних країн, що входять в Європейське економічне співтовариство.

*У патентному праві Японії* основним джерелом права є патентний закон 1959 р. із змінами, внесеними в 1970, 1975 і 1978 роках. Право на патент належить винахідникові або правонаступнику. Службовий винахід належить винахіднику, якщо він не поступився своїм винахідом роботодавцю. Договори про уступку права на майбутні винаходи вважаються недійсними. Однак наймачеві належить право безперешкодного і безоплатного використання службового винаходу, запатентованого його службовцем (проста безоплатна ліцензія за законом). Критерії патентоспроможності: промислова придатність, відносна світова новизна і високий винахідницький рівень технічної ідеї, зрозумілий як неочевидність. Нові пристрої, що не задовольняють умови високого рівня технічної ідеї, можуть бути захищені в якості корисної моделі (заявка на патент може бути перетворена на заявку на корисну модель протягом 30 днів після отримання відмови у видачі патенту

за вказаною мотивацією). Заявка на патент публікується через 18 місяців з дня пріоритетної дати. Опублікована заявка, що не проходила експертизу патентоспроможності, створює тимчасове обмежене право на винахід: використання описаного винаходи не заборонено, але бажаючий використовувати зобов'язаний платити звичайну ліцензійну винагороду. Експертиза патентоспроможності проводиться тільки за клопотанням заявника або третьої особи, що допускається не пізніше семи років з дня подачі заявки. Експертиза заявки двоступенева, тобто з акцептом і викладенням заявки, якщо на першому місці не виявлено перешкоди до видачі патенту. Акцепт заявки створює тимчасову заборону використання винаходу третіми особами. Останні можуть подати заперечення проти акцепту в двомісячний термін, і тоді розгляд заперечення здійснюється за участю його подавця та заявника (другий ступінь експертизи). При ненадходженні або відхиленні заперечення (повністю або частково) видається патент, що закріплює виключне право. Термін дії патенту – 15 років від дня публікації заявки, але не більше 20 років з дня її подачі. Предметні межі патентної монополії практично ніколи не поширюються за межі буквальні патентної формули, але суди нерідко тлумачать патентну формулу більш вузько, використовуючи для цього різні приводи, які отримують з тексту заявочного опису і аргументів заявника на захист його заявки на стадії діловодства за нею. В іншому для патентного права Японії характерні риси, властиві праву країн до законодавства німецького типу (але слід мати на увазі, що з 1976 р. введена пряма охорона хімічних і лікарських речовин)<sup>3</sup>.

У патентному праві Франції основним джерелом права є патентний закон 1978 р., що є удосконалення патентного закону 1968 року. Право на патент визнається за винахідником або його правонаступником. Право на службовий винахід закон 1978 р. закріпив за роботодавцем. Критерії патентоспроможності уніфіковані на основі Страсбурзької угоди. Передбачено два види охоронних документів на пропозиції, що задовольняють ці критерії патентоспроможності: патент (терміном на 20 років від дня заявки) або, за вибором заявника, свідоцтво про корисність (строком на шість років з дня заявки). Обидва документи дають однакові монополійні права на винахід, але порядок їх видачі різний. Свідоцтво про корисність видається за класичною явочною системою, а патент – за модифікованою явочною системою, особливою якої є проведення перед видачею патенту пошуку релевантної інформації зі складанням звіту про пошук, який додається до патенту в якості його невід'ємної частини і може бути придбаний за плату третіми особами в патентному відомстві. Звіт про пошук допомагає третім особам, заявнику і, у випадку та оспорювання виданого патенту, також і суду скласти власне судження про відповідність запатентованого винаходу критеріям патентоспроможності (новизна і неочевидність). Заявка на патент публікується автоматично через 18 місяців з дня пріоритету. Дії щодо використання винаходу, вчинені третіми особами після публікації заявки або після індивідуального оповіщення про факт її подання, вважаються порушенням прав за згодом виданим патентом. Термін дії патенту – 20 років, рахуючи з дня подачі заявки. Патентне відомство має право відмовити у видачі патенту, якщо патент проситься на об'єкт, що не належить до кола патентоспроможних, об'єктів. Згідно із законом 1978 р. воно також наділене правом відмовити у видачі патенту у разі, коли зі звіту про пошук явно випливає, що пропозиція, як вона заявлена, не має відмінностей від джерела, зазначеного у звіті про пошук, а заявник не вніс у формулу уточнень після отримання такого звіту про пошук. Це нововведення значно зблизило процедуру видачі патентів у Франції з перевіркою системою видачі патентів, що передбачає не тільки проведення пошуку інформації, а й експертизу патентоспроможності в патентному відомстві. В іншому патентному праву Франції властиві риси, характерні для патентного права інших капіталістичних країн – членів Європейського економічного співтовариства.

Основним джерелом патентного права Великобританії є патентний закон 1977 р., а найважливішим підзаконним актом, що регламентує видачу патентів, – патентні правила 1978 року. Також офіційним джерелом права є судові прецеденти. Право на патент визнається за винахідником або його правонаступником. Закон 1977 р. встановив, що наймач є правонаступником, якщо винахід є службовим. Але винагороду автору він зобов'язаний платити тільки за видатний винахід. Критерії патентоспроможності уніфіковані на основі Страсбурзької угоди. Патентна заявка публікується через 18 місяців після пріоритетної дати і з дня її опублікування виникає виключне право на винахід (заборона його використання третіми особами). У діловодстві за заявкою є такі особливості:

а) допускається подача спрощеної заявки, що не задовольняє звичайні формальні вимоги; така заявка закріплює дату пріоритету, якщо у встановлений термін буде подана правильно оформлена заявка;

б) після закріплення дати пріоритету діловодство за заявкою починається тільки за спеціальним клопотанням, а його ненадходження у встановлений термін призводить до втрати пріоритету;

в) перша стадія діловодства за заявкою – перевірка, дотримання формальних вимог і пошук релевантної інформації, що завершується врученням заявнику звіту про пошук;

г) друга стадія діловодства – експертиза патентоспроможності – проводиться також лише за спеціальним клопотанням заявника, яке може бути подано в шестимісячний строк з дня публікації щодо готовності звіту про пошук. Експертиза патентоспроможності – одноступенева, що завершується рішенням про видачу патенту або про відмову в його видачі. Особи, які подали в патентне відомство свої зауваження про непатентоспроможність винаходу, описаного в опублікованій заявці, не стають учасниками процесу експертизи.

Термін дії патенту – 20 років, рахуючи з дня подачі правильно оформленої заявки, якщо дата заявки не раніше 1 червня 1967 року. Патенти за заявками з більш ранньою датою мали термін дії 16 років, але у виняткових випадках могли бути продовжені. За підтримання чинності в дії необхідно вносити щорічне мито під страхом припинення дії патенту. Але патент, що втратив силу через несплату мита, може бути відновлений

за клопотанням колишнього патентовласника, поданого в межах одного року зі сплатою запропонованого мита. Патентне відомство наділене правом розглядати спори про відповідальність за порушення патенту, якщо такий спір передано йому на дозвіл за взаємною згодою сторін спору.

В іншому патентному праву Великобританії властиві основні риси, характерні для патентного права країни, що бере участь у Європейському економічному співтоваристві.

У патентному праві Швейцарії основним джерелом права є патентний закон 1954 р. зі змінами, внесеними в 1976 році.

Право на винахід належить винахіднику або правонаступнику. Право на службовий винахід належить наймачеві в силу спеціальної вказівки в законі.

Критерії патентоспроможності уніфіковані на підставі Страсбурзької угоди, але особливість полягає в тому, що неопубліковані заявки не включені в стан техніки для оцінки новизни винаходу (вони протиставляються не за новизною, а за принципом «старшого права»).

Патенти видаються за явочною системою, за винятком патентів на винаходи, що пов'язані з виробництвом годинників і текстилю. Зазначені винаходи патентуються за перевіркою системою з двоступеневою експертизою патентоспроможності. Термін дії патенту – 20 років, рахуючи з дня подачі заявки (у тому числі і патентів, виданих до 1 січня 1978 р., коли було встановлено цей строк дії, якщо раніше видані патенти зберігали силу на цю дату).

Патентне право країн має ряд особливостей, викликаних соціально-економічними умовами їх розвитку.

Історично в цій групі країн, в минулому колоніальних володіннях і економічно залежних територіях, патентно-правове регулювання було введено метрополіями для забезпечення комерційних інтересів своїх підприємств. З цією метою панівна держава насаджувала на підвладних територіях відомі їй методи правового регулювання, застосовуючи, таким чином, там свій тип законодавства. Тому в країнах, залежних від однієї метрополії, був створений порівняно однаковий патентно-правовий режим. Поряд з наведеними факторами, багато з яких мають антиімперіалістичний характер (прагнення правовими засобами сприяти національному винахідництву та застосування винаходу, а в зв'язку з цим і обмежити права патентовласників), на розвиток патентного законодавства впливає і політична некапіталістична орієнтація держави, завдяки якій національне законодавство починає формуватися під впливом правових концепцій соціалізму.

Взаємодія різних факторів привело до появи в патентному праві країн, що звільнилися наступних спільних рис.

**По-перше**, відбулася відмова від норм, що мали явно виражений колоніальний характер і дозволяли автоматичне поширення дії патенту колишньої метрополії на їх територію (у країнах французького типу законодавства) або реєстрацію британського патенту (в деяких країнах британського типу законодавства), або видачу ввізного патенту (в деяких країнах Латинської Америки і Африки).

**По-друге**, стали забезпечуватися умови, що сприяють практичному застосуванню винаходів. Їх створення досягається різними правовими засобами. У деяких країнах (Індія, Нігерія) закон надає державі (в особі підприємств насамперед державного сектору) можливість використовувати окремі винаходи в своїх інтересах без отримання спеціального на те дозволу з боку патентовласника. Причому, таке використання може бути як оплатним, так і безоплатним. У результаті патент, виданий на окремі види винаходів, що мають велику соціальну чи економічну важливість (зокрема, способи отримання лікарських речовин і самі речовини, ввезені з-за кордону), не стає правовою перешкодою для практичної реалізації винаходів і, по суті, є патентом, на який як би видана офіційна примусова ліцензія.

**По-третє**, новим законам властиво в тому або іншому ступені обмеження прав патентовласників. Воно досягається різними способами, в тому числі і тими, які вже називалися, а саме: скасуванням розповсюдження в будь-якій формі дії іноземних патентів на території окремих держав; введенням спеціальних охоронних документів, по суті, що знімають заборону на використання; прийняттям у деяких країнах правил за вільним використання винаходу. До їх числа належить також скорочення термінів дії патентів. Так, в Мексиці для всіх видів охоронних документів він встановлений в 10 років з дати видачі. Такий же термін встановлений і в країнах-учасницях ОАІ (Африканська організація інтелектуальної власності), але з обчисленням його з дати подачі заявки і, крім того, з допущенням продовження двічі на п'ять років за умови неодмінного промислового використання в країні Союзу.

**По-четверте**, нові закони ряду країн (Алжир, Нігерія, Судан, країни – учасниці ОАІ, Шрі-Ланка), виходячи з необхідності контролювати вихід за кордон валютних коштів, передбачають проведення спеціальної перевірки самого факту укладення ліцензійних угод з іноземними партнерами та його умов. В Індії необхідність здійснення такого контролю прямо в патентному законі не обумовлено, але він обов'язково застосовується на практиці.

**По-п'яте**, в країнах, що розвиваються, стає помітним прагнення до створення регіональних патентних систем, заснованих на єдиному законодавстві (Колумбія, Еквадор, Перу, де діють уніфіковані норми, закріплені рішенням 85 Комісії Картахенської угоди), або систем з більш високим рівнем правової інтеграції, коли єдине законодавство або комплекс єдиних норм застосовуються в поєднанні з роботою загального патентного відомства (країни-учасниці ОАІ і АРІПО).

**По-шосте**, країни, що розвиваються, в силу сформованого міжнародного поділу праці втягнуті в процес економічного обміну з промислово розвинутими державами, не можуть не сприймати ті загальні тенденції в патентному праві, і насамперед у країнах європейської системи, що складаються в ньому останні

десятиліття. Включення до законів країн, що розвиваються, норм і положень, ідентичних чи подібних з правовими розробками капіталістичних країн, може відбуватися або шляхом простого запозичення, або за посередництвом міжнародних угод, в яких ці країни беруть участь або можливості яких вони використовують, або завдяки застосуванню положень типового закону з охорони винаходів, підготовленого БІРПІ з урахуванням тих же новітніх напрямів у розвитку патентного права. Саме тому в ряді нових законів молодих держав містяться положення, уніфіковані або подібні з нормами законодавства країн європейської системи.

Характеризуючи в цілому нове законодавство цих країн, слід зазначити, що названі фактори, які впливають на його розвиток, в основному розпадаються на дві протилежні групи: 1) участь в силу історичних та соціально-економічних причин у міжнародному капіталістичному розподілі праці, коли залежне становище в ньому країн зумовлює і необхідність використання правових норм для задоволення інтересів промислово розвиненого партнера і 2) протилежна спрямованість у політиці молодих держав, яка проявляється у прагненні правовими засобами захистити свою економіку від переважного впливу іноземних держав і тим самим сприяє її національному розвитку.

---

<sup>1</sup> Інноваційна політика : підручник [для студ. вищ. навч. закл.] / Л. І. Федулова, А. А. Мазаракі, Г. О. Андрощук. – К. : Київ. над. торг.-екон. ун-т, 2012. – 604с.

<sup>2</sup> Нагаєва З. С. Зарубежный опыт обеспечения прав интеллектуальной собственности / З. С. Нагаєва // Культура народов Причерноморья. – 2005. – № 69. – С. 126–131.

<sup>3</sup> Правове забезпечення сфери інтелектуальної власності в Україні в контексті європейської інтеграції: концептуальні засади: монографія / за науковою редакцією О. П. Орлюк: кол. авторів: В. С. Дроб'язко, А. В. Міндрул, О. О. Тверезенко, Л. І. Работягова, О. О. Штефан та ін.. – К.: НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, ТОВ «Лазурит – Поліграф», 2010. – 464 с.

### Резюме

**Яшарова М. М. Особливості патентного законодавства промислово розвинених зарубіжних країн та країн, що розвиваються.**

Стаття присвячена етапам удосконалення патентного законодавства промислово розвинених зарубіжних країн та дослідженню факторів, що впливають на їх розвиток.

Автор розглядає національне право та особливості розвитку законодавства найбільш розвинутих капіталістичних країн, а саме: США, ФРН, Японії, Франції, Великобританії.

**Ключові слова:** патентне право, об'єкти промислової власності, законодавство зарубіжних країн, інтелектуальна власність.

### Резюме

**Яшарова М. М. Особенности патентного законодательства промышленно развитых зарубежных стран и развивающихся стран.**

Статья посвящена этапам развития патентного законодательства промышленно развитых зарубежных стран и исследованию факторов, влияющих на их развитие.

Автор рассматривает национальное право и особенности развития законодательства наиболее развитых капиталистических стран: США, ФРГ, Японии, Франции, Великобритании.

**Ключевые слова:** патентное право, объекты промышленной собственности, законодательство зарубежных стран, интеллектуальная собственность.

### Summary

**Yasharova M. Peculiarities of patent law industrialized foreign countries and developing countries.**

The article deals with the stages of development of patent law industrialized foreign countries and the study of the factors influencing their development.

The author examines the national legislation and peculiarities of development of the legislation of most developed capitalist countries: USA, Germany, Japan, France, UK.

**Key words:** patent law, industrial property, legislation of foreign countries, intellectual property.

**М. І. БАЖЕНОВ**

*Михайло Ігорович Баженюв, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОТРИМАННЯ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В ЄС ТА УКРАЇНІ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО ВИЗНАЧЕННЯ ТА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ**

Сучасний етап розвитку інформаційного суспільства справляє на сферу права інтелектуальної власності подвійний вплив. З одного боку, у правовласників значно розширились можливості використання результатів творчої діяльності у цифровій формі, зокрема, через глобальну мережу Інтернет, а з іншого – збільшилась кількість та розширилась сфера незаконного використання належних їм здобутків. Вказане зумовило необхідність прийняття на міжнародному, регіональному та національному рівнях нормативно-правового регулювання положень щодо прав інтелектуальної власності в умовах розвитку інформаційного суспільства, значна увага в яких приділяється саме питанням захисту таких прав.

У глобалізованому світі, де Інтернет-відносини стали повсякденним явищем, забезпечення належного рівня захисту прав інтелектуальної власності – одне із найголовніших завдань. Україна не може стояти осторонь процесів такого забезпечення, а тому змушена гармонізувати своє законодавство не лише із міжнародними договорами та угодами, а й із законодавством Європейського співтовариства, частиною якого вона має намір стати.

Основною метою статті є проведення порівняльно-правового дослідження нормативно-правових вимог та правозастосування при забезпеченні дотримання прав інтелектуальної власності в Європейському союзі та Україні для виявлення проблем у національних умовах і окреслення можливих шляхів їх подолання.

Еволюційний шлях розвитку законодавства України щодо захисту прав інтелектуальної власності можна характеризувати як складний і багатоетапний. Одним із визначних його етапів слід визнати приведення у відповідність норм щодо захисту до вимог Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності для вступу України до Світової організації торгівлі. Вказане сприяло появі у законодавстві України положень щодо: доказів; судових заборон; завданої шкоди та інших заходів усунення порушених прав; права інформації; відшкодування відповідачу та тимчасових заходів.

Здійснення Україною євроінтеграційних процесів вказує на необхідність подальшої еволюції національного законодавства і гармонізації його положень щодо захисту із відповідними положеннями законодавства ЄС. Тож у подальшому нами буде охарактеризовано сучасний стан захисту прав інтелектуальної власності в Україні у порядку, співвідносному до положень Директиви 2004/48/ЄС про забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності. Зважаючи на те, що порушення авторських прав на сьогоднішній день значно превалюють над порушенням прав на інші об'єкти інтелектуальної власності, дослідження забезпечення дотримання прав будемо здійснювати на прикладі авторських прав.

Отож особами, які мають право звертатися за захистом авторських прав за нормами національного законодавства, є: автори творів, їх спадкоємці та особи, які набули права на твори відповідно до договору чи закону (суб'єкти авторського права); організації колективного управління правами та професійні організації, за якими визначено у встановленому порядку право на представництво суб'єктів авторського права. У випадку смерті автора та за відсутності уповноваженої ним особи інші заінтересовані особи мають право звернутися до суду з позовом про охорону недоторканності твору (частина друга ст. 439 ЦК). Порівняльно-правовий аналіз норм національного законодавства із ст. 4 Директиви 2004/48/ЄС<sup>1</sup>, в якій встановлено особи, що мають право вимагати застосування заходів, процедур та засобів, дає змогу стверджувати про ширший національний перелік суб'єктів звернення за захистом. Професійні організації захисту, які вперше Директивою включені до переліку таких осіб, за нормами цивільного законодавства України завжди мали право на звернення за захистом у випадках представництва або ж згідно зі статутними повноваженнями. Окремо серед суб'єктів звернення за захистом авторських прав слід визнати і видавця, який у випадку опублікування твору анонімно або під псевдонімом вважається представником автора. Отже, національні норми щодо визначення осіб, які мають право звертатися за захистом авторських прав, відповідають європейській практиці і, більше того, визнають суб'єктами інших заінтересованих осіб, які захищатимуть недоторканність твору.

Презумпція авторства, яка втілена в нормах ст. 5 Директиви, визнається і ст. 435 ЦК України та ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Вказана презумпція враховується судами при зобов'язанні позивача довести факт наявності в нього авторського права, факт порушення його прав відповідачем або загрозу такому порушенню, розмір шкоди (за винятком вимоги виплати компенсації), якщо вона завдана, та причинно-наслідковий зв'язок між завданою шкодою і діями відповідача<sup>2</sup>. Аналіз судової практики вирішення спорів щодо порушення авторських прав допоміг виявити, що судами України, для підтвердження факту наявності у позивача авторських прав, приймаються свідчення про реєстрацію авторського

права, договори про опублікування творів, договори про передання виключних майнових прав чи певної частки майнових прав тощо.

У ст. 6 Директиви 2004/48/ЄС містяться норми щодо доказів. Зокрема вимагається, що на прохання сторони, яка надала виправдані наявні докази, які є достатніми для підтвердження її стверджень, та зазначила при обґрунтуванні таких стверджень, які інші докази перебувають у протилежній сторони, компетентні судові органи можуть постановити рішення, щоб протилежна сторона передала зазначені докази, без шкоди для гарантій охорони конфіденційних даних. За тих же умов, у разі правопорушення, скоєного з комерційною метою, держави-члени вживають заходів, необхідних для того, щоб компетентні судові органи мали змогу у відповідних випадках та на прохання однієї зі сторін постановляти рішення про передачу банківських, фінансових або комерційних документів, які перебувають у протилежній сторони, без шкоди для охорони конфіденційних даних. Норми Цивільного процесуального кодексу України у ст. 137 визначають положення щодо витребування доказів<sup>3</sup>, яке загалом відповідає нормам Директиви, проте для приведення їх у повну відповідність до вимог ЄС необхідно, на нашу думку, внести до ЦПК України чіткий та завершений перелік випадків, за яких, при наданні позивачем доказів досягненням відповідачем комерційної мети та наявності клопотання позивача, суд може ухвалювати рішення про витребування в якості доказів банківських, фінансових або комерційних документів. Аналогічна норма має бути поміщена і в ГПК України.

Важливою відмінністю норм ГПК України стосовно витребування доказів є норма абз. 4 ст. 38, за якою Господарський суд може витребувати докази також до подання позову як запобіжний захід у порядку, встановленому ст. ст. 43-1–43-10 цього Кодексу<sup>4</sup>. Подібна норма у ЦПК України відсутня, що вказує на доцільність її запровадження. Внесення вказаної зміни до ЦПК України приведе до відповідності аналогічних суспільних відносин, врегульованих цивільним процесуальним і господарським процесуальним законодавством.

Із проаналізованих вище норм ЦПК і ГПК України можна дійти висновку про їх відповідність у цілому нормам Директиви, проте певні уточнення все ж необхідно запровадити. Ю. М. Капіца вказує на потребу прямого визначення в ЦПК та ГПК механізмів збереження конфіденційності таких доказів, оскільки закритий розгляд справи, який можна застосовувати у подібних випадках, є лише одним із необхідних засобів збереження конфіденційності доказів<sup>5</sup>. Ми цілком підтримуємо думку вченого і вважаємо, що внесення уточнень з приводу встановлення переліку випадків, за яких суд матиме можливість витребувати банківські, фінансові та комерційні документи, разом із застосуванням закритого розгляду справи, сприятиме формуванню належного механізму збереження конфіденційності та уникнення зловживань з боку позивачів.

У ст. 7 Директиви встановлено правила щодо заходів із забезпечення доказів. За нормами вказаної статті Держави-члени повинні забезпечити, що компетентні судові органи можуть на вимогу однієї з сторін, яка надала виправдані наявні докази для підтримки стверджень, що її право інтелектуальної власності було або буде порушене, постановляти рішення про вжиття швидких та дієвих тимчасових заходів для збереження відповідних доказів стосовно гаданого правопорушення, без шкоди для гарантій охорони будь-якої конфіденційної інформації. При чому, постановляти вказане рішення судові органи можуть навіть до початку процедури по суті справи. Важливо зазначити, що норми і ЦПК і ГПК України встановлюють таку можливість, зокрема, п. 3 ст. 133 ЦПК містить норму, що за заявою заінтересованої особи суд може забезпечити докази до пред'явлення нею позову, ст. 43<sup>1</sup> ГПК України вказує, що особа, яка має підстави побоюватись, що подача потрібних для неї доказів стане згодом неможливою або утрудненою, а також вважати, що її права порушені або існує реальна загроза їх порушення, має право звернутися до господарського суду із заявою про вжиття, передбачених ст. 43-2 цього Кодексу, запобіжних заходів до подання позову.

Правила щодо тимчасових та застережних заходів містяться у ст. 9 Директиви, яка передбачає, що держави-члени забезпечують судовим органам можливість на прохання заявника:

а) ухвалити щодо гаданого правопорушника рішення про проміжну судову заборону, призначену запобігти будь-якому неминучому порушенню права інтелектуальної власності, або заборонити на певний час та, якщо таке передбачено національним законодавством і за примусової сплати штрафу, продовження гаданих порушень цього права, або обумовлювати продовження порушень наданням гарантій, призначених забезпечити компенсацію суб'єкту права; також рішення про судову заборону може ухвалюватися за тих самих умов, проти посередника, чиї послуги використовуються третьою особою для порушень права інтелектуальної власності;

б) постановляти рішення про конфіскацію або передачу товарів з підозрою на порушення права інтелектуальної власності, щоб запобігти їх розміщенню або обігу у комерційних каналах.

Важливо, що в разі правопорушень, скоєних у комерційному масштабі, держави-члени забезпечують судовим органам можливість постановляти рішення про запобіжний арешт рухомого і нерухомого майна гаданого правопорушника, у тому числі блокування його банківських рахунків та інших активів, якщо сторона, що зазнала шкоди, наводить переконливі обставини щодо загрози не отримати її компенсації.

Приводячи національне законодавство у відповідність до вимог Угоди ТРІПС, до ЦПК та ГПК України було внесено окремі розділи із назвами «Запобіжні заходи», в яких містилися подібні правила. Проте і зараз складним для розуміння є понятійний апарат у досліджуваному питанні. Так, Угода ТРІПС вимагає від держав-членів передбачити у національному законодавстві «Тимчасові заходи»; Директива 2004/48/ЄС – «Заходи із забезпечення доказів» і «Тимчасові та застережні заходи»; національне законодавство містило норми щодо «Запобіжних заходів». Тож розглянемо детальніше суть таких заходів і висловимо власну точку зору з приводу правильності обрання термінології національним законодавством.



Отож, Угода ТРІПС в рамках «Тимчасових заходів» передбачає можливість прийняття судами рішень про запобігання порушень будь-якого права інтелектуальної власності та про збереження доказів щодо інкримінованого порушення<sup>6</sup>. Найближчою за змістом до тимчасових заходів у національному законодавстві була процедура забезпечення позову, проте її можна було використовувати виключно після порушення справи. Забезпечення доказів можна було використовувати й до подання позову до суду, проте воно у національному законодавстві застосовувалося у конкретно визначених випадках. Тобто, ні забезпечення позову, ні забезпечення доказів у цілому не відображало суті тимчасових заходів у розумінні Угоди ТРІПС. Тому національним законодавцем було прийнято рішення про введення до процесуальних кодексів окремих розділів під назвою «Запобіжні заходи». Впровадження нових норм у практику допомогло виявити певні прогалини і недосконалості у правовому їх регулюванні, а тому в подальшому із змісту ЦПК України було прибрано розділ «Запобіжні заходи», а натомість розширено статті із забезпечення позову. Також внесено доповнення щодо можливості вдаватися до збереження доказів ще до подання позовної заяви до суду. Таким чином законодавець повернувся до того, що можна було зробити із самого початку – розширити й удосконалити регулювання забезпечення позову і забезпечення доказів замість виділення окремого розділу. Примітно, що у ГПК України внесений розділ присутній і зараз.

Директива 2004/48/ЄС розширила положення про тимчасові заходи Угоди ТРІПС і регламентує окремо «Заходи з забезпечення доказів» і «Тимчасові та застережні заходи». Метою такого розширення було, мабуть, внесення конкретики у розуміння тимчасових заходів, проте заходи із забезпечення доказів, а також тимчасові та застережні заходи за нормами Директиви перетинаються. А тому чіткого розмежування так і не відбулося.

Отже, маємо на сьогоднішній день ситуацію із певним змішуванням понять забезпечення доказів та забезпечення позову як на міжнародному, так і на регіональному й національному рівнях. Значних проблем така ситуація не викликає на практиці, проте доводить необхідність нового наукового осмислення вказаних інститутів із позицій урахування потреби дій судових органів з термінового запобігання порушенню права інтелектуальної власності.

Недоліком національного законодавства щодо регулювання заходів забезпечення позову є суперечність у встановленні строку подання позовної заяви. Так, статтею 53 Закону України «Про авторське право і суміжні права» встановлено 15-денний строк подання позовної заяви у разі вжиття заходів забезпечення позову до його пред'явлення, тоді як ч. 5 ст. 151 ЦК України передбачає необхідність подання позову протягом трьох днів з дня постановлення ухвали про забезпечення позову. Звісно, при колізії двох норм з одного й того ж питання діє спеціальна процесуальна норма, тобто частина п'ята ст. 151 ЦПК, яку прийнято пізніше, проте вказана суперечність має бути усунута із законодавства.

Застосування норм щодо забезпечення позову національними правовласниками спостерігається на практиці. Так, 28 лютого 2013 р. суддя Подільського районного суду м. Києва прийняв ухвалу про забезпечення позову у справі № 758/2505/13-ц. Заходом забезпечення позову було накладення арешту на грошові кошти, що належали відповідачу – ТОВ «Видавництво «Центр учбової літератури» в межах суми 28 961,75 грн, що знаходяться на р/р № 26002010145868 в ПАТ «ВТБ Банк», м. Київ. Суть справи полягала у тому, що під час провадження у Подільському районному суді м. Києва цивільної справи за позовом ОСОБА\_1 до Товариства з обмеженою відповідальністю «Видавництво «Центр учбової літератури» про припинення дій, які порушують авторське право, та виплату грошової компенсації, позивачу стало відомо, що примірники Науково-практичного коментаря Господарського процесуального кодексу України ОСОБА\_3 продовжують розповсюджуватись у мережі Інтернет через веб-сайт ІНФОРМАЦІЯ\_2. Постачальником (продавцем) виступив відповідач – Товариство з обмеженою відповідальністю «Видавництво «Центр учбової літератури». Передумовою вжиття заходів із забезпечення позову стало таке: позивач мав підстави побоюватись, що у разі невжиття заходів щодо забезпечення позову виконання рішення суду може бути утрудненим чи неможливим.

Враховуючи ті обставини, що позов ОСОБА\_1 носить зокрема і майновий характер, оскільки містить вимогу про стягнення 28 675 грн компенсації за порушення авторського права, та зважаючи на вірогідність незадовільного фінансового становища відповідача, що може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду у разі задоволення позову, суд дійшов висновку про можливість його забезпечення шляхом накладення арешту на грошові кошти ТОВ «Видавництво «Центр учбової літератури», які знаходяться на р/р № 26002010145868 в ПАТ «ВТБ Банк», м. Київ, у межах суми 28 675 грн компенсації та 286,75 грн судового збору<sup>7</sup>.

У ст. 8 Директиви 2004/48/ЄС встановлюється зобов'язання держав гарантувати у контексті процедур, пов'язаних з порушенням права інтелектуальної власності та у відповідь на виправдане й пропорційне прохання позивача можливість для компетентних судових органів постановляти рішення про надання інформації щодо походження та каналів збуту товарів або послуг, які порушують право інтелектуальної власності, правопорушником або будь-якою іншою особою. Вказаною статтею доповнюється ст. 47 Угоди ТРІПС у напрямі уточнення, до яких осіб застосовується право на отримання інформації, якого роду інформація має надаватись, а також зазначаються умови надання такої інформації.

Цивільний кодекс України серед рішень, які може постановляти суд у процесі захисту права інтелектуальної власності, не визначає рішення про надання інформації, проте спеціальний Закон України «Про авторське право і суміжні права» у пп. ж) п. 1 ст. 52 встановлює можливість суду приймати рішення або ухвалу про вимогу від осіб, які порушують авторське право і (або) суміжні права позивача, надання інформації

про третіх осіб, задіяних у виробництві та розповсюдженні контрафактних примірників творів і об'єктів суміжних прав, а також засобів обходу технічних засобів захисту, та про канали їх розповсюдження.

У нормах щодо виправних заходів Директива передбачає, що без шкоди для будь-якого відшкодування, належного до виплати суб'єкту права з причини порушення та без будь-якого виду компенсації, державичлени забезпечують для компетентних судових органів можливість постановляти рішення, на прохання заявника, про вжиття адекватних заходів стосовно товарів, коли зазначені органи виявили, що вони порушують право інтелектуальної власності, та, у відповідних випадках, стосовно матеріалів і засобів, які головним чином використовувалися для створення або виготовлення таких товарів. Ці заходи включають нижченаведене: а) вилучення з комерційних каналів; б) остаточне видалення з комерційних каналів; с) знищення.

Пункти 3–4 ст. 432 ЦК України передбачає можливість суду постановити рішення, зокрема, про: вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених у цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності та знищення таких товарів; вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення товарів з порушенням права інтелектуальної власності або вилучення та знищення таких матеріалів та знарядь<sup>8</sup>. Пленум Вищого господарського суду України у виданій ним постанові «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» з приводу досліджуваного питання вказує: «Якщо господарським судом приймається такого роду рішення, то у резолютивній частині рішення, а відповідно – і у виданому на його виконання наказі мають зазначатися як найменування такого роду товарів (матеріалів, знарядь), так і ті притаманні їм ознаки (в тому числі за необхідності – індивідуальні), які дають можливість виокремити їх з числа інших однорідних виробів (товарів, предметів)»<sup>9</sup>.

Аналіз матеріалів судової практики дає змогу стверджувати, що позовні вимоги щодо вилучення із цивільного обороту товарів, виготовлених або введених у цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності, найчастіше заявляються позивачами в комплексі із іншими вимогами, наприклад, відшкодування збитків, стягнення компенсації, відшкодування моральної шкоди тощо.

Про специфіку застосування судами України норм щодо можливості вимагати вилучення з цивільного обороту товарів із порушеннями прав інтелектуальної власності, свідчить рішення Господарського суду м. Києва у справі № 5011-59/14232-2012 від 7 травня 2013 року. Позивач у вказаній справі окрім стягнення компенсації та відшкодування моральної шкоди вимагав вилучення з продажу контрафактної книги. У ході розгляду справи судом було прийнято рішення про стягнення компенсації, а в іншій частині позовних вимог відмовлено. Що стосується вилучення із продажу контрафактної книги, суд наступним чином аргументував відмову у задоволенні: «Судом встановлено, що звертаючись з вимогою про вилучення з продажу контрафактної книги «ІНФОРМАЦІЯ\_3/сост. ОСОБА\_3» позивач жодним чином не вказує, у якого саме суб'єкта господарювання належить вилучати з продажу контрафактну книгу «ІНФОРМАЦІЯ\_3/сост. ОСОБА\_3» – у відповідачів та/або третіх осіб, а рівно не вказує докази на підтвердження наявності станом на час звернення з позовом до суду в розпорядженні цих осіб контрафактних книг «ІНФОРМАЦІЯ\_3/сост. ОСОБА\_3». Також позивач жодним чином не вказує і на обсяги до вилучення контрафактної книги «ІНФОРМАЦІЯ\_3/сост. ОСОБА\_3», а також не вказує місця знаходження у продажу вказаної контрафактної книги, яка належить до вилучення, тощо». Тож із зазначеного можемо дійти висновку, що судами цілком виправдано вимагається від позивачів вказувати конкретну, а не абстрактну особу, у володінні якої наявні товари, введені у цивільний оборот з порушенням прав інтелектуальної власності, а також обсяг контрафактних примірників, що підлягають вилученню, та місце їх знаходження. За відсутності такої інформації суд змушений відмовляти у цій частині позовних вимог.

Статтею 11 Директиви передбачається обов'язок Держав-членів забезпечити можливість прийняття судових заборон для запобігання продовження правопорушення, щодо якого вже ухвалено відповідне судове рішення. У нормах національного законодавства може бути передбачено стягнення штрафу за невиконання рішення щодо судової заборони. Подібної норми національне законодавство України не містить. Проте, норми про припинення дій, що порушують право, цілком можна застосовувати в якості альтернативних. Рішниця буде лише у відсутності можливості стягнення штрафу із порушників.

У питанні правового регулювання альтернативних заходів Директива вказує: Держави-члени можуть передбачати, що у відповідних випадках та на прохання особи, до якої може бути вжито заходів, передбачених у цій секції, компетентні судові органи можуть постановляти рішення про виплату грошової компенсації стороні, що зазнала шкоди, замість застосування заходів, наведених у цій секції, якщо дії зазначеної особи не були навмисними або недбайливими, коли вжиття зазначених заходів може спричинити непропорційну шкоду та коли виплата стороні, що зазнала шкоди, грошової компенсації є достатнім відшкодуванням. Цивільний кодекс України у п. 5 ч. 2 ст. 432 встановлює можливість застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності. Розмір стягнення визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення. Із аналізу вищевказаної національної норми вбачається певна відмінність у розумінні суті компенсації. Так, за європейською практикою компенсація застосовується у відповідних випадках та на прохання особи, до якої може бути вжито заходів. Тобто, пропонувати компенсацію замість інших видів відшкодувань має сам відповідач. У національній практиці активно застосовується механізм компенсації за випадків неможливості чіткого обрахування розміру збитків. Про останнє свідчить і постанова Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності», в якій

зазначено: «Компенсація підлягає виплаті у разі доведення факту порушення майнових прав суб'єкта авторського права та/або суміжних прав, а не розміру заподіяних збитків. Таким чином, для задоволення вимоги про виплату компенсації достатньо наявності доказів вчинення особою дій, які визнаються порушенням авторського права та/або суміжних прав, а розмір збитків суб'єкт такого права доводити не зобов'язаний»<sup>10</sup>. При цьому вимога про виплату компенсації походить від позивача, а не відповідача, що ще раз доводить значну відмінність у розумінні суті механізму компенсації європейських та національних законодавців.

Положення щодо відшкодування та судових витрат у нормах Директиви на національному законодавстві є схожими за своєю суттю, а тому не вимагають перегляду, змін чи доповнень.

Отже, підбиваючи підсумки дослідженню забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності в ЄС та Україні можна сказати, що національна система захисту в цілому відповідає європейській практиці, втіленій у Директиві 2004/48/ЄС. Уточнення та доповнення, які могли б привести до повної відповідності систем захисту, не відіграють визначальної ролі для національної практики, проте здатні вплинути на подальшу еволюцію законодавства України про захист прав інтелектуальної власності.

<sup>1</sup> Директива Європейського парламенту та Ради 2004/48/ЄС від 29 квітня 2004 року про забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.minjust.gov.ua/file/31341](http://www.minjust.gov.ua/file/31341)

<sup>2</sup> Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав : постанова Пленуму Верховного суду України від 4 червня 2010 р. № 5 // Вісник Верховного суду України. – 2010. – № 6. – С. 4–13.

<sup>3</sup> Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 40–41, 42. – Ст. 492.

<sup>4</sup> Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1992. – № 6. – Ст. 56.

<sup>5</sup> *Каница Ю. М.* Захист прав інтелектуальної власності в Європейському Союзі / Ю. М. Каница // Актуальні питання охорони прав інтелектуальної власності в Україні та Європейському Союзі в контексті Європейської інтеграції : Матеріали Міжнародної конференції (м. Київ, 2010 р.). – К. : Фенікс, 2010. – 424 с.

<sup>6</sup> Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода ТРІПС) від 15.04.1994 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/981\\_018](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/981_018)

<sup>7</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.reyestr.court.gov.ua/](http://www.reyestr.court.gov.ua/)

<sup>8</sup> Цивільний кодекс України від 28 листопада 2001 р. // Голос України. – 2003. – № 45–46. – 12 березня; № 47–48. – 13 березня.

<sup>9</sup> Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності : постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 р. № 12 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/ppVGSU\\_17102012\\_012.pdf](http://vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/ppVGSU_17102012_012.pdf)

<sup>10</sup> Там само: постанова Пленуму Вищого господарського суду України.

## Резюме

**Баженов М. І. Забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності в ЄС та Україні: порівняльно-правовий аналіз нормативно-правового визначення та правозастосування.**

У статті здійснено порівняльно-правовий аналіз нормативно-правового визначення та правозастосування сфери забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності в ЄС та Україні. Порівнянню підлягали, зокрема, норми щодо осіб, які мають право вимагати застосування заходів, процедур та засобів; презумпції авторського права; доказів та заходів із їх забезпечення; права на інформацію, тимчасових, застережних і виправних заходів; судових заборон, альтернативних заходів; відшкодування та судових витрат; а також заходів щодо опублікування судових рішень.

**Ключові слова:** дотримання прав, захист прав інтелектуальної власності, презумпція, судові рішення, докази.

## Резюме

**Баженов М. И. Обеспечение соблюдения прав интеллектуальной собственности в ЕС и Украине: сравнительно-правовой анализ нормативно-правового определения и правоприменения.**

В статье осуществлен сравнительно-правовой анализ нормативно-правового определения и правоприменения в сфере обеспечения соблюдения прав интеллектуальной собственности в ЕС и Украине. Сравнению подлежали, в частности, нормы в отношении лиц, имеющих право требовать применения мер, процедур и средств; презумпции авторского права; доказательств и мероприятий по их обеспечению; права на информацию, временных, предупредительных и исправительных мер; судебных запретов, альтернативных мероприятий; возмещения и судебных расходов; а также мер по опубликованию судебных решений.

**Ключевые слова:** соблюдение прав, защита прав интеллектуальной собственности, презумпция, судебные решения, доказательства.

## Summary

**Bazhenov M. Enforcement of intellectual property rights in the EU and : a comparative legal analysis of the legal definition and law enforcement.**

The comparative legal analysis of the legal definition and law enforcement of intellectual property rights in the EU and was made in the article. There were compared the legal rules on the persons who may require the application of the measures, procedures and tools; presumption of copyright; evidences and measures of their supporting; injunction; alternative measures; reimbursement of legal costs as well as measures for the publication of judicial decisions.

**Key words:** compliance with rights, protection of intellectual property rights, presumption, judicial decision, evidences.

А. В. ЛУЗАН

Аліна Володимирівна Лузан, здобувач Київського університету права НАН України

## ЕФЕКТИВНЕ ДЕРЖАВНЕ УПРАВЛІННЯ В СФЕРІ ВІНАХІДНИЦТВА ТА ІННОВАЦІЙ – ТЕРНИСТИЙ ШЛЯХ У КРАЩЕ МАЙБУТНЄ

Певні кризові моменти можуть спіткати будь-яку державу світу, як молоду так і ту, що має тисячолітню історію, як з низьким рівнем та показниками життя, так і прогресивну й технологічно розвинену, хоча така вірогідність для останніх значно менша. На даний час світова спільнота переймається проблемами України, держави ще зовсім юної, та «грецьким питанням» – економічною кризою країни, що має видатне історичне минуле. Негаразди в усіх сферах життя, зокрема у ХХ ст., траплялися і в США, Німеччині, Англії, Китаї. Подолати економічні, а відтак соціальні та політичні проблеми цим країнам допомогло саме усвідомлення «локомотивної ролі» винахідництва в державному ринковому сегменті. Так само ставки на інтелектуальний капітал нації, поряд із Китаєм, зробили й інші країни Східної Азії: Сінгапур, Південна Корея, Тайвань, Малайзія, Індонезія, Таїланд. Вживаючи ряд заходів щодо підвищення патентної активності, їм вдалося зробити фінансовий прорив, створити привабливий економічний клімат, вийти на світову арену і вже зараз стати потужними конкурентами для країн Європи у сфері інноваційних досягнень і не тільки.

Ще з початку 1990-х рр., коли Україна проголосила незалежність, і до теперішнього часу поважні науковці, зокрема Г. О. Андрощук, О. П. Орлюк, О. Д. Святоцький, В. Я. Тацій, М. В. Паладій, Ю. Л. Бошицький, Л. М. Аріст, І. В. Отодюк, В. С. Шовкалюк та інші, а також українські винахідники не припиняють намагань достукатися до правлячої еліти із власним баченням проблем у сфері розвитку науки та винахідництва. І ці зусилля не можна назвати марними.

Упродовж останнього десятиліття спостерігається ряд позитивних зрушень:

– Верховна Рада України провела реформи законодавства в сфері інтелектуальної власності, відповідно до міжнародних стандартів, що отримали позитивні відгуки і схвалення з боку ВОІВ, іноземних партнерів та інших суб'єктів міжнародного права.

– За рішенням Кабміну у травні 2000 р. розпочав діяльність Державний департамент інтелектуальної власності (Держдепартамент) (*постанова Кабінету Міністрів України від 4 квітня 2000 р. № 601*), який здійснював свою діяльність до 2011 року. А у липні 2000 р., після ліквідації Державного патентного відомства України та державного підприємства «Інститут промислової власності», на їх базі розпочало роботу ДП «Український інститут промислової власності» (*наказ Міністерства освіти і науки України від 7 червня 2000 р. № 175*), на даний час – ДП Український інститут інтелектуальної власності (Укрпатент).

– У 2007–2008 рр. активно проводилися парламентські слухання з питань інтелектуальної власності, результати роботи яких були скомпоновані та відображені у рішенні Комітету з питань науки і освіти ВРУ «Про стан державного регулювання і управління у сфері розвитку, правової охорони і захисту інтелектуальної власності та інноваційної діяльності в Україні» (*протокол № 14 від 16 квітня 2008 р.*).

– Як наслідок, були затверджені Концепція розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 рр. (*схвалено рішенням Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності, протокол № 11 від 11 березня 2009 р.*) та Програма розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2010–2014 рр. (*схвалено рішенням Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності, протокол № 14 від 14 грудня 2009 р.*).

– Також започаткована традиція проведення різноманітних заходів, таких як Всеукраїнські конкурси «Винахід року», «Природа – людина – виробництво – екологія», Всеукраїнські конкурс, олімпіади, конференції для обдарованої молоді тощо.

– Значні зусилля були спрямовані на розробку, впровадження та постійне вдосконалення бази патентно-інформаційних ресурсів (далі – БД) України та іншої патентної інформації, наприклад інформаційно-довідкових систем (далі – ІДС) (*спеціалізована БД «Винаходи (корисні моделі) в Україні», БД колективного користування «Відомості про заявки на винаходи, які прийняті до розгляду», БД «Перспективні винаходи України», БД «Відомості про судові рішення за результатами справ щодо об'єктів інтелектуальної власності», ІДС «Стан діловодства за заявками на винаходи і корисні моделі», ІДС «Міжнародна патентна класифікація. Базовий рівень. Українська версія.(2015.01)», ІДС «Відомості про патенти України на винаходи (корисні моделі), які визнані недійсними, та патенти, які втратили чинність»*).

Та не зважаючи на всі надбання, пріоритет інтелектуального напряму на вищому державному рівні залишається достатньо декларативним, що стало ще більше помітно в останні три роки. Так, він чітко відображений у значній кількості законів, програм, концепцій, проте позбавлений реальної підтримки з боку вищих державних інституцій і перекладений на окремі міністерства та організації без чіткого розподілення повноважень між ними та належного фінансування, що в цілому справляє враження розвитку інтелектуальної власності в нашій країні «не завдяки, а всупереч».

Виходячи з цього, **мета даної роботи** полягає в аналізі діяльності владних інституцій зі створення ефективної державної системи цивільно-правової охорони винаходів та інших об'єктів патентного права в Україні. Для її досягнення пропонується розглянути основні структурні елементи даного процесу (мета, завдання, суб'єкт, об'єкт, предмет) як окремо, так і у їх сукупності та визначити основні шляхи подолання наявних проблем для досягнення позитивного результату.

Як підкреслює В. С. Шовкалюк, причини гальмування інноваційних перетворень полягають не тільки у незадовільному фінансовому забезпеченні інноваційної сфери та невиконанні чинних норм законів України, спрямованих на стимулювання науково-технічної та інноваційної діяльності, а й у відсутності системного й послідовного підходу до державного управління цими сферами. Вирішення даної проблеми він бачає у відбудові чіткої системи державного управління науково-технічною та інноваційною діяльністю<sup>1</sup>.

Винахідник П. Мороз також зазначає, що економіка України не сприйнятлива до нових технологічних рішень, що владні структури держави не бачать у винахідництві джерела збагачення країни і ці факти недостатньо усвідомлені, що допоки політичний «розум» держави не усвідомить «ефект упущеної вигоди» і не запустить на максимальну потужність механізм винахідницької діяльності із чітко визначеною стратегією дії, позитивних зрушень годі й чекати<sup>2</sup>.

Саме тому, навіть в умовах складної соціально-політичної ситуації, що склалася за останні два роки, Президент, депутати Верховної Ради, Прем'єр-міністр та члени Уряду України мають сконсолідувати всі зусилля і спрямувати їх не на політичні чвари й конфліктні соціальні проекти, а на реальний і вагомий напрям – всебічну та повноцінну підтримку вітчизняної науки та винахідництва, які *defacto* у найближчому майбутньому зможуть не лише окупити вкладені в них час і кошти, а й значно їх примножити і при цьому сприяти розвитку інших сфер (енергетичної, гірничої, металургійної, аграрної, технічної, оборонної, соціальної тощо) вже не за рахунок юридичних або управлінських змін, а шляхом впровадження в їх роботу власного інтелектуального продукту.

Таким чином, **основна мета їх діяльності має бути чітко сформульованою і полягати у покращенні всіх показників життя українських громадян передусім не за рахунок запозичення іноземних інвестицій, а шляхом створення та впровадження дієвого механізму підтримки національного винахідництва, раціоналізаторства і всього наукового потенціалу.** Адже на даний час, особливо в регіонах, віддалених від центру, дані напрями діяльності потерпають від безлічі об'єктивних та штучно створених негараздів, самостійно подолати які просто нереально. А для досягнення поставленої мети необхідно чітко визначити завдання, проаналізувати сучасний стан правової охорони об'єктів інтелектуальної власності, зокрема винаходів, та спираючись на досвід іноземних держав і враховуючи напрацювання українських науковців, юристів, економістів, винахідників почати робити конкретні дії для їх вирішення.

Як зазначає М. В. Паладій, «... дуже важливо об'єднати людей єдиною національною ідеєю – стати високорозвиненою країною з високою духовністю та гідним талановитого народу України рівнем життя. Упевнений, ні в кого немає сумнівів, що ми того варті»<sup>3</sup>.

У 2006–2008 рр. питанням, пов'язаним із державним регулюванням і управлінням у сфері розвитку, правової охорони й захисту інтелектуальної власності та інноваційної діяльності в Україні приділялася достатня увага. Цей період можна вважати найбільш вдалим та продуктивним за останнє десятиліття. Системно проводилися різноманітні заходи на високому державному рівні, за результатами яких були детально окреслені завдання, що підлягали розв'язанню з метою розвитку ринку інтелектуальної власності в нашій державі, і спільна робота державних органів сприяла подоланню ряду проблем.

Зокрема, було ліквідовано ряд дорадчих органів, стосовно діяльності яких мали місце нарікання (*Національна рада з інноваційного розвитку при Президенті України, Міжвідомча рада з питань інвестицій та інноваційного розвитку при Кабінеті Міністрів України, Комісія з організації діяльності технологічних парків та інноваційних структур інших типів (постійно діючий орган Кабінету Міністрів України), Комісія з розроблення пропозицій щодо удосконалення системи державного управління в інноваційній сфері при Кабінеті Міністрів України*), і впродовж тривалого часу система державних органів управління, що мали б перейматися розробленням, впровадженням та реалізацією єдиної державної політики у сфері інновацій та винахідництва знаходилася у стані постійних реформ. Так у травні 2010 р. було прийнято рішення про створення Державного комітету з питань науково-технічного та інноваційного розвитку (*постанова Кабміну від 31 травня 2010 р. № 376*), а вже у липні того ж року була утворена комісія з його ліквідації (*постанова Кабміну від 21 липня 2010 р. № 675*), згодом свою роботу розпочало Державне агентство з питань науки, інновацій та інформатизації України (Держінформнауки України) (*Указ Президента України від 8 квітня 2011 р. № 437/2011*), а восени 2014 р. головним органом виконавчої влади у сфері науково-технічної та інноваційної діяльності було знову визначено Міністерство освіти і науки України (*постанова Кабміну від 16 жовтня 2014 р. № 630*). Крім того, Указом Президента України від 9 грудня 2010 р. № 1085/2010 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» була створена Державна служба інтелектуальної власності України як центральний орган виконавчої влади з питань розвитку інтелектуальної власності.

Невід'ємним «моментом» діяльності є її суб'єкт (суб'єкти), адже саме від коефіцієнту їх якісної взаємодії більшою мірою залежить результат діяльності. Аналіз українського законодавства дає можливість визначити коло владних інституцій, до повноважень яких безпосередньо чи опосередковано належить формування й реалізація державної політики у сфері винахідництва, а також методичне, організаційне та інше забезпечення науково-технічної діяльності. До них належать: Президент України; Верховна Рада України; Кабінет Міністрів України; Міністерства, відомства та інші державні структури й організації; судові органи влади; органи місцевої влади та самоврядування; міжнародні організації; іноземні держави; інші суб'єкти.

Необхідно зазначити, що міністерства, відомства та інші державні структури й організації відіграють важливу роль у формуванні державної політики, спрямованої на підтримку вітчизняного інтелектуального потенціалу. До їх переліку можна включити насамперед Міністерство освіти та науки України (далі – МОН), яке діє в межах покладених на нього завдань, визначених ст. 4 Положення про Міністерство освіти і науки України.

На даний час МОН України входить до системи органів виконавчої влади і є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади із забезпечення формування та реалізації державної політики у сферах освіти і науки, інтелектуальної власності, наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності, інформатизації, формування і використання національних електронних інформаційних ресурсів, створення умов для розвитку інформаційного суспільства, а також у сфері здійснення державного нагляду (контролю) за діяльністю навчальних закладів незалежно від їх підпорядкування і форми власності<sup>4</sup>. У його структурі діють Департамент інноваційної діяльності та трансферу технологій, а також Департамент науково-технічного розвитку, які мають опікуватися зокрема питаннями підтримки винахідництва та інновацій.

Таким чином, МОН є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сферах освіти і науки, наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності, трансферу (передачі) технологій тощо<sup>5</sup>. У той же час Держінформнауки України, як центральний орган виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через МОН, розв'язує аналогічні завдання<sup>6</sup>.

Поєднання в одному центральному органі виконавчої влади координуючих функцій в інноваційній сфері відповідає досвіду країни Європи та СНД. Міністерства освіти і науки успішно працюють у Росії, Казахстані, Молдові та Болгарії. У Німеччині діє федеральне міністерство освіти та наукових досліджень, а у Франції – міністерство у справах молоді, науки і освіти. Сьогодні саме на ці міністерства покладено завдання щодо управління інноваційним процесом та підвищення конкурентоспроможності економіки на цій основі<sup>7</sup>.

Необхідно звернути увагу на вагомий внесок у підтримку та розвиток винахідництва й таких суб'єктів, як Державна служба інтелектуальної власності, що діє на підставі Положення, затвердженого Указом Президента України від 8 травня 2011 р. № 436/2011, і є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра економічного розвитку і торгівлі України. А також ДП Український інститут інтелектуальної власності (далі – Укрпатент), яке надає платні послуги, пов'язані з набуттям, здійсненням та захистом прав на об'єкти промислової власності.

Однак потрібно звернути увагу і на низку проблем, що стосуються координації діяльності виконавчих органів влади. Так, наприклад, Державний комітет з питань науково-технічного та інноваційного розвитку встановлює порядок державної акредитації фізичних і юридичних осіб, що надає даним суб'єктам право проводити наукові та науково-технічні експертизи, затверджує форму відповідного свідоцтва, а також перелік документів державного зразка, що дають право особам на провадження експертної діяльності та надання експертних послуг без отримання свідоцтва (*постанова Кабміну від 31 травня 2010 р. № 376*)<sup>8</sup>. Та необхідно зауважити, що дана норма українського законодавства є колізійною, адже дублюється із п. 37 ст. 4 Положення про Міністерство освіти і науки України (*постанова Кабміну від 16 жовтня 2014 р. № 630*), і цей недолік підлягає виправленню. Крім того, необхідно налагодити співпрацю між МОН та іншими профільними міністерствами, зокрема тими, що відповідають за фінансові аспекти діяльності держави. Цей крок значно підвищить ефективність роботи всього державного апарату, що опікується питанням розвитку науки та високих технологій, а також забезпечить реальну підтримку існуючих та проектних програм у цій сфері.

Таким чином, ми бачимо значну кількість суб'єктів державної влади й управління, діяльність яких має бути спрямована на досягнення поставленої раніше мети. Однак необхідно зазначити, що за останні роки вони знаходяться у стані постійної трансформації та реорганізації, що негативно впливає на процес чіткого розподілу повноважень між ними, і як наслідок призводить до певної плутанини, невизначеності та ілюзії безвідповідальності. Система органів управління інтелектуальним капіталом на державному рівні має бути чітко визначеною, прозорою та ефективною, що забезпечить досягнення максимально вигідного результату її діяльності.

Зорієнтувавшись на мету, завдання й цілі та визначивши коло суб'єктів, наступним кроком дослідження має стати визначення об'єкта та предмета діяльності державних органів, як складових елементів системи. Це є достатньо складним питанням, адже в наукових колах немає одностайної думки щодо змістовної характеристики об'єкта та предмета певної діяльності. Крім того, вони нерідко ототожнюються.

У загальному розумінні діяльність – це процес (процеси) активної взаємодії суб'єкта з об'єктом, під час якої суб'єкт задовольняє які-небудь власні потреби, а у випадку, якщо суб'єктом є орган влади – виконує свої обов'язки, функції<sup>9</sup>.

Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність» надає визначення чотирьом видам діяльності: наукової, науково-технічної, науково-педагогічної та науково-організаційної. У даному випадку йдеться саме про науково-організаційну діяльність, під якою, згідно зі ст. 1 зазначеного Закону, розуміється діяльність, що спрямована на методичне, організаційне забезпечення та координацію наукової, науково-технічної і науково-педагогічної діяльності<sup>10</sup>.

У філософському розумінні діяльність – це суттєва визначеність способу буття людини в світі, здатність її вносити в дійсність зміни, опосередковані ідеальним. Основні моменти діяльності: суб'єкт (носії) діяльності; мета – ідеальний образ бажаного, відповідно до якого перетворюється предмет; засіб, за допомогою якого здійснюється перетворення; предмет (об'єкт), на який спрямовано діяльність; результат діяльності<sup>11</sup>.

Отже, суб'єкт, об'єкт та предмет є невід'ємними складовими будь-якої діяльності, проте немає одностайної думки щодо їх співвідношення.

За енциклопедичним словником «об'єкт» (др. лат. *objectum* – предмет, від лат. *objicere* – кидаю вперед, протиставляю), філософська категорія, яка виражає те, чому протистоїть суб'єкт в його предметно-практичній та пізнавальній діяльності. Об'єктивна реальність, що існує незалежно від людини та її свідомості, виступає як об'єкт для індивіда, який її пізнає у формах діяльності, мови та знань, вироблених у ході розвитку суспільства. А під предметом розуміється все те, що може знаходитися у відношенні чи володіти будь-якими ознаками<sup>12</sup>. В іншому словнику: «Об'єкт – 1. У філософії – будь-яке явище, що існує незалежно від людської свідомості; 2. В широкому значенні – предмет, явище, яке людина прагне пізнати і на яке спрямована його діяльність. Предмет – 1. Всяке матеріальне явище, річ; 2. Те, на що спрямована думка, дія чи почуття»<sup>13</sup>. З юридичної точки зору предметом права виступають правовідносини, тобто суспільні відносини, що регулюються правом, а об'єктом – матеріальні й не матеріальні блага з приводу яких виникають правовідносини<sup>14</sup>.

З огляду на неоднозначність даного питання найбільш вдалими нам вбачається визначити: **об'єктом діяльності** – раціональну систему цивільно-правової охорони винаходів, яка включає в себе створення належних організаційних, методичних і економічно вигідних умов для підвищення винахідницької активності та впровадження технічних інновацій у виробничу й соціальну сфери як державного, так і приватних секторів; а **предметом діяльності** – правовідносини, що виникають між різними гілками влади, органами самоврядування та іншими суб'єктами публічного права в межах їх повноважень, визначених нормами чинного законодавства, при реалізації державної політики, спрямованої на удосконалення нормативно правової бази регулювання діяльності винахідників та патентовласників, реалізацію заходів, спрямованих на розвиток інноваційної інфраструктури та раціонального трансферу технологій задля досягнення позитивних результатів.

Як зазначає І. Ю. Матюшенко, при створенні національної інноваційної системи (далі – НІС) як нової ефективною структури управління науково-технічною сферою країни має бути розв'язано два основних завдання:

– тактичне – запуск процесів масового оновлення всіх сфер господарської діяльності. Ключовим питанням є усунення розриву інноваційного процесу між стадіями виникнення нового знання та його впровадженням у практичну діяльність;

– практичне – впровадження механізмів стимулювання попиту та пропозиції на інноваційні продукти за одночасного розвитку інфраструктури інноваційної діяльності<sup>15</sup>.

Для розв'язання цих та інших завдань необхідно провести ряд заходів (парламентських слухань, засідань комітетів ВРУ тощо), які у недалекому минулому вже довели свою ефективність. За їх підсумками відповідні державні органи влади, в межах покладених на них повноважень та з урахуванням думки фахівців, зможуть виробити стратегію державної політики з розвитку та охорони інтелектуальної власності в цілому та винахідництва зокрема. Поряд із тим одним із завдань є посилення міжнародної співпраці у сфері охорони винаходів та інших об'єктів ІВ.

<sup>1</sup> Шовкалюк В. С. Законодавче забезпечення розвитку інноваційної діяльності: стан та проблеми / В. С. Шовкалюк // Наука та інновації. – 2008. – Т. 4. – № 5. – С. 21–32. – С. 29.

<sup>2</sup> Мороз П. Благосостояние Украины – в развитии и активизации изобретательства [Текст] : общественно-политическая литература / П. Мороз // Экономика Украины. – 2004. – № 6. – С. 51–56. – С. 53–54.

<sup>3</sup> Паладій М. В. Удосконалення державної системи правової охорони інтелектуальної власності – важлива складова інноваційного розвитку України / М. В. Паладій // Наука та інновації. – 2010. – Т. 6. – № 4. – С. 43–45. – С. 45.

<sup>4</sup> Офіційний сайт Міністерства освіти і науки України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mon.gov.ua/about/pro-ministerstvo.html>

<sup>5</sup> Про затвердження Положення про Міністерство освіти і науки України : постанова Кабінету Міністрів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/630-2014-p>

<sup>6</sup> Про затвердження Положення про Державне агентство з питань науки, інновацій та інформатизації України : Указ Президента України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/437/2011>

<sup>7</sup> Шовкалюк В. С. Законодавче забезпечення розвитку інноваційної діяльності: стан та проблеми / В. С. Шовкалюк // Наука та інновації. – 2008. – Т. 4. – № 5. – С. 21–32. – С. 30.

<sup>8</sup> Питання Державного комітету з питань науково-технічного та інноваційного розвитку : постанова Кабінету Міністрів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/376-2010-p>

<sup>9</sup> Вікіпедія. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://ru.wikipedia.org/wiki/Деятельность>

<sup>10</sup> Про наукову і науково-технічну діяльність : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1977-12>

<sup>11</sup> Філософський словник / за ред. В. І. Шинкарука. – 2-е вид., перероб. і доп. – К. : Голов. ред. УРЕ, 1986. – 800 с. – С. 146.

<sup>12</sup> Советский энциклопедический словарь / научно-редакционный совет: А. М. Прохоров (пред.). – М. : Советская энциклопедия, 1981. – 1600 с.; ил. – С. 924, 1056.

<sup>13</sup> Яценко Н. Е. Толковый словарь общенаучных терминов / Н. Е. Яценко. – СПб. : Лань, 1999. – 528 с. – С. 280, 330.

<sup>14</sup> Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К. : Видавництво «Юридична думка», 2007. – 992 с. – С. 700, 542.

<sup>15</sup> Матюшенко І. Ю. Перспективи створення національної інноваційної в Україні / І. Ю. Матюшенко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://iee.org.ua/files/alushta/13-matyushenko-perspektyvy\\_stv.pdf](http://iee.org.ua/files/alushta/13-matyushenko-perspektyvy_stv.pdf)

## Резюме

**Лузан А. В. Ефективне державне управління в сфері винахідництва та інновацій – тернистий шлях у краще майбутнє.**

У статті досліджуються основні напрями державної політики з питань інноваційного розвитку та винахідництва в Україні, що розглядається як діяльність у взаємодії її структурних елементів. Визначаються мета та завдання даної діяльності, а також надається характеристика її суб'єктам, об'єкту та предмету.

**Ключові слова:** винахідництво, інновації, діяльність, мета, суб'єкт, об'єкт, предмет.

### Резюме

*Лузан А. В. Эффективное государственное управление в сфере изобретательства и инноваций – тернистый путь в лучшее будущее.*

В статье исследуются основные направления государственной политики в вопросах инновационного развития и изобретательства в Украине, которая рассматривается как деятельность при взаимодействии ее структурных элементов. Определяются цель и задания данной деятельности, а также дается характеристика ее субъектам, объекту и предмету.

**Ключевые слова:** изобретательство, инновации, деятельность, цель, субъект, объект, предмет.

### Summary

*Luzan A. Effectiveness public administration in inventions and innovations – a thorny path to a better future.*

The article investigation the main directions of the state policy on the development of innovation and invention in Ukraine, which is seen as an activity in the interaction of its structural elements. Defines the purpose and tasks of the activity, as well as the characteristic of its stakeholders, object and subject of activity.

**Key words:** invention, innovation, activity, aim, stakeholders, object, subject of activity.

УДК 347.773.2

## Т. В. РОМАНЮК

*Тарас Володимирович Романюк, здобувач Київського університету права НАН України*

### ЗАХИСТ КОРИСНИХ МОДЕЛЕЙ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ КИТАЮ

Нині Китай є однією із держав зі стабільним безперервним ростом економіки. Законодавча база у галузі інтелектуальної власності, яка постійно вдосконалюється, дала змогу місцевим та іноземним підприємствам, які мають свій бізнес у КНР, отримувати патенти на власні корисні моделі у даній країні, не витрачаючи на це зайвий час та ресурси.

Практика застосування першого Патентного закону КНР (1984 р.) та декількох підзаконних актів у даній сфері виявила ряд напрямів, за якими патентному законодавству країни були необхідні виправлення та доповнення. Введення в Китаї правової охорони на корисні моделі пов'язано з тогочасним відносно відсталим науково-технічним рівнем країни, за якого введення правової охорони «малих винаходів» дозволить захистити рішення, що не можуть відповідати умовам патентоспроможності, які пред'являються до винаходів. Так, наприклад, з початку 90-х рр. минулого століття (дані ВОІВ за 1991 р.) китайські заявники надають перевагу заявкам на корисні моделі (33157 заявок), ніж заявкам на винаходи (7372). Зворотна картина спостерігається у подачі заявок іноземних заявників: 125 заявок на корисні моделі і 4051 – на винаходи<sup>1</sup>.

Процедура отримання патенту на корисну модель у Китаї є достатньо простою та недорогою. Вона включає декілька етапів.

Перший етап – подання заявки на отримання патенту.

Заявники, котрі не мають постійного місця проживання або місцезнаходження на території КНР при подачі заявки на отримання патенту і при подальшому діловодстві мають представляти свої інтереси перед Керівництвом через патентних повірених шляхом видачі довіреності. Оформлення заявки здійснюється на основі Закону КНР «Про патенти» відповідно до угоди, у якій беруть участь обидві держави, або відповідно до принципів взаємності<sup>2</sup>.

Патент на корисну модель можна отримати у випадку, якщо вона (корисна модель) є новою і може мати практичне застосування.

Заявник має пільгу за новизною, якщо він подасть заявку протягом шести місяців після наступних обставин:

- якщо корисна модель була продемонстрована на міжнародній виставці, що була організована або визнана владою Китаю;
- якщо корисна модель була оприлюднена на певній науковій або технічній конференції;
- якщо зміст корисної моделі було розкрито іншою особою без згоди автора<sup>3</sup>.

Заявник може скористатися правом пріоритету протягом 12 місяців з дати подання попередньої заявки на видачу патенту на корисну модель за кордоном щодо своєї корисної моделі відповідно до угоди, яка була укладена КНР з країною заявника, або міжнародним договором, в якому беруть участь обидві держави, або відповідно до принципу взаємності<sup>4</sup>.

Другий етап – проведення формальної експертизи та публікація даних про затвердження заявки на отримання патенту.



У ході проведення експертизи перевіряється правильність оформлення документів, які містяться у матеріалах заявки, дотримання порядку подання заявки та ведення справи. Якщо у ході експертизи заявку визнають такою, що відповідає формальним вимогам, то протягом 18 місяців з дати її подання інформацію про неї буде опубліковано.

Наступний етап – експертиза по суті.

Протягом трьох років після подання заявки на реєстрацію патенту заявником має бути направлено клопотання про проведення патентної експертизи. У випадку якщо експертиза доведе, що заявка не відповідає умовам закону, заявник направляє листа з вимогою внести до неї зміни або відмовитися від неї.

Четвертий етап – подання заперечення проти рішення експертизи.

У разі незгоди з рішенням експертизи відносно відхилення заявки протягом трьох місяців від дня отримання повідомлення дозволяється звернення до Комісії з перегляду патентів для перегляду рішення. У випадку незгоди з рішенням Комісії заявник може звернутися до суду протягом трьох місяців після отримання повідомлення про його рішення.

Останній етап – реєстрація, публікація та видача патенту на корисну модель. У випадку позитивного рішення експертизи щодо видачі патенту на корисну модель Відомство з патентів Державної ради КНР приймає рішення про видачу патенту і проводить реєстрацію та офіційну публікацію. Власник патенту має сплачувати щорічний збір, починаючи з першого року, у якому йому були надані патентні права<sup>5</sup>.

У випадку якщо будь-яка організація або приватна особа вважає надання патентних прав на корисну модель такою, що не відповідає положенням Закону КНР «Про патенти», то вони не мають права, починаючи з моменту публікації відомостей про видачу патенту, звертатися до Комісії з перегляду патентів із заявою про визнання даного документа недійсним.

Китайські заявники, на відміну від іноземних, досить широко використовують корисну модель як спосіб захисту прав інтелектуальної власності. Згідно зі статистичними даними Китайського державного офісу інтелектуальної власності (SIPO) у 2014 р. китайські заявники подали 99,4 % заявок на корисні моделі, а іноземні заявники – тільки 0,6 %. Загалом з квітня 1985 р. по грудень 2010 р., відповідно, 2397523 (99,3 %) і 16 801 (0,7 %). Пояснення полягає в тому, що іноземні заявники з країн, де системи захисту корисних моделей не існує, наприклад США, можливо, не знайомі з ним<sup>6</sup>.

Тим не менш, патенти на корисні моделі в Китаї дають заявникам та патентовласникам стратегічні переваги в плані набуття й забезпечення дотримання патентних прав у Китаї.

Так, у китайському патентному законі корисна модель характеризується як нове технічне рішення, що належить до форми, структури чи сполучення цих двох елементів, або до виробу, який придатний до практичного використання.

Варто зазначити, що до корисних моделей застосовується також вимога єдності корисної моделі. Дві чи більше корисні моделі можуть бути представлені в одній заявці у тому випадку, якщо вони належать до одного спільного винахідницького задуму.

Термін дії патенту на корисну модель в Китаї становить 10 років з дати подачі заявки. Особливістю китайського патентного закону є й те, що заявник не може розширити заявку на корисну модель до заявки на винахід.

Патент на корисну модель, як правило, надається набагато швидше, ніж патент на винахід. За допомогою електронної системи обробки та попередньої експертизи заявок у SIPO патент на корисну модель може бути наданий протягом трьох місяців, тоді як на винахід необхідно в середньому два з половиною роки. Окрім того, для отримання патенту на корисну модель не вимагається експертиза по суті. Тим не менше, китайський система реєстрації патенту на корисну модель не така вже й проста. Заявка на отримання патенту має пройти «попередню експертизу», під час якої, серед іншого, перевіряються формальні ознаки заявки. Наприклад, заявка на корисну модель повинна мати принаймні один малюнок, що показує форму або структуру продукту. В іншому випадку заявка не навіть не буде реєструватися. Під час експертизи, як правило, не дозволяється вносити зміни в креслення<sup>7</sup>.

Не зважаючи на те, що практика отримання патенту на корисну у Китаї має багато обмежень, вона дозволяє виключення для подвійного патентування, які можуть зацікавити багатьох заявників. Зокрема, китайське патентне законодавство дозволяє заявнику подати заявку на корисну модель і заявку на винахід з тієї ж тематики в той же день. Корисна модель, як правило, отримується значно раніше. Коли патент на винахід уже затверджується, заявник має право відмовитися від патенту на корисну модель і вибрати патент на винахід. Відповідно, запатентований продукт втрачає захист як корисна модель у день, коли заявник отримує патент на винахід. Така практика продовжує термін захисту інтелектуального продукту. Вартість експертизи і, власне, отримання патенту на корисну модель набагато менша, ніж на винахід. Таким чином, подача двох заявок не надто збільшує витрати заявника.

Згідно зі статистичними даними SIPO, щороку приблизно 25 % заявок на патент на винаходи оголошуються недійсними. Порівняно з приблизно 35 % патентів на корисні моделі різниця невелика. Щоправда, багато заявок на корисні моделі від китайських заявників готуються не професіоналами і часто не залишають для патентовласника простору для оскарження недостовірності розгляду. Якщо врахувати цей фактор, то статистика відхилення заявок на корисні моделі могла б бути значно кращою<sup>8</sup>.

За останні 20 років система патентування корисних моделей значно розвинулася та вдосконалилася. Також було зроблено багато важливих досягнень у цій сфері. Проте загалом історія становлення системи не дуже довга і ще й досі існує багато можливостей для її удосконалення.

З подальшою перспективою, практичним вибором Китаю стало продовження вдосконалення системи патентування корисних моделей, базуючись на національних особливостях. Немає сумніву, що патентна система Китаю буде й надалі вдосконалюватися та позитивно впливати на економічний і соціальний розвиток країни та стимулювати інноваційний розвиток<sup>9</sup>.

Китай продовжує посилювати вимоги до експертизи заявок на корисні моделі. Разом із тим Піднебесна намагається виконувати свої обов'язки за міжнародним договором у сфері захисту прав інтелектуальної власності та зміцнює міжнародне співробітництво у цій сфері.

Корисна модель є швидким і економічно ефективним способом захисту продукції з коротким життєвим циклом. Патенти на винаходи не придатні для захисту таких продуктів, оскільки їх видача триває декілька років, в той час як корисні моделі можуть забезпечити захист набагато швидше і 10-річний термін може бути цілком достатнім.

Крім того, корисна модель також підходить для «термінового захисту». Якщо продукт вироблений в Китаї чи за кордоном, його потрібно захистити якомога швидше, то заявка на корисну модель може бути подана у вузьких рамках вимог, які можуть охоплювати тільки фактичний продукт. Для транснаціональних компаній, що створюють винаходи в Китаї, це може бути особливо корисним.

Отже, бачимо, що Китай, як країна зі стабільно зростаючою економікою, рівнем інтелектуального розвитку та розвитком передових технологій не гребує таким видом захисту прав інтелектуальної власності, як корисні моделі. Більше того, у цій державі це – чи не найпопулярніший вид патентів. Звісно, така ситуація пояснюється особливостями ментальності китайських виробників, які не воліють конструювати зовсім новий продукт, а якимось чином модифікувати уже існуючий і продати його, проте результат не змушує себе чекати. Зростає виробництво, збільшуються й прибутки. Досвід Китаю у питанні захисту корисних моделей варто врахувати під час давно назрілої модернізації вітчизняного законодавства у сфері інтелектуальної власності. Адже Україні життєво необхідно розвивати й захищати власні інтелектуальні продукти і нарощувати темпи виробництва конкурентоспроможних на міжнародному ринку високотехнологічних товарів.

<sup>1</sup> *Martin Meng, Howard Hao.* Application and protection of Chinese utility model patents / Martin Meng, Howard Hao.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.iam-media.com/Intelligence/IP-Lifecycle-China/2013/Articles/Application-and-protection-of-Chinese-utility-model-patents>

<sup>2</sup> *Simon Tian.* The application and protection of utility model patents in China / Simon Tian. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.worldtrademarkreview.com/Intelligence/IP-Lifecycle-China/2015/Articles/The-application-and-protection-of-utility-model-patents-in-China>

<sup>3</sup> *Stephen Yang.* China: Utility Model Practice In China / Stephen Yang : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mondaq.com/x/317836/Patent/Utility+Model+Practice+In+China>

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Там само.

<sup>6</sup> *Peter Ganea, Thomas Pattloch, Christopher Heath.* Intellectual Property Law in China / Peter Ganea, Thomas Pattloch, Christopher Heath. – The Hague : Kluwer Law Internat, 2005. – P. 408.

<sup>7</sup> *Douglas Clark.* Patent litigation in China / Douglas Clark. – New York : Oxford University Press, 2011. – P. 293.

<sup>8</sup> *Stefan Luginbühl, Peter Ganea.* Patent law in greater China / Stefan Luginbühl, Peter Ganea. – Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2014. – P. 469.

<sup>9</sup> Там само.

### Резюме

#### **Романюк Т. В. Захист корисних моделей за законодавством Китаю.**

Стаття присвячена аналізу причин високого попиту на захист корисних моделей в Китаї. Детально описана процедура отримання патенту на корисну модель та система захисту цих патентів за китайським законодавством. Проаналізовано також характерні особливості правового регулювання захисту корисних моделей в Китаї у зв'язку із специфікою місцевої економіки, що перебуває у стані стабільного зростання та розвитку.

**Ключові слова:** інтелектуальна власність, корисні моделі, патент, Китай, економіка, захист.

### Резюме

#### **Романюк Т. В. Защита полезных моделей в соответствии с законодательством Китая.**

Статья посвящена анализу причин высокого спроса на защиту полезных моделей в Китае. Подробно описана процедура получения патента на полезную модель и система защиты этих патентов в соответствии с китайским законодательством. Проанализированы также характерные особенности правового регулирования защиты полезных моделей в Китае в связи со спецификой местной экономики, находящейся в состоянии стабильного роста и развития.

**Ключевые слова:** интеллектуальная собственность, полезные модели, патент, Китай, экономика, защита.

### Summary

#### **Romaniuk T. Protection of utility models under the laws of China.**

The article is dedicated to the analysis of reasons of the high demand of utility models protection in China. The article describes procedure for obtaining a patent for utility model and patent protection system of the Chinese law. Furthermore, the author analyzes the characteristics of legal regulation of utility models protection in China due to specifics of sustainable growth and development economy of the state.

**Key words:** intellectual property, utility models, patent, China, economy, protection.

УДК 349.6 (477)

**А. С. ЄВСТІГНЄВ**

*Андрій Сергійович Євстігнєв, кандидат юридичних наук, доцент юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## **ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ ВИДІВ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЯК ГАРАНТІЇ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕЧНОСТІ ЗЕМЛЕКОРИСТУВАННЯ В УКРАЇНІ**

Ефективне комплексне правове забезпечення екологічної безпеки (далі – ЕБ) у процесі здійснення землекористування неможливе без удосконалення чинних правових приписів, які регламентують окремі види юридичної відповідальності за правопорушення у вказаній сфері.

Різні аспекти правового забезпечення екологічної безпеки були предметом наукових досліджень вчених – представників вітчизняної науки екологічного права, як-от: В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, Ю. Л. Власенко, А. П. Гетьман, Т. Г. Ковальчук, М. В. Краснова, Н. Р. Малишева, Т. О. Третяк, М. О. Фролов, О. А. Шомпол, М. В. Шульга, Ю. С. Шемшученко та ін.

Водночас спеціальні правові дослідження здійснення проблем нормативного регулювання окремих видів юридичної відповідальності як гарантії забезпечення екологічної безпеки землекористування в Україні у юридичній літературі не здійснювались, що обумовлює актуальність проведеного в цій статті дослідження.

Варто звернути увагу, що нерідко передбачені чинним законодавством склади злочинів та адміністративних правопорушень по суті внаслідок своєї наявності створюють додаткові обов'язки певних осіб, які окремо законодавством не визначаються (так, наприклад, жодним нормативним актом чинного вітчизняного законодавства безпосередньо не передбачається обов'язку землекористувача не забруднювати та не псувати землі, водночас за такі дії передбачено адміністративну та кримінальну відповідальність). Тому де-факто значення подібних складів злочинів та правопорушень як гарантій посилюється, адже вони виконують подвійну функцію: власне встановлення відповідальності за певне правопорушення (яка окрім каральної виконує також превентивну (попереджувальну) функцію) та визначення обов'язку суб'єкта, недотримання якого є фактичною підставою такої відповідальності.

Аналіз видів юридичної відповідальності почнемо з найсуворішого її виду. Так, Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р.<sup>1</sup> (далі – ККУ) містить декілька складів злочинів у сфері земельних відносин, а саме: «Забруднення або псування земель» (ст. 239), «Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель» (ст. 239-1) та «Самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво» (ст. 197-1).

Слід вказати, що об'єктивною стороною другого та третього із названих складів злочинів не передбачається відповідальності саме за порушення екологічної безпеки під час використання земель. Зазначена ситуація очевидно обумовлюється як відсутністю у чинному земельному законодавстві обов'язків спеціальних землекористувачів щодо забезпечення ЕБ, так і нерозумінням особливостей та відсутністю належної уваги вітчизняного законодавця до проблеми екологічно безпечного використання земель.

Фактично, єдиним складом злочину в чинному ККУ, який можна розглядати як такий, що передбачає кримінальну відповідальність за порушення ЕБ при використанні земель, є склад, визначений у ст. 239 ККУ.

Зазначимо, що представниками науки кримінального права у складі необхідних і достатніх підстав криміналізації діянь, визначених об'єктивною стороною передбаченого ст. 239 ККУ складу злочину, визначаються: 1) висока ступінь суспільної небезпечності забруднення або псування земель; 2) поширення негативного антропогенного навантаження на землю; 3) наявність умов вчинення забруднення або псування земель, які неможливо усунути без застосування кримінальної відповідальності; 4) необхідність кримінально-правової гарантії охорони відповідних конституційних прав та установлень; 5) необхідність у забезпеченні глобальної екологічної безпеки<sup>2</sup>.

Об'єктивна сторона визначеного ст. 239 ККУ складу злочину полягає в тому числі у забрудненні або псуванні земель речовинами, відходами чи іншими матеріалами, шкідливими для життя, здоров'я людей або довкілля, внаслідок порушення спеціальних правил, якщо це створило небезпеку для життя, здоров'я людей

чи довкілля. А. М. Шульга зазначає, що проблема охорони довкілля від погіршення його якісного стану, в тому числі й юридичної відповідальності за забруднення або псування землі як найважливішої складової довкілля, є актуальною для забезпечення ЕБ<sup>3</sup>. Також вчений підкреслює, що до прийняття чинного ККУ кримінальне законодавство України не містило спеціальної норми щодо кримінально-правової охорони якісного стану землі як елемента довкілля, а за протиправне посягання на землю, її якісний стан передбачалася лише адміністративна відповідальність, чого виявилось недостатньо<sup>4</sup>.

Водночас зауважимо, що жодних пояснень змісту вжитих у аналізованій статті ККУ спеціальних еколого-правових термінів («забруднення земель», «псування земель», «довкілля», «відходи» тощо) немає, тому для з'ясування їх змісту, що є необхідним для кваліфікації певних діянь за даною статтею, необхідно звертатись до наукових та нормативних джерел відповідного галузевого спрямування.

Під забрудненням земель у науці екологічного та земельного права пропонують розуміти, що забруднення земель являє собою зміни якісного та кількісного стану земель, які сталися під впливом господарської діяльності або інших антропогенних навантажень, внаслідок проникнення в землю забруднюючих речовин, вміст яких перевищує природний фон, а під псуванням земель – негативну зміну якісних характеристик та кількісного стану земель, що відбувається шляхом протиправної дії чи бездіяльності суб'єктів щодо землі або внаслідок впливу природних явищ чи катастроф і зумовлює зниження природно-господарської цінності земель та приведення їх у стан, непридатний для подальшого використання за цільовим призначенням<sup>5</sup>.

Враховуючи запропоновані визначення, слід зробити висновок про те, що порушення ЕБ у процесі спеціального землекористування може мати місце передусім у випадку забруднення земель, наслідком чого є зміна їх кількісно-якісних показників та набуття небезпечних для життя і здоров'я людини властивостей. Тому очевидно, що положення ст. 239 ККУ можуть бути застосовані з метою забезпечення ЕБ у випадку, якщо вказане забруднення створило небезпеку для життя, здоров'я людей. Такий висновок підтверджується також запропонованим Т. К. Оверковською визначенням поняття «земельне правопорушення у сфері охорони земель від забруднення та псування», під яким розуміється винне, протиправне, небезпечне діяння (дія або бездіяльність), що посягає на якісний, екологічно безпечний стан земель, який зумовлює їх придатність для подальшого використання за призначенням, порушує екологічну рівновагу в екосистемі, вимоги щодо раціонального використання та охорони земель, впливає чи може вплинути на стан життя і здоров'я людей<sup>6</sup>, адже серед основних об'єктів посягання зазначено екологічно безпечний стан земель (який може мати місце лише за умови забезпечення ЕБ при здійсненні землекористування) та життя і здоров'я населення.

Цікавою видається позиція А. М. Шульги, який зробив спробу довести, що охорона земель від забруднення або псування можлива не тільки шляхом встановлення кримінальної відповідальності за означені діяння, а й іншими кримінально-правовими засобами. До останніх, наприклад, на думку вченого, належить необхідна оборона від суспільно небезпечних посягань на нормальний якісний стан земель, крайня необхідність заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує нормальному якісному стану земель, дійове каяття тощо<sup>7</sup>.

На нашу думку, заходи крайньої необхідності<sup>8</sup> чи необхідної оборони<sup>9</sup> можуть розглядатись в якості додаткових гарантій попередження порушення ЕБ у формі кримінально караних забруднення або псування земель в тих випадках, коли такі заходи вживаються до завершення злочинного посягання, наслідки якого у вигляді порушення ЕБ ще не настали. Водночас нами не вбачається підстав для віднесення до числа зазначених гарантій дійового каяття, адже останнє розглядається вітчизняним кримінальним законодавством в якості підстави для звільнення від відповідальності, яка, з огляду на зміст ст. 45 ККУ, може бути застосована вже після вчинення відповідного злочину<sup>10</sup>, а отже – після того, як ЕБ вже буде порушено.

Превентивний характер кримінальної відповідальності за забруднення та псування земель значно посилюється за умови встановлення адекватного покарання за відповідний злочин, наявність якого стимулювала б потенційного злочинця не вчиняти відповідний злочин. Слід зазначити, що чинні редакції обох частин ст. 239 ККУ, на нашу думку, передбачають занадто м'які покарання, наявність яких аж ніяк не посилює попереджувального характеру досліджуваної відповідальності. Так, вчинення діянь, передбачених ч. 1 вказаної вище статті, караються штрафом до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (один такий мінімум – 17 грн) або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Очевидно, що максимальний штраф в розмірі лише 3400 грн навряд чи може стимулювати не забруднювати або не псувати землі, внаслідок чого може бути заподіяно шкоду ЕБ та життю та/або здоров'ю людей, яка обраховуватиметься значно більшою сумою коштів.

Також недостатньою, на нашу думку, є розмір санкцій, встановлених за забруднення або псування земель, що спричинили загибель людей, їх масове захворювання або інші тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 239 ККУ), адже за такі дії передбачено лише обмеження волі на строк від двох до п'яти років або позбавлення волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого. Отже, не зважаючи на те, що за ч. 2 ст. 239 ККУ карається діяння, що заподіює шкоду не тільки природним ресурсам, а й життю людей – найвищій соціальній цінності, відповідальність за це значно м'якша, аніж за, наприклад, порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, що заподіяло тяжке тілесне ушкодження (тобто меш тяжкі наслідки) за ч. 2 ст. 289 ККУ.

Адміністративна відповідальність за псування сільськогосподарських та інших земель, забруднення їх хімічними і радіоактивними речовинами, нафтою і нафтопродуктами, неочищеними стічними водами, виробничими та іншими відходами, що може спричинити порушення ЕБ, на даний час також не може вва-

жати ефективною гарантією попередження можливих порушень, що не в останню чергу обумовлено невідповідністю санкції можливим, якнайчастіше латентним наслідкам<sup>11</sup>.

Те ж саме можна зазначити і про передбачену КУпАП відповідальність за використання земель не за цільовим призначенням, невиконання природоохоронного режиму використання земель, розміщення, проектування, будівництво, введення в дію об'єктів, які негативно впливають на стан земель, неправильна експлуатація, знищення або пошкодження протиерозійних гідротехнічних споруд, захисних лісонасаджень<sup>12</sup>, а також приховування інформації про стан земель (в тому числі – про рівень їх екологічної безпечності – *авт.*)<sup>13</sup>, невиконання обов'язків щодо приведення земель у стан, придатний для використання за призначенням (зокрема, у екологічно безпечний стан після забруднення – *авт.*)<sup>14</sup>.

Окрім невідповідності передбаченої відповідальності суспільній небезпечності певних правопорушень, ефективність адміністративної відповідальності як дієвої гарантії від можливих порушень ЕБ при здійсненні спеціального землекористування значно зменшується через неефективність процедури виявлення таких порушень, їх фіксації та прийняття рішення у справі щодо винності певної особи і застосування щодо неї адміністративного стягнення. Так, превентивний характер юридичної відповідальності залежить не стільки від серйозності санкції за відповідне порушення, скільки від невідворотності покарання за порушення, що має усвідомлюватись потенційним порушником.

Згідно з приписами ст. 254 КУпАП документом, який фіксує факт вчинення правопорушення та зі складання якого починається процедура притягнення особи до адміністративної відповідальності, є протокол, який складається уповноваженими на те посадовою особою або представником громадської організації чи органу громадської самодіяльності. Такий протокол складається у двох екземплярах, один з яких під розписку вручається особі, яка притягається до адміністративної відповідальності.

Перелік осіб, уповноважених складати протоколи у справах про адміністративні правопорушення, передбачені зазначеними вище ст. ст. 52, 53, 53-2, 54 КУпАП, визначено в ст. 255 КУпАП. І якщо в якості уповноваженої особи на складання протоколів за ст. ст. 52, 53 визначено так званих громадських інспекторів сільського господарства, правовий статус яких не було та навряд чи буде визначено. Так, якщо призначення таких інспекторів на підставі затвердженого Міністерством аграрної політики і продовольства України положення передбачалось положенням про Державну інспекцію сільського господарства України, затвердженим Указом Президента України від 13 квітня 2011 р. № 459/2011 (пп. 45 п. 4)<sup>15</sup>, то враховуючи ліквідацію останньої як центрального органу виконавчої влади із передачею її функцій в частині дотримання земельного законодавства, використання та охорони земель усіх категорій та форм власності, родючості ґрунтів Державній екологічній інспекції України\*, очевидно, що призначення відповідних громадських інспекторів не здійснюватиметься, а тому фактично не буде особи, уповноваженої на складання відповідних протоколів. Отже, провадження у справах про відповідні адміністративні правопорушення не розпочинатимуться.

Що ж до складання протоколів за ст. ст. 53-2 та 54 КУпАП, то тут взагалі має місце абсолютно неприпустима з точки зору права ситуація, за якої КУпАП у чинній редакції взагалі не визначено уповноважених на зазначене складання осіб. Викладене, з огляду на імперативні приписи ч. 2 ст. 19 Конституції України, дає змогу зробити висновок про відсутність права жодного органу влади або його посадової (службової) особи розпочати провадження у справі за вищевказаними статтями. А отже, жодна особа не може бути в законному порядку притягнута до відповідальності за вищевказаними статтями, що позбавляє такі статті будь-якого попереджувального порушення ЕБ значення.

Наведене вказує на необхідність істотного удосконалення відповідних приписів КУпАП, в тому числі – із урахуванням міжнародного та європейського досвіду. У цьому аспекті слід погодитись із Т. Б. Саркісовою<sup>16</sup> в тому, що вказане удосконалення, формою якого є адаптація законодавства України, зокрема, у сфері правової регламентації правовідносин щодо притягнення до адміністративної відповідальності за порушення земельні правопорушення, до законодавства ЄС, насамперед повинна відбуватися з урахуванням основних принципів ЄС превентивного характеру: принципу високого рівня охорони навколишнього середовища; принципу застереження; принципу превентивних дій з охорони земель; принципу усунення джерел істотної шкоди довкіллю, закріплених у ст. 174 Договору про Співтовариство<sup>17</sup>. У свою чергу, виходячи з того, що юридична відповідальність за земельні правопорушення є лише однією з форм правової охорони земель, зазначене буде сприяти розв'язанню основного завдання законодавства: не притягнення винної особи до відповідальності за вже скоєне правопорушення, а його попередження та забезпечення раціонального використання земель<sup>18</sup>.

Важливою правовою гарантією недопущення порушень ЕБ у сфері спеціального землекористування може бути дієва правова процедура притягнення винних у вказаних порушеннях осіб до цивільно-правової відповідальності за заподіяну такими порушеннями шкоду, при чому – як моральну, так і матеріальну. Однак для цього чинне законодавство має передбачати прості та доступні до застосування способи визначення розміру відповідної шкоди, а також такий порядок стягнення її з порушників, який би гарантував реальне виконання відповідних рішень про стягнення та мінімізував можливості ухилення порушника від реальної компенсації заподіяної ним шкоди.

Фактично єдиним нормативно-правовим актом відповідного спрямування на даний час є Методика визначення розмірів шкоди, зумовленої забрудненням і засміченням земельних ресурсів через порушення

\* Зазначена ліквідація та передача функцій передбачені абз. 7 п. 2 постанови Кабінету Міністрів України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 10 вересня 2014 р. № 442.

природоохоронного законодавства, затверджена наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища України від 27 жовтня 1997 р. № 171 (у редакції наказу Міністерства охорони навколишнього природного середовища України від 4 квітня 2007 р. № 149)<sup>19</sup> (далі – Методика 171).

Відповідно до п. 1.2. Методика 171 встановлює порядок розрахунку розмірів відшкодування шкоди суб'єктами господарювання та фізичними особами в процесі їх діяльності через забруднення земель хімічними речовинами, їх засмічення промисловими, побутовими та іншими відходами і поширюється на всі землі України незалежно від форм їх власності; в п. 1.3. передбачено, що Методика 171 застосовується під час встановлення розмірів шкоди від забруднення (засмічення) земель будь-якого цільового призначення, що сталося внаслідок несанкціонованих (непередбачених проектами, дозволами) скидів (викидів) речовин, сполук і матеріалів, внаслідок порушення норм екологічної безпеки у разі зберігання, транспортування та проведення вантажно-розвантажувальних робіт, використання пестицидів і агрохімікатів, токсичних речовин, виробничих і побутових відходів; самовільного розміщення промислових, побутових та інших відходів.

Недоліками положень аналізованого нормативного акта є наявність достатньо складних для обрахунку формул визначення розміру відповідної шкоди, які складаються з низки перемінних величин, значення яких не завжди є відомим.

Також п. 4.1. Методики 171 надано обмеження щодо переліку документальних підстав для визначення розміру шкоди відповідно до її положень, а саме – виключно на основі актів перевірок, протоколів про адміністративне правопорушення та інших матеріалів, що підтверджують факт забруднення земель, при чому лише протягом шести місяців з дня виявлення порушення.

Вказані обмеження негативно позначаються на превентивному характері положень Методики 171, яка окрім складних для застосування формул обрахунку фактично пов'язує можливість застосування її положень із проведенням контрольних заходів, в тому числі тих, за наслідками яких складаються протоколи про адміністративні правопорушення. Проблеми, пов'язані із складанням зазначених протоколів, були вказані вище, а можливість проведення контрольних заходів на даний час значно обмежена чинним законодавством щодо окремих категорій осіб, серед яких може бути значна кількість постійних землекористувачів.

Так, постійні (без обмеження певним періодом часу) обмеження щодо проведення заходів державного нагляду (контролю) визначені Законом України «Про особливості здійснення державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності щодо фізичних осіб – підприємців та юридичних осіб, які застосовують спрощену систему оподаткування, обліку та звітності» (далі – Закон про нагляд) від 23 лютого 2012 р. № 4448-VI<sup>20</sup>. Цей нормативний акт, в силу положень його ст. 1, поширюється на: а) фізичних осіб – підприємців, які не зареєстровані платниками податку на додану вартість, діяльність яких не віднесена до високого ступеня ризику відповідно до Закону про нагляд (далі – фізичні особи – підприємці), та б) юридичних осіб, які застосовують спрощену систему оподаткування, обліку та звітності, що передбачає включення податку на додану вартість до складу єдиного податку, діяльність яких не віднесена до високого ступеня ризику відповідно до Закону про нагляд (далі – юридичні особи).

Вищевикладене дає підстави для висновку про те, що чинне нормативно-правове регулювання (як матеріально-правове, так і процесуально-правове) висвітлених в цій статті різновидів юридичної відповідальності потребує істотного удосконалення з метою надання йому статусу ефективної правової гарантії екологічно безпечного землекористування, формулюванню конкретних пропозицій щодо якого будуть присвячені подальші дослідження автора.

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Офіційний вісник України. – 2001. – № 21. – Ст. 1.

<sup>2</sup> Шульга А. М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Шульга Андрій Михайлович ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2004. – 20 с.

<sup>3</sup> Там само. – С. 3.

<sup>4</sup> Там само. – С. 4.

<sup>5</sup> Оверковська Т. К. Правові засади охорони земель від забруднення та псування в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Оверковська Тетяна Костянтинівна ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2008. – 20 с. – С. 3.

<sup>6</sup> Там само. – С. 5.

<sup>7</sup> Шульга А. М. Вказана праця. – С. 11.

<sup>8</sup> Тобто заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави, якщо цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності – ст. 39 ККУ.

<sup>9</sup> Тобто дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони – ст. 36 ККУ.

<sup>10</sup> Особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона після вчинення злочину щиро покалася, активно сприяла розкриттю злочину і повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду – ст. 45 ККУ.

<sup>11</sup> Санкцією ст. 52 КУпАП передбачено накладення штрафу на громадян від двадцяти (340 грн) до вісімдесяти (1360 грн) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і на посадових осіб, громадян – суб'єктів підприємницької діяльності – від п'ятдесяти (850 грн) до ста (1700 грн) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

<sup>12</sup> Санкцією ст. 53 КУпАП передбачено накладення штрафу на громадян від п'яти (85 грн) до двадцяти п'яти (425 грн) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і на посадових осіб – від п'ятнадцяти (255 грн) до тридцяти (510 грн) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

<sup>13</sup> Санкцією ст. 53-2 КУпАП передбачається накладення штрафу на посадових осіб від п'яти до двадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

<sup>14</sup> Санкцією ст. 54 КУпАП передбачається накладення штрафу на громадян від десяти (170 грн) до двадцяти (340 грн) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і на посадових осіб – від п'ятнадцяти (255 грн) до тридцяти (510 грн) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

<sup>15</sup> Про Державну інспекцію сільського господарства України : Указ Президента України від 13 квітня 2011 р. № 459/2011 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 29. – Ст. 1265.

<sup>16</sup> Саркісова Т. Б. Земельне правопорушення як підстава юридичної відповідальності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Саркісова Тамара Борисівна ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2012. – 18 с. – С. 16.

<sup>17</sup> Договір про заснування Європейської спільноти : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_017/page4](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_017/page4) – Назва з екрану.

<sup>18</sup> Саркісова Т. Б. Вказана праця. – С. 16.

<sup>19</sup> Про затвердження Методики визначення розмірів шкоди, зумовленої забрудненням і засміченням земельних ресурсів через порушення природоохоронного законодавства : наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища України від 27 жовтня 1997 р. № 171 (у редакції наказу Міністерства охорони навколишнього природного середовища України від 4 квітня 2007 р. № 149) // Офіційний вісник України. – 1998. – № 18. – Ст. 664.

<sup>20</sup> Про особливості здійснення державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності щодо фізичних осіб – підприємців та юридичних осіб, які застосовують спрощену систему оподаткування, обліку та звітності : Закон України від 23 лютого 2012 р. № 4448-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 24. – Ст. 904.

#### Резюме

**Євстигнєєв А. С. Проблеми нормативного регулювання окремих видів юридичної відповідальності як гарантії забезпечення екологічної безпечності землекористування в Україні.**

У статті проведено аналіз правового регулювання трьох видів юридичної відповідальності за правопорушення у сфері землекористування як правової гарантії екологічної безпечності такого користування, виділено проблеми та запропоновано авторські пропозиції щодо їх вирішення.

**Ключові слова:** гарантії забезпечення екологічної безпеки, екологічна безпека, юридична відповідальність як гарантія забезпечення екологічної безпеки, попередження порушення екологічної безпеки.

#### Резюме

**Євстигнєєв А. С. Проблемы нормативного регулирования отдельных видов юридической ответственности как гарантии обеспечения экологической безопасности землепользования в Украине.**

В статье проведен анализ правового регулирования трех видов юридической ответственности за правонарушения в сфере землепользования как правовой гарантии экологической безопасности такого пользования, выделены проблемы и предложены авторские предложения по их решению.

**Ключевые слова:** гарантии обеспечения экологической безопасности, экологическая безопасность, юридическая ответственность как гарантия обеспечения экологической безопасности, предупреждение нарушения экологической безопасности.

#### Summary

**Yevstigneyev A. The problems of legal regulation of separate types of legal liability as a guarantee of ecological safety of land use in Ukraine.**

The article analyzes the legal regulation of the three types of legal liability for offenses in the area of land usage as a legal guarantee of environmental safety of such usage, highlighted problems and offered authors proposals for their solution.

**Key words:** guarantee environmental security, environmental safety, legal liability as a guarantee of environmental safety, prevention of violations of environmental safety.

**I. В. МАНЖУЛ**

*Ірина Вікторівна Манжул, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національної академії СБ України*

**ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ЕНЕРГЕТИЧНА БЕЗПЕКА»  
ЗАРУБІЖНИМИ АВТОРАМИ**

Дослідження зарубіжними авторами поняття енергетичної безпеки зумовлює науковий інтерес, оскільки в сучасних умовах розвитку людства вона має не стільки національне, скільки наднаціональне, міжнародне значення. У публікаціях зарубіжних авторів йдеться про уточнення поняття енергетичної безпеки, яке в узагальненому визначенні є взагалі неможливим (одні інтереси захищають країни-імпортери енергоресурсів, інші – країни-експортери); та встановлення її основних компонентів для різних країн світу (зокрема, охорона навколишнього середовища від викопних джерел енергії, соціальні наслідки енергетичної безпеки, протидія загрозам). Зарубіжними авторами підкреслюється важливість енергетичної безпеки як складника національної безпеки; необхідність вирішення існуючих поточних проблем у цій сфері; здійснюється її розгляд у глобальному вимірі.

Аналіз наукових праць зарубіжних авторів свідчить про достатньо ґрунтовне дослідження поняття енергетичної безпеки, розгляд у взаємозв'язку із економічною, екологічною та міжнародною безпекою стосовно об'єктивних обставин із забезпеченістю енергоресурсами в кожній конкретній країні. Ними продовжується змістовний діалог щодо розробки цієї дефініції, пошук спільної платформи для наукового аналізу й оцінки.

Поставимо за мету здійснити аналіз підходів зарубіжних авторів до поняття енергетичної безпеки, його генези, із зосередженням уваги на виділенні особливо значущих її аспектів для сьогодення.

У зарубіжних наукових публікаціях неодноразово підкреслюється, що поняття енергетичної безпеки весь час змінюється як наслідок постійної зміни стану забезпечення енергоресурсами країн світу. Перш ніж перейти до викладу поглядів зарубіжних авторів, звернемо увагу на підходи, які ними використовуються. Григорій Папанікос (інститут освіти та досліджень, Афіни), вказує на 83 різні визначення енергетичної безпеки за відсутності будь-якого консенсусу. Їх аналіз дав змогу виділити сім головних складників (аспектів), а саме наявність: 1) енергії (диверсифікація імпортерів, розподіл енергоресурсів у країні, енергобаланс поновлюваних і не поновлюваних енергоресурсів, їх транспортування); 2) інфраструктури в енергетичній сфері; 3) стабільних цін на енергоносії, їх волативність (статистичний показник, що характеризує тенденцію ринкової ціни або доходу змінюватися з часом); 4) соціальних наслідків енергетичної безпеки; 5) зміни стану навколишнього середовища та клімату внаслідок використання викопних видів палива; 6) короткострокових та довгострокових перспектив енергетичного забезпечення; 7) передових технологій, які сприяють меншій енергоємності виробництва<sup>1</sup>. Керівна рада Всесвітнього економічного форуму (Абдалла С. Джума, (Саудівська Аравія), Хельге Лунд (Норвегія), Клод Манділ (Франція) в публікації «Нова парадигма енергетичної безпеки» вказують, що традиційними елементами енергетичної безпеки є джерела живлення, центри попиту, геополітика і ринкові структури, які з часом змінюються<sup>2</sup>.

Є й інші підходи до трактування енергетичної безпеки, зокрема її визначають через: 1) ризики різної природи; 2) походження; 3) можливість мати стійкість у перспективі. Зауважимо, що зарубіжними дослідниками інколи висловлюється думка про неможливість та «непрактичність» пошуку загального визначення енергетичної безпеки. Проте не всі фахівці згодні з такою позицією. З погляду Алеха Херпи (Центральноєвропейський інститут (Угорщина) і Джессіки Джуел (Міжнародний інститут прикладного системного аналізу у Лаксенбурзі, Австрія) наявність різних значень енергетичної безпеки не обов'язково повинна зумовлювати існування різних концепцій енергетичної безпеки. Відмінності в трактуванні енергетичної безпеки можуть пояснюватись особливостями в пріоритетах енергетичної безпеки та політики в країнах світу<sup>3</sup>.

Перейдемо до аналізу дефініцій енергетичної безпеки. У 1970-х рр. ХХ ст. енергетична безпека розумілася як стабільна поставка дешевої нафти із загрозою ембарго і маніпуляцій цінами її експортерів. Енергоресурси стали важливим засобом досягнення політичних цілей цими країнами. Такі висловлювання ми зустрічаємо у більшості наукових публікацій. Каміла Пронінска (Стокгольмський університет) зазначає, що це був вузький погляд на енергетичну безпеку, яка залежала від близькосхідних постачальників нафти і перебоїв у її поставках. Проте з часом країни-імпортери нафти набули першого досвіду щодо того, як захистити себе від подібних загроз, виробили широкий спектр методів і стратегій, спрямованих на зміцнення енергетичної безпеки як на національному, так і на багатосторонньому рівнях. І з 1980-х рр. змінили ситуацію, виробили ефективні механізми реагування на енергетичні кризи і відчували достатньо можливостей для накладання санкцій на недружніх до них країн-експортерів<sup>4</sup>.



Зокрема, в 1974 р. з метою міжнародного співробітництва щодо попиту і пропозиції енергоресурсів і енергетичних послуг була створена Міжнародна енергетична агенція (далі – МЕА), до складу якої увійшли Австралія, Австрія, Бельгія, Канада, Чехія, Данія, Фінляндія, Франція, Німеччина, Греція, Угорщина, Ірландія, Італія, Японія, Південна Корея, Люксембург, Нідерланди, Нова Зеландія, Норвегія, Португалія, Іспанія, Швеція, Швейцарія, Туреччина, Великобританія і Сполучені Штати.

Сучасні проблеми енергетичної безпеки країн світу виходять за межі поставок нафти і охоплюють широке коло питань, тому науковцями сформовані нові визначення поняття енергетичної безпеки. Розглянемо основні із них.

Яонгхо Чанг і Сві Леан Коллін Ко (Технологічний університет Наньяну, Сінгапур) зазначають, що сучасна енергетична безпека розглядається не тільки як безпека поставок, але й як екологічне та соціально-економічне благополуччя, та зазначають на уточненні концепції енергетичної безпеки як адекватне і надійне постачання енергоресурсів за розумними цінами<sup>5</sup>.

Ксав'є Лабандейра і Бальтасар Мансано (університет де Віго, Іспанія) вказують, що найбільш поширеним поняттям енергетичної безпеки є її визначення як наявності достатніх поставок енергоресурсів за доступними цінами, зосереджуючи увагу на стороні пропозиції у сфері енергетики. Це поняття, на їх думку, є «невловимим», оскільки не достатньо зрозуміло, чи повинні бути поставки безперервними, чи їх достатність враховує різні види джерел енергії, і як може бути визначена доступність?<sup>6</sup>

Філіп Мюллер (Фонд Політики глобального потепління, Великобританія) вважає, що енергетична безпека – це система, яка задовольняє потреби людей та організацій в енергетичних послугах, таких як опалення, освітлення, що живлять роботу приладів і транспортування, у надійний та недорогий спосіб і зараз, і в майбутньому<sup>7</sup>.

Алех Херп і Джессіка Джуел енергетичну безпеку пояснюють як низьку уразливість життєво важливих енергетичних систем. Таке визначення, вважають вони, зумовлює необхідність вивчення їх ризиків і стійкості, а також поняття самих енергетичних систем та відкриває можливість для детального вивчення взаємозв'язків між енергетичними системами, їх ризиками і стійкістю та критичними соціальними наслідками<sup>8</sup>.

Кевін Д.Стрінгер (доктор філософії, Швейцарія) підкреслює, що енергетична політика в широкому сенсі може бути розглянута лише як узагальнюючий термін, що охоплює різноманітні проблеми, пов'язані з енергією, економічним зростанням і політичною силою. Енергетична безпека для держав означає: 1) наявність енергії, необхідної для стабільного економічного та соціального розвитку; 2) свободу від перебоїв енергопостачання; 3) доступність цін на енергоносії<sup>9</sup>.

Флоріан Бауманн (Центр прикладних наукових досліджень, Німеччина) у своєму політичному аналізі підкреслює, що енергетична безпека є багатовимірним поняттям та має розглядатися комплексно. Він критично ставиться до формулювання енергетичної безпеки як трикутника, який часто цитується та підкреслює зв'язок між трьома основними аспектами енергетичної політики: стійкість, конкурентоспроможність та безпечне харчування. Ф. Бауманн вказує, що трактування енергетичної безпеки лише з економічного погляду недостатньо хоча б тому, що сьогодні зростає залежність країн від зарубіжних поставок енергоресурсів та політичної вирішеності цих питань<sup>10</sup>.

Найбільш цитованими дефініціями енергетичної безпеки є визначення вчених Оксфордського університету Барі Бартона, Кетрін Редгвелл, Аніти Ронн, Дональда Зіллмана (2004 р.), згідно з яким енергетична безпека – це стан, в якому весь народ або більшість громадян та представники бізнесу мають достатній доступ до енергоресурсів за розумними цінами, і в осяжному майбутньому будуть вільно їх використовувати без ризику порушення надання таких послуг<sup>11</sup>. Аналогічним за змістом, але більш стислим є визначення Деніела Єрґіна, голови Кембриджської асоціації енергетичних досліджень, зроблене ним у 2006 р. – енергетична безпека, це наявність достатніх поставок за доступними цінами<sup>12</sup>. Саме останнє висловлювання найчастіше інтерпретується: енергетична безпека, це доступність і прийнятність (за ціною) енергоресурсів, або дещо по-іншому – безперервна доступність джерела енергії за доступною ціною. Визначення енергетичної безпеки здійснюється через певні критерії (показники, виміри). До основних із них відносять: наявність, достатність, доступність, прийнятність. Зауважимо, що зазначені критерії не завжди пояснюються. Хоча аналіз зарубіжної наукової літератури показує, що тільки окремі із цих критеріїв є не дискусійними, а щодо інших висловлюються різні погляди, наприклад, у разі такого загального трактування незрозуміло, для кого енергія повинна бути доступною або прийнятною.

Тому заслуговує на увагу позиція зарубіжних фахівців, які під час визначення поняття енергетичної безпеки ставлять наступне запитання: енергетична безпека для кого? При цьому мається на увазі, що у визначення поняття енергетичної безпеки вкладають різний зміст імпортери і експортери енергоресурсів, вона є дещо різною для органів влади і населення тощо. У країнах, що сильно залежать від імпорту нафти і газу, основна турбота про енергетичну безпеку, як правило, зосереджена на їх поставці. Країн, де економіка розвивається на основі експортованої нафти і газу, більше хвилює безпека попиту<sup>13</sup>. У країнах-виробниках електроенергетики, зазвичай, забезпечує собою високий відсоток ВВП, а також значну частину експорту, прибуток від якого, або його більша частина, надходить в бюджет держави і є інструментом, завдяки якому політичні режими мають значну підтримку з боку населення. У цьому разі (за стабільного експорту та регулярного припливу коштів) створюється фундаментальна основа для економічної і політичної стабільності в країнах. Уряди країн-імпортерів зацікавлені в гарантуванні надійних постачань енергії за розумними цінами. Тому ними витрачаються значні зусилля для підтримання високого рівня дипломатичних відносин з

країнами-виробниками енергоносіїв, а також прийняття рішень, спрямованих на зниження залежності від зовнішніх джерел енергії<sup>14</sup>. Для комерційних компаній основним компонентом безпеки є наявність стійкого інвестиційного режиму в країнах – виробниках енергоресурсів<sup>15</sup>. Чарльз К. Ебінгер (Вашингтон, округ Колумбія) вказує на значення енергетичної безпеки для макроекономіки і управління, виділяє роль енергетичної безпеки для малих підприємств (фермерів) і окремих осіб, показує зростаючу роль енергетичної безпеки для міських районів, для найбідніших верств населення, обґрунтовує гарантування у разі її наявності доступу населення до освіти, медичних послуг<sup>16</sup>.

Отже, цілком доцільними та ключовими питаннями енергетичної безпеки, на погляд зарубіжних дослідників, залишаються такі питання: безпека у якому значенні? безпека від яких загроз? що захищати?<sup>17</sup>

Нині поняття енергетичної безпеки зарубіжними авторами трактується по-різному, більшість із них дискусує щодо цього визначення пояснюють тим, що країни світу мають різні проблеми щодо забезпеченості енергетичної безпеки. В останні роки відбулося розширення концепції енергетичної безпеки. Даніель Єрґін вказує, що постала необхідність врахування двох вимірів: глобалізації системи безпеки енергії (залучення нових суб'єктів і засобів) і включення в систему забезпечення енергетичної безпеки захисту енергії всього ланцюжка поставок та інфраструктури<sup>18</sup>. Про розширення концепції енергетичної безпеки говорить також Роберт Коппер (університет Джеймса Медісона, штат Вісконсин). Він вказує на входження до неї ідеї взаємозалежності, посилення акценту на критичну інфраструктуру та технологічний розвиток, екологічні наслідки використання енергії, досягнення компромісів у цій сфері між країнами і вибір між різними джерелами енергії. Це ті питання, обговорення щодо яких в політичних колах продовжується<sup>19</sup>. Зазначимо, що енергетична взаємозалежність пояснюється як взаємозалежність виробників і споживачів нафти між собою та є важливим компонентом оновленої концепції енергетичної безпеки. Підтримуючи цю тезу, більшість країн хотіли б мати разом із тим більший ступінь енергетичної незалежності, стану, при якому країна не залежить від іноземних держав у поставці нафти або цінних коливачів ринку для задоволення своїх потреб.

Енергетична безпека розглядається також через взаємозв'язок і як складник екологічної та економічної безпеки. Так, Адам Сімпсон (університет Південної Австралії) підкреслює, що енергетична безпека є лише одним із аспектів більш широкої екологічної безпеки, але вона нерідко розглядається як самостійне явище завдяки своєму центральному значенню для сучасної індустріальної держави, бізнес-інтересам, для промислового розвитку, військової безпеки, хоча, наприклад, вода має набагато більше значення для виживання людини. Про тісний взаємозв'язок екологічної і енергетичної безпеки свідчить, зокрема, зміна клімату внаслідок спалювання викопного палива. Енергетичну безпеку варто розглядати через призму критичного підходу до екологічної безпеки<sup>20</sup>.

Підвищення усвідомлення країнами того, що вибір енергії має значний вплив на навколишнє середовище, сприяло розробці «зелених» технологій та екологічно чистих енергетичних ініціатив. Зокрема у США, де екологічно чистий газ витісняє вугілля у виробництві енергії, а сонячна енергія доцільно використовується на Тихоокеанському узбережжі. Хоча, як вказує Роберт Коппер, вибір між джерелами енергії є непростю справою, включає в себе компроміси і є поступовим процесом до більш сталого майбутнього<sup>21</sup>.

Європейською комісією «Наука для екологічної політики» публікуються результати досліджень у сфері відносин між споживанням енергії та економічним зростанням, в яких, зокрема, зазначається, що з розгляду такого взаємозв'язку не завжди є зрозумілим, чи економічне зростання стимулює споживання енергії, чи збільшене споживання енергії сприяє економічному зростанню країни? Проте зв'язок між економічним зростанням і споживанням енергії визнається в безспірному порядку. Так, вважається, що збільшення частки відновлюваних джерел енергії в енергетичному балансі країни зможе допомогти задовольнити зростаючий майбутній попит на енергію, що водночас впливає на економічний розвиток (розглядається досвід Угорщини та Іспанії)<sup>22</sup>.

Френсіс МакГоуен (університет Сассекса, Великобританія) досліджує забезпечення енергетичної безпеки в країнах ЄС з позицій «економічного націоналізму» (під ним розуміється економічний суверенітет), а саме: співвідношення реалізації спільної енергетичної політики в умовах підйому «економічного націоналізму» в Європі. На його думку, існує динамічне протистояння між цими позиціями, оскільки деякі країни більш схильні підтримувати національну економіку, а не повну лібералізацію енергетичного ринку. Для прихильників повної лібералізації ширший доступ на енергетичні ринки країн-експортерів є логічним продовженням внутрішнього ринку і передумовою для його повного розвитку; а захисники статус-кво стверджують, що підтримка національної економіки передбачає, серед іншого, найкращу основу для переговорів з третіми країнами, а також забезпечення безпечного харчування<sup>23</sup>.

Він робить спробу обґрунтувати, що лібералізація енергетичного ринку є важливим принципом не тільки внутрішньої політики ЄС, але і її енергетичної дипломатії. Прагнення до відкриття енергетичного ринку варто розцінювати як важливу обставину забезпечення безпеки енергетичних поставок. Для успішного рішення проблем енергетичної безпеки ЄС потрібен компроміс між лібералізацією енергетичного ринку та економічним суверенітетом її країн. Проблеми внутрішнього та зовнішньої лібералізації енергетичного ринку тісно переплітаються. Проте економічний суверенітет залишається переважачим принципом у ряді держав-членів, які бажають мати майбутні поставки енергії із зовнішніми постачальниками<sup>24</sup>. У сфері міжнародної енергетичної безпеки головним завданням, на думку Анн-Марі Ле Глоне, Бастьєн Ірондел і Девіда Кадьєра (учасників програми Європейської комісії Трансурлд), є удосконалення управління, а саме: розробка нових правил та правозастосовних механізмів, з метою його удосконалення в енергетичному секторі і

торгівлі енергоресурсами. Також вони зазначають необхідність спільного вирішення проблем через взаємодію між організаціями, установами та окремими особами державного, приватного сектору і громадянського суспільства<sup>25</sup>.

Аналіз наукових публікацій зарубіжних авторів свідчить про актуальність розробки поняття енергетичної безпеки як одного з найвищих пріоритетів національної політики країн світу. Дослідження генези цього поняття свідчить про значне розширення її змісту. Енергетична безпека зарубіжними науковцями визначається з різних підстав: її основних складників; наявних ризиків та загроз; з позицій країн-експортерів нафти та країн-імпортерів; забезпеченості енергоресурсами промисловості, бізнес-інтересів, населення. Про значне розширення поняття енергетичної безпеки свідчить включення до її змісту врахування впливу енергоносіїв на навколишнє середовище, зміну клімату. Науковці відійшли від перших визначень цього поняття як наявності поставок енергоресурсів за доступною ціною. Відповідно до сучасних реалій енергетична безпека визначається через забезпечення безпеки усього ланцюжка поставок і створення глобальної системи безпеки енергії. Авторами підкреслюється залежність енергетичної безпеки від політичного консенсусу, міжнародного співробітництва, вибору джерел енергії на енергетичних ринках. Визначення поняття енергетичної безпеки не є самоціллю для зарубіжних авторів, а сприяє розробці раціональної енергетичної політики.

<sup>1</sup> *Gregory T. Papanikos*. Energy Security, the European Energy Union and the Mediterranean Countries : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.atiner.gr/gtp/Papanikos%20\(2015\)-Energy%20Security.pdf](http://www.atiner.gr/gtp/Papanikos%20(2015)-Energy%20Security.pdf)

<sup>2</sup> *The New Energy Security Paradigm* : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.weforum.org/pdf/Energy.pdf>

<sup>3</sup> *Aleh Cherp, Jessica Jewell*. The concept of energy security: Beyond the four As : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421514004960>

<sup>4</sup> *Kamila Proninska*. Energy and security: regional and global dimensions : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.sipri.org/yearbook/2007/files/SIPRIYB0706.pdf>

<sup>5</sup> Chapter 2 Rethinking Market Governance and Energy. Se Youngho Chang and Swee Lean Collin Koh curity. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.springer.com/.../9783642297052-c2.pdf?..](http://www.springer.com/.../9783642297052-c2.pdf?..)

<sup>6</sup> *Xavier Labandeira and Baltasar Manzano*. Some Economic Aspects of Energy Security : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [eforenergy.org/.documentos.../WP092012.pdf](http://www.eforenergy.org/.documentos.../WP092012.pdf)

<sup>7</sup> *Philipp Mueller*. UK energy security : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.thegwpf.org/content/uploads/2014/06/Energy-Security>

<sup>8</sup> *Aleh Cherp, Jessica Jewell*. The concept of energy security: Beyond the four As : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421514004960>

<sup>9</sup> *By Kevin D. Stringer* Energy Security: Applying a Portfolio Approach : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [mercury.ethz.ch/serviceengine/.../6.pdf](http://www.mercury.ethz.ch/serviceengine/.../6.pdf)

<sup>10</sup> *Florian Baumann*. Energy Security as multidimensional concept : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://edoc.vifapop.de/opus/volltexte/2009/784/pdf/CAP\\_Policy\\_Analysis\\_2008\\_01.pdf](http://edoc.vifapop.de/opus/volltexte/2009/784/pdf/CAP_Policy_Analysis_2008_01.pdf)

<sup>11</sup> *Barry Barton, Catherine Redgwell, Anita Ronne and Donald N. Zillman*, Energy security: managing risk in a dynamic and regulatory environment, Oxford, Oxford University Press, 2004 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.amazon.com/Energy-Security-Managing-Regulatory-Environment/dp/0199271615>

<sup>12</sup> *Daniel Yergin*, Ensuring Energy Security, in “Foreign Affairs”, 85, 2, 2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.un.org/ga/61/second/daniel\\_yergin\\_energysecurity.pdf](http://www.un.org/ga/61/second/daniel_yergin_energysecurity.pdf)

<sup>13</sup> *Bob Tippee*. Defining energy security : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ogj.com/articles/print/vol-110/issue-1c/regular-features/journally-speaking/defining-energy-security.html>

<sup>14</sup> *Valerio Abbagnara*. General overview on the essential elements of the European states energy security policy : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3ed1b2d8-862c-41b4-bdb3-4d0e515ac23c>

<sup>15</sup> *Kamila Proninska*. Energy and security: regional and global dimensions : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.sipri.org/yearbook/2007/files/SIPRIYB0706.pdf>

<sup>16</sup> *Charles K. Ebinger*. The Meaning of Energy Security Depends on Who You Are : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.brookings.edu/research/opinions/2011/10/10-energy-security-ebinger>

<sup>17</sup> *Aleh Cherp, Jessica Jewell*. The concept of energy security: Beyond the four As : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421514004960>

<sup>18</sup> *Daniel Yergin*, Ensuring Energy Security, in “Foreign Affairs”, 85, 2, 2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.un.org/ga/61/second/daniel\\_yergin\\_energysecurity.pdf](http://www.un.org/ga/61/second/daniel_yergin_energysecurity.pdf)

<sup>19</sup> *Robert Copper*. American Energy Security in a Changing Global Energy Market : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.e-ir.info/2013/07/27/american-energy-security-in-a-changing-global-energy-market/>

<sup>20</sup> Challenging Injustice through a Critical Approach to Energy Security: A Central Component of Environmental Security : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.auspsa.org.au/sites/default/files/challenging\\_injustice\\_adam\\_simpson.pdf](http://www.auspsa.org.au/sites/default/files/challenging_injustice_adam_simpson.pdf)

<sup>21</sup> *Robert Copper*. American Energy Security in a Changing Global Energy Market : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.e-ir.info/2013/07/27/american-energy-security-in-a-changing-global-energy-market/>

<sup>22</sup> Science for Environment Policy : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/312na6\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/312na6_en.pdf)

<sup>23</sup> *Francis McGowan*. Can the European Union’s Market Liberalism Ensure Energy Security in a Time of ‘Economic Nationalism’? JCER : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.jcer.net/index.php/jcer/article/.../92/88](http://www.jcer.net/index.php/jcer/article/.../92/88)

<sup>24</sup> *Francis McGowan*. Can the European Union’s Market Liberalism Ensure Energy Security in a Time of ‘Economic Nationalism’? JCER : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.jcer.net/index.php/jcer/article/.../92/88](http://www.jcer.net/index.php/jcer/article/.../92/88)

<sup>25</sup> *Anne-Marie Le Gloannec, Bastien Irondele and David Cadier*. The Transatlantic Relationship and the future Global Governance : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.transworld-fp7.eu/wp-content/uploads/2013/04/TW\\_WP\\_13](http://www.transworld-fp7.eu/wp-content/uploads/2013/04/TW_WP_13)

Резюме

**Манжул І. В. Визначення поняття «енергетична безпека» зарубіжними авторами.**

Досліджуються генеза і визначення поняття «енергетична безпека» зарубіжними науковцями. Вказана дефініція розглядається в контексті із забезпеченістю енергоресурсами в кожній країні. Авторами здійснюється пошук спільної платформи для оцінки енергетичної безпеки.

**Ключові слова:** енергетична безпека, енергоресурси, країни-експортери, країни-імпортери, зарубіжні автори.

Резюме

**Манжул І. В. Определение понятия «энергетическая безопасность» иностранными авторами.**

Исследуются генезис и определение понятия «энергетическая безопасность» иностранными учеными. Указанная дефиниция рассматривается в контексте с обеспеченностью энергоресурсами в каждой стране. Авторами осуществляется поиск общей платформы с целью оценки энергетической безопасности.

**Ключевые слова:** энергетическая безопасность, энергоресурсы, страны-экспортеры, страны-импортеры, иностранные авторы.

Summary

**Manzhul I. Defining «energy security» by foreign authors.**

It is researched the genesis and definition of energy security by foreign scientists. The above definition is considered in the context of the supply of energy in each country. The authors carried out a common search platform for the evaluation of energy security.

**Key words:** energy security, energy resources, exporting countries, importing countries, foreign authors.

УДК 349.6

**Т. М. СИТНІК**

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

**ДЕЯКІ ПРАВОВІ АСПЕКТИ ОБЛІКУ ЗЕМЕЛЬ НАСЕЛЕНИХ ПУНКТІВ,  
ЗАЙНЯТИХ ЗЕЛЕНИМИ НАСАДЖЕННЯМИ**

Ефективне врегулювання відносин щодо земель населених пунктів, зайнятих зеленими насадженнями, встановлення найбільш об'єктивного їх правового режиму, правильне планування використання таких земель, розробка заходів щодо їх охорони та відтворення залежить від достовірної й актуальної інформації про кількість та якість таких земель. І тут важливу роль відіграє облік земель населених пунктів, на яких розміщуються зелені насадження. У свою чергу, належне здійснення обліку неможливе без чіткого механізму правового регулювання. Це викликає потребу в проведенні досліджень сучасного стану правового забезпечення здійснення обліку згадуваних земель, вироблення пропозицій щодо його удосконалення, що й становитиме мету даної статті.

Актуальність даної теми посилюється й практичною відсутністю спеціальних праць, присвячених саме цим проблемам. Так, вивчення окремих питань правового регулювання обліку земель було предметом досліджень таких вчених, як В. І. Андрейцев, В. П. Балезін, С. А. Боголюбов, А. П. Гетьман, С. Л. Гоштинар, Н. О. Грабовець, Б. В. Єрофеев, І. О. Іконичька, П. Д. Індиченко, І. І. Каракаш, П. Ф. Кулинич, Н. Р. Малишева, В. Л. Мунтян, В. В. Носік, О. М. Пащенко, О. О. Погрібний, В. І. Семчик, Н. І. Титова, М. В. Шульга та ін. Проте багато питань обліку саме земель населених пунктів, зайнятих зеленими насадженнями, й досі потребують вирішення.

Переходячи до викладу основного матеріалу, спочатку зазначимо, що науковці по-різному підходять до визначення поняття обліку земель. Як певні дії переважно статистико-економічного характеру, що становлять необхідну умову й передумову для всієї правової діяльності радянської держави щодо організації раціонального використання земель, розглядав облік земель ще в 70-ті роки минулого століття В. П. Балезін<sup>1</sup>. Теж через дії, але вже уповноваженого органу державної влади зі внесення в державний земельний кадастр, оброблення, систематизації та поновлення юридично значимих відомостей у системі державного земельного кадастру, у сучасних умовах пропонує розуміти облік земель (кадастровий) Т. М. Лебедева<sup>2</sup>. По-іншому підходять до дефініції цього поняття такі вчені, як І. В. Дегтярьов та Л. І. Осіпов, які визначають облік земель як їх кількісне відображення та якісну характеристику. Тобто, будь-який облік, зокрема й земельний, зазначають науковці, дає кількісний вираз явищ, для яких характерна визначена якість<sup>3</sup>.

Чинне земельне законодавство, а саме Земельний кодекс, закріплює облік земель в якості складової державного земельного кадастру (Глава 34)<sup>4</sup>. І у ст. 203 теж розділяє поняття обліку за двома критеріями: обліку кількості земель (ч. 1) та обліку якості земель (ч. 2). Ці ж терміни у ст. 33 визначає інший нормативно-

правовий акт – Закон України «Про Державний земельний кадастр» від 7 липня 2011 р. № 3613-VI<sup>5</sup>. При цьому будучи за своєю суттю однорідними, все ж таки вони не є тотожними.

За Земельним кодексом облік кількості земель – це відображення у відомостях і документах даних, які характеризують кожен земельну ділянку, а також землі за площею та складом земельних угідь, розподіл земель за власниками, землекористувачами. За ч. 3 ст. 33 Закону України «Про Державний земельний кадастр» – це відображення даних, що характеризують земельні ділянки за площею, складом земельних угідь відповідно до затвердженої класифікації, розподілом земель за власниками (користувачами).

Щодо обліку якості земель, то Земельний кодекс його визначає як відображення у відомостях і документах даних, які характеризують земельні угіддя за природними і набутими властивостями, що впливають на їх продуктивність та економічну цінність, а також за ступенем техногенного забруднення ґрунтів. Закон України «Про державний земельний кадастр» (ч. 4 ст. 33), навпаки, визначає поняття обліку якості земельних угідь як відображення даних, що характеризують землі за природними і набутими властивостями, впливають на їх продуктивність та економічну цінність, а також за ступенем техногенного забруднення ґрунтів.

На наш погляд, ці визначення потрібно уніфікувати, оскільки їх існування в сучасній редакції викликає зайве ускладнення у правозастосуванні. Отже, пропонуємо в ст. 203 Земельного кодексу та в ст. 33 Закону України «Про державний земельний кадастр» закріпити поняття: 1) обліку кількості земель як «відображення у відомостях та документах даних, які характеризують кожен земельну ділянку, а також землі за площею і складом земельних угідь відповідно до затвердженої класифікації, розподіл земель за власниками (землекористувачами)»; 2) обліку якості земель як «відображення у відомостях і документах даних, які характеризують земельні ділянки за природними і набутими властивостями, що впливають на їх продуктивність та економічну цінність, а також за ступенем техногенного забруднення ґрунтів».

Що стосується обліку не всіх земель, а лише земель населених пунктів, зайнятих зеленими насадженнями, то він співвідноситься з першим як частина і ціле й виділятиметься за спеціальним місцем розташування земельних ділянок (у межах населених пунктів) та спеціальними об'єктами, на них розміщеними (зеленими насадженнями). Звідси, облік земель населених пунктів, зайнятих зеленими насадженнями, є відображення у відомостях і документах даних, які характеризують кожен земельну ділянку в межах населених пунктів, на якій розміщені деревна, чагарникова, квіткова, трав'яна рослинність та інші об'єкти рослинного світу природного і штучного походження, за площею, природними та набутими властивостями, що впливають на їх продуктивність, економічну й природну цінність, а також розподіл цих земель за власниками і землекористувачами.

Передумовою для ведення обліку будь-яких земель є їх інвентаризація. Представники економічної науки пропонують розглядати це поняття з двох позицій. Так, на думку О. Ф. Ярмолюк, з одного боку, інвентаризація є способом миттєвого одержання відомостей про наявні земельні ділянки для їх подальшого використання в обліку, а з іншого, – це постійний нагляд та сукупність робіт, спрямований на встановлення правового режиму і фактичного стану використання земельних ділянок, їх меж, розмірів, складу угідь з метою виявлення земель, що не використовуються, використовуються нерационально або не за цільовим призначенням, та розроблення заходів з усунення причин порушення земельного законодавства<sup>6</sup>. Віддаючи належне такому підходу, дозволимо собі не погодитися з рядом моментів. По-перше, є сумнівною «миттєвість» одержання відомостей про наявні земельні ділянки, по-друге, не варто розглядати інвентаризацію земель як нагляд, по-третє, інвентаризація не спрямована на встановлення правового режиму земельних ділянок і не має на меті розроблення заходів з усунення причин земельних правопорушень.

Тим більше, що законодавець досить чітко і правильно означив мету інвентаризації земель. За діючим раніше (до вересня 2013 р.) Положенням про земельно-кадастрову інвентаризацію земель населених пунктів, затвердженим наказом Державного комітету України по земельних ресурсах від 26 серпня 1997 р. № 857, метою проведення інвентаризації земель населених пунктів є створення інформаційної бази для ведення державного земельного кадастру, регулювання земельних відносин, раціонального використання і охорони земельних ресурсів, оподаткування. За чинним на даний час Порядком проведення інвентаризації земель, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 23 травня 2012 р. № 513<sup>8</sup>, її метою визначено: забезпечення ведення Державного земельного кадастру; забезпечення здійснення контролю за використанням і охороною земель; визначення якісного стану земельних ділянок, їх меж, розміру, складу угідь; узгодження даних, отриманих у результаті проведення інвентаризації земель, з інформацією, що міститься у документах, які посвідчують право на земельну ділянку, та у Державному земельному кадастрі; прийняття за результатами інвентаризації земель Кабінетом Міністрів України, Радою міністрів Автономної Республіки Крим, місцевими держадміністраціями та органами місцевого самоврядування відповідних рішень; здійснення землеустрою.

Як бачимо, зараз інвентаризація земель населених пунктів провадиться на загальних підставах і не існує окремого спеціального документа, який би встановлював особливі вимоги до її здійснення. На наш погляд, було б доцільним все ж таки прийняти спеціальний документ (у формі Порядку), який би регламентував проведення інвентаризації земель в межах населених пунктів. Базою для нього могло б виступити відмінене Положення про земельно-кадастрову інвентаризацію земель населених пунктів, відкориговане за участю фахівців відповідно до чинного законодавства.

Оскільки ми досліджуємо специфічний об'єкт інвентаризації – земельні ділянки, на яких в населених пунктах розміщені зелені насадження, то з ним безпосередньо пов'язана й інвентаризація останніх.

Нормативною базою для її проведення є Інструкція з інвентаризації зелених насаджень у населених пунктах України, затверджена наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 24 грудня 2001 р. № 226<sup>9</sup>. За цим документом, метою інвентаризації зелених насаджень є, окрім іншого, одержання достовірних даних щодо кількісних і якісних характеристик зелених насаджень на території населеного пункту; посилення відповідальності за збереження зелених насаджень балансоутримувачів, власників чи користувачів земельних ділянок, підприємств, організацій, установ, на території яких розташовані зелені насадження; організація невиснажливого використання озелених територій; установлення відповідності кількості зелених насаджень чинним будівельним та санітарним нормам. Інвентаризація передбачає: визначення загальної площі, зайнятої об'єктами зеленого господарства, у тому числі деревами, чагарниками, квітниками, газонами, стежками тощо; визначення вартості об'єкта загалом і його окремих ділянок; вчасне внесення змін, які відбулися в зелених насадженнях, у креслення, паспорти об'єктів зеленого господарства та зведені дані про зелені насадження населеного пункту. Паспорт об'єкта зеленого господарства обов'язково включає відомості про площу під усіма видами зеленими насадженнями та про якісні характеристики, у тому числі окремо складаються відомості обліку дерев, кущів, живоплотів, бордюрів, квітників, газонів з зазначенням номеру облікової ділянки, її площі, стану насаджень та інших даних.

З вищенаведеного видно, що проведення інвентаризації зелених насаджень, з урахуванням неможливості їх відокремлення від земельної ділянки, є інформативним і в контексті інвентаризації землі. А якщо ж брати до уваги той факт, що для встановлення правового режиму земельної ділянки, на якій розміщені зелені насадження, об'єктивно необхідно оперувати даними щодо якісного стану об'єктів рослинного світу, то можна зробити висновок, що лише комплексний підхід (інвентаризація земель та інвентаризація зелених насаджень) дасть змогу правильно визначити коло прав і обов'язків власників цих земель чи землекористувачів.

Але та ж Інструкція з інвентаризації зелених насаджень у населених пунктах України має суттєвий недолік: як вказується у п. 1 наказу Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 24 грудня 2001 р. № 226, п. 2 цієї інструкції, що визначав порядок проведення робіт, фактично втратив чинність у зв'язку з втратою чинності наказу Державного комітету по житлово-комунальному господарству від 29 липня 1994 р. № 70 «Про затвердження Правил утримання зелених насаджень міст та інших населених пунктів»<sup>10</sup>. Хоча на його заміну наказом Міністерства будівництва, архітектури та житлово-комунального господарства України від 10 квітня 2006 р. № 105 були затверджені діючі Правила утримання зелених насаджень в населених пунктах України. На нашу думку, потрібно доповнити діючі Правила утримання зелених насаджень міст та інших населених пунктів пунктом щодо інвентаризації зелених насаджень населених пунктів та, відповідно, відновити чинність п. 2 Інструкції з інвентаризації зелених насаджень у населених пунктах України.

Звичайно, в межах однієї статті неможливо розкрити всі аспекти обліку земель населених пунктів, зайнятих зеленими насадженнями. Це стане предметом наших подальших наукових пошуків.

<sup>1</sup> Балезин В. П. Правовой режим земель сельских населенных пунктов / В. П. Балезин. – М. : Из-во Московского университета, 1972. – С. 52.

<sup>2</sup> Лебедева Т. М. Облік земель: правовий аспект / Т. М. Лебедева // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 2. – С. 233.

<sup>3</sup> Дегтярев И. В. Земельное право и земельный кадастр / И. В. Дегтярев, Л. И. Осипов. – М. : Юрид. лит., 1986. – С. 71.

<sup>4</sup> Земельний кодекс України : затв. Законом України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3–4. – Ст. 27.

<sup>5</sup> Про Державний земельний кадастр : Закон України від 7 липня 2011 р. № 3613-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 8. – Ст. 61.

<sup>6</sup> Ярмолюк О. Ф. Інвентаризація земель сільськогосподарського призначення в ринкових умовах / О. Ф. Ярмолюк // Вісник Житомирського національного агроекологічного університету. – 2011. – № 2 (2). – С. 18.

<sup>7</sup> Про затвердження Положення про земельно-кадастрову інвентаризацію земель населених пунктів : наказ Державного комітету України по земельним ресурсам від 26 серпня 1997 р. № 85 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 45. – Ст. 104.

<sup>8</sup> Про затвердження Порядку проведення інвентаризації земель : постанова Кабінету Міністрів України від 23 травня 2012 р. № 513 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 44. – Ст. 1701.

<sup>9</sup> Про затвердження Інструкції з інвентаризації зелених насаджень у населених пунктах України : наказ Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 24 грудня 2001 р. № 226 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 10, 22 березня. – Ст. 223.

<sup>10</sup> Про затвердження Правил утримання зелених насаджень міст та інших населених пунктів України // Офіційний вісник України. – 2006. – № 31. – Ст. 2276.

### Резюме

#### **Ситнік Т. М. Деякі правові аспекти обліку земель населених пунктів, зайнятих зеленими насадженнями.**

У статті розглянуто теоретичні та законодавчі підходи до визначення поняття обліку земель, сформульовано визначення поняття обліку земель населених пунктів, зайнятих зеленими насадженнями. Проаналізовано сучасний стан нормативного регулювання проведення інвентаризації земель населених пунктів, зайнятих зеленими насадженнями. Розроблено пропозиції щодо удосконалення законодавства у цій сфері.

**Ключові слова:** облік земель, інвентаризація земель, землі населених пунктів, зелені насадження.

#### Резюме

**Ситник Т. М. Некоторые правовые аспекты учета земель населенных пунктов, занятых зелеными насаждениями.**

В статье рассмотрены теоретические и законодательные подходы к определению понятия учета земель, сформулировано определение понятия учета земель населенных пунктов, занятых зелеными насаждениями. Проанализировано современное состояние нормативного регулирования проведения инвентаризации земель населенных пунктов, занятых зелеными насаждениями. Разработаны предложения по совершенствованию законодательства в этой сфере.

**Ключевые слова:** учет земель, инвентаризация земель, земли населенных пунктов, зеленые насаждения.

#### Summary

**Sytnik T. Some legal aspects of accounting of land settlements occupied by the green spaces.**

In the article the theoretical and legal approaches to the definition of the land management are reviewed, the definition of the concept of the management of the land settlements occupied by the green spaces is formulated. The current state regulation of the inventory of the land settlements occupied by the green spaces is analyzed. The proposals on improvement of the legislation in this area are developed.

**Key words:** management of lands, land inventory, land settlements, green spaces.

УДК 343.9

**Д. Ю. ГУРЕНКО, В. П. ЄМЕЛЬЯНОВ**

*Дмитро Юрійович Гуренко, кандидат юридичних наук, старший викладач Харківського національного університету внутрішніх справ*

*Вячеслав Павлович Ємельянов, доктор юридичних наук, професор, професор Харківського національного університету внутрішніх справ*

## АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНІВ

Суб'єкт злочину є невід'ємним елементом злочину та обов'язковою ознакою складу злочину. Відсутність у діянні ознак суб'єкта злочину, встановлених кримінальним законом, свідчить про відсутність складу злочину. Суб'єкт злочину в загальному розумінні – це особа, яка вчинила злочин. У більш вузькому, спеціальному розумінні суб'єкт злочину – це особа, яка здатна нести кримінальну відповідальність у випадку вчинення нею умисного або необережного діяння, передбаченого кримінальним законом. Тому питання про суб'єкта злочину має не тільки теоретичне, а й практичне значення.

Зазначена проблематика тією чи іншою мірою розглядалася у роботах таких українських вчених, як В. Ф. Антипенко, В. І. Борисов, А. А. Васильєв, В. О. Глушков, І. М. Даньшин, М. В. Ємельянов, В. В. Лень, П. С. Матишевський, Ю. А. Пономаренко, М. В. Семикін, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін, В. В. Устименко та інших. Але останнім часом наукові дослідження у зазначеній сфері активізувалися, що значною мірою обумовлено положеннями Розділу XIV-1 Загальної частини Кримінального кодексу України «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб» та положеннями ст. 24 Закону України «Про боротьбу з тероризмом», яка встановлює підстави відповідальності організації за терористичну діяльність. Ці законодавчі положення породжують питання про те, чи визнає чинне законодавство суб'єктом злочинів будь-які колективні утворення, чи таким традиційно залишається лише фізична особа.

З усіх численних ознак, що характеризують особистість злочинця, закон виділяє такі, що свідчать про її здатність нести кримінальну відповідальність. Згідно зі ст. 18 КК України суб'єктом злочину є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до цього Кодексу може наставати кримінальна відповідальність. Тобто, кримінальний закон наділяє суб'єкта злочину такими трьома взаємопов'язаними ознаками: 1) фізична особа; 2) осудна особа; 3) особа, яка досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Це узгоджується також з положеннями ст. ст. 6, 7 і 8 КК, відповідно до яких нести кримінальну відповідальність можуть громадяни України, іноземці й особи без громадянства. Отже, суб'єктом злочину може бути тільки фізична особа, тобто людина. Не можуть бути суб'єктом злочину юридичні особи, держава чи будь-які інші колективні утворення.

Цих принципових позицій кримінального закону не порушують ті положення, які містяться у Розділі XIV-1 Загальної частини КК України, котрий має назву «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб», оскільки згідно зі ст. 96-3 КК підставами для застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру є вчинення її уповноваженою особою будь-якого із злочинів, перелічених у зазначеній статті<sup>1</sup>. Тобто, з цих нових положень цілком зрозуміло, що суб'єктом злочину тут визнається не юридична особа, а її уповноважена особа. Юридична особа лише несе певну відповідальність за вчинення суб'єктом злочину (уповноваженою особою) кримінально караного діяння. При цьому, як зазначається у науковій літературі, відповідальність юридичної особи настає лише у разі вчинення її уповноваженою особою вказаного у ст. 96-3 КК злочину від імені юридичної особи, а сам перелік злочинів, вчинення яких уповноваженою особою відповідно до ст. 96-3 КК тягне застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичної особи, є вкрай обмеженим та вичерпним, тобто не має загального значення для КК України в цілому, тоді як категорія «суб'єкт злочину» є загальною для кримінального законодавства. До того ж, заходи кримінально-правового характеру, що можуть застосовуватися до юридичних осіб згідно зі ст. 96-6 КК, за своєю суттю не є кримінальним покаранням, оскільки виходять за межі системи криміналь-



них покарань, встановленої ст. ст. 50–64 КК України, тому й підстави для звільнення юридичної особи від застосування заходів кримінально-правового характеру передбачені у ст. 95-5 КК, тобто окремо від підстав звільнення особи, яка вчинила злочин, від кримінальної відповідальності (Розділ IX Загальної частини КК) та звільнення засудженого від покарання та його відбування (Розділ XII Загальної частини КК)<sup>2</sup>.

Тому слід погодитись з існуючою у кримінально-правовій літературі позицією, що не можуть бути визнані суб'єктом злочину юридичні особи (підприємства, установи, громадські організації тощо), а заходи кримінально-правового характеру не є кримінальною відповідальністю<sup>3</sup>. Тим більше не можуть бути суб'єктами злочинів будь-які неформальні формування, хоча в літературі іноді зустрічаються такі висловлювання, які потребують певних уточнень, коли вказується, наприклад, що «конкретними суб'єктами тероризму є терористичні організації, групи, а також окремі особи»<sup>4</sup>. Згідно з КК України конкретними суб'єктами злочинів, у тому числі терористичних, можуть бути тільки конкретні фізичні особи, які вчиняють злочини, створюють терористичні групи чи терористичні організації, беруть участь у них чи керують ними, які створюють юридичні особи, керують ними та працюють в них, при цьому використовуючи іноді діяльність юридичної особи для досягнення злочинних цілей тих чи інших фізичних осіб.

Водночас у кримінально-правовій літературі існує позиція про необхідність визнання суб'єктом злочину не лише фізичних осіб, а й юридичних. Прихильники визнання юридичної особи суб'єктом злочину мотивують свою позицію тим, що юридичні особи можуть заподіювати значно більшу шкоду суспільству<sup>5</sup>, а також тим, що санкції, які передбачені в цивільному й адміністративному законодавстві, є значно меншими і не мають, на їх думку, належної ефективності<sup>6</sup>. Так, російський дослідник А. В. Наумов у зв'язку з цим пише: «Відповідальність юридичних осіб в кримінальному праві не випадково виникла в країнах з ринковою економікою. І якщо ми серйозно думаємо про роздержавлення і приватизацію власності, включаючи промислові підприємства, то рішення про можливість кримінальної відповідальності юридичних осіб неминуче буде прийняте і в нас. Який сенс від того, що в результаті чорнобильської трагедії декілька конкретних її винуватців були засуджені до тривалих строків позбавлення волі?»<sup>7</sup>. Але чи багато користі від притягнення до кримінальної відповідальності юридичних осіб?

Сама практика в країнах, де цей кримінально-правовий інститут існує, свідчить про численні труднощі в застосуванні та досить малу ефективність. «Існують серйозні сумніви, – вказують Б. С. Никифоров і Ф. М. Решетников, – стосовно реальності тих заходів, яким піддаються корпорації в тих рідких випадках, коли порушені проти них кримінальні справи закінчуються судовим процесом і винесенням обвинувального вироку. Збитки від штрафу, накладеного на корпорацію, нерідко перекладаються нею або на пересічних утримувачів акцій, які не мають ніякого відношення до зловживань ради директорів чи до вищих службовців корпорації, або взагалі компенсуються тим, що «послуги», які надаються корпорацією, або товари, які постачаються нею, після сплати штрафу сплачуються споживачами за більш високою ціною»<sup>8</sup>. Н. Є. Крилова та А. В. Серебреннікова також зазначають: «Після введення в дію нового КК Франції було декілька випадків притягнення юридичних осіб до кримінальної відповідальності. В усіх випадках юридичним особам був накладений штраф. ...Зокрема, з рішень не видно, чи встановлював суд тих осіб, які в реальності вчинили злочинне діяння»<sup>9</sup>.

Таке становище не відповідає притаманним кримінальному праву принципам особистої та винної відповідальності, оскільки «за колективною відповідальністю юридичної особи можуть критися істинні винуватці злочину»<sup>10</sup>. Саме це й демонструє часом закордонний досвід притягнення до кримінальної відповідальності юридичних осіб. Тому основоположним є принцип визнання суб'єктом злочину виключно фізичну особу, оскільки всі найважливіші інститути кримінального права – кримінальної відповідальності, покарання, співучасті, необхідної оборони, осудності тощо – традиційно будуються на цієї основі.

Принцип особистої відповідальності в той же час не може виключати відповідальності юридичної особи за вчинений її працівником злочин з використанням можливостей і повноважень даної юридичної особи. У зв'язку з цим один із прибічників встановлення кримінальної відповідальності юридичних осіб Б. В. Волженкін робить наступні висновки: «Тому доцільно розрізняти суб'єкта злочину і суб'єкта кримінальної відповідальності. Злочин як суспільно небезпечне, протиправне і винне діяння може вчинити тільки фізична особа, яка має свідомість і волю. Саме таке діяння, що містить усі ознаки відповідного складу злочину, є підставою кримінальної відповідальності. А ось нести кримінальну відповідальність за таке діяння можуть не тільки фізичні, але, за певних умов, і юридичні особи. Значить, завдання в тому, щоб визначити умови, за яких юридична особа нестиме кримінальну відповідальність за злочин, вчинений фізичною особою, і поряд з фізичною особою»<sup>11</sup>. Але з такою позицією можна погодитись лише частково. Дійсно, вчинити злочин, тобто бути суб'єктом злочину, може тільки фізична особа, яка має свідомість і волю. Однак, і кримінальну відповідальність може нести тільки суб'єкт злочину, бо суб'єктом кримінальної відповідальності може бути тільки суб'єкт злочину, оскільки відповідно до кримінально-правових принципів і кримінального законодавства ці поняття є однозначними. Зокрема, Розділ IV Загальної частини КК України так і називається: «Особа, яка підлягає кримінальній відповідальності (суб'єкт злочину)».

У цьому зв'язку М. В. Семикін, полемізуючи з Б. В. Волженкіном, цілком слушно стверджує наступне: «Тому розрізняти слід не суб'єкта злочину і суб'єкта кримінальної відповідальності, а суб'єкта злочину і суб'єкта (суб'єктів) відповідальності за вчинений злочин. Остання категорія включає в себе не тільки суб'єкта кримінальної відповідальності (суб'єкта злочину), але також і суб'єктів іншої відповідальності – юридичних та фізичних осіб, які можуть нести матеріальну, адміністративну, моральну, дисциплінарну відпові-

дальність у зв'язку з вчиненням суб'єктом кримінальної відповідальності злочином. Наприклад, за транспорту пригоду кримінальну відповідальність несе працівник, який керував транспортним засобом, матеріальну відповідальність – транспортне підприємство, а деякі керівники можуть понести дисциплінарну відповідальність. За злочинні дії неповнолітніх правопорушників несуть матеріальну відповідальність їхні батьки або особи, котрі їх замінюють. Цей механізм давно налагоджений в чинному законодавстві і немає ніякої необхідності перевантажувати кримінальне законодавство якимиись новими видами суб'єктів кримінальної відповідальності. Найвним прикладом тому може слугувати Розділ VI Закону України «Про боротьбу з тероризмом», де встановлюється відповідальність за участь у терористичній діяльності. Так, згідно зі ст. 23 Закону, особи, винні в терористичній діяльності, притягаються до кримінальної відповідальності в порядку, передбаченому законом, тоді як організація, відповідальна за вчинення терористичного акту і визнана рішенням суду терористичною, згідно зі ст. 24 Закону підлягає ліквідації, а належне їй майно конфіскується. Тобто для прийняття стосовно організації таких суворих заходів зовсім не обов'язково визнавати її суб'єктом злочину, достатньо визнати її суб'єктом відповідальності за вчинений фізичними особами злочин та вжити ефективних заходів, не називаючи їх кримінальним покаранням»<sup>12</sup>.

Дійсно, юридична особа може нести відповідальність за злочини фізичних осіб, які входять до її складу, проте ця відповідальність не кримінальна, а якась інша. Найчастіше це матеріальна, адміністративна чи моральна відповідальність. У деяких випадках, які прямо передбачені у вичерпному переліку, встановленому у ст. 96-3 КК України, до юридичної особи можуть бути застосовані заходи кримінально-правового характеру. Підставами для застосування до юридичної особи цих заходів, відповідно до ст. 96-3 КК, є вчинення її уповноваженою особою від імені юридичної особи будь-якого із злочинів, передбачених ст. ст. 109, 110, 113, 146, 147, 160, 258–258-5, 260, 262, 306, частинами першою і другою ст. 368-3, частинами першою і другою ст. 368-4, ст. ст. 369, 369-2, 436, 437, 438, 442, 444, 447 КК України. Проте за своєю суттю ці заходи кримінально-правового характеру не є кримінальним покаранням. Вони можуть застосовуватися лише у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності певної уповноваженої особи та поряд з нею і не надають юридичній особі ознак суб'єкта злочину (суб'єкта кримінальної відповідальності).

Аналогічний підхід повинен бути і в тих випадках, коли сприяння злочинцям та їх організаціям надають представники державної влади. У науковій літературі ця обставина породжує полеміку про суб'єкта такого роду злочину та про можливість визнання держави суб'єктом злочину. Так, В.Ф. Антипенко стверджує, що «суб'єктами міжнародних злочинів як юридичної патології є, передусім, держави, а також фізичні особи, які виступають від їх імені і конкретно вчинюють ці злочини»<sup>13</sup>.

Позиція визнання держави суб'єктом злочинів була в науковій літературі піддана всебічній критиці як термінологічна маніпуляція, що не має ані правових підстав, ані сутнісного наповнення<sup>14</sup>, бо тут також, як і у випадку визнання суб'єктом злочину юридичної особи, здійснюється змішування понять суб'єкта злочину та суб'єкта відповідальності за вчинений злочин. Суб'єктами злочинів у даному випадку можуть бути лише фізичні особи, тобто представники державної влади. Держава же може виступати суб'єктом відповідальності за вчинені цими особами злочини, але відповідальності не кримінально-правової, а міжнародно-правової.

Таким чином, слід розрізняти суб'єкта злочину і суб'єкта відповідальності за вчинений злочин. Суб'єктами відповідальності можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи, а також держава, суб'єктом же злочину (суб'єктом кримінальної відповідальності) може бути тільки фізична осудна особа, яка досягла віку кримінальної відповідальності до моменту вчинення нею конкретного суспільно небезпечного діяння.

Наступною ознакою суб'єкта злочину відповідно до ч. 1 ст. 19 КК України є здатність особи під час вчинення злочину усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними, тобто осудність. Проблематика осудності посідає чільне місце в кримінально-правових дослідженнях, оскільки, як слушно зазначає П.А. Воробей, «кримінальна відповідальність має місце лише там і тоді, де і коли особа проявляє свою волю, коли у вчинку відбивається воля особи, бо якраз осередком, серцевиною злочину є лиха воля особи. За межами волі відповідальність втрачає свою суспільну частку, будь-який сенс, оскільки за цими межами неможливий ніякий суспільний вплив на особу та її поведінку»<sup>15</sup>.

Якщо особа під час вчинення злочину перебувала в стані неосудності, тобто не могла усвідомлювати свої дії або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки, то згідно з ч. 2 ст. 19 КК вона не підлягає кримінальній відповідальності. Ця вимога закону зумовлена насамперед тією обставиною, що осудність або її окремих прояв – обмежена осудність (ст. 20 КК) є необхідною передумовою для встановлення вини людини, а отже, і її кримінальної відповідальності за вчинене.

Чинний кримінальний закон пов'язує настання відповідальності особи за вчинений злочин також і з досягненням нею певного віку. Вік, з якого настає відповідальність за вчинення злочинів, залежить від того, за якою статтею КК України буде кваліфікуватися вчинене діяння. За загальним правилом згідно з ч. 1 ст. 22 КК України кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося шістнадцять років. У ч. 2 ст. 22 КК міститься вичерпний перелік злочинів, за вчинення яких кримінальна відповідальність настає з чотирнадцяти років.

На підставі викладеного можна зробити такі висновки: суб'єктом злочинів є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого відповідно до КК України може наставати кримінальна відповідальність;

суб'єктом відповідальності за вчинене суб'єктом злочину кримінально каране діяння можуть виступати інші фізичні особи, юридичні особи, а також держава, але ця відповідальність не є кримінальною.

- <sup>1</sup> Кримінальне право України. Загальна частина: підруч. / В. І. Борисов, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін та ін. ; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-е вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2015. – 528 с. – С. 154.
- <sup>2</sup> Ємельянов М. В. Кримінальна відповідальність за шахрайство: моногр. / М. В. Ємельянов. – Х. : Право, 2014. – 176 с. – С. 116–117; Гуренко Д. Ю. Чи визнає чинний КК України юридичну особу суб'єктом злочину? / Д. Ю. Гуренко // Актуальні проблеми господарського, адміністративного та кримінального права і процесу: матеріали всеукр. наук.-практ. конф. молодих вчених (м. Донецьк, 15 березня 2014 р.). – Донецьк : ООО «Цифровая типография», 2014. – С. 380–381.
- <sup>3</sup> Кримінальне право України. Загальна частина: підруч. / В. І. Борисов, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін та ін. ; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-е вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2015. – 528 с. – С. 153, 468.
- <sup>4</sup> Крутов В. В. Методологічні підходи до підвищення ефективності боротьби з тероризмом / В. В. Крутов // Тероризм і боротьба з ним. Аналітичні розробки, пропозиції наукових та практичних працівників : міжвідомчий наук. зб. – К., 2000. – Т. 19. – С. 131.
- <sup>5</sup> Келина С. Г. Ответственность юридических лиц в проекте нового УК Российской Федерации / С. Г. Келина // Уголовное право: новые идеи / под ред. С. Г. Келиной и А. В. Наумова. – М., 1994. – С. 50–60.
- <sup>6</sup> Никифоров А. С. Об уголовной ответственности юридических лиц / А. С. Никифоров // Уголовное право: новые идеи / под ред. С. Г. Келиной и А. В. Наумова. – М., 1994. – С. 43–49.
- <sup>7</sup> Наумов А. В. Российское уголовное право. Общая часть: курс лекций. – 2-е изд., перераб. и доп. / А. В. Наумов. – М. : БЕК, 1999. – 590 с. – С. 201.
- <sup>8</sup> Никифоров Б. С. Современное американское уголовное право / Б. С. Никифоров, Ф. М. Решетников. – М. : Наука, 1990. – 256 с. – С. 54.
- <sup>9</sup> Крылова Н. Е. Уголовное право зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии): учеб. пособ. / Н. Е. Крылова, А. В. Серебренникова. – М. : ЗЕРЦАЛО, 1998. – 208 с. – С. 130–131.
- <sup>10</sup> Кузнецова Н. Ф. Цели и механизмы реформы уголовного кодекса / Н. Ф. Кузнецова // Государство и право. – 1992. – № 6. – С. 78–86.
- <sup>11</sup> Волженкин Б. В. Уголовная ответственность юридических лиц / Б. В. Волженкин. – СПб., 1998. – 40 с. – С. 25–26.
- <sup>12</sup> Семикін М. В. Створення терористичної групи чи терористичної організації: кримінально-правове дослідження / М. В. Семикін. – Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2003. – 145 с. – С. 132–133.
- <sup>13</sup> Антипенко В. Ф. Борьба с современным терроризмом: международно-правовые подходы / В. Ф. Антипенко. – К. : ЮОНА, 2002. – 723 с. – С. 434.
- <sup>14</sup> Комиссаров В. С. Террор, терроризм, «государственный терроризм»: понятие и соотношение / В. С. Комиссаров, В. П. Ємельянов // Вестник Московского университета. – 1999. – № 5. – С. 41–45. – (Серия 11. Право); Ємельянов В. П. Терористичні злочини: кримінально-правова характеристика та питання вдосконалення антiterористичного законодавства / В. П. Ємельянов, Л. В. Новікова, М. В. Семикін. – Х. : Кроссруд, 2007. – 216 с. – С. 39–40; Тероризм: определения и сущность / А. В. Коростиленко, Б. Д. Леонов, И. Н. Рыжов и др.; под общ. ред. В. В. Крутова, И. И. Мусиенко, В. А. Глушкова. – К. : Центр уч.-науч. и науч.-практ. изданий НА СБ Украины, 2014. – 192 с. – С. 64–49.
- <sup>15</sup> Воробей П. А. Кримінально-правове ставлення у вину / П. А. Воробей. – К. : Атіка, 2009. – 176 с. – С. 20–21.

#### Резюме

**Гуренко Д. Ю., Ємельянов В. П. Актуальні питання щодо визначення суб'єкта злочинів.**

У наданій роботі розглядаються актуальні питання щодо кримінально-правової сутності суб'єкта злочинів, тобто ознак особи, яка підлягає кримінальній відповідальності за вчинення злочинів відповідно до Кримінального кодексу України.

**Ключові слова:** злочини, суб'єкт злочинів, ознаки суб'єкта.

#### Резюме

**Гуренко Д. Ю., Ємельянов В. П. Актуальные вопросы относительно определения субъекта преступлений.**

В представленной работе рассматриваются актуальные вопросы относительно уголовно-правовой сущности субъекта преступлений, то есть признаков лица, которое подлежит уголовной ответственности за совершение преступлений в соответствии с Уголовным кодексом Украины.

**Ключевые слова:** преступления, субъект преступления, признаки субъекта.

#### Summary

**Gurenko D., Yemelyanov V. The actual issues of definition of the crime's subject.**

The article is devoted to issue of criminal legal entity of offences' subject. In other words, signs of a person who is subject to criminal responsibility for offences under the Criminal code of Ukraine are discussed.

**Key words:** crime, subject of crime, signs of the subject.

О. О. КВАША

Оксана Олександрівна Кваша, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Київського університету права НАН України

## ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ, У КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЛЮДИНИ НА САМОЗАХИСТ

Забезпечення прав людини в нашій державі було започатковано з прийняттям у 1996 році Конституції України. Право на життя та здоров'я як природне право людини визнано та гарантовано Основним законом. Те чи інше право, навіть якщо воно є природним і абсолютним, повинно бути забезпечено Конституцією та реалізовано в галузевому законодавстві. У статті 27 зазначено: «ніхто не може бути свавільно позбавлений життя. Обов'язок держави – захищати життя людини. Кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань». Однак стан протидії злочинності в нашій державі останні десятиліття є вкрай незадовільним, а трагічні події 2014–2015 років засвідчили, що держава не спроможна виконувати свій обов'язок повною мірою. Сьогодні Україна в умовах високого рівня злочинності та трансформації її форм, навіть за наявності розгалуженої системи правоохоронних органів, не здатна захистити громадян від злочинних посягань. Військові дії на окремих територіях Донецької та Луганської областей актуалізують проблему непритягнення до кримінальної відповідальності осіб, які реалізували надане їм Конституцією право на самозахист життя і здоров'я.

Питання притягнення/непритягнення до кримінальної відповідальності є прерогативою кримінального права, і зокрема, врегульовано нормами інституту обставин, що виключають злочинність діяння. Значний внесок у дослідження цих обставин зробили вчені: Ю. В. Александров, Г. М. Андрусак, П. П. Андрушко, М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, Н. П. Берестовий, О. М. Боднарук, С. В. Бородин, Я. М. Брайнін, Г. В. Бушуєв, І. А. Гільфанд, О. А. Герцензон, В. О. Глушков, Л. В. Гусар, П. С. Дагель, В. П. Діденко, О. О. Дудоров, М. Д. Дурманов, М. Й. Коржанський, С. Г. Келіна, В. М. Козак, А. Ф. Коні, О. М. Костенко, М. І. Мельник, А. А. Музика, В. О. Навроцький, М. М. Паше-Озерський, А. А. Піонтковський, Н. М. Плисюк, Е. Ф. Побігайло, Л. М. Підкоритова, О. Б. Сибаль, І. С. Тишкевич, В. І. Ткаченко, М. І. Хавронюк, Н. Б. Хлистова, Т. Г. Шавгулідзе, М. Д. Шаргородський, М. І. Якубович та інші. Проте недостатньо уваги приділяється аналізу конституційних засад кримінально-правового регулювання обставин, що виключають злочинність діяння.

Україна сьогодні прагне до повноцінного членства в Євросоюзі. Фахівці в галузі конституційного права відзначають: для європейського способу розуміння феномену обґрунтування прав людини характерне специфічне поєднання *ідеї природного права* та певної природи самої державної влади<sup>1</sup>; історично так склалося, що право оборони від небезпеки, яка загрожує людині, було віднесено до *природних*, природжених прав, які надано людині самою природою, суть яких полягає в тому, що разом із писаним правом, яке складалося з сукупності законів, над ним або поза ним існує таке неписане право, яке «вдихнула» в людину *мати-природа*, яке виходить з самої сутності людини, з розуму, який відокремлює його від усього іншого світу<sup>2</sup>. Подібна позиція відображена в науковому доробку відомого криминолога О. М. Костенка: «*Прояв Природи* в суцільному означає, що вона, як *мати*, породжує усе суще і дає йому закони, утворюючи таким чином світопорядок. Якщо немає законів соціальної природи, людині все дозволено<sup>3</sup>».

Враховуючи природне походження права на необхідну оборону, водночас не можна не визнавати визначальну роль Конституції в забезпеченні цього права у нормах кримінального та іншого галузевого законодавства. Так, у передмові до колективної монографії, підготовленої фахівцями Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, задекларовано, що Конституція є системоутворюючим фактором ... національної правової системи в цілому<sup>4</sup>.

Вітчизняний конституціоналіст К. О. Гориславський у багатьох своїх наукових працях визначає саме необхідну оборону як одну з форм самозахисту (складову самозахисту), при цьому зазначаючи, що в Конституції поняття «самозахист» не розкривається, як і немає такого поняття в жодній галузі національного права<sup>5</sup>. У тлумачному словнику української мови також не знаходимо термін «самозахист», натомість через нього роз'яснюється поняття «самооборона». Саме цим терміном іменують окремі вчені універсальну (або загальну) обставину, що виключає злочинність діяння<sup>6</sup>. Самооборона – це оборона самого себе від небезпеки, нападу, ворожих дій і т. ін.; оборона самого себе власними силами; самозахист / оборона країни силами і засобами населення поряд з обороною силами держави<sup>7</sup>. З наведеного випливає два висновки щодо сутності поняття «самозахист»: по-перше, його слід тлумачити не стільки як «захист самого себе», а як «самостійний захист, власними силами»; по-друге, йому іманентно властиве право людини на захист від протиправних посягань власними силами не лише свого чи інших осіб життя, здоров'я, прав і свобод, але й інтересів суспільства чи держави. Власне саме цим правом скористалися тисячі громадян України, зорганізувавшись у добровільні батальйони для захисту територіальної цілісності України, коли на початку воєнних дій

на сході збройні сили не були здатні протистояти ворогу. Так звана «гібридна війна» на сході України ставить під сумнів позицію окремих вчених про те, що «надання особі права захищати інтереси суспільства і держави є гаслами минулого, оскільки для відбиття посягань на інтереси суспільства і держави діє система озброєних органів»<sup>8</sup>. Доречно пригадати, що в радянську добу існувала тенденція визнання обов'язком громадян захищати насамперед, державні інтереси: «Захист державних, суспільних інтересів, особистості та її права є моральним обов'язком»<sup>9</sup>. В умовах же поширення в Україні терористичної та сепаратистської діяльності, що загрожує територіальній цілісності, суверенітету та самому існуванню України як незалежної держави, коли збройні сили та правоохоронні органи не спроможні захистити ці найважливіші державні цінності, право на оборону/самозахист виникає у кожного громадянина України.

У 2010–2013 рр. в Україні відбувались масові порушення свободи мирних зібрань громадян. Вчені відзначають, що влада сама провокувала громадян на «порушення громадського порядку». За даними Центру політико-правових реформ, кількість судових справ про заборону мирних зібрань, розглянутих у 2012 р. окружними адміністративними судами, зросла більш як на третину порівняно з попереднім роком – 355 постанов у 2012 р. проти 227 постанов у 2011 р. (з них 313 заборон проти 203)<sup>10</sup>. Такі порушення конституційних прав громадян стали однією з причин «Революції гідності», що відбулась в Україні у 2013–2014 роках. Ці події слід розглядати в контексті реалізації громадянами конституційного права на самозахист. Так, вітчизняні конституціоналісти право на самозахист (ч. 5 ст. 55 Конституції) трактують як *право на опір недемократичному правлінню*. В умовах самоорганізації українських громадян для захисту суверенітету і територіальної цілісності України від проявів сепаратизму та зовнішньої агресії, підтримуємо позицію М. В. Кампо, М. В. Савчина (праця 2008 року) про те, що право народу України впливає із конституційного положення, відповідно до якого «захист, забезпечення її інформаційної та економічної безпеки є... справою всього Українського народу». Право народу на самозахист здійснюється в індивідуальній та колективній формах (ч. 1 ст. 17)<sup>11</sup>. Саме індивідуальні форми захисту прав врегульовані в Розділі VIII Загальної частини КК України «Обставини, що виключають злочинність діяння».

Слід констатувати, що право людини самостійно захищати себе від протиправних посягань є новелою Конституції України 1996 року. Положення ст. 27 Конституції України підкріплені відповідними статтями, в яких кожній особі надається можливість уникнути небезпеки для власного життя та здоров'я різними засобами в разі протиправних посягань на ці блага та застосувати засоби самозахисту. Зокрема, у ч. 5 ст. 55 Конституції визначено, що кожен має право будь-якими незабороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Таке конституційне право на самозахист розвинуто насамперед у статті 36 «Необхідна оборона» КК України.

У зв'язку з вищенаведеними міркуваннями вважаємо не просто невірною, але й соціально шкідливою позицію окремих вчених щодо суспільно небезпечного характеру необхідної оборони: «діяння, вчинене в рамках використання громадянином необхідної оборони, підпадає під ознаки суспільно небезпечного»; «...не може бути визнано суспільно корисним позбавлення життя людини, навіть якщо вона загрозувала смертю»<sup>12</sup>. Такі підходи суперечать розумінню сутності необхідної оборони як складового елементу конституційного права на самозахист правоохоронюваних інтересів, зокрема, від дій особи, яка свідому порушує правила суспільного життя. У відповідності з ідеєю природного походження права на необхідну оборону слід визнати такі дії суспільно корисними. Крім того, наведені вище позиції вчених перешкоджають практичному застосуванню права особи на оборону. Якщо держава не спроможна захистити своїх громадян від злочинних посягань, вона не може відбирати у них право на самозахист, кваліфікуючи такі дії як суспільно небезпечні.

Також не можна погодитися з тезою, що жодне з діянь, вчинених за обставин, що виключають їх злочинність, не є корисним, оскільки в будь-якому разі воно завдає певної шкоди суспільству чи окремим його представникам<sup>13</sup>. З точки зору соціально-правового змісту та з урахуванням конституційних засад права особи на самозахист, кожна обставина, що виключає злочинність діяння, є або суспільно корисним, або соціально допустимим (нейтральним) вчинком, що виключає можливість їх кваліфікації за однією з ознак злочину – як суспільно небезпечних. Якщо та чи інша поведінка особи кваліфікується як суспільно небезпечна, то це означає, що особа в цих умовах мала, і, очевидно, усвідомлювала його наявність, інший шлях захисту правоохоронюваних інтересів, який був би для суспільства корисним чи прийнятним.

Отже, не лише норма про необхідну оборону забезпечує конституційне право особи на самозахист. Традиційно до права на самозахист відносять крайню необхідність. Поняття «самозахист» є більш широким, ніж необхідна оборона чи крайня необхідність. Фахівці в галузі конституційного права вважають, що індивідуально особа може захищати свої права шляхом самозахисту в рамках необхідної оборони, крайньої необхідності, при затриманні правопорушника, також має право відмовитися від виконання злочинних наказів (розпоряджень) тощо<sup>14</sup>. Конкретизує право самозахисту і положення статті 19 Конституції про те, що «правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством», а також положення ч. 1 ст. 60 про те, що «ніхто не зобов'язаний виконувати явно злочинні розпорядження чи накази». Так ч. 3 ст. 41 Кримінального кодексу України передбачає: «Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилася виконувати явно злочинний наказ або розпорядження».

Слід погодитись із В. В. Бабуриним, який досліджуючи соціальну природу обставин, що виключають злочинність діяння, стверджує, що *усі вони ґрунтуються на конституційному дозволі* (курсив мій. – О.К.) захищати свої права усіма не забороненими законом засобами. При цьому зазначає, що усі обставини, за

яких особа може правомірно захистити свої права від небезпеки, яка їм загрожує, спочатку іменувались крайньою необхідністю<sup>15</sup>. Проведений Н. В. Лісовою порівняльний аналіз новел, що містяться у розділі VIII КК України 2001 року, засвідчив, що вперше закріплені в цьому розділі обставини за своєю сутністю наближені до різних варіантів прояву поведінки особи в стані крайньої необхідності (фізичний або психічний примус; діяння, пов'язане з ризиком тощо)<sup>16</sup>. Отже, обставини, які раніше розглядалися як крайня необхідність, сьогодні є самостійними в межах аналізованого інституту, а тому кожна є окремим елементом у структурі права на самозахист.

Відповідно слід узагальнити, що конституційне право самозахисту реалізується безпосередньо у нормах Розділу VIII Загальної частини КК України: у праві на необхідну оборону як спосіб захисту від суспільно небезпечних посягань (ст. 36), у праві заподіяти шкоду суспільним інтересам у стані крайньої необхідності як єдиний спосіб захисту від небезпеки правоохоронюваних інтересів держави, суспільства чи особи (ст. 37); право на затримання особи, яка вчинила злочин (ст. 38); право на заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам під впливом фізичного чи психічного примусу (ст. 40); право відмовитися від виконання злочинних наказів (розпоряджень) (ст. 41); право на вчинення ризикованого діяння (ст. 42) (зокрема, загроза захоплення території супротивником при воєнному ризику<sup>17</sup>).

Вітчизняні вчені за критерієм правової природи визначають підстави виділити види обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння. Зокрема, це обставини, що полягають у здійсненні права (необхідна оборона, крайня необхідність, затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, опір владі як реалізація права на громадянську непокору, здійснення батьками заходів домашнього нагляду стосовно дітей тощо)...<sup>18</sup>. Дослідники відзначають, що сьогодні все частіше постає питання щодо можливостей вільного розпорядження особою своїми правами. Йдеться про такі суб'єктивні права, як право на життя, здоров'я, особисту недоторканність тощо<sup>19</sup>.

Важливість та актуальність аналізу конституційних засад права самозахисту у кримінальному праві значною мірою зумовлена систематичними змінами до КК України – єдиного закону, що містить перелік діянь, визнаних злочинними на території України. Розвиток положень Конституції України в галузі кримінального права має надзвичайно важливе значення для забезпечення належної дії Основного закону України, адже саме кримінальний закон є правовим актом, що визначає, яке діяння є злочином, і які покарання можуть бути застосовані за його вчинення, тобто розмежує правомірну і злочинну поведінку. Разом із тим, слід погодитись, що непередбаченість кримінальним законом певної обставини, що виключає злочинність діяння, не свідчить про відсутність у неї відповідного кримінально-правового значення. О. Б. Сибаль ставить слушне питання і дає на нього відповідь: «наприклад, якщо припустити, що КК України не містить норми про необхідну оборону, чи вважатиметься злочином заподіяння шкоди нападнику для захисту свого життя від посягання? Вважаємо, що ні, адже право на вчинення таких дій закріплено іншими актами національного законодавства»<sup>20</sup>. Додамо, що насамперед таке право передбачено Конституцією України.

Встановлення в діянні особи наявності обставини, що виключає кримінальну відповідальність, є гарантією дотримання в державі законності та прав особистості, а також забезпечує захист людини від необґрунтованого притягнення до кримінальної відповідальності за діяння, здійснені під час реалізації особою конституційного права на самозахист.

Таким чином, можна дійти певних висновків. Поняття «право на самозахист» не є визнаною у вітчизняній юридичній науці правовою категорією (у тому числі не міститься в Конституції України). Водночас право на самозахист як природне право людини визнано та закріплено в Конституції України, а також кримінальним та іншими галузями законодавства. Право на самозахист є поняттям, якому іманентно властиве право людини на захист від протиправних посягань власними силами не лише свого чи інших людей життя, здоров'я, прав і свобод, але й інтересів суспільства чи держави. Структура права самозахисту має такі складові кримінально-правові елементи, як *право на*: необхідну оборону, затримання особи, яка вчинила злочин, заподіяння шкоди в стані крайньої необхідності, під впливом фізичного чи психічного примусу; відмову від виконання злочинних наказів (розпоряджень); вчинення ризикованого діяння.

<sup>1</sup> Прокопов Д. С. Права людини як предмет обґрунтування і дослідження конституційно-правової теорії // Проблеми теорії конституційного права України / За заг. редакцією Ю. С. Шемшученка. – К.: Парламентське вид-во, 2013. – С. 251.

<sup>2</sup> Гориславський К. О. Право людини та громадянина на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Гориславський Кирило Олександрович. – Донецьк, 2003. – С. 15.

<sup>3</sup> Костенко О. М. Культура і закон – у протидії злу. – К. : Атіка, 2008. – С. 6.

<sup>4</sup> Теорія і практика конституціоналізації галузевого законодавства України : монографія [наук. ред. Ю. С. Шемшученко, відп. ред. Н. М. Пархоменко]. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2013. – С. 3, 291.

<sup>5</sup> Гориславський К. Гарантії права людини на самозахист життя та здоров'я // Право України. – 2001. – № 12. – С. 35; Гориславський К. Самозахист чи необхідна оборона? // Захист прав, свобод і законних інтересів громадян України в процесі правоохоронної діяльності : матеріали Міжвузов. наук.-практ. конф., 27 квітня 2001 р., Донецьк / гол. ред. І. Г. Кириченко. – Донецьк : ДІВС, 2001. – С. 345; Гориславський К. О. Право людини на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань : [монографія] / К. О. Гориславський, В. В. Конопльов. – Сімферополь : ВАТ «Сімферопольська міська друкарня (СГТ)», 2007. – 160 с.

<sup>6</sup> Шевченко А. Є. Обставини, що виключають юридичну відповідальність / А. Є. Шевченко, В. В. Соловійова, О. Л. Стрельник ; за заг. ред. А. Є. Шевченко. – Донецьк : Юго-Восток, 2011. – С. 153.

<sup>7</sup> Новий тлумачний словник української мови : в 3 т. / [уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко]. – [2-е вид., виправ.]. – К. : Вид-во «АКОНІТ», 2008. – Т. 3: П–Я. – 2008. – С. 237.

<sup>8</sup> Мочкош Я. В. Необходимая оборона в уголовном праве: генезис, проблемы и предложения // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 3. – С. 308; Мочкош Я. Необходимая оборона в кримінальному праві України: від ідеї до реальності // Право України. – 2006. – № 10. – С. 98.

<sup>9</sup> Советское уголовное право. Общая часть / [под ред. В. Д. Меньшагина, Н. Д. Дурманова, Г. А. Кригера]. – М. : Изд-во Московского ун-та, 1969. – С. 191.

<sup>10</sup> Дудоров О. О. Кримінальне право: Навчальний посібник / О. О. Дудоров, М. І. Хавронюк / За заг. ред. М. І. Хавронюка. – К.: Ваіте, 2014. – С. 705.

<sup>11</sup> Камто В. М., Савчин М. В. Конституційна держава і конституційна реформа в Україні // Конституція і народний суверенітет в Україні: проблеми теорії і практики реалізації. Збірка наукових праць / За заг. ред. Кампа М. В., Савчина М. В. – К., 2008. – С. 189.

<sup>12</sup> Лаишет О. Необходимая оборона в системе обставин, що виключають злочинність діяння (компаративний підхід) // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 3. – С. 115–116; Михайлов В. И. О социально-юридическом аспекте содержания обстоятельств, исключающих преступность деяния // Государство и право. – 1995. – № 12. – С. 63.

<sup>13</sup> Лакеев А. А. Виды объектов уголовного права : [монография]. – Рязань : Академия права и управления Минюста России, 2003. – С. 113.

<sup>14</sup> Камто В. М., Савчин М. В. Конституційна держава і конституційна реформа в Україні // Конституція і народний суверенітет в Україні: проблеми теорії і практики реалізації. Збірка наукових праць / За заг. ред. Кампа М. В., Савчина М. В. – К., 2008. – С. 190; Гориславський К. О. Право людини та громадянина на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Гориславський Кирило Олександрович. – Донецьк, 2003. – С. 26, 174.

<sup>15</sup> Бабурин В. В. Крайняя необходимость и обоснованный риск: проблемы разграничения // Научный вестник Омской академии МВД России. – 2007. – № 1 (25). – С. 16.

<sup>16</sup> Лісова Н. В. Крайня необхідність як обставина, що виключає злочинність діяння : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Н. В. Лісова – К., 2006. – С. 79.

<sup>17</sup> Кримінальне право України: Загальна частина : підручник / В. І. Борисов, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгіна та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., переобл. і допов. – Х. : Право, 2015. – С. 320.

<sup>18</sup> Дудоров О. О. Вказана праця. – С. 255.

<sup>19</sup> Зенова М. В. Поняття, види і значення згоди (або прохання) особи на заподіяння шкоди її правоохоронюваним інтересам (порівняльне кримінально-правове дослідження) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». – К., 2015. – С. 1.

<sup>20</sup> Сибаль О. Б. Кримінально-правова характеристика заподіяння шкоди життю та здоров'ю особи під час зайняття спортом: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Сибаль Олег Богданович. – Л., 2015. – С. 59.

#### Резюме

**Кваша О. О. Обставини, що виключають злочинність діяння, у контексті конституційного права людини на самозахист.**

У статті визначено, що право на самозахист як природне право людини визнано та закріплено в Конституції України, а також кримінальним та іншими галузями законодавства. Право на самозахист є поняттям, якому властиве право людини на захист від протиправних посягань власними силами своїх чи інших людей життя, здоров'я, прав і свобод, а також інтересів суспільства чи держави. Структура права самозахисту має складові кримінально-правові елементи, які закріплені у розділі КК України «Обставини, що виключають злочинність діяння».

**Ключові слова:** право на самозахист, природне право, конституція, необхідна оборона, крайня необхідність, обставина, що виключає злочинність діяння.

#### Резюме

**Кваша О. А. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в контексте конституционного права человека на самозащиту.**

В статье определено, что право на самозащиту как естественное право человека признано и закреплено в Конституции Украины, а также уголовным и другими отраслями законодательства. Право на самозащиту является понятием, которому свойственно право человека на защиту от противоправных посягательств собственными силами своих или других людей жизни, здоровья, прав и свобод, а также интересов общества или государства. Структура права самозащиты имеет составляющие уголовно-правовые элементы, которые закреплены в главе УК Украины «Обстоятельства, исключающие преступность деяния».

**Ключевые слова:** право на самозащиту, естественное право, конституция, необходимая оборона, крайняя необходимость, обстоятельство, исключающее преступность деяния.

#### Summary

**Kvasha O. Circumstances precluding criminality in the context of the constitutional right to self-defense.**

The article stipulates that the right to self-defense as natural rights recognized and enshrined in the Constitution of Ukraine, as well as criminal and other branches of law. The right to self-defense is a concept, which is characteristic of the human right to protection against unlawful acts of its own or other people's lives, health, rights and freedoms and the interests of society or the state. The structure has the right of self-defense components criminal elements that are fixed under the Criminal Code of Ukraine «Circumstances precluding criminality».

**Key words:** the right to self-defense, natural rights, constitution, necessary self-defense, extreme necessity, circumstances precluding criminality.

**Р. Ш. БАБАНЛИ**

*Расім Шагінович Бабанли, начальник науково-експертного управління Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, кандидат юридичних наук*

## **НАУКОВІ ПІДХОДИ ДО З'ЯСУВАННЯ СУТНОСТІ ТЕРМІНА «ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ»**

У всіх без винятку наукових дослідженнях, присвячених вивченню проблем кримінально-правового напряму, істотна увага приділяється питанням термінології, яка має ключове значення для встановлення конститутивних ознак того чи іншого правового інституту. При цьому згадана проблема аналізується в багатьох аспектах: по-перше, з'ясування змісту певного терміна, по-друге, доцільності використання конкретного слова при формулюванні такого терміна; по-третє, обґрунтованості розкриття змісту терміна з використанням того чи іншого поняття тощо.

У контексті загальних засад призначення покарання зазначена проблема стоїть особливо гостро, оскільки поряд із наведеними трьома аспектами, щодо яких відсутня єдність поглядів у науці кримінального права, дискусійним залишається питання визначення співвідношення загальних засад і принципів призначення покарання та співвідношення цих засад із принципами кримінального права загалом. Від вирішення останнього із наведених питань значною мірою залежить підхід до наповнення загальних засад кримінального права тими чи іншими складовими елементами.

Разом із тим варто наголосити, що аналізована проблема має не лише теоретичне, а й практичне значення як на рівні правотворення (відображення у законодавстві результатів наукових пошуків щодо з'ясування сутності та складових відповідних засад), так і на рівні правозастосування, оскільки належна реалізація засад може бути забезпечена винятково за умови належного з'ясування їх істинної правової природи.

Наведеним та іншим питанням, пов'язаним зі з'ясуванням змісту терміна «загальні засади призначення покарання» присвятили свою увагу ряд вітчизняних та зарубіжних вчених, до яких слід віднести М. І. Бажанова, В. М. Білоконева, І. І. Давидович, О. О. Дудорова, Т. І. Іванюк, М. І. Ковальова, О. М. Костенка, А. С. Макаренко, С. М. Міщенко, О. М. Омельчука, В. В. Полтавець, Є. О. Полянського, Т. В. Сахарук, В. О. Тулякова та ін. Однак, незважаючи на наявність спеціальних досліджень, багато із наукових висновків потребують переосмислення та подальшого аналізу.

Традиційно в науці кримінального права, а саме в науково-практичній та навчальній літературі, під терміном «загальні засади призначення покарання» пропонується розуміти систему встановлених кримінальним законом і обов'язкових для суду вихідних вимог (відправних правил), із яких має виходити суд при визначенні підстав, порядку та меж призначення покарання і якими він повинен керуватися, обираючи міру покарання у кожній окремій кримінальній справі і щодо кожної конкретної особи, якій це покарання призначається<sup>1</sup>. У цьому визначенні аналізований термін розкривається як вихідна вимога або як тотожне за змістом словосполучення – «відправне правило».

Як відправні правила пропонує визначати загальні засади і О. О. Дудоров, вказуючи, що це закріплені у кримінальному законі й покликані забезпечувати реалізацію принципів призначення покарання відправні правила, якими зобов'язаний керуватися суд, призначаючи покарання кожній особі, винуватій у вчиненні будь-якого злочину<sup>2</sup>. Такого ж концептуального підходу до вирішення питання про визначальне поняття, яке роз'яснює змісту терміна «загальні засади», дотримується Л. О. Прохоров, формулюючи таку дефініцію: «загальна засада – це чітко окреслене в законі правило визначення міри покарання, яке відповідає об'єктивним і суб'єктивним ознакам злочину»<sup>3</sup>. На думку Г. І. Цепляєвої, загальні засади призначення покарання є саме тією системою правил, які приводять у дію механізм санкцій Особливої частини<sup>4</sup>.

А. С. Макаренко застосовує цей же підхід крізь призму дослідження суддівського розсуду при призначенні покарання та під загальними засадами призначення покарання розуміє систему загальнообов'язкових правил, що формують підстави суддівського розсуду при призначенні покарання<sup>5</sup>.

Крім наведеного, у науці кримінального права існує підхід, відповідно до якого загальні засади призначення покарання пропонується визначати як критерії, порядок. Так, М. І. Бажанов розглядає загальні засади як встановлені законом критерії, якими повинен керуватися суд при призначенні покарання в кожній конкретній справі<sup>6</sup>. У свою чергу, Т. В. Сахарук формулює визначення загальних засад призначення покарання як порядку визначення міри покарання, що відповідає тяжкості вчиненого злочину, особі винного та обставинам, що пом'якшують та обтяжують відповідальність, який забезпечується державою, розрахований на невизначене коло однотипних випадків і є обов'язковим для всіх і кожного в умовах певної ситуації<sup>7</sup>.

Існує й підхід, згідно з яким загальні засади призначення покарання визначаються як система нормативних розпоряджень<sup>8</sup>.



На підставі оцінки семантичного значення термінів «критерій», «вимога», «положення», «розпорядження», «правило» Т. В. Непомнящая доходить висновку про те, що розуміння загальних засад як критеріїв, вимог, розпоряджень і положень, якими має керуватися суд, не суперечить поняттю загальних засад призначення покарання, однак не відбиває в повному обсязі всіх обов'язкових їхніх ознак, передусім керівне значення цих правил для діяльності суду<sup>9</sup>.

Необхідно погодитись із тим, що формулювання визначення загальних засад із використанням наведених вченою понять зумовлює появу близьких за змістом дефініцій аналізованого терміна, а тому відповідні відмінності не мають принципового значення для виокремлення лише на підставі таких відмінностей різних підходів до з'ясування сутності відповідних засад.

При цьому спільною ознакою наведених вище визначень є констатація, що загальні засади є тим, що має враховувати суд для належного вирішення питання про вид та розмір покарання у кожному конкретному випадку його призначення.

Водночас однією із відмінностей, яку можна виокремити на підставі проведеного аналізу, є рівень деталізації відповідних дефініцій. Якщо автори деяких із них є прихильниками використання загальних формулювань без істотної деталізації (наприклад, визначення М. І. Бажанова, Л. О. Прохорова), то інші вважали за доцільне більш детально відобразити зміст відповідного терміна. Так, крім ознаки обов'язковості для суду, у визначеннях загальних засад акцентовано увагу на таких її характерних особливостях: загальні засади визначають підстави, порядок, межі призначення покарання (визначення у коментарі Ю. В. Бауліна, В. І. Борисова, С. Б. Гавриша); формують підстави суддівського розсуду при призначенні покарання (визначення А. С. Макаренко); визначають міру покарання, яка відповідає об'єктивним і суб'єктивним ознакам злочину (Л. О. Прохоров); стосуються кожної особи, винуватої у вчиненні будь-якого злочину (О. О. Дудоров).

Результати аналізу наведених підходів щодо наповнення визначення аналізованого терміна зазначеними ознаками свідчить про те, що кожна з них відображає певний аспект сутності загальних засад. Саме тому підстав стверджувати, що існування таких відмінностей між визначеннями істотно відрізняє їх одне від одного, немає. Натомість, у цьому контексті можемо співвіднести такі визначення як взаємодоповнюючі.

Також вважаємо за доцільне наголосити на тому, що більш обґрунтованими, на наш погляд, є підходи до формулювання загальних визначень, не обтяжених надмірною деталізацією. Без сумніву, загальні засади призначення покарання є багатоаспектним терміном і значною мірою їх реалізація залежить від особливостей конкретного суспільно небезпечного діяння, покарання за яке призначається з урахуванням таких засад. Проте відображення усіх можливих аспектів аналізованого терміна у його визначенні є, по-перше, неможливим, а, по-друге, непотрібним.

Так, наприклад, недоцільним, на наш погляд, є формулювання відповідних визначень шляхом наповнення їх положеннями, закріпленими у ст. 65 КК, оскільки ця стаття не містить вичерпного переліку положень, що мають враховуватись судом при призначенні покарання, а також може бути змінена як шляхом доповнення, так і шляхом виключення конкретних положень.

Разом із тим більш дискусійними на концептуальному рівні є наукові підходи щодо визначення співвідношення між термінами «загальні засади» та «принципи призначення покарання» або «принципи кримінального права». Так, необхідно зауважити, що досить поширеними є підходи, згідно з якими загальні засади призначення покарання розкриваються не як правила, вимоги, розпорядження, а як принципи.

Наприклад, на думку А. В. Наумова, загальні засади призначення покарання це і є загальні принципи призначення покарання, в яких законодавчо зафіксовані й критерії такого призначення<sup>10</sup>. Схожої позиції щодо співвідношення зазначених термінів дотримується В. Г. Татарніков, який стверджує, що загальні засади виконують, по суті, функції принципів призначення покарання, хоча закон і не дає їм таке найменування. Різниця у найменуванні, на думку вченого, не може слугувати перешкодою у ототоженні двох термінів, які мають однаковий зміст<sup>11</sup>.

При цьому поряд із підходом, який полягає в ототоженні аналізованих категорій, існують позиції, відповідно до яких загальні засади є формою реалізації принципів кримінального права або принципів призначення покарання. Зокрема, відповідний висновок формулював Г. Л. Крігер та зазначив, що принципи кримінального права є принципами призначення покарання. Принципи кримінального права знаходять своє відображення в інституті призначення покарання. При призначенні покарання вони втілюються в загальних засадах<sup>12</sup>. Більш деталізовано цей підхід відображено у праці Л. А. Прохорова, який вважає, що принцип і загальна засада призначення покарання не існують ізольовано один від одного. Наприклад, загальна засада, яка чітко відображає межі покарання, гарантує дотримання принципу законності при призначенні покарання. Ця засада визначає шлях дотримання законності саме через дотримання меж покарання<sup>13</sup>. Цієї ж концептуальної позиції дотримується і сучасна вітчизняна дослідниця В. В. Полтавець, на думку якої загальні засади призначення покарання є передбаченою в кримінальному законі системою загальних правил, що ґрунтуються на принципах призначення покарання і є обов'язковими для суду в кожному конкретному випадку призначення покарання винному у вчиненні злочину для досягнення мети покарання<sup>14</sup>.

Поряд із відображенням у науці кримінального права такого підходу до визначення співвідношення принципів кримінального права і засад призначення покарання він знайшов свій вияв і у правозастосовних актах рекомендаційного характеру, зокрема постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання», у п. 1 якої зазначено, що при призначенні покарання в кож-

ному випадку і щодо кожного підсудного, який визнається винним у вчиненні злочину, суди мають суворо додержуватись вимог ст. 65 КК стосовно загальних засад призначення покарання, оскільки саме через останні реалізуються принципи законності, справедливості, обґрунтованості та індивідуалізації покарання.

Також існує більш узагальнене визначення принципів призначення покарання, згідно з яким цей термін визначається як вихідні нормативно-керівні ідеї, що пронизують усю сукупність норм, які регламентують призначення покарання та визначають підстави, умови, порядок, характер і обсяг застосування судом покарання відповідно до його мети і завданнями кримінального законодавства<sup>15</sup>.

Таким чином, можна виокремити щонайменше три наукових підходи до з'ясування та, відповідно, визначення сутності загальних засад призначення покарання: 1) розкриття змісту загальних засад як правил (вимог, положень, критеріїв, нормативних розпоряджень), якими зобов'язаний керуватись суд при призначенні покарання; 2) ототожнення загальних засад та принципів призначення покарання як основоположних критеріїв, що враховуються судом; 3) визначення загальних засад як положень, у яких втілюються принципи кримінального права.

У контексті аналізу наведених підходів до з'ясування сутності терміна «загальні засади призначення покарання» та формулювання, з урахуванням такої сутності, відповідного визначення, вважаємо за доцільне звернути увагу на таке.

По-перше, при вирішенні питання з'ясування сутності загальних засад призначення покарання необхідно враховувати, що терміни «загальні засади» та «принципи» як у теорії права<sup>16</sup>, так і у філології (наприклад, засада – вихідне, головне положення, принцип; основа світогляду, правило поведінки<sup>17</sup>) ототожнюються, оскільки одне із них досить часто розкривається із використанням другого. Таким чином, відсутні підстави для протиставлення принципів і загальних засад призначення покарання, як і відсутні, з цих же міркувань, підстави стверджувати, що у засадах призначення покарання реалізуються принципи призначення покарання.

По-друге, незважаючи на різноманітність, неоднозначність та багатоаспектність підходів до визначення терміна «принципи права», спільним для таких підходів є констатація їх фундаментальності, основоположності, визначення їх як первісних і найбільш простих елементів, з яких утворюється все інше<sup>18</sup> тощо. Таким чином, ознакою фундаментальності, основоположності мають бути наділені і засади призначення покарання для того, щоб існували підстави для їх віднесення до цієї правової категорії. Разом із тим результати аналізу законодавчих положень, які належать до числа таких засад, не дають підстав для висновку про їх основоположність. Так, на наш погляд, не є основоположною вимога про те, що покарання призначається у межах, установлених у санкції статті, а також, наприклад, про те, що покарання призначається відповідно до положень Загальної частини КК. Наведені вимоги фактично деталізують основоположну засаду – засаду законності, а не закладають її.

Отже, на підставі проведеного дослідження вважаємо за доцільне висловити припущення про те, що положення (вимоги, правила), якими суд зобов'язаний керуватись у кожному конкретному випадку призначення покарання, у науці кримінального права та у законі України про кримінальну відповідальність помилково іменуються терміном «загальні засади» або «принципи».

Натомість, для позначення відповідних положень необхідно використовувати термін, змістом якого охоплюється більш конкретна вказівка, яка не наділена основоположним характером, проте водночас є загальною та підлягає виконанню у кожному конкретному однотипному випадку. Таким вимогам, на наш погляд, відповідає термін «правило», під яким розуміється те, чим керуються у праці, поведінці, співжитті тощо<sup>19</sup>.

Доцільність використання саме цього терміна підтверджується також результатами здійсненого в межах цієї статті аналізу підходів, відповідно до яких однією із найпоширеніших позицій для позначення того, чим має керуватись суд при призначенні покарання, використовується поняття «правило».

При цьому, у контексті вирішення питання про визначення сутності положень, які має враховувати суд при призначенні покарання, необхідно зважати на те, що усі такі положення, з огляду на основоположну кримінально-правову засаду *nullum crimen, nulla poena sine lege* (ніякого злочину та ніякого покарання без вказівки на це в законі), мають бути закріплені у законі.

За результатами проведеного дослідження вважаємо, що під правилами призначення покарання необхідно розуміти закріплені в законодавстві положення, які має враховувати суд при визначенні виду та міри покарання, що призначається особі, яка вчинила злочин.

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України: наук.-прак. коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін. ; за заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4 вид, доп. – Х. : ТОВ «Одісей», 2008. – С. 216.

<sup>2</sup> Українське кримінальне право. Загальна частина : підруч. / за ред. В. О. Навроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – 712 с. – С. 507.

<sup>3</sup> Прохоров Л. А. Общие начала назначения наказания и предупреждение рецидивной преступности : учеб. пособ. [Текст] / Л. А. Прохоров. – Омск : ОВШМ МВД, 1980. – 87 с. – С. 11.

<sup>4</sup> Цепляева Г. И. Общие начала назначения и сокращения наказания [текст] / Г. И. Цепляева // Российская юстиция. – 2005. – № 9. – С. 12–15. – С. 12.

<sup>5</sup> Макаренко А. С. Суддівський розсуд при призначенні покарання в Україні [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Макаренко Анастасія Сергіївна ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». – Одеса, 2012. – 264 с. – С. 113.

<sup>6</sup> Бажанов М. И. Назначение наказания по советскому уголовному праву / М. И. Бажанов. – К. : Вища шк., 1980. – 216 с. – С. 23.

<sup>7</sup> Сахарук Т. В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України та зарубіжних країн: порівняльний аналіз : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Т. В. Сахарук – К., 2006. – С. 16.

<sup>8</sup> Хамитов Р. Н. Специальные правила назначения наказания за единичное преступление по российскому уголовному праву : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Р. Н. Хамитов. – Казань, 2001. – С. 8.

<sup>9</sup> Непомнящая Т. В. Общие начала, принципы и критерии назначения наказания / Т. В. Непомнящая // Журнал российского права. – 1999. – № 12. – С. 79.

<sup>10</sup> Наумов А. В. Уголовное право. Общая часть. Курс лекций / А. В. Наумов. – М., 1996. – С. 398–399.

<sup>11</sup> Татарников В. Г. Понятие общих начал назначения наказания и их содержание [текст] / В. Г. Татарников // Проблемы совершенствования борьбы с преступностью. – Иркутск, 1985. – С. 38–52. – С. 42.

<sup>12</sup> Курс уголовного права. – М. : Наука, 1970. – Т. 3. – С. 123.

<sup>13</sup> Прохоров Л. А. Вказана праця. – С. 11.

<sup>14</sup> Полтавець В. В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України: моногр. / В. В. Полтавець ; МВС України, Луганська академія внутрішніх справ ім. 10-річчя незалежності України. – Луганськ : РВВЛІАВС, 2005. – 109 с. – С. 45.

<sup>15</sup> Набиев И. Г. Принципы назначения наказания : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / И. Г. Набиев. – Казань, 2005. – 174 с. – С. 77.

<sup>16</sup> Див., наприклад: Рабінович С. Основоположні принципи права як об'єкт загальнотеоретичного дослідження: теоретико-методологічні й полемічні міркування стосовно монографії С. П. Погребняка «Основоположні принципи права (змістова характеристика)» // С. Рабінович // Вісник Львівського університету. – 2009. – Вип. 48. – С. 312–317. – (Серія «Юридична»).

<sup>17</sup> Словник української мови : в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. — К.: Наукова думка, 1972. – Т. 3. – С. 300.

<sup>18</sup> Бэкон Ф. О принципах и началах / Ф. Бэкон. – М. : Гос. соц.-эконом. изд-во, 1937. – 82 с. – С. 22.

<sup>19</sup> Словник української мови : в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. — К.: Наукова думка, 1976. – Т. 7. – С. 503.

#### Резюме

##### **Бабанли Р. Ш. Наукові підходи до з'ясування сутності терміна «загальні засади призначення покарання».**

За результатами проведеного дослідження виокремлено три наукових підходи до визначення сутності терміна «загальні засади призначення покарання»: 1) розкриття змісту загальних засад як правил (вимог, положень, критеріїв, нормативних розпоряджень), якими зобов'язаний керуватись суд при призначенні покарання; 2) отождошення загальних засад та принципів призначення покарання як основоположних критеріїв, що враховуються судом; 3) визначення загальних засад як положень, у яких втілюються принципи кримінального права. На підставі аналізу цих підходів автор доходить висновку про те, що положення (вимоги, правила), якими суд зобов'язаний керуватись у кожному конкретному випадку призначення покарання, помилково іменуються терміном «загальні засади» або «принципи». Натомість, більш вдалим є використання терміна «правила призначення покарання». Їх пропонується визначати як закріплені у законодавстві положення, які має враховувати суд при визначенні виду та міри покарання, що призначається особі, яка вчинила злочин.

**Ключові слова:** покарання, загальні засади призначення покарання, принципи кримінального права.

#### Резюме

##### **Бабанлы Р. Ш. Научные подходы к выяснению сущности термина «общие начала назначения наказания».**

По результатам проведенного исследования выделены три научных подхода к определению сущности термина «общие начала назначения наказания»: 1) раскрытие содержания общих начал как правил (требований, положений, критериев, нормативных предписаний), которыми обязан руководствоваться суд при назначении наказания; 2) отождествление общих начал и принципов назначения наказания как основных критериев, учитываемых судом; 3) определение общих начал как положений, в которых воплощаются принципы уголовного права. На основании анализа этих подходов автор приходит к выводу о том, что положение (требование, правило), которым суд обязан руководствоваться в каждом конкретном случае назначения наказания, ошибочно именуется термином «общие начала» или «принципы». В свою очередь, более удачным является использование термина «правила назначения наказания». Их предлагается определять как закреплённые в законодательстве положения, которые должен учитывать суд при определении вида и меры наказания, назначаемого лицу, совершившему преступление.

**Ключевые слова:** наказание, общие начала назначения наказания, принципы уголовного права.

#### Summary

##### **Babanly R. Scientific approaches to clarify the nature of the term «general principles of sentencing».**

The results of the study singled out three scientific approaches to defining the essence of the term «general principles of sentencing»: 1) disclosure of the contents of general principles as rules (requirements, provisions, criteria, regulations, orders), which are bound by the court in sentencing; 2) identification of general principles and principles of sentencing as fundamental criteria taken into account by the court; 3) the definition of common rules as provisions which embodied the principles of criminal law. On the basis of the analysis of these approaches, the author concludes that the provisions (requirements, rules) by which the court must be guided in each case sentencing erroneously referred to by the term «general principles» or «principles». Instead, the more successful is the use of the term «rules of sentencing», which are defined as stipulated by law provisions that the court should consider in determining the type and extent of punishment appointed to the person who committed the crime.

**Key words:** punishment, general principles of sentencing, principles of criminal law.

**О. В. БЕЛОУСОВ**

*Олег Владимирович Белоусов, кандидат юридических наук, доцент Финансового университета при Правительстве Российской Федерации*

## **К ВОПРОСУ ОБ УЧАСТИИ ПРОКУРОРА В СУДЕБНОМ ПРОЦЕССЕ**

9 ноября 1995 года Украина стала членом Совета Европы – международной организации, призванной содействовать сотрудничеству между всеми странами Европы в области стандартов права, прав человека, демократического развития, законности и культурного взаимодействия. Наиболее известными органами Совета Европы являются Комитет министров, парламентская ассамблея и Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ). Одним из самых значительных достижений Совета Европы считается разработка и принятие Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года.

4 апреля 2000 года Украина ратифицировала Протокол № 6 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в силу чего Украина признала юрисдикцию Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) по вопросам толкования и применения данной Конвенции. Европейский суд по правам человека вправе рассматривать жалобы граждан и организаций против государств-участников Конвенции и протоколов к ней, а его решения обязательны для государств, действия или бездействие которого обжалуются. В силу положений Устава Совета Европы государство, не исполняющее решения ЕСПЧ, может быть исключено из состава Совета Европы.

Очевидно, что прокуроры государств-членов Совета Европы анализируют и учитывают в своей работе практику Европейского суда по правам человека, созданного как контрольный механизм выполнения обязательств, вытекающих из заключенной в рамках Совета Европы Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

В последнее время на страны Центральной и Восточной Европы стало оказываться политическое давление с тем, чтобы прокуратура была лишена функций вне уголовно-правовой сферы. В 2003 году группе европейских парламентариев удалось, без проведения глубокого анализа ситуации, провести через Парламентскую Ассамблею Совета Европы (ПАСЕ) рекомендацию 1604 «О роли прокуратуры в демократическом обществе, основанном на верховенстве закона»<sup>1</sup>, в которой рекомендуется предоставлять прокуратуре компетенцию только в рамках уголовно-правовой сферы.

Однако Комитет министров Совета Европы на заседании 4 февраля 2004 г. отказался одобрить эту рекомендацию ПАСЕ, поскольку не нашел оснований для того, чтобы требовать предотвращения выполнения прокурорами отдельных функций вне уголовно-правовой сферы. При этом Комитет министров сослался на существование различных моделей организации и деятельности прокуратуры в разных странах, что следует из правовых традиций и различий в организации системы уголовного правосудия. Каждая система уголовного правосудия имеет свою систему сдержек и противовесов, и затруднительно рассматривать отдельно взятый элемент – роль публичного обвинения, к примеру, – в отрыве от других элементов системы<sup>2</sup>.

На 4-й Конференции генеральных прокуроров стран Европы (КГПСЕ) в Братиславе (Словацкая Республика, 1–3 июня 2003 г.) впервые было предложено обсудить вопрос о полномочиях прокуроров вне уголовно-правовой сферы. При этом представителям Генеральных прокуратур Украины, Армении, Венгрии, России и Словакии удалось противостоять попыткам включить в итоговый документ рекомендацию, подобную указанному выше предложению ПАСЕ.

В дальнейшем этот вопрос поднимался Европейской Комиссией за демократию через право (Венецианская комиссия) по итогам оценки Федерального закона Российской Федерации от 17.01.1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации»<sup>3</sup>. Следует отметить, что Венецианская комиссия – консультативный орган по конституционному праву, созданный при Совете Европы в 1990 году. Сессии проходят в Венеции, откуда и неофициальное название комиссии. Комиссия осуществляет анализ законов и законопроектов государств-участников Совета Европы, затрагивающих проблемы конституционного права. Документ может быть представлен на заключение комиссии самим заинтересованным государством, другим государством с согласия той страны, которая принимает документ, а также ПАСЕ. Заключение комиссии широко используются ПАСЕ как отражение «европейских стандартов» в области демократии<sup>4</sup>.

По итогам анализа российского закона Венецианской комиссией в Заключении, принятом на 63-й пленарной сессии (10–11 июня 2005 г.), сделан общий вывод о его несоответствии Рекомендации ПАСЕ 1604 и европейским стандартам о роли и месте прокуратуры в демократическом обществе. Вместе с тем, принимая во внимание факт предоставления прокуратуре компетенции за рамками уголовно-правовой сферы в России и некоторых других европейских странах в силу культурных и исторических традиций государств, Венецианская комиссия установила ряд принципов (п. 56 Заключения), которыми руководствуется в своей деятельности Европейский суд по правам человека:

- принцип исключительности, в соответствии с которым прокурор может наделяться компетенцией в гражданском и административном процессе только в исключительных случаях, если этого требуют исторические и культурные традиции государства, экономические причины, а также по соображениям эффективности;
- принцип субсидиарности, в соответствии с которым прокурор может быть участником гражданского или административного процесса только в том случае, если цели прокуратуры не могут быть достигнуты другими способами, но в любом случае роль прокурора в процессе не должна быть доминирующей;
- принцип законности, в соответствии с которым прокурор может быть наделен правом инициирования гражданского и административного процесса, вступления в начавшийся процесс, использования средств правовой защиты для обеспечения исполнения законов;
- принцип целевого назначения, в соответствии с которым участие прокурора в гражданском и административном процессе допустимо только при наличии обоснованной и признаваемой цели;
- принцип защиты государственного интереса, в соответствии с которым обоснованной и признаваемой законодателем целью участия прокурора в гражданском и административном процессе может быть защита государственного интереса;
- принцип публичного интереса, в соответствии с которым, помимо государственного интереса, допустимо участие прокурора в гражданском и административном процессе для защиты публичного интереса (например, в делах о защите окружающей среды, несостоятельности и т.п.);
- принцип защиты прав человека, в соответствии с которым прокурор может быть допущен в гражданский и административный процесс для защиты прав и законных интересов уязвимых общественных групп, не способных самостоятельно защитить свои права и интересы;
- принцип процессуального равенства сторон, в соответствии с которым прокурор не может наделяться большими процессуальными правами, чем стороны в процессе; прокурор ни при каких условиях не может быть наделен правом принятия процессуальных решений в суде, поскольку право принятия процессуальных решений в суде имеет только сам суд. Прокурор наделяется правом принятия решений только в рамках уголовного процесса;
- принцип недискриминации, в соответствии с которым прокурор не вправе ущемлять процессуальные права лиц, права и законные интересы которых он защищает.

Деятельность прокуратуры вне уголовно-правовой сферы неоднократно являлась предметом обсуждения на конференциях генеральных прокуроров стран Европы<sup>5</sup>. Основным предметом дискуссии эта тема стала на 8-ой конференции КГПСЕ (Санкт-Петербург, 2–3 июля 2008 г.). На данной конференции были выработаны принципы<sup>6</sup>, на основе которых Консультационный совет европейских прокуроров (КСЕП) на 3-м пленарном заседании (Страсбург, 15–17 октября 2008 г.) утвердил следующие принципы для прокуроров, действующих вне уголовно-правовой сферы<sup>7</sup>:

- соблюдение принципа разделения властей и свободы прокуратуры от ненадлежащего вмешательства в ее деятельность;
- как можно более точное определение компетенции прокуратуры вне уголовно-правовой сферы;
- осуществление функций от имени общества и в публичных интересах для обеспечения исполнения законов, при уважении основных прав и свобод и в рамках полномочий, предоставленных прокурорам законом, а также при соблюдении положений Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и решений ЕСПЧ;
- обеспечение мотивирования решений, принимаемых прокурором, при возможности доступа для ознакомления с ними заинтересованных или участвующих в деле граждан и организаций;
- гарантия права на судебное обжалование любого действия или бездействия прокурора в отношении прав и обязанностей граждан и организаций;
- обеспечение равенства прав прокурора и другой стороны в судопроизводстве (принцип равенства сторон);
- соблюдение принципа обязательности судебных решений (*resjudicata*).

В ноябре 2009 года Консультативный совет европейских прокуроров и Консультативный совет европейских судей на совместном заседании приняли Заключение № 4 «О взаимоотношениях судей и прокуроров», состоящее из Декларации Бордо и пояснительной записки к ней, в которых содержатся важные положения, касающиеся статуса, полномочий и деятельности прокуроров. В Декларации Бордо<sup>8</sup>, в том числе, содержатся правила, которые должны регулировать отношения судей и прокуроров вне пределов уголовно-правовой сферы и в Верховном Суде:

(64) прокуроры не должны иметь компетенцию, позволяющую им оказывать чрезмерное влияние на процесс принятия решений судьями;

(65) функции прокурора в гражданском и административном процессе сравнимы с обычной ролью адвоката до ЕСПЧ. При этом прокурор – это не сторона и не представитель государства. Он независимый участник процесса, который во всех случаях или только в случаях, представляющих особый интерес, дает заключение в целях уточнения для суда всех аспектов вопросов права для обеспечения правильного применения закона;

(66) все полномочия прокурора, а также порядок осуществления этих полномочий, должны быть четко установлены в законе. Прокуроры должны уважать исключительную компетенцию судей и суда в гражданском и административном процессе и принимать во внимание принципы, разработанные, в частности, в прецедентном праве ЕСПЧ, следующим образом:

– участие прокурора в судебном процессе не должно влиять на независимость судей;  
– принцип разделения властей следует уважать в связи с задачами и деятельностью прокурора в гражданском и административном процессе, с одной стороны, и с ролью судов по защите прав человека, с другой стороны;

– без ущерба для своих прерогатив для защиты публичного интереса прокуратуры должны иметь такие же права и обязанности, как и любая другая сторона процесса, и не должны занимать привилегированное положение в судопроизводстве;

– действия прокурора от имени общества для защиты публичного интереса и прав человека не должны нарушать принципа обязательности конечного решения суда, вступившего в законную силу (принцип недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела) с некоторыми исключениями, установленными в соответствии с международными обязательствами, включая прецедентное право ЕСПЧ.

Однако оставался актуальным вопрос установления общеевропейских стандартов высокого уровня о статусе, полномочиях и практике работы прокуроров вне уголовно-правовой сферы. В конечном итоге в декабре 2010 года для разработки проекта указанной рекомендации решением Комитета министров была учреждена группа экспертов, в состав которой вошли представители девяти стран.

Следует отметить, что группа экспертов выполнила свою задачу, в результате чего 19 сентября 2012 г. Комитетом министров Совета Европы принята Рекомендация (2012)11 «О роли прокуроров вне системы уголовно-правовой юстиции»<sup>9</sup>. В Рекомендации Комитет министров, подтвердил необходимость следовать принципам, установленным в Декларации Бордо, и рекомендовал всем государствам-членам, в которых прокуратура имеет компетенцию вне уголовно-правовой сферы, предпринять все разумные усилия с целью обеспечить, чтобы такая деятельность прокуратуры осуществлялась с особым вниманием к защите прав и свобод человека и в полном соответствии с принципом верховенства закона, в частности, с соблюдением права на справедливое судебное разбирательство, и с этой целью полностью учитывали следующие принципы:

*Относительно доступа к правосудию и средствам правовой защиты*

(10) Полномочия прокурора не должны быть такими, которые ограничивали бы право любого физического или юридического лица на инициирование процессуальных действий или участие в качестве ответчика перед независимым и беспристрастным судом даже по тем делам, в которых прокурор является или намеревается быть стороной процесса.

(11) Там, где прокурор наделен правом принимать решения, затрагивающие права и обязанности лиц, такие полномочия должны быть строго ограничены, определены законом и не должны наносить ущерб праву сторон обращаться по вопросам факта и права к независимому и беспристрастному суду. Прокурор должен действовать независимо от любой другой власти, его решения должны быть мотивированными и должны быть доведены до сведения заинтересованных лиц.

*Относительно судебных процессов, в которых изначально прокурор выступает в качестве одной из сторон в споре*

(12) Полномочия прокурора инициировать судопроизводство или выступать в качестве ответчика не должны ставить под угрозу принцип равноправия сторон судебного процесса.

(13) Прокурор не должен скрывать доказательства, относящиеся к предмету спора.

(14) Полномочия по проведению досудебной проверки должны быть предусмотрены законом, и они не должны давать прокурору необоснованного преимущества.

(15) В делах, по которым интересы лица представляет прокурор, такое лицо должно иметь право участвовать в разбирательстве. Это не должно препятствовать тому, чтобы прокурор оставался стороной судебного процесса в тех случаях, когда затрагиваются общие или публичные интересы.

(16) Право прокурора обжаловать или иным образом добиваться пересмотра решения по делу в вышестоящем суде, не должно отличаться от аналогичного права, предоставляемого другим сторонам процесса, и должно осуществляться в соответствии с одинаковыми для всех сторон условиями, включая ограничения по времени, отводимому для обжалования судебного акта.

*Относительно судебных процессов, в которые прокурор вступает в уже начавшийся процесс или присоединяется к одной из сторон*

(17) Стороны судебного процесса должны быть проинформированы прокурором или судом о решении прокурора вмешаться или стать стороной процесса.

(18) Если прокурор представляет письменное заключение до начала судебного слушания, такое заключение должно быть доступно для всех сторон в течение времени, достаточного для изучения такого заключения. В противном случае слушание может быть отложено.

(19) У сторон процесса должна быть возможность представить свое мнение относительно заключения прокурора и изложить свои контраргументы.

(20) Прокурор не должен ни принимать участие в процессе вынесения судебного решения, ни создавать впечатление такого участия.

(21) Принципы, изложенные в пункте 16, применяются и к настоящему подразделу.

*Относительно принципов правовой определенности и недопустимости повторного рассмотрения однажды уже разрешенного дела*

(22) С целью соблюдения принципов правовой определенности и недопустимости повторного рассмотрения однажды уже разрешенного дела основания, на которых прокурор может добиваться пересмотра

вступившего в силу судебного решения, должны быть ограничены исключительными случаями, а пересмотр проводится в разумный ограниченный период времени. Стороны первоначального разбирательства должны быть проинформированы об этом, и им должна быть предоставлена возможность принять участие в процедуре пересмотра, если они изъявят такое желание.

В Украине участие прокурора в гражданском, хозяйственном и административном процессах регулируется Законом Украины «О прокуратуре» от 02.07.2015 № 578-VIII (Закон о прокуратуре) и процессуальными законами (ГПК, ХПК и КАС). Исходя из положений ГПК (ч. 2 ст. 45), ХПК (ст. 29) и КАС (ч. 2 ст. 60) компетенция прокурора по представительству интересов гражданина и государства в суде установлена Законом о прокуратуре (ст.ст. 23–25), в то время как в процессуальных законах содержатся отсылочные нормы.

Все три процессуальных закона предусматривают право прокурора инициировать возбуждение процесса (гражданского, хозяйственного или административного) или вступить в уже начавшийся процесс.

Следует отметить, что ГПК, ХПК и КАС в целом одинаково регулируют процессуальные отношения по инициированию прокурором судебного процесса. Прокурор, обращающийся в суд с целью представительства интересов гражданина или государства в суде, должен обосновать наличие оснований для осуществления такого представительства. Для представительства интересов гражданина в суде прокурор также должен предоставить документы, подтверждающие недостижение совершеннолетия, недееспособность или ограниченную дееспособность гражданина, а также письменное согласие законного представителя или органа, которому законом предоставлено право защищать права, свободы и интересы заинтересованного лица на осуществление им представительства. Прокурор осуществляет представительство в суде законных интересов государства, если защиту этих интересов не осуществляет или ненадлежащим образом осуществляет орган государственной власти, орган местного самоуправления или иной субъект властных полномочий, к компетенции которого отнесены соответствующие полномочия, а также в случае отсутствия такого органа. Невыполнение прокурором требований о предоставлении суду обоснования наличия оснований для осуществления представительства интересов гражданина или государства в суде влечет негативные процессуальные последствия. В хозяйственном процессе суд возвращает поданный прокурором иск (заявление, жалобу). В гражданском и административном процессах суд оставляет иск (заявление, жалобу) без движения и устанавливает срок для предоставления обоснования. Если прокурор не выполняет требование суда, иск (заявление, жалоба) возвращаются.

Прокурор, обратившийся в суд для представительства интересов гражданина или государства, приобретает права и обязанности истца, за исключением права на заключение мирового соглашения (для гражданского и хозяйственного процессов). Мировое соглашение, по своей правовой природе, является материально-правовой сделкой, заключенной в рамках судебного процесса. Изменять или прекращать свои материальные права и обязанности вправе только стороны, поэтому только стороны могут быть участниками мирового соглашения. Поэтому можно только поддержать украинского законодателя, который отказал прокурору в заключении мирового соглашения в гражданском и хозяйственном процессах. Как участник судебного процесса, прокурор может в своем объяснении высказаться в поддержку утверждения мирового соглашения либо мотивированно возражать против его утверждения, если условия мирового соглашения противоречат закону или нарушают права, свободы или интересы иных лиц (ст. 175 ГПК, ст. 262 КАС Украины). Прокурор также может обжаловать определение суда об утверждении мирового соглашения (ст. 106 ХПК) или определение суда о признании мирового соглашения (ст. 293 ГПК, ст. 262 КАС).

Статьей 29 ХПК и частью 4 статьи 46 ГПК устанавливается возможность продолжения рассмотрения дела, возбужденного по заявлению прокурора в интересах государства, в случае отказа истца от иска. Следует отметить, что такие иски заявляются прокурором в интересах публичного образования, компетентный орган которого указывается в качестве истца. Если компетентный государственный или муниципальный орган отказывается от иска, то чей интерес будет защищать прокурор в случае продолжения судебного процесса? По существу прокурор в этом случае будет осуществлять функции государственного органа исполнительной власти или муниципального органа, что антиконституционно и противоречит международным соглашениям (в частности, в соответствии с Декларацией Бордо «функции прокурора в судебном процессе вне уголовного-правовой сферы сравнимы с обычной ролью адвоката до ЕСПЧ», поэтому ни при каких условиях не могут конфликтовать с функциями государственных органов исполнительной власти и муниципальных органов).

Вместе с тем ГПК (ч. 3 ст. 46) предусматривает, что если истец не поддерживает исковых требований, то суд оставляет заявление без рассмотрения. Однако, подача истцом заявления об оставлении иска без рассмотрения не лишает прокурора права поддерживать иск (заявление) и требовать рассмотрения дела по существу.

Представляется, что налицо дисбаланс частных и публичных интересов, когда процессуальный закон устанавливает различные правовые последствия в случае отказа истца от иска для случаев, когда прокурор защищает в судебном процессе интересы гражданина и интересы государства.

Что касается вступления прокурора в уже начавшийся процесс, то в силу части 2 статьи 45, статьи 29 ХПК, части 2 статьи 60 КАС прокурор вправе вступить в дело, рассматриваемое судом, на любой стадии судебного процесса. При этом он наделяется процессуальными правами и обязанностями стороны.

Представляется, что этого явно недостаточно. Требуется четко установить в процессуальном законе полномочия прокурора, а также порядок осуществления этих полномочий, при вступлении прокурора в уже начавшийся процесс. Не вызывает сомнений, что предоставление прокурору в полном объеме процессуальных прав стороны приводит к нарушению принципа равноправия сторон в судебном процессе. В соответствии с Декла-

рацией Бордо для обеспечения правильного применения закона прокурор дает заключение в целях уточнения для суда всех аспектов вопросов права. Для предоставления заключения по вопросам права прокурору нет необходимости предоставлять процессуальные права стороны, выставляя, тем самым, другую сторону в неравные условия по сравнению с той, в интересах которой прокурор вступает в уже начавшийся процесс.

Таким образом, настоятельно требуется внести в процессуальный закон изменения и дополнения, в соответствии с которыми предусмотреть норму следующего содержания: «Прокурор вступает в судебный процесс и дает заключение по делам, предусмотренным Законом Украины «О прокуратуре». Прокурор не дает заключение по судебному делу, если это дело возбуждено на основании его заявления. Неявка прокурора, извещенного о времени и месте рассмотрения дела, не является препятствием к разбирательству дела».

<sup>1</sup> Recommendation 1604 (2003) «Role of the public prosecutor's office in a democratic society governed by the rule of law».

<sup>2</sup> См.: Doc. 10068, 6 February 2004 // <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10457&lang=EN>

<sup>3</sup> Собрание законодательства РФ, 995, № 47, ст. 4472.

<sup>4</sup> Википедия // [https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%92%D0%B5%D0%BD%D0%B5%D1%86%D0%B8%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%BA%D0%B0%D1%8F\\_%D0%BA%D0%BE%D0%BC%D0%B8%D1%81%D1%81%D0%B8%D1%8F](https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%92%D0%B5%D0%BD%D0%B5%D1%86%D0%B8%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%BA%D0%B0%D1%8F_%D0%BA%D0%BE%D0%BC%D0%B8%D1%81%D1%81%D0%B8%D1%8F)

<sup>5</sup> Международное сотрудничество [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.genproc.gov.ru/ms/>

<sup>6</sup> См.: СРЕ (2008)3, 3 July 2008 // [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/conferences/2008/ConclusionsRussia\\_ru.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/conferences/2008/ConclusionsRussia_ru.pdf)

<sup>7</sup> См.: Заключение № 3 «О роли прокуратуры вне уголовно-правовой сферы».

<sup>8</sup> Bordeaux declaration «Judges and prosecutors in a democratic society» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1560897&site=CM>

<sup>9</sup> Recommendation CM/Rec(2012)11 of the Committee of Ministers to member States on the role of public prosecutors outside the criminal justice system [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec\(2012\)11&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec(2012)11&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383)

#### Резюме

##### **Білоусов О. В. Щодо питання про участь прокурора в судовому процесі.**

Всесвітня глобалізація, розширення соціальних, економічних, культурних та правових зв'язків України з іншими європейськими державами зумовлюють все зростаючий вплив міжнародних правил на українське законодавство, призводять до гармонізації законодавства країн Європи. Загальноєвропейські правила з необхідністю регулюють діяльність правоохоронних органів, у тому числі прокуратури. В останні десять років найбільшу увагу приділяється ролі прокуратури поза кримінально-правовою сферою.

Україна, ставши членом Ради Європи (09.11.1995), була залучена в процес формування загальноєвропейських стандартів, що регулюють діяльність прокуратури поза кримінально-правовою сферою. Актуальність цього питання підтверджується внесенням в українське процесуальне законодавство змін, що стосуються участі прокурора в цивільному, господарському та адміністративному процесі.

**Ключові слова:** судовий процес, прокурор, процесуальні права та обов'язки, третейський суд.

#### Резюме

##### **Білоусов О. В. К вопросу об участии прокурора в судебном процессе.**

Всемирная глобализация, расширение социальных, экономических, культурных и правовых связей Украины с другими европейскими государствами предопределяют все возрастающее влияние международных правил на украинское законодательство, приводят к гармонизации законодательства стран Европы. Общеєвропейские правила с необходимостью регулируют деятельность правоохранительных органов, в том числе прокуратуры. В последние десять лет самое пристальное внимание уделяется роли прокуратуры вне уголовно-правовой сферы.

Украина, став членом Совета Европы (09.11.1995), была вовлечена в процесс формирования общеєвропейских стандартов, регулирующих деятельность прокуратуры вне уголовно-правовой сферы. Актуальность этого вопроса подтверждается внесением в украинское процессуальное законодательство изменений, касающихся участия прокурора в гражданском, хозяйственном и административном процессе.

**Ключевые слова:** судебный процесс, прокурор, процессуальные права и обязанности, третейский суд.

#### Summary

##### **Belousov O. Concerning the question of prosecutor's participation in the trial.**

World globalization, the expansion of social, economic, cultural and legal relations of Ukraine with other European countries predetermine the increasing influence of international rules on the Ukrainian legislation and lead to the harmonization of legislation in Europe. European law regulates the activities of law enforcement agencies, including the Prosecutor's Office. Most attention is paid to the role of prosecutors outside the criminal law field, in the last ten years.

Ukraine have become a member of the Council of Europe (09.11.1995) was involved in the formation of European standards governing the activities of prosecutors outside the criminal law field. The relevance of this issue is confirmed by the introduction changes relating to the participation of the prosecutor in the civil, economic and administrative processes into the Ukrainian legislation procedural.

**Key words:** trial, the prosecutor, procedural rights and obligations, the arbitral tribunal.



**З. О. КУКІНА**

*Зінаїда Олександрівна Кукіна, кандидат юридичних наук, здобувач Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара*

**ВИДИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА СКОЄННЯ  
КОРПОРАТИВНОГО ЗЛОЧИНУ**

Вивченню феномена корпоративного злочину присвячено здебільшого зарубіжні наукові праці. Основоположником теорії корпоративного або «білокомірцевого» злочину був американський криміналіст та соціолог Едвін Сатерленд. Також цю проблематику вивчали такі зарубіжні та вітчизняні автори, як Є. Ю. Антонова, Н. Х. Ахметшина, Б. В. Волженкіна, В. Я. Димченко, Е. Н. Жевлакова, П. П. Іванцова, С. Г. Ке-Ліною, Ю. Ю. Колесніченко, Н. М. Коркунова, Н. Ф. Кузнєцова, А. В. Наумова, А. С. Нікіфорова, В. Д. Сорокіна, А. Н. Трайніна, Г. Хайне, М. Хрунхаузен та ін.

Під корпоративним злочином розуміють злочин, скоєний або корпорацією (юридичною особою) або фізичними особами, які діяли від імені корпорації та в її інтересах. Юридичну відповідальність, яка настає внаслідок скоєння корпоративного злочину, можна розділити на два види – об'єктивну відповідальність та субститутивну відповідальність – однієї особи за дії іншої. У першому випадку відповідач повинен безпосередньо здійснювати злочинні дії. Водночас вимога щодо наявності у такого відповідача безпосередньої вини (*mens rea*) відсутня. У другому випадку закон не вимагає прямої участі відповідача в злочинному діянні, як підставу для притягнення до відповідальності, натомість накладає на нього відповідальність за дії чи бездіяльність інших осіб. Крім того, працедавець несе відповідальність за дії своїх працівників, навіть коли вони здійснили злочин за необережністю.

За загальним правилом у теорії кримінального права субститутивна відповідальність не визнається. Кримінальна відповідальність настає тільки тоді, коли наявні обидві складові злочину – злочинне діяння та вина, а особа може бути притягнута до відповідальності тільки тоді, коли вона є відповідальною за настання обох елементів – злочинної дії та вини в її настанні. Таким чином, відповідальність управління компанії за злочинні дії своїх працівників є скоріше винятком із правил кримінальної відповідальності.

В англійському праві такий виняток виникає, коли під *actus reus* мають на увазі як фізичні дії працівника (який здійснює злочин), так і юридичні дії працедавця. Наприклад, дії водія є прикладом виключно фізичної діяльності, яку він здійснює за кермом свого автомобіля. Але коли касир у крамниці приймає гроші як сплату за товари – це тільки фізичний вияв процесу продажу. Для того, щоб товари були продані, власник крамниці повинен надати юридичного змісту процедурі продажу у вигляді отримання певних ліцензій (дозволів). Таким чином, власник продає товари в той час, як касир бере за них гроші. Так само тільки власник певних прав може дозволити їх використовувати (передати ліцензію), щоб така дія мала юридичну силу. Отже, працедавець також повинен нести відповідальність в разі скоєння злочину в межах його компанії. Тому субститутивна відповідальність, як виняток, найчастіше застосовується в сфері корпоративних правопорушень, де власники/менеджмент компанії часто розділяють вину за злочин, скоєний діями своїх підлеглих.

У Сполучених Штатах субститутивна відповідальність застосовується до злочинів, скоєних без злочинного умислу, а також не викликаючи покарання у вигляді ув'язнення. Це пов'язано з тим, що публічний інтерес переважає приватний, а субститутивна відповідальність застосовується для того, щоб стимулювати працедавців краще стежити за своїми працівниками та застосовувати до них більш суворі правила для уникнення шкідливих наслідків як для компанії, так і для навколишнього середовища. Наприклад, у справі *Commonwealth v. Koszwa* відповідачем виступав ліцензований власник ресторану, якого звинувачували в продажі алкогольних напоїв неповнолітнім особам<sup>1</sup>. Суди в основному накладають кримінальну відповідальність на працедавців (власників) за злочинну поведінку їхніх підлеглих навіть якщо перші не знали про такі дії останніх та, відповідно, не мають вини в такому злочині. Винятком з цього правила була справа *State v. Guminga*, коли власника бару, в якому офіціантка подавала алкогольні напої неповнолітнім особам, було звільнено від кримінальної відповідальності та присуджено лише цивільний штраф<sup>2</sup>.

Суб'єктами корпоративних злочинів виступають: юридична особа, відокремлена від фізичних осіб (менеджменту), які управляють її діяльністю, або фізична особа, яка виступає від імені юридичної.

Якщо з фізичними особами все зрозуміло, то юридичні особи, як суб'єкти кримінальної відповідальності за корпоративні злочини, потребують особливої уваги. Ідеї про те, що корпорації не можуть бути суб'єктами кримінального права через відсутність у них справжньої юридичної волі, вже давно застаріли. Сьогодні у компаній є правосуб'єктність володіти майном та товарами від власного імені, а не від імені її представників, а також користуватися власними правами та виконувати відповідні обов'язки. Так само як і фізичні особи, компанії є правоздатними особами та можуть виражати моральні судження<sup>3</sup>. Крім того, кор-

пораціям притаманний етос, який надає їм унікального характеру та відрізняє від осіб, які управляють або працюють в корпорації<sup>4</sup>. Верховний суд США виніс рішення, в якому зазначив, що корпорації мають право виражати окрему незалежну думку та моральні судження, а їхнє право на свободу слова не може бути обмежено без належного для цього державного інтересу<sup>5</sup>.

Як тільки в теорії та на практиці юридичних осіб визнали суб'єктами кримінального права, виникло питання, чи всі юридичні особи можуть нести кримінальну відповідальність. Деякі автори вважають, що застосування винятків може призвести до дискримінації та порушення принципу рівності. На нашу думку, таке твердження є дещо безпідставним, адже винятки щодо притягнення до кримінальної відповідальності фізичних осіб існують. Отже, якщо представники державних владних органів мають імунітет від кримінальної відповідальності, то чому відповідні державні установи не повинні користуватися певним захистом? Водночас для уникнення плутанини юридичні особи, які не мають чинного юридичного статусу, перебувають у процесі банкрутства, злиття або поглинання, повинні нести кримінальну відповідальність тільки після остаточного визначення їхньої правосуб'єктності<sup>6</sup>.

У різних юрисдикціях коло корпоративних утворень, які можуть бути суб'єктами відповідальності, має певні особливості. У деяких державах закон вказує лише на ті компанії, які можуть нести корпоративну відповідальність тільки за певних умов. В інших юрисдикціях закон визначає конкретні види юридичних осіб, які можуть бути суб'єктами злочину. У третіх країнах існує змішаний підхід до визначення кола таких суб'єктів.

Законодавці зарубіжних країн називають юридичних осіб по-різному – корпорація, компанія, об'єднання, організація, підприємство, асоціація, спілка, товариство, установа і т.д.), але в основному застосовують кримінальні норми як до комерційних, так і до некомерційних юридичних осіб.

У Франції законодавці використали свободу утворення асоціацій, коли вирішували, чи можуть некомерційні юридичні особи притягатися до кримінальної відповідальності. Було вирішено, що некомерційний характер не повинен звільняти компанію від відповідальності, якщо вона вчинила злочин, адже це буде порушенням принципу рівності та права на вільне створення будь-яких організацій<sup>7</sup>. Таким чином, будь-яка прибуткова чи неприбуткова юридична особа може бути відповідальною за скоєння злочину відповідно до кримінального права Франції. Отже, асоціації, фонди, партії, синдикати/спілки несуть кримінальну відповідальність, адже вони є власниками майна (фінансів), яке може бути використане в протизаконних цілях або вони можуть використати інформацію, отриману від їхніх членів з метою порушення закону<sup>8</sup>.

В Англії відповідно до Закону про інтерпретацію 1978 р. (Interpretation Act) суб'єктами кримінальної відповідальності виступають корпорації, якщо інше не передбачено законом. Особливий режим мають англійські синдикати. У 1871 р. синдикати не отримали статусу пасивного суб'єкту злочину (жертви), а підставами для подання позову проти них були фактично підстави для подання відповідних позовів проти їхніх довірених осіб. У 1901 р. англійський суд вирішив, що синдикати можуть бути суб'єктами кримінальної відповідальності. На думку суду, якщо закон визнає право синдикатів володіти майном та здійснювати дифузійну інформацію, тоді такі юридичні особи повинні нести кримінальну відповідальність за свої правопорушення<sup>9</sup>. Через масштабну хвилю протестів англійський парламент в 1906 р. змушений був надати синдикатам імунітет від кримінальної відповідальності. На сьогодні вони так і залишаються приватними юридичними особами, які не несуть кримінальної відповідальності<sup>10</sup>.

На відміну від Англії законодавці США в 1922 р. вирішили, що професійні спілки можуть нести кримінальну відповідальність. У справі *United Mine Workers v. Coronado Coal* Верховний суд США вирішив, що профспілки можуть порушувати кримінальні закони в ході своєї діяльності, а отже, повинні нести кримінальну відповідальність<sup>11</sup>. Суд пояснював своє рішення тим, що профспілки розпоряджаються великими сумами грошей та налічують сотні тисяч членів, а тому вони мають достатньо ресурсів для потенційного скоєння злочинів та повинні бути суб'єктами кримінальної відповідальності. Крім того, жертви таких правопорушень не мають змоги подавати позови проти кожного члена профспілки окремо з метою відшкодування нанесеної шкоди.

Більшість юрисдикцій звільняють від кримінальної відповідальності державні установи. Відповідно до ст. 121-2 Кримінального кодексу Франції всі юридичні особи, за винятком держави, несуть кримінальну відповідальність<sup>12</sup>. Франція поширює такі винятки на деякі територіальні спільноти під час виконання ними державних функцій, які не можуть бути делегованими приватним юридичним особам.

У країнах загального права існує правило, згідно з яким «король не може зробити нічого поганого». В Англії держава, уряд та міністерства не є суб'єктами кримінальної відповідальності за злочини відповідно до загального права. Тим не менш, закони можуть визнавати Корону відповідальною за інші злочини<sup>13</sup>. У США Модельний кримінальний кодекс звільняє від кримінальної відповідальності юридичних осіб, створених урядовими органами для виконання завдань уряду.

Питання щодо визнання юридичних осіб без визначеного юридичного статусу суб'єктами кримінальної відповідальності вирішується по-різному в різних юрисдикціях. Французький кримінальний кодекс не визнає здатності юридичних осіб без правового статусу нести кримінальну відповідальність. У країнах загального права незареєстровані або неінкорпоровані юридичні особи несуть кримінальну відповідальність так само, як і юридичні особи з визначеним правовим статусом (зареєстровані та інкорпоровані). Таким чином, в Англії концепція юридичної особи відноситься до таких асоціацій<sup>14</sup>. У США відповідно до загально-го правила, якщо законом, затвердженим Конгресом, не передбачено інше, то товариства (*partnerships*) або

спільні підприємства не несуть кримінальну відповідальність, тому що в них немає окремої від їхніх учасників правосуб'єктності<sup>15</sup>.

Водночас відповідно до федерального законодавства, концепція «особи» включає товариства та інші схожі види юридичних осіб<sup>16</sup>. У Федеральних директивах з призначення покарання США міститься список організацій, які підпадають під відповідне регулювання. Організацією визнається «будь-яка особа, яка не є фізичною». Визначення поширюється на корпорації, товариства, асоціації, акціонерні товариства, спілки, трасти, пенсійні фонди, організації без створення юридичної особи, урядові й політичні підрозділи та неприбуткові організації<sup>17</sup>.

Разом із тим корпорації та товариства, які проходять процедури визнання неплатоспроможності та трансформацій (злиття, поглинання), несуть кримінальну відповідальність у більшості юрисдикцій. У Франції відповідні накладені штрафи можуть бути сплачені до закінчення процедури ліквідації корпорації<sup>18</sup>. У США діє таке саме правило. Якщо корпорація проходить крізь процедуру злиття з іншою, відповідальність перейде до новостворених компаній, які разом будуть нести відповідальність<sup>19</sup>. Суди визнали, що корпорації в процесі банкрутства можуть бути визнані відповідальними, адже корпорації продовжують існувати з метою сплати боргів, задоволення вимог та виконання зобов'язань<sup>20</sup>.

У Німеччині корпорації та інші правосуб'єктні юридичні особи є автономними суб'єктами права та користуються такими самими правами, як і фізичні особи<sup>21</sup>. Відповідальність корпорацій, підприємств, підприємств, асоціацій та інших юридичних осіб визнається відповідно до адміністративного права. Водночас юридичні особи публічного права і місцеві спільноти можуть нести відповідальність згідно з адміністративно-кримінальним правом<sup>22</sup>.

Порівнюючи різні підходи країн до визначення суб'єктів кримінальної відповідальності юридичних осіб, найбільш вдалою здається американська. У США закон пропонує найбільш чіткий та широкий список юридичних осіб, які несуть кримінальну відповідальність, що сприяє економії часу та коштів на розгляд відповідних суперечностей в судах під час визначення правосуб'єктності тієї чи іншої компанії. Водночас до таких юридичних осіб додаються такі, які проходять процес трансформації, але не звільняються від відповідальності за скоєні злочини тільки через технічні перешкоди.

Європейські системи більш обмежувальні, тому менш ефективні. Законодавство не надає вичерпного списку юридичних осіб, які можуть бути суб'єктами відповідальності. Крім того, правило не визнавати відповідальність компаній в процесі трансформації порушує принципи рівності та справедливості.

У деяких державах законодавство розмежує категорії суб'єкта злочину та суб'єкта кримінальної відповідальності. В Англії під час доведення скоєння корпорацією злочину внаслідок згоди або потурання чи необережності з боку директора, керівництва, секретаря чи іншої посадової особи вона так само як і юридична особа виступає винною в скоєнні цього злочину і підлягає судовому розгляду для визначення покарання<sup>23</sup>. У Франції Кримінальний кодекс зазначає, що юридичні особи підлягають кримінальній відповідальності за злочинні діяння, які здійснюються органами або представниками юридичної особи.

Суб'єктивною стороною кожного злочину є вина – психічне ставлення правопорушника до своїх дій або до бездіяльності та їхніх наслідків у формі умислу чи необережності.

З моменту першого застосування століття тому кримінального права до юридичної особи багато що змінилося. У ході практики суди переглянули свою прихильність до опосередкованої відповідальності в корпоративних справах. Дослідники звернули увагу на зв'язок між реакцією корпорації на скоєні її співробітниками злочини, корпоративну культуру, яка заохочує чи навпаки обмежує можливості скоєння правопорушень і т.д. Наразі можна говорити про п'ять концепцій корпоративної вини.

Перша модель – проактивна корпоративна вина – передбачає, що компанія визнається винною, коли корпоративні правила та процедури є недієвими для попередження злочинної діяльності в компанії. Корпорації визнаються винними тоді, коли їм не вдається застосувати розумні заходи для запровадження дієвої корпоративної політики, яка знизить вірогідність скоєння злочинів у рамках структури.

Друга модель – реактивна корпоративна вина – бере до уваги реакцію корпорації на вже скоєний злочин. Докази того, як саме компанія реагує на виявлення злочину всередині компанії, виступають підставою для визнання її вини. Якщо корпорація не вжила відповідних заходів для усунення шкідливих наслідків, як реакція на вчинення злочину, вона може бути визнана винною. У цьому випадку бездіяльність є тим самим доказом вини компанії.

Третьою моделлю є модель вини є модель корпоративного етосу – системи етичних і культурних засад працівників компанії, встановлений в колективі порядок та стиль поведінки<sup>24</sup>. Тут відповідальність у компанії виникає тоді, коли корпоративні правила та норми всередині компанії розроблені таким чином, що спонукають працівників до скоєння правопорушень. Такий корпоративний етос зумовлений корпоративною ієрархією, корпоративними цілями та політикою, підкріпленням оперативної діяльності кодексами етики та внутрішніми регулятивними нормами, а також активністю виявлення винних співробітників. При розгляді питання застосування цієї моделі для виявлення вини до уваги беруться роль ради директорів у створенні етосу, а також попередні випадки виявлення та реакції на випадки скоєння злочину працівниками компанії.

Насамкінець зазначимо: дослідники вважають, що корпоративні дії та наміри можуть оцінюватися при визнанні вини за четвертою моделлю корпоративної культури. Такі компоненти, як процедура прийняття рішень, механізм операційної діяльності та інші процеси разом становлять інтенціональність компанії, тобто її наміри робити так чи інакше.

На додаток до згаданих чотирьох моделей вини юридичної особи як елементу складу корпоративного злочину існує теорія конклюдентної корпоративної винуватості. В її основі лежить питання, чи можуть корпорації бути носіями суб'єктивної сторони злочину у вигляді вини? Зрозуміло, що юридична особа за своєю природою не може мати жодного ментального стану. Ось чому ця теорія і має назву «конклюдентної», тобто непрямой і в певному сенсі уявної. Визначаючи вини корпорації відповідно до цієї моделі ми ставимо питання: чи діяла компанія з наміром? чи діяла вона свідомо? чи діяла вона з необережністю? або чи була присутня в її діях недбалість? Суди в такому разі аналізують, чи демонструє корпорація свою обізнаність про незаконності дій її працівників або виявляється, що вона ігнорує наявні ризики злочинності.

Різні автори, які є противниками теорії корпоративної кримінальної відповідальності, підтримують ідею неможливості застосування категорії вини до юридичної особи. Але законодавства різних країн вирішують це питання не завжди відповідно до названої теорії.

У системі загального права при притягненні корпорації до кримінальної відповідальності активно використовується інститут абсолютної (суворої) відповідальності, коли встановлення вини є обов'язковою умовою для визнання компанії винною в скоєнні злочину<sup>25</sup>.

В Англії встановлення вини (*mens rea*) не обов'язково в трьох випадках:

1) коли покарання є незначним;

шкода, заподіяна суспільству, достатньо значна порівняно з передбаченим покаранням;

природа злочину така, що встановити вини досить складно.

До таких злочинів англійський законодавець відносить продаж зіпсованих або неякісних продуктів; порушення правил торгівлі алкогольними напоями, продовольчими товарами; шум або неприємний запах від заводів; порушення правил безпеки на підприємстві та ін.

Принцип абсолютної (суворої) відповідальності корпорацій застосовується і в США. У 1910 р. Верховний Суд зазначив, що суспільне благо може вимагати, що в забороні або покаранні окремих дій могло б бути передбачено, що ті, хто буде здійснювати їх, будуть здійснювати їх на власний ризик, і їм не буде дозволено висувати як підстави захисту сумнінність або незнання». Аналогічні заяви робилися Верховним Судом США і пізніше (1922, 1943 рр. і т.д.). Провідним прецедентом щодо конституційності суворої відповідальності вважається рішення 1922 р., згідно з яким норми загального права про обов'язковість обізнаності як елемента злочину можуть бути проігноровані при з'ясуванні змісту більш сучасного законодавства, за яким її припустиме включення в текст закону при його тлумаченні могло б привести до непридатності на практиці того чи іншого положення<sup>26</sup>.

У державах загального права в окремих випадках корпоративна відповідальність передбачає наявність вини, яка визначається через вини фізичних осіб, причетних до корпорації. Доктрина корпоративної вини є важливою для застосування при вирішенні питання про притягнення компанії до кримінальної відповідальності. Сутність доктрини полягає в тому, що вона не ігнорує механізм організаційних процесів, структуру, цілі, культуру та ієрархію, які разом формують корпоративний дух, що може або спонукати до злочинних дій, або навпаки – попереджати їх. Відповідно, компанії повинні сприятися як агенти-носії *mens rea*, що діють через своїх співробітників, вина яких виражається в їхній корпоративній політиці та практиці<sup>27</sup>.

Федеративний конституційний суд Німеччини ще в 1966 р. визнав принцип вини як принцип правової держави. Внаслідок цього необхідність встановлення вини стало обов'язковим не тільки щодо кримінальних справ, а й інших правопорушень. Крім того, суд вказав, що застосування кримінально-правових принципів не виключається, коли суб'єктом правопорушення є юридична особа. Тому якщо до компанії висувуються претензії щодо кримінально-правового характеру у зв'язку зі скоєнням винних дій, головною в цьому сенсі повинна бути вина тих осіб, які відповідально діяли в її інтересах<sup>28</sup>.

У Франції законодавство дотримується думки, що юридична особа не може скоїти злочин сама по собі, а отже, діють фізичні особи. Відповідно, юридична особа не може мати окремої вини, не пов'язаної з виною фізичних осіб – безпосередніх виконавців. Але в окремих рішеннях суди Франції можуть прийняти рішення, відповідно до якого юридична особа (корпорація) допустила певну сувору недбалість, а тому здатна нести кримінальну відповідальність. У такому судовому рішенні прямо визнається теорія самостійної вини юридичної особи<sup>29</sup>.

У цілому, узагальнюючи нормативно-правове регулювання корпоративної кримінальної відповідальності зарубіжних країн, можна зробити висновок, що притягнення юридичної особи до кримінальної відповідальності здійснюється за допомогою інституту абсолютної (суворої) відповідальності. За цих умов встановлення вини є обов'язковою умовою для застосування кримінально-правових санкцій. Або вина (у формі умислу чи необережності) визначається через вини фізичних осіб, як правило, керівництва компанії, які діють від її імені або в її інтересах. При цьому суворі відповідальність дозволяється тільки, якщо вона чітко передбачена законодавством.

<sup>1</sup> Commonwealth v. Koczvara 155 A.2d 825 (1959).

<sup>2</sup> State v. Guminga 395 N.W.2d 344 (1986).

<sup>3</sup> Lawrence Friedman, In Defense of Corporate Criminal Liability, 23 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 833, 846 (2000).

<sup>4</sup> Pamela H. Bucy, Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability, 75 Minn. L. Rev. 1095, 1099 (1991).

<sup>5</sup> Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765, 787-95 (1978).

- <sup>6</sup> Criminal Liability Of Corporations – Comparative Jurisprudence Anca Iulia Pop, – Michigan State University College of Law, – Report, – 2006. – 60 p.
- <sup>7</sup> Code Penal, Version consolidée au 27 juillet 2015- art. 121-2.
- <sup>8</sup> Streteanu & Chirita, supra note 9, at 89.
- <sup>9</sup> Taff Vale RR. Co. v. Amalgamated Society of RR. Servants, [1901] A.C. 426.
- <sup>10</sup> Streteanu & Chirita, supra note 9, at 89.
- <sup>11</sup> United Mine Workers v. Coronado Coal Co., 259 U.S. 344 (1922).
- <sup>12</sup> Code Penal, Version consolidée au 27 juillet 2015- art. 121-2.
- <sup>13</sup> Leigh, supra note 23 at 18.
- <sup>14</sup> Interpretation Act 1978, Ch. 30, Sch. 1 (Eng.).
- <sup>15</sup> U.S. v. A& P Trucking Co., 358 U.S. 121, 128.
- <sup>16</sup> Wise, supra note 65, at 393; 49 U.S.C. 303(a); 18 U.S.C. § 1.
- <sup>17</sup> U.S. Sentencing Guidelines Manual, 18 U.S.C.S. Appx. § 8A1.1 (2005).
- <sup>18</sup> Code Penal, Version consolidée au 27 juillet 2015- art. 121-2.
- <sup>19</sup> U. S. v. Alamo Bank of Texas, 886 F.2d 828, 830 (5th Cir. 1989).
- <sup>20</sup> Melrose Distillers Inc. v. U.S., 359 U.S. 271, 273 (1959); See also Lederman, supra note 73, at 641.
- <sup>21</sup> Hirsch, supra note 39, at 54.
- <sup>22</sup> Там само. – С. 54–55.
- <sup>23</sup> Никифоров А. С. Юридическое лицо как субъект преступления и уголовной ответственности / А. С. Никифоров. – М., 2002. – С. 51.
- <sup>24</sup> Сафонов К. Б. Этика профессий и корпоративный этиос / К. Б. Сафонов // Научные ведомости Белгородского государственного университета. – 2011. – Т. 16. – Вып. № 8 (103). – (Серия «Философия. Социология. Право»).
- <sup>25</sup> Исаков Г. А. Mens rea в уголовном праве США: историко-правовое исследование / Г. А. Исаков. – СПб., 2003. – С. 289.
- <sup>26</sup> Там само.
- <sup>27</sup> Clarkson C.M.V., ‘Corporate Culpability’ (1998) Web Journal of Current Legal Issues, vol. 2.
- <sup>28</sup> Иванов Л. Административная ответственность юридических лиц / Л. Иванов // Российская юстиция. – 2001. – № 3. – С. 126.
- <sup>29</sup> Крылова Н. Е. Новый Уголовный кодекс Франции (основные черты) : дисс. ... канд. юрид наук / Н. Е. Крылова. – М., 1995. – С. 97–98; Крылова Н. Е. Уголовная ответственность юридических лиц (корпораций): сравнительно-правовой анализ / Н. Е. Крылова // Взаимодействие международного и сравнительного уголовного права: Учебное пособие / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой и В. С. Комиссарова. – М., 2009. – С. 98.

#### Резюме

##### **Кукіна З. О. Види кримінальної відповідальності за скоєння корпоративного злочину.**

Стаття присвячена аналізу відповідальності за скоєння злочину юридичною особою. Відповідальність, що настає за корпоративний злочин, поділяється на об'єктивну та субститутивну. У першому випадку відповідач повинен безпосередньо здійснювати злочинні дії. У другому випадку відповідач може не брати безпосередньо участі в злочинному діянні, натомість він несе відповідальність за дії чи бездіяльність інших осіб.

**Ключові слова:** відповідальність, корпоративний злочин, субститутивна відповідальність, об'єктивна відповідальність.

#### Резюме

##### **Кукіна З. А. Виды уголовной ответственности за совершение корпоративного преступления.**

Статья посвящена анализу ответственности за совершение преступления юридическим лицом. Ответственность, которая наступает за корпоративное преступление, делится на объективную и субститутивную. В первом случае ответчик должен непосредственно осуществлять преступные действия. Во втором ответчик может не принимать непосредственное участие в преступном деянии, вместо этого он несет ответственность за действия или бездействие других лиц.

**Ключевые слова:** ответственность, корпоративное преступление, субститутивная ответственность, объективная ответственность.

#### Summary

##### **Kukina Z. Types of criminal liability for corporate crime.**

This article is devoted to the analysis of the notion of liability for the corporate crime. The corporate criminal liability exists in two types – strict and vicarious. In the first case, the defendant is the one who carry out criminal acts but himself. In the second case, the defendant may not be directly involved in the criminal act, but instead he/she was responsible for the acts or omissions of others.

**Key words:** responsibility, corporate crime, vicarious liability, strict liability.

**Л. М. ПАЛЮХ**

*Лідія Михайлівна Палюх, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

## **ДЕЯКІ ПИТАННЯ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ НОРМ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ ЗА ПРАВОМ ПОСТРАДЯНСЬКИХ КРАЇН**

Одним із важливих питань, що потребує дослідження з метою вдосконалення національного законодавства, є питання про систематизацію норм про кримінальну відповідальність за злочини проти правосуддя. На сьогодні в Кримінальному кодексі (далі – КК) України норми про кримінальну відповідальність за посягання на встановлений порядок здійснення судочинства, виконання судових рішень розміщені в різних розділах Особливої частини КК України. З огляду на це важливим є вивчення зарубіжного досвіду встановлення в кримінальному законодавстві норм про відповідальність за певні діяння. Дослідники виділяють серед цілей, які має порівняльне правознавство як самостійна наука і навчальна дисципліна, науково-пізнавальну, що поряд з іншим виявляється у пізнанні кримінального законодавства інших країн, його позитивних інститутів, норм, які можна було б запозичити в своє національне право, тобто порівняльне правознавство виступає як інструмент для вдосконалення свого національного права<sup>1</sup>.

Питання про кримінальну відповідальність за злочини проти правосуддя за законодавством зарубіжних країн досліджували О. О. Вакулик, А. В. Воронцов, С. Є. Дідик, Н. Д. Квасневська, В. В. Кузнецов, Д. О. Назаренко, О. І. Плужник, М. В. Сийплові. У працях зазначених вчених розглянуто законодавство зарубіжних країн про кримінальну відповідальність за окремі види діянь, що посягають на встановлений порядок судочинства та виконання судових рішень. Водночас порівняльно-правові аспекти кримінальної відповідальності за злочини проти правосуддя, в тому числі питання систематизації норм про кримінальну відповідальність за злочини проти правосуддя, не було предметом комплексного дослідження українських вчених у галузі кримінального права. Це обумовлює актуальність окресленої проблематики.

Правову систему України відносять до так званої колишньої сім'ї соціалістичного права (постсоціалістичної<sup>2</sup>). Серед країн так званої сім'ї постсоціалістичного права можна виділити групу пострадянських країн – колишніх республік СРСР, право яких характеризується певною однорідністю, що історично склалася.

Аналізуючи норми про кримінальну відповідальність за злочини проти правосуддя за законодавством пострадянських країн, передусім видається необхідним розглянути питання про систематизацію відповідних норм у структурі Особливої частини законів про кримінальну відповідальність. Це важливо для того, щоб визначити, які саме суспільно небезпечні діяння з тих, що передбачені у розділі XVIII Особливої частини КК України, в кримінальних кодексах зарубіжних країн віднесено до злочинів проти правосуддя, а які – до інших груп злочинів за родовим об'єктом. Також на основі відповідного порівняльно-правового аналізу у низці випадків можна визначити найбільш оптимальне розміщення відповідних норм у структурі Особливої частини КК.

Якщо розглядати певні тенденції, спільні риси, що характеризують зміст структурних підрозділів про злочини проти правосуддя в кримінальному законодавстві групи країн, що яку йшлося вище, слід, по-перше, виділити спільні риси щодо встановлення норм про кримінальну відповідальність за посягання на суддів, учасників судочинства – службових осіб, на яких законом покладено обов'язки здійснювати досудове розслідування, службових осіб, на яких законом покладено виконання судових рішень. Зокрема, в кримінальних кодексах низки пострадянських країн норми про кримінальну відповідальність за посягання на слідчих, прокурорів, осіб, які здійснюють дізнання, у зв'язку з виконанням ними своїх службових повноважень у кримінальному провадженні, розміщені у розділах, що встановлюють кримінальну відповідальність за злочини проти встановленого порядку управління, тоді як норми про кримінальну відповідальність за посягання на суддів – у підрозділі про злочини проти правосуддя (КК Республіки Білорусь<sup>3</sup>, КК Республіки Молдова<sup>4</sup>, КК України<sup>5</sup>). Зокрема, в КК Республіки Білорусь кримінальна відповідальність за посягання на слідчих – працівників органів внутрішніх справ – у зв'язку з виконанням ними функцій у кримінальному процесі настає за відповідними нормами глави 33 «Злочини проти порядку управління» (ст.ст. 362, 363, 364, 365 КК Республіки Білорусь). У КК Республіки Молдова норми, що передбачають кримінальну відповідальність за такі посягання, розміщено в нормах глави XVII Особливої частини «Злочини проти публічної влади і безпеки держави». У КК Литовської Республіки кримінальна відповідальність за посягання на осіб, які здійснюють досудове розслідування, прокурорів настає за нормами глави ХІ «Злочини і правопорушення проти діяльності державних службовців або осіб, які здійснюють функції публічного адміністрування»<sup>6</sup>. У КК України нормами розділу XVIII Особливої частини КК України «Злочини проти правосуддя» охороняється лише життя, здоров'я, власність, безпека судді, народного засідателя, присяжного, їх близьких родичів (ст. ст. 377, 378, 379 КК України), захисника чи представника особи, їх близьких родичів (ст. ст. 398, 399, 400

КК України). Норми про кримінальну відповідальність за посягання на інших учасників судочинства – службових осіб розміщені в інших розділах Особливої частини КК України.

У кримінальних законах більшості пострадянських країн у розділі (главі) про злочини проти правосуддя виділено спеціальні норми, де передбачено кримінальну відповідальність за відповідні посягання на суддів, прокурорів, осіб, які здійснюють досудове розслідування (КК Азербайджанської Республіки<sup>7</sup>, КК Республіки Таджикистан<sup>8</sup>, КК Республіки Казахстан<sup>9</sup>, КК Республіки Вірменія<sup>10</sup>, ст. 296 КК РФ<sup>11</sup>). Так, кримінальну відповідальність за погрозу або насильство (насильницькі дії) у зв'язку із здійсненням правосуддя або провадженням дізнання чи попереднього слідства передбачено у ст. 288 КК Азербайджанської Республіки, ст. 347 КК Республіки Вірменія, ст. 356 КК Республіки Таджикистан, ст. 409 КК Республіки Казахстан, ст. 347 КК Республіки Вірменія, ст. 296 КК РФ. Вище вже зазначалося, що в КК України норми про кримінальну відповідальність за посягання на суддів, народних засідателів, присяжних, їх близьких родичів, захисника чи представника особи, їх близьких родичів розміщено в різних статтях розділу «Злочини проти правосуддя» – ст. ст. 377, 398 КК. Крім цього, кримінальну відповідальність за погрозу або насильство щодо працівника правоохоронного органу, його близьких родичів у зв'язку з виконанням цим працівником службових обов'язків передбачено в розділі XV Особливої частини КК України, в ст. 345 КК.

У ст. 172-1 КК Естонії передбачено кримінальну відповідальність за насильство щодо судді, судового засідателя, адвоката, прокурора або слідчого, а так само їх близьких, або погроза щодо цих осіб<sup>12</sup>. У ст. 296 КК РФ передбачено кримінальну відповідальність за погрозу або насильницькі дії у зв'язку із здійсненням правосуддя або провадженням попереднього розслідування. Потерпілими від цього злочину визначені в частині першій суддя, присяжний засідатель, інша особа, яка бере участь у відправленні правосуддя, їх близькі; в частині другій – прокурор, слідчий, особа, яка проводить дізнання, захисник, експерт, спеціаліст, судовий пристав, судовий виконавець, їх близькі. Таким чином, в розділі XVIII Особливої частини КК, у ст. 377 КК України передбачено кримінальну відповідальність за погрозу або насильство лише щодо судді, народного засідателя чи присяжного, а також їх близьких родичів. Посягання на таких учасників кримінальних процесуальних правовідносин, як слідчий, прокурор, а також їх близьких передбачено в XV розділі Особливої частини КК України «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян», як посягання на працівників правоохоронних органів, державних діячів (Голови чи судді Конституційного Суду України або Верховного Суду України чи вищих спеціалізованих судів України, Генерального прокурора України) (ст. ст. 345, 346, 347, 348 КК України). Водночас, виходячи з родового об'єкта цієї групи злочинів, видається правильним передбачити в одній статті розділу XVIII Особливої частини КК України посягання на всіх учасників судочинства – службових осіб, тих, які беруть участь у судочинстві як на досудових, так і на судових стадіях процесу. Також на основі аналізу законодавства зарубіжних країн слід зазначити про доцільність поміщення в одній статті КК України, у розділі XVIII Особливої частини «Злочини проти правосуддя», норм про кримінальну відповідальність за посягання на суддів, народних засідателів чи присяжних, їх близьких родичів, а також захисника, представника особи у зв'язку з наданням правової допомоги.

Стосовно норм про кримінальну відповідальність за перешкодження здійсненню правосуддя і слідству, слід наголосити, що в КК деяких пострадянських країн у розділі (главі) про злочини проти правосуддя передбачено кримінальну відповідальність за втручання в діяльність лише суду (у розгляд судових справ) (ст. 303 КК Республіки Молдова, ст. 286 КК Азербайджанської Республіки, ст. 295 Кримінального закону Латвійської Республіки<sup>13</sup>, ст. 376 КК України). Водночас у кримінальних кодексах низки пострадянських країн в одній нормі розділу (главі) про злочини проти правосуддя передбачено кримінальну відповідальність за перешкодження здійсненню правосуддя і провадженню досудового розслідування, зокрема, за втручання в будь-якій формі в діяльність судді, народного засідателя, прокурора, слідчого або особи, яка проводить дізнання, з метою перешкодження всебічному, повному і об'єктивному розгляду і розслідуванню справи або з метою домогтися винесення незаконного судового вироку, рішення, іншого судового акта або незаконної постанови органу кримінального переслідування при провадженні по кримінальній справі (ст. 407 КК Республіки Казахстан, ст. 332 КК Республіки Вірменія, ст. 236 КК Республіки Узбекистан<sup>14</sup>, ст. 345 КК Республіки Таджикистан, ст. 294 КК Російської Федерації).

Так, у ст. 332 КК Республіки Вірменія передбачено кримінальну відповідальність за втручання в діяльність службових осіб, які беруть участь у судочинстві як на досудових, так і на судових стадіях провадження: втручання у будь-якій формі в діяльність суду з метою перешкодження здійсненню правосуддя (ч. 1), втручання в будь-якій формі в діяльність прокурора, слідчого або особи, яка проводить дізнання, з метою перешкодження всебічному, повному і об'єктивному розслідуванню справи (ч. 2). Аналогічного змісту норма міститься у ст. 407 КК Республіки Казахстан, ст. 286 КК Азербайджанської Республіки, ст. 294 КК РФ, де передбачено кримінальну відповідальність за втручання в будь-якій формі в діяльність суду з метою перешкодити здійсненню правосуддя (ч. 1), в діяльність прокурора або особи, яка здійснює досудове розслідування з метою перешкодити всебічному, повному і об'єктивному досудовому розслідуванню (ч. 2). Порівнюючи з КК України, слід зазначити, що в розділі XVIII Особливої частини КК України передбачено відповідальність лише за втручання в діяльність судових органів (ст. 376 КК України). Спеціальної норми про втручання в діяльність прокурора, слідчого в КК України немає. Кримінальна відповідальність за такі діяння настає за ст. 343 КК України «Втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, працівника державної виконавчої служби», що знаходиться у розділі XV Особливої частини КК України «Злочини проти авторитету органів державної влади,

органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян». Водночас, зважаючи на те, що родовим об'єктом злочинів, розміщених у розділі XVIII Особливої частини КК України, є процесуальна діяльність суду та інших органів, логічно було б, окрім зазначеного посягання на встановлену законом діяльність суду, в тій самій статті, в іншій частині, передбачити також кримінальну відповідальність за посягання на діяльність прокурора, органів досудового слідства, а також на діяльність державного виконавця щодо виконання судового рішення.

Розглянемо зміст окремих норм про кримінальну відповідальність за посягання на учасників судочинства – службових осіб за законодавством пострадянських країн. У ст. 408 КК Республіки Казахстан передбачено кримінальну відповідальність за посягання на життя особи, яка здійснює правосуддя або досудове розслідування. Зокрема, в цій статті передбачено кримінальну відповідальність за посягання на життя судді, присяжного засідателя, прокурора, особи, яка здійснює досудове розслідування, захисника, експерта, судового пристава, судового виконавця, а так само їх близьких у зв'язку з розглядом справ або матеріалів у суді, провадженням досудового розслідування або виконанням вироку, рішення суду або іншого судового акта, вчинене з метою перешкоджання законній діяльності вказаних осіб або з помсти за таку діяльність<sup>15</sup>. У КК України не виділено спеціальної норми про кримінальну відповідальність за посягання на життя експерта, державного виконавця, а посягання на життя прокурора, особи, яка здійснює досудове розслідування кваліфікується за ст. 348 КК України як посягання на життя працівника правоохоронного органу (розділ XV Особливої частини КК України); посягання на життя Голови чи судді Конституційного Суду України або Верховного Суду України, або вищих спеціалізованих судів України, Генерального прокурора України кваліфікується за ст. 112 КК – як посягання на життя державного діяча (розділ I Особливої частини КК України).

Зважаючи на викладене вище, виходячи з того, що родовим об'єктом злочинів, розміщених у розділі XVIII Особливої частини КК України, є встановлений порядок судочинства та виконання судових рішень, видається доцільним передбачити в нормах цього розділу кримінальну відповідальність за посягання не лише на суддів, народних засідателів, присяжних засідателів у зв'язку з їх діяльністю, пов'язаною із здійсненням правосуддя, а й норми про посягання на всіх учасників судочинства – службових осіб, тих, які беруть участь у судочинстві як на досудових, так і на судових стадіях, – прокурора, слідчого особи, яка проводить дізнання, державного виконавця у зв'язку з виконанням ними службових обов'язків під час здійснення судочинства та, відповідно, виконання судових рішень.

На основі аналізу законодавства зарубіжних країн слід також зазначити про доцільність поміщення в одній статті КК України, у розділі XVIII Особливої частини «Злочини проти правосуддя», норм про кримінальну відповідальність за посягання на суддів, народних засідателів чи присяжних, їх близьких родичів, а також захисника, представника особи у зв'язку з наданням правової допомоги.

Наступного дослідження потребує питання щодо систематизації норм про кримінальну відповідальність за посягання на встановлений законом порядок виконання судових рішень за законодавством зарубіжних країн. Слід підкреслити, що в кримінальних кодексах пострадянських країн є значні відмінності у розміщенні зазначених норм в системі Особливої частини закону про кримінальну відповідальність.

<sup>1</sup> *Зубкова В. И.* Уголовное законодательство европейских стран: сравнительно-правовое исследование : моногр. / В. И. Зубкова. – М. : Юрлитинформ, 2013. – С. 20.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Уголовный кодекс Республики Беларусь : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://etalonline.by/?type=text&regnum=HK9900275#load\\_text\\_none\\_1](http://etalonline.by/?type=text&regnum=HK9900275#load_text_none_1)

<sup>4</sup> Уголовный кодекс Республики Молдова № 985-ХV от 18 апреля 2002 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://lex.justice.md/ru/331268/>

<sup>5</sup> Кримінальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

<sup>6</sup> Criminal Code of the Republic of Lithuania : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpraieska.showdoc\\_e?p\\_id=353941&p\\_query=&p\\_tr2=](http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpraieska.showdoc_e?p_id=353941&p_query=&p_tr2=)

<sup>7</sup> Уголовный кодекс Азербайджанской Республики (Утвержден Законом Азербайджанской Республики от 30 декабря 1999 г. № 787- IQ) (Вступил в силу с 1 сентября 2000 г. согласно Закону Азербайджанской Республики от 26 мая 2000 г. № 886-IQ) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [file:///C:/Documents%20and%20Settings/user/%D0%A1%D1%82%D1%96%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B8%D1%86%D1%8F/Azerbaijan\\_CC\\_am2013\\_ru.pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/user/%D0%A1%D1%82%D1%96%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B8%D1%86%D1%8F/Azerbaijan_CC_am2013_ru.pdf)

<sup>8</sup> Уголовный кодекс Республики Таджикистан : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://mmk.tj/ru/legislation-base/codes/>

<sup>9</sup> Уголовный кодекс Республики Казахстан : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31575252#sub\\_id=46700000](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575252#sub_id=46700000)

<sup>10</sup> Уголовный кодекс Республики Армения (принят 18 апреля 2003 г.) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1349&lang=rus>

<sup>11</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.consultant.ru/popular/ukrf/>

<sup>12</sup> Уголовный кодекс Эстонии : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.hot.ee/estonianlegislation/0201.htm>

<sup>13</sup> Уголовный закон Латвийской Республики : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://law.edu.lv/norm/norm.asp?normID=1243424>

<sup>14</sup> Уголовный кодекс Республики Узбекистан. Утвержден Законом РУз от 22 сентября 1994 г. № 2012-ХII. Введен в действие с 1 апреля 1995 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://fmc.uz/legisl.php?id=k\\_ug](http://fmc.uz/legisl.php?id=k_ug)

<sup>15</sup> Уголовный кодекс Республики Казахстан : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31575252#sub\\_id=46700000](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575252#sub_id=46700000)



### Резюме

**Палух Л. М. Деякі питання систематизації норм про кримінальну відповідальність за злочини проти правосуддя за правом пострадянських країн.**

У статті здійснено порівняльно-правове дослідження норм про кримінальну відповідальність за посягання на службових осіб – учасників відносин у сфері судочинства і виконання судових рішень, розміщення відповідних норм в системі Особливих частин кримінальних кодексів пострадянських країн. На основі аналізу кримінального законодавства зарубіжних країн, виходячи з розуміння концепції об'єкта злочинів проти правосуддя, сформульовано пропозиції до чинного КК України щодо вдосконалення норм про кримінальну відповідальність за злочини проти правосуддя.

**Ключові слова:** злочини проти правосуддя, кримінальна відповідальність, судочинство, виконання судових рішень.

### Резюме

**Палух Л. М. Некоторые вопросы систематизации норм об уголовной ответственности за преступления против правосудия по праву постсоветских стран.**

В статье осуществлено сравнительно-правовое исследование норм об уголовной ответственности за посягательство на должностных лиц – участников отношений в сфере судопроизводства и исполнения судебных решений, размещения соответствующих норм в системе Особенной части Уголовного кодекса постсоветских стран. На основе анализа уголовного законодательства зарубежных стран, исходя из понимания концепции объекта преступлений против правосудия, сформулированы предложения к действующему УК Украины относительно совершенствования норм об уголовной ответственности за преступления против правосудия.

**Ключевые слова:** преступления против правосудия, уголовная ответственность, судопроизводство, исполнение судебных решений.

### Summary

**Palyukh L. Some Issues about the Systematization of Rules on Criminal Liability for Crimes Against Justice in the Law of the Post-Soviet Countries.**

This article deals with a comparative legal research of the rules on criminal responsibility for attacks on officials who are participants of relations concerning justice and judicial decisions execution, placing of relevant rules in the system of the Special part of Criminal Code of former Soviet countries. Based on the analysis of the criminal legislation of foreign countries, grounded on the object of crimes against justice concept the proposals to current Criminal Code of Ukraine concerning improvement of the rules on criminal liability for crimes against justice have been formulated.

**Key words:** crimes against justice, criminal liability, proceedings, execution of judgments.

УДК 343.268; 343.24

**О. Г. ПАНЧАК**

*Оксана Григорівна Панчак, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

## ПРИМУСОВІ ЗАХОДИ МЕДИЧНОГО ХАРАКТЕРУ ТА ІНШІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ НАСЛІДКИ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ

Кримінальний кодекс України<sup>1</sup> у ч. 3 ст. 3 закріплює, що лише ним визначаються караність та інші кримінально-правові наслідки злочинного діяння. Окрім того, нині чинний Кримінальний кодекс України (далі – КК України) закріплює також і кримінально-правові наслідки вчинення суспільно небезпечних діянь. Такими наслідками вчинення злочинів та суспільно небезпечних діянь є: реальне відбування покарання, звільнення від покарання, звільнення від відбування покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, примусові заходи медичного характеру, примусові заходи виховного характеру, примусове лікування, спеціальна конфіскація, заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб. Щодо окремих випадків законодавець чітко вказує, що деякі із них можуть застосовуватися лише самостійно, інші – як самостійно, так і поряд з іншими із вказаних кримінально-правових наслідків, а ще інші – тільки поряд. Проте не поодинокими є випадки, коли правозастосовник матиме правові підстави для застосування одночасно декількох із вказаних наслідків, а законодавець щодо таких випадків не визначає, чи всі такі повинні бути застосовані, чи лише один із них. Особливо багато питань постає при можливості застосування примусових заходів медичного характеру (далі – ПЗМХ) та інших кримінально-правових наслідків. Адже щодо перших законодавець в окремих випадках вимагає їх застосовувати лише самостійно, в інших – прирівнює до покарання, а ще в інших – вказує на можливість їх застосування разом із покаранням. Проте багато ситуацій, коли можливе застосування як ПЗМХ, так і інших кримінально-правових наслідків, залишаються неврегульованими.

Практична значущість окресленої проблеми є очевидною, оскільки неправильне застосування закону про кримінальну відповідальність в цій частині грубо порушуватиме права особи, яка зазнаватиме більших правообмежень, аніж мала б.

© О. Г. Панчак, 2015

Варто відмітити, що проблема ПЗМХ не надто часто досліджується в науці кримінального права, однак зовсім поза увагою науковці-криміналісти її також не залишають. Так, останнім часом аналізу ПЗМХ були присвячені дисертаційні дослідження І. В. Жук<sup>2</sup> та М. М. Книги<sup>3</sup>. Значну увагу цьому питанню було приділено також і в монографічному дослідженні проблем осудності та неосудності В. М. Бурдіна<sup>4</sup>. У вказаних працях їх автори детально аналізували поняття, правову природу, мету, підстави та порядок застосування ПЗМХ, осіб, до яких такі застосовуються; місце відповідного інституту в системі кримінального права України тощо. Однак питанню застосування ПЗМХ у випадках, коли є підстави для застосування й інших кримінально-правових наслідків, увага практично не приділялася. Тому розв'язання проблеми застосування ПЗМХ поряд чи замість інших кримінально-правових наслідків і є метою цієї статті.

Очевидно, що однозначно вирішувати питання про застосування інституту ПЗМХ допомогло би чітке розуміння їх правової природи та їх співвідношення з іншими названими кримінально-правовими наслідками. Проте ані законодавча дефініція, ані місце ПЗМХ в системі КК України, ані наукові розвідки цієї проблеми, не дають чітких відповідей на поставлені питання. Так, у нормативній дефініції ПЗМХ (ст. 92 КК України) законодавець не вказує ані на родову приналежність цього поняття, ані на усі його істотні видові ознаки, що дозволяли би відмежовувати це поняття від інших видових. Розміщення статей, що закріплюють інститут ПЗМХ, у Розділі XIV Загальної частини «Інші заходи кримінально-правового характеру» поряд зі статтями про примусове лікування та спеціальну конфіскацію, і проведення системного тлумачення цих структурних елементів КК України також не дозволяє виділити жодних чітких ознак, які б сприяли встановленню правової природи та співвідношення ПЗМХ з іншими кримінально-правовими наслідками, через, по-перше, невизначеність відповідного родового поняття «інші заходи кримінально-правового характеру», а також через абсолютну відмінність тих видових понять, які законодавець об'єднав вказаним родовим.

Наукові розвідки правової природи ПЗМХ є цікавими, у них дослідники як спираючись на чинне законодавство, зарубіжний досвід, так і на наукові розробки, виводять власні авторські концепції поняття ПЗМХ та їх сутності<sup>5</sup>. Проте аналіз таких показав, що вони мало можуть бути корисними для вирішення проблем застосування ПЗМХ у випадках, коли є підстави для застосування й інших кримінально-правових наслідків.

Тому, спробуємо вирішити поставлені питання, спираючись на наявний законодавчий матеріал та принципи сучасного кримінального права:

*ПЗМХ та реальне відбування покарання.* Законодавець, хоча і дуже неодноманітно, проте все ж врегулює проблему застосування ПЗМХ та реального відбування покарання. Так, за вчинення обмежено осудною особою злочину – можуть застосовуватися і реальне відбування покарання, і ПЗМХ (ч. 2 ст. 20 КК України); а щодо особи, яка вчинила злочин у стані осудності, але захворіла до постановлення вироку або під час відбування покарання на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої діяння або керувати ними, – замість реального відбування покарання – ПЗМХ, відбуття яких в подальшому прирівнюється до реального відбування покарання (час перебування особи в медичній установі зараховується у строк відбування покарання) (ч. 3 ст. 19, ст. 84 КК України, ч. 3 ст. 515 Кримінального процесуального кодексу України<sup>6</sup> (далі – КПК України)). Із сказаного випливає, що в одному випадку законодавець практично прирівнює (розглядає як взаємозамінні) реальне відбування покарання та ПЗМХ, а отже, особа, відбувши ПЗМХ, після проведення відповідних перерахунків може навіть вважатися такою, що відбула призначене їй покарання. Однак, в іншому випадку (щодо обмежено осудних), законодавець передбачає одночасне застосування обох цих кримінально-правових наслідків, тобто одночасне застосування до особи подвійних правообмежень. Справедливим усуненням окресленої неоднаковості, міг би бути підхід, запропонований В. М. Бурдіним, згідно якого щодо осіб, які були суб'єктами злочину і не втратили можливості забезпечувати свідомо-вольового контролю за своєю поведінкою після його вчинення (якими є обмежено осудні), не слід застосовувати ПЗМХ, а вони самі можуть з власної волі вирішувати, чи звертатися їм за психіатричною допомогою, чи ні<sup>7</sup>.

Неврегульованим, проте, залишається питання щодо особи, яка вчинила злочин в стані осудності, проте захворіла до постановлення вироку або під час відбування покарання на психічний розлад (психічну хворобу), що позбавляє її можливості повною мірою усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними (тобто особа неповною мірою може усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними). Таку законодавчу мовчанку можна розуміти по-різному. Дискусійності ще й додає формулювання п. 3 ч. 1 ст. 93 КК України, у якому законодавець вказує лише на наявність в особи психічної хвороби і не конкретизує її вплив на свідомість та волю такої особи. Вважаємо, що до вказаної особи повинні бути застосовані за наявності належних підстав та умов відповідні кримінально-правові наслідки, оскільки жодних ані матеріальних, ані процесуальних перешкод для цього немає (особа хоча і не в повній мірі, проте може усвідомлювати свої діяння та керувати ними). Однак ПЗМХ до таких осіб не можуть бути застосовані (ані замість, ані поряд з іншими наслідками), з огляду на таке: 1) за загальним правилом, ПЗМХ є самостійним кримінально-правовим наслідком, що застосовується до осіб, щодо яких не можуть бути досягнуті цілі покарання, через те, що вони не можуть усвідомлювати свої діяння або не можуть керувати ними; а вказані особи такими не є; 2) законодавець врегулює застосування звільнення від покарання за хворобою чи випадки, коли особа йому не підлягає, із можливістю застосування ПЗМХ лише щодо осіб, які вчинили злочини в стані осудності, проте до постановлення вироку або під час відбування покарання захворіли на психічну хворобу, що позбавляє їх можливості усвідомлювати свої діяння або керувати ними (ч. 3 ст. 19, ст. 84 КК України), а тому припис п. 3 ч. 1 ст. 93 КК України потрібно тлумачити саме з урахуванням системних зв'язків між вказаними статтями, а

також з урахуванням того, що сама наявність в особі психічного захворювання, яке не позбавляє її можливості усвідомлювати свої діяння або керувати ними, може бути медичним критерієм осудності (ч. 1 ст. 19 КК України); 3) виходячи з принципу, що усі сумніви повинні тлумачитися на користь особи, діяння якої оцінюється. Однак, як вже зазначалося вище, вказані особи можуть за власним бажанням звернутися за психіатричною допомогою.

*ПЗМХ та звільнення від покарання.* КК України не містить припису, у якому би прямо було вирішено, який із вказаних кримінально-правових наслідків повинен бути застосований до особи, якщо є підстави для застосування обох із них. Очевидно, що може йтися лише про обмежено осудних осіб, які вчинили злочин, чи про осіб, які вчинили злочин в стані осудності, проте захворіли до постановлення вироку на психічну хворобу, що позбавляє їх можливості усвідомлювати свої діяння або керувати ними. Описана проблема виникає лише тоді (особливо щодо другої категорії вказаних осіб і щодо тих видів звільнення від покарання, які залежать від позитивної поведінки особи після вчинення злочину), коли в суду є переконання, що ще до захворювання вже були наявні відповідні підстави для такого звільнення. Вважаємо, що із названих двох кримінально-правових наслідків до особи повинно бути застосовано лише звільнення від покарання, з огляду на наступне: 1) звільнення від покарання є такою формою реалізації кримінальної відповідальності, коли завдання останньої вже по суті є досягнутими на момент її застосування, тобто особа чи її діяння вже втратили свою суспільну небезпеку, особа своєю поведінкою вже довела своє виправлення і готовність не порушувати більше кримінальний закон (тобто ціль запобігання вчинення злочинів практично досягнута). Тому до таких осіб не доцільно застосовувати як інші форми реалізації кримінальної відповідальності, так і з тих самих причин – ПЗМХ. Адже останні і відрізняються від добровільної психіатричної допомоги особливими правообмеженнями та метою запобігання вчиненню особою суспільно небезпечних діянь; 2) відповідно до ч. 4 ст. 503 КПК України ПЗМХ застосовуються лише до осіб, які є суспільно небезпечними. Тому, якщо є підстави для звільнення особи від покарання з підстав втрати нею суспільної небезпеки, то відповідно до неї і немає підстав для застосування ПЗМХ; 3) щодо обмежено осудних, які вчинили злочин, то, виходячи із буквального тлумачення припису, закріпленого у ч. 2 ст. 20 КК України, ПЗМХ можуть застосовуватися до таких осіб лише разом із призначенням покарання (яке у разі звільнення від покарання не призначається), на що вказує єдиний сполучник «і». На такій же позиції стоїть і Пленум Верховного Суду України (п.п. 6, 7 Постанови від 03.06.2005 р. № 7 «Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування»<sup>8</sup>); 4) як вже вказувалося, за загальним правилом, ПЗМХ є самостійним кримінально-правовим наслідком, який не застосовується одночасно з іншими; 5) нарешті, це відповідає принципам справедливості, рівності та що, всі сумніви повинні тлумачитися на користь особи, діяння якої оцінюється (адже звільнення від покарання є більш сприятливим для особи наслідком, аніж застосування ПЗМХ). Однак, якщо через психічну хворобу особи, яка в стані осудності вчинила злочин, у суду виникає сумнів у наявності підстав для звільнення її від покарання, то слід застосовувати лише ПЗМХ, а після одужання – вирішувати питання про її кримінальну відповідальність. Аналогічно також повинно вирішуватися питання на користь звільнення особи від покарання, коли є підстави для звільнення (повного) від покарання на підставі закону України про амністію або акта про помилування.

*ПЗМХ та звільнення від відбування покарання.* Вважаємо, що правила застосування вказаних двох кримінально-правових наслідків (за наявності підстав для застосування їх обох) повинні бути такі ж, як і щодо реального відбування покарання і ПЗМХ. Адже ефективність звільнення від відбування покарання, досягнення цілей кримінальної відповідальності внаслідок застосування цієї форми її реалізації досягається, в тому числі, і після засудження особи, внаслідок покладення на неї певних додаткових обов'язків, встановлення відповідних вимог до її поведінки. При цьому враховується її усвідомлена та вольова позитивна поведінка протягом певного строку після набрання обвинувальним вироком суду чи ухвалою суду (щодо питань, які вирішуються під час виконання вироків) законної сили, яка і впливає на остаточність такого звільнення. А тому, щодо осіб, які вчинили злочин у стані осудності, але захворіли до постановлення вироку на психічну хворобу, що позбавляє їх можливості усвідомлювати свої діяння або керувати ними, повинні бути застосовані правила ч. 3 ст. 19 КК України, ст. 515 КПК України, а щодо осіб, які вчинили злочини в стані обмеженої осудності, – ч. 2 ст. 20 КК України.

*ПЗМХ та звільнення від кримінальної відповідальності.* Аналогічно як і щодо звільнення від покарання, вважаємо, що якщо є підстави для застосування до особи і ПЗМХ, і звільнення від кримінальної відповідальності, то особа повинна бути лише звільнена від кримінальної відповідальності, з урахуванням вже наведеної вище аргументації (проте з уточненням, що звільнення від кримінальної відповідальності не є формою її реалізації). Єдиною перешкодою для цього може бути процесуальна вимога про надання згоди особи на таке звільнення, яка, очевидно, під впливом психічного захворювання не буде усвідомленою. Однак, якщо така згода вже була надана ще в ході досудового розслідування, то виникнення психічного захворювання на час судового провадження, вважаємо, не може бути перешкодою для звільнення особи від кримінальної відповідальності, оскільки ст. 288 КПК України вимагає від суду з'ясувати ще лише думку потерпілого щодо можливості звільнення підозрюваного, обвинуваченого від кримінальної відповідальності. Проте, щодо умовних видів звільнення від кримінальної відповідальності (ст. 47, ч. 1 ст. 97 КК України), то, оскільки остаточність таких залежить від усвідомленої та вольової поведінки особи після їх застосування, то їх припустимо застосовувати лише до осіб, які можуть усвідомлювати та керувати своїми діяннями, тобто до тих, що вже вилікувалися.

*ПЗМХ та примусові заходи виховного характеру.* Щодо названих двох наслідків, то, виходячи із міркувань, які вже висловлювалися щодо ПЗМХ та умовних видів звільнення від кримінальної відповідальності, а також щодо звільнення від відбування покарання, підхід до їх застосування повинен бути аналогічний. Адже примусові заходи виховного характеру можуть досягти своїх цілей лише при їх застосуванні до осіб, які можуть усвідомлювати свої діяння та керувати ними. Більше того, у законодавстві встановлено пряму заборону направляти до спеціальних навчально-виховних установ відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 105 КК України дітей та підлітків, які мають психічні хвороби (п. 11 Інструкції про медичне обстеження дітей і підлітків, які направляються до загальноосвітніх шкіл та професійних училищ соціальної реабілітації для дітей і підлітків, які потребують особливих умов виховання<sup>9</sup>). Варто зазначити, що за наявності підстав для звільнення обмежено осудної особи від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру, лише такий наслідок може бути до неї застосований, враховуючи аргументацію, що наводилася вище, оскільки ст. 105 КК України не передбачає призначення покарання. Виходячи із висловлених міркувань, лише ПЗМХ можуть бути застосовані й до особи, яка в стані неосудності та до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України.

*ПЗМХ та примусове лікування.* Буквальне тлумачення ст. 96 КК України, п. 10 ч. 1 ст. 368, п. 7 ч. 1 ст. 537 КПК України дозволяє стверджувати, що примусове лікування, як кримінально-правовий наслідок, може бути застосоване лише до осіб, які вчинили злочини в стані осудності чи обмеженої осудності, в обвинувальному вирокі при призначенні їм покарання чи під час виконання вироку суду. А тому, ПЗМХ можуть бути застосовані поряд із покаранням і примусовим лікуванням лише щодо обмежено осудних осіб, які вчинили злочин, а також ПЗМХ можуть бути застосовані до осіб, які під час відбування покарання і примусового лікування захворіли на психічну хворобу, що позбавляє їх можливості усвідомлювати свої діяння або керувати ними. Проте застосовуватися ПЗМХ і примусове лікування одночасно в останньому випадку будуть лише за наявності для цього відповідних можливостей.

*ПЗМХ та спеціальна конфіскація.* Спеціальна конфіскація є чи не єдиним кримінально-правовим наслідком (іншим заходом кримінально-правового характеру), щодо якого законодавець сам чітко врегулював порядок застосування його, а також інших кримінально-правових наслідків. Так, враховуючи ст. 96<sup>1</sup>, ч. 3 ст. 96<sup>2</sup> КК України, ПЗМХ і спеціальна конфіскація можуть застосовуватися разом, в тому числі і щодо осіб, які вчинили в стані неосудності суспільно небезпечні діяння.

*ПЗМХ та заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб.* Проблеми із одночасним застосуванням чи незастосуванням вказаних наслідків не виникають, з огляду на наступне: по-перше, такі застосовуються до різних суб'єктів; а, по-друге, підставою для застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб є лише вчинення відповідною фізичною особою злочину, не залежно від кримінально-правових наслідків, що будуть застосовані до неї. Єдине, на що хотілося б звернути увагу, це те, що якщо відповідною фізичною особою в стані неосудності буде вчинено суспільно небезпечне діяння, яке підпадає під ознаки діяння, передбаченого у статтях, перелічених у ст. 96<sup>3</sup> КК України, то до належної юридичної особи заходи кримінально-правового характеру не будуть застосовуватися, оскільки підставою для застосування таких є лише вчинення злочину.

Отже, підсумовуючи проведені дослідження, можна констатувати, що, виходячи із нині чинного законодавства та принципів кримінального права, ПЗМХ із окремими кримінально-правовими наслідками (реальне відбування покарання, звільнення від відбування покарання, примусове лікування, спеціальна конфіскація), за наявності підстав для застосування їх обох, можуть застосовуватися разом (одночасно); щодо інших кримінально-правових наслідків (звільнення від покарання, звільнення від кримінальної відповідальності), то якщо є підстави і для їхнього застосування, і для застосування ПЗМХ, то лише перші із них повинні бути застосовані; нарешті, мають місце випадки, коли саме ПЗМХ лише або насамперед (до одужання) можуть застосовуватися замість інших кримінально-правових наслідків (реальне відбування покарання, звільнення від відбування покарання, примусові заходи виховного характеру). Однак, враховуючи сутність та мету застосування ПЗМХ, такі є самостійним кримінально-правовим наслідком, а тому передбачення у чинному КК України можливості застосування їх поряд із іншими кримінально-правовими наслідками, що виступають формами реалізації кримінальної відповідальності, є порушенням прав особи та принципів кримінального права. Тому варто би було законодавцеві як внести відповідні зміни в існуючі норми, так і закріпити правила застосування чи ПЗМХ, чи інших кримінально-правових наслідків, коли є підстави для застосування їх обох.

Очевидно, що проведені дослідження не вичерпує повністю цієї проблематики, адже із запровадженням у кримінальне законодавство кримінальних проступків виникнуть нові питання щодо застосування ПЗМХ та інших кримінально-правових наслідків. Потребують також ґрунтовних розробок правила застосування й інших кримінально-правових наслідків, якщо є підстави для застосування декількох із них. Окрім того, дослідження проблем застосування інституту ПЗМХ можна здійснювати в аспекті більш широкого поняття про кримінально-правові наслідки вчинення суспільно небезпечного діяння особою, яка не могла усвідомлювати свої діяння або керувати ними не лише внаслідок психічного захворювання, а й з інших причин.

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III (з наступними змінами та доповненнями) [Електронний ресурс] / Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

<sup>2</sup> Жук І. В. Примусові заходи медичного характеру та примусове лікування у кримінальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / Жук Ілона Василівна. – К., 2009. – 19 с.

<sup>3</sup> Книга М. М. Примусові заходи медичного характеру як засіб попередження злочинності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / Книга Максим Михайлович. – Дніпропетровськ, 2009. – 20 с.

<sup>4</sup> Бурдін В. М. Осудність та неосудність (кримінально-правове дослідження) : монографія / В. М. Бурдін. – Л. : ЛНУ імені Івана Франка, 2010. – 780 с.

<sup>5</sup> Жук І. В. Вказана праця. – С. 8–11; Книга М. М. Вказана праця. – С. 7–8.

<sup>6</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651–VI (з наступними змінами та доповненнями) [Електронний ресурс] / Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

<sup>7</sup> Бурдін В. М. Вказана праця. – С. 645–646.

<sup>8</sup> Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами примусових заходів медичного характеру та примусового лікування» від 03.06.2005 р. № 7 [Електронний ресурс] / Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-05>

<sup>9</sup> Інструкція про медичне обстеження дітей і підлітків, які направляються до загальноосвітніх шкіл та професійних училищ соціальної реабілітації для дітей і підлітків, які потребують особливих умов виховання / затверджена наказом Міністерства охорони здоров'я і Міністерства освіти України від 05.05.1997 р. № 137/131 [Електронний ресурс] / Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0328-97>

## Резюме

**Панчак О. Г. Примусові заходи медичного характеру та інші кримінально-правові наслідки: окремі проблеми застосування.**

У статті на підставі чинного законодавства та принципів кримінального права вирішуються проблеми застосування примусових заходів медичного характеру у випадках, коли є підстави для застосування й інших кримінально-правових наслідків вчинення злочинів та суспільно небезпечних діянь (реальне відбування покарання, звільнення від покарання, звільнення від відбування покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, примусові заходи виховного характеру, примусове лікування, спеціальна конфіскація, заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб). Встановлено, що в окремих випадках примусові заходи медичного характеру можуть застосовуватися лише самостійно, в інших – можуть застосовуватися поряд із іншим кримінально-правовим наслідком, а в третій – взагалі не повинні застосовуватися.

**Ключові слова:** примусові заходи медичного характеру, кримінально-правові наслідки, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання, звільнення від відбування покарання, примусові заходи виховного характеру.

## Резюме

**Панчак О. Г. Принудительные меры медицинского характера и другие уголовно-правовые последствия: некоторые проблемы применения.**

В статье на основании действующего законодательства и принципов уголовного права решаются проблемы применения принудительных мер медицинского характера в случаях, когда есть основания для применения и других уголовно-правовых последствий совершения преступлений и общественно опасных деяний (реальное отбывание наказания, освобождение от наказания, освобождение от отбывания наказания, освобождение от уголовной ответственности, принудительные меры воспитательного характера, принудительное лечение, специальная конфискация, меры уголовно-правового характера для юридических лиц). Установлено, что в отдельных случаях принудительные меры медицинского характера могут применяться только самостоятельно, в других – могут применяться вместе с другим уголовно-правовым последствием, а в третьих – вообще не должны применяться.

**Ключевые слова:** принудительные меры медицинского характера, уголовно-правовые последствия, освобождение от уголовной ответственности, освобождение от наказания, освобождение от отбывания наказания, принудительные меры воспитательного характера.

## Summary

**Panchak O. Compulsory measures of medical character and other criminal law consequences: particular problems of application.**

The article deals with the problems of compulsory measures of medical character applying on the basis of current legislation and principles of the criminal law in the cases when the grounds for application of the other criminal law consequences for committing the crimes and social danger actions are existing too. These other criminal law consequences are: actual serving the sentence, releasing from punishment, releasing from serving the sentence, releasing from criminal responsibility, compulsory measures of educational character, compulsory medical treatment, special confiscation, measures of criminal law nature to juridical persons. The author ascertains that in some cases the compulsory measures of medical character can be applied only independently, in the other cases they can be applied with the other criminal law consequence, and in the third ones they can not be applied.

**Key words:** compulsory measures of medical character, criminal law consequences, releasing from criminal responsibility, releasing from punishment, releasing from serving the sentence, compulsory measures of educational character.

Т. Ю. ТАРАСЕВИЧ

*Тетяна Юріївна Тарасевич, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

## ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ СУБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ МЕДИЧНИМ ПРАЦІВНИКОМ ЯК СПЕЦІАЛЬНИМ СУБ'ЄКТОМ ЗЛОЧИНУ

Аналіз складу будь-якого злочину неможливий без з'ясування змісту ознак суб'єктивної сторони. Їх встановлення має надзвичайно важливе значення для правильної кримінально-правової кваліфікації, призначення покарання, недопущення об'єктивного інкримінування, розмежування від суміжних складів злочинів та відмежування від інших правопорушень тощо. За вдалим висловом В. М. Кудрявцева, суб'єктивна сторона багато в чому породжує, спрямовує та регулює об'єктивну сторону злочину<sup>1</sup>. Н. М. Ярмиш вважає, що неможливо вивчати дії або бездіяльність людини у відриві від її внутрішніх, суб'єктивних чинників, оскільки сам термін «діяння» означає певну поведінку особи, зумовлену її свідомістю й волею<sup>2</sup>. А, на думку О. М. Костенка, злочинне діяння особи обумовлюється її сваволею та ілюзією<sup>3</sup>.

У кримінально-правовій доктрині переважна більшість вчених зазначає, що суб'єктивна сторона складу злочину – це внутрішні психічні процеси у свідомості та волі особи, яка вчинила злочин; ставлення особи до злочину та окремих його елементів. Зміст суб'єктивної сторони складу злочину характеризують певні юридичні ознаки: вину, мотиви та мету вчинення злочину. Окремі науковці відносять до ознак суб'єктивної сторони складу злочину емоційний стан<sup>4,5</sup>. Однак не всі науковці відносять вину до ознак суб'єктивної сторони складу злочину. Зокрема, О. М. Костенко, виходячи із принципу соціального натуралізму, обгрунтовує, що вина не належить ні до ознак суб'єктивної, ні до ознак об'єктивної сторони злочину. Вина є виявом цих ознак у вигляді злочину. Тому визначення у ст. 23 КК вини як «психічного ставлення...» є неправильним. Особа є винуватою у вчиненні злочину не тому, що вона «психічно ставиться» до вчиненого нею злочину та його наслідків у формі умислу або необережності, а тому, що вчинила злочин<sup>6</sup>.

На відміну від об'єктивних ознак складу злочину його суб'єктивні ознаки у диспозиціях багатьох «медичних» злочинів не відображені. Однак, на думку А. Н. Трайніна, замовчування у законі про форму вини не знімає питання про вину, а лише вимагає ретельного з'ясування думки законодавця щодо встановлення форми вини, необхідної для конкретного складу злочину<sup>7</sup>.

У теорії кримінального права виділяються ті випадки, коли у диспозиції статті не вказується на умисний характер дій винного, однак інші ознаки складу злочину або характер дій винного наочно демонструє, що відповідний злочин може бути вчинений з прямим умислом:

– якщо відповідний склад злочину є формальним. Інтелектуальна ознака умислу в цих злочинах містить лише усвідомлення суспільно небезпечного характеру свого діяння, ставлення до наслідків тут не виникає та й не може виникнути. А вольова ознака умислу обмежується конкретною дією чи бездіяльністю. Склади злочинів, передбачені у ч. 4 ст. 130, ч. 1 ст. 134, ч. 1–5 ст. 143, ч. 1–3 ст. 144, ч. 1 ст. 151, ч. 1 ст. 319 КК сформульовані як формальні, а тому можуть бути вчинені лише з прямим умислом;

– якщо у диспозиції статті міститься вказівка на мету вчинення злочину. У диспозиціях ч. 2 ст. 143 КК (мета трансплантації), ч. 1 ст. 144 КК (мета використання її (людини) як донора) ця ознака складу злочину передбачена. Тому відповідні злочини можуть бути вчинені з прямим умислом;

– якщо ознаки складу злочину описані за допомогою терміна «завідомо». Зазначимо, що він не є власне українським словом, а тому у понятійному апараті КК України доцільно використовувати український аналог слова «завідомо» – «зазнаки». У тлумачному словнику української мови слово «зазнаки» означає «свідомо, явно»<sup>8</sup>. Про те, що завідомість свідчить про наявність прямого умислу, зазначає більшість науковців, однак окремі з них це заперечують. Зокрема, на думку С. В. Бородіна, категорія «завідомість» у кримінальному праві може вказувати на легковажність (злочинну самовпевненість), на непрямий умисел, а в деяких випадках – і на прямий умисел, коли вона свідчить про мету злочину. Вважаємо, що вказівка у диспозиції статті Особливої частини КК на завідомість наочно демонструє, що відповідний злочин може бути вчинений з прямим умислом. Враховуючи викладене вище, з прямим умислом можуть бути вчинені злочини, передбачені ст. 139 та 151 КК. У тих випадках, коли у зазначених вище статтях кваліфікуючою ознакою відповідних складів злочинів названі суспільно небезпечні наслідки (ч. 2 ст. 142 КК – тривалий розлад здоров'я; ч. 2 ст. 151 КК – тяжкі наслідки), психічне ставлення особи до їх настання характеризується необережною формою вини.

У диспозиції ст. 145 КК зазначається, що розголошення лікарської таємниці може бути умисним, натомість у ст. 132 КК такої вказівки немає. Визначаючи суб'єктивну сторону цього злочину, О. О. Дудоров підкреслює, що з суб'єктивної сторони він характеризується «...змішаною формою вини: прямим або непрямим умислом до діяння і необережністю до його наслідків»<sup>9</sup>. Цей науковець, описуючи суб'єктивну сторону скла-

ду злочину, передбаченого у ст. 132 КК, визначає, що вона характеризується умислом або необережністю<sup>10</sup>. На думку П. П. Андрушка, суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 145 КК, «характеризується непрямим умислом чи обома видами необережності до тяжких наслідків. Саме розголошення є умисним»<sup>11</sup>, а злочин, передбачений ст. 132 КК, може бути вчинено як умисно, так і з необережності<sup>12</sup>. Погодимося з науковцями з приводу того, що розголошення лікарської таємниці може бути вчинене як з прямим, так і з непрямим умислом, коли суб'єкт злочину не лише бажає настання тяжких наслідків, а й свідомо припускає їх спричинення. Що стосується суспільно небезпечних наслідків, то, на нашу думку, ставлення винного до їх настання може бути лише необережним. Водночас не можемо погодитися з визначенням О. О. Дудоровим та П. П. Андрушком суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 132 КК. Як було зазначено вище, для формальних складів злочинів (яким і є цей склад) характерним є лише прямий умисел. Тому розголошення відомостей про проведення медичного огляду на виявлення зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби може бути вчинене лише з прямим умислом.

На нашу думку, з прямим умислом може бути вчинений і злочин, передбачений ч. 2 ст. 134 КК (при цьому має місце необережне ставлення до суспільно небезпечних наслідків). Що стосується незаконної лікувальної діяльності, то, на думку О. О. Дудорова, суб'єктивна сторона цього складу злочину «...визначається ставленням до наслідків і характеризується необережністю»<sup>13</sup>. П. П. Андрушко, коментуючи цю статтю, не визначає суб'єктивну сторону цього складу злочину. Проаналізувавши специфіку відповідного посягання, можна зробити висновок, що при вчиненні суспільно небезпечного діяння може мати місце як умисел (прямий чи непрямий), так і необережність (злочинна самовпевненість або злочинна недбалість). Що стосується психічного ставлення до суспільно небезпечних наслідків, передбачених у ст. 138 КК, то воно може бути лише необережним.

При визначенні суб'єктивної сторони злочинів, передбачених ст. 141 та 142 КК, повністю підтримуємо точку зору М. І. Хавронюка та П. П. Андрушка, які вважають, що вона характеризується прямим умислом до діяння і необережністю до наслідків<sup>14</sup>. Такий висновок ґрунтується на специфіці відповідних складів злочинів.

З необережності можуть вчинятися ті професійні злочини медичного працівника, у диспозиціях статей про які суспільно небезпечне діяння формулюється як «неналежне виконання... внаслідок недбалого або несумлінного ставлення». Такий висновок ґрунтується на порівнянні законодавчих формулювань злочинної самовпевненості та злочинної недбалості в КК. Згідно з ч. 2 ст. 25 КК необережність є злочинною самовпевненістю, якщо особа передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), але легковажно розраховувала на їх відвернення (відповідає терміну «несумлінний», який тлумачиться в українській мові як такий, що «...не має совісті, честі, не ставиться сумлінно, чесно, добросовісно до своїх обов'язків, який виражає відсутність сумлінності, чесності, добросовісності»<sup>15</sup>). У ч. 3 ст. 25 КК зазначається, що необережність є злочинною недбалістю, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачити (відповідає терміну «недбайний», який тлумачиться в українській мові як такий, що «ставиться до своїх обов'язків байдуже, без належної старанності, не піклується, не турбується про кого-, що-небудь, неухважний»<sup>16</sup>). Враховуючи викладене вище, вважаємо, що злочини, передбачені ст. 131 та 140 КК, можуть бути вчинені лише з необережності (як зі злочинною самовпевненістю, так зі злочинною недбалістю).

У контексті аналізу суб'єктивної сторони професійних медичних злочинів варто звернути увагу на проблему відповідальності за медичну помилку, яка привертала і привертає увагу як науковців, так і громадськості, викликає постійний резонанс серед населення. У медичній та юридичній літературі використовуються два термінологічних звороти – лікарська помилка та медична помилка. Відмінність між ними полягає у колі суб'єктів, які можуть її вчинити: лікарська помилка передбачає дію (бездіяльність) лише лікарів, а медична помилка – будь-яких медичного працівника, які працюють у сфері охорони здоров'я.

Насамперед зазначимо: більшість вчених-медиків вважає, що медична помилка – це виключно медичне поняття, а тому досліджувати його зміст можуть лише представники медичної науки. Однак варто погодитися з точкою зору Ю. Д. Сергєєва, який підкреслив, що медична помилка є поняттям як медичним, так і правовим, а рішення про наявність або відсутність у діяннях медичного працівника ознак протиправності та вини є прерогативою саме юристів, а не судових медиків та клініцистів<sup>17</sup>.

Проаналізувавши медичну та юридичну літературу, присвячену дослідженню проблем відповідальності за медичну помилку, зазначимо, що відповідні наукові дослідження здійснюються фактично у трьох напрямках. Представники першого з них (а це у переважній більшості вчені-медики: Є. Х. Барінов, І. Є. Керецьман, Ю. Є. Морозов, М. М. Нагорнов, Ю. І. Піголкін, О. М. Шамгунов) намагаються виправдати заподіяння шкоди життю або здоров'ю пацієнта та стверджують, що медичні працівники мають право на помилку навіть у тих випадках, коли вона призводить до суспільно небезпечних наслідків<sup>18</sup>. У працях цих науковців за основу покладено дефініцію поняття «лікарська помилка», яку ще у 1941 р. запропонував професор І. В. Давидовський. Він вважав, що нею необхідно визнавати добросовісну оману лікаря, яка зумовлена недосконалістю медичної науки та її методів або є результатом атипового перебігу захворювання чи недостатністю підготовки лікаря, якщо при цьому не виявляються елементи халатності, неухважності або медичного невігластва<sup>19</sup>. Це визначення з певними редакційними та змістовними уточненнями було відтворено практично у всіх медичних енциклопедіях, монографіях, підручниках.

Більшість юристів та деякі медики, зокрема О. О. Глашев, І. М. Філь, В. М. Флорія категорично не погоджуються з тим, що медична помилка – це добросовісна омана медичного працівника та вважають, що вони не мають права на заподіяння шкоди життю та здоров'я пацієнта внаслідок помилкових діянь, а тому повин-

ні притягатися до юридичної відповідальності<sup>20,21</sup>. При цьому медична помилка пов'язується з необережними діяннями медичного працівника.

Крім цього, А. Г. Кібальник та Я. В. Старостіна виокремлюють два види медичних помилок: 1) релевантні (неправильне уявлення медичного працівника відповідної кваліфікації та професійного профілю щодо характеру, виду та обсягу медичної допомоги, що спричинили з необережності заподіяння шкоди життю або здоров'ю пацієнта, якщо надання такої допомоги входило в коло професійних обов'язків медичного працівника) – такі помилки тягнуть кримінальну відповідальність за вчинення «професійного» злочину з необережності; 2) нерелевантні – ці помилки виключають кримінальну відповідальність внаслідок невинного заподіяння шкоди. А. Г. Кібальник та Я. В. Старостіна зазначають, що для релевантної медичної помилки характерним є насамперед неправильне уявлення медичного працівника про розвиток причинного зв'язку між обраним способом надання медичної допомоги та наслідками, що настали (заподіяння смерті або шкоди здоров'ю пацієнта різного ступеня тяжкості). Саме таке неправильне уявлення характеризується виною у формі необережності. При релевантній медичній помилці особа може помилятися щодо властивостей тих факторів та обставин, які, на його думку, повинні були знаходитися на лінії розвитку причинного зв'язку між його діями та суспільно небезпечними наслідками та усунути настання останніх – у цьому випадку можна говорити про вину у формі злочинної самовпевненості. При злочинній недбалості медичний працівник не передбачає можливості настання суспільно небезпечного результату або наслідок, що настав, різко не відповідає характеру вчинених дій. Науковці виділяють такі фактори, наявність хоча б одного з яких означає визнання медичної помилки нерелевантною: 1) відсутність у медичного працівника реальної можливості надати належну медичну допомогу, адекватну фактичним обставинам; 2) вибрано апробований (офіційно рекомендований) варіант медичної допомоги, який у конкретному випадку не дав позитивного результату. А юридичною підставою виключення кримінальної відповідальності при нерелевантній медичній помилці є відсутність необережного ставлення медичного працівника до наслідків у вигляді заподіяння шкоди життю або здоров'ю пацієнта<sup>22</sup>.

На нашу думку, саме остання точка зору має право на існування, однак з певними уточненнями. Для того, щоб визначити, чи може бути кримінально караною медична помилка, потрібно з'ясувати значення основного слова «помилка», яке входить в цей термінологічний зворот. В українській мові слово «помилка» означає неправомірність у підрахунках, написанні слова; неправильність, неточність у якому-небудь механізмі, пристрої, в якійсь схемі, карті; неправильність у вчинках, діях, неправильні думки, хибне уявлення про когось, щось; некоректність результату яких-небудь дій, дія, яка призводить до некоректного результату; огріх, неправильність, промах; непорозуміння, помилкове розпорядження або неумисний проступок, чи неумисне викривлення істини. Про те, що помилка, зокрема, судова – це винне (необережне) діяння зазначали і деякі науковці. Зокрема, С. Є. Дідик пропонує доповнити КК новою статтею, яка б передбачала відповідальність за судову помилку, ставлення до якої має бути необережним<sup>23</sup>. Враховуючи викладене вище, вважаємо, що медична помилка – це необережне діяння медичного працівника. Однак у КК України немає такого складу злочину, як медична помилка, на відміну від нормативних актів в історії кримінального законодавства. Зокрема, як було зазначено вище, Уложення про покарання кримінальні та виконавчі передбачало відповідальність за лікарську помилку. Окремі науковці по-різному вирішували питання про те, за якою статтею Особливої частини КК потрібно притягати медичного працівника до кримінальної відповідальності за помилкові діяння. На думку І. І. Гореліка, медична помилка повинна кваліфікуватися як необережне вбивство або необережне тяжке чи середньої тяжкості тілесне ушкодження<sup>24</sup>. Ю. Д. Сергєєв вважав, що такі діяння необхідно оцінювати як невиконання або неналежне виконання професійних обов'язків<sup>25</sup>. Саме з останньою точкою зору ми погоджуємося повністю, оскільки у ст. 140 КК передбачається спеціальний вид необережного вбивства та тяжкого тілесного ушкодження. Для усунення різного тлумачення у медичній та юридичній літературі поняття «медична помилка» пропонуємо у диспозиції ч. 1 ст. 140 КК після формулювання ознак відповідного складу злочину у дужках вказати відповідний термін (термінологічний зворот). Досить цікавим та корисним у цьому сенсі є досвід законодавця Республіки Молдова. 27 жовтня 2005 р. у цій державі було прийнято Закон про права та відповідальність пацієнта. У п. 2 ст. 1 дається поняття «медична помилка», якою визнається діяльність чи свідомо бездіяльність постачальника медичних послуг, що спричинили смерть або заподіяли шкоду здоров'ю пацієнта з необережності, халатності або у зв'язку з відсутністю професіоналізму. Як зазначає В. М. Флоря, така дефініція майже повністю збігається зі змістом ст. 213 КК Республіки Молдова «Порушення через халатність правил та методів надання медичної допомоги»<sup>26</sup>.

Що стосується «невинної медичної помилки», «нерелевантної медичної помилки», вважаємо, що такі термінологічні звороти дещо недоречні. У таких випадках доцільно вести мову про невинне заподіяння шкоди (випадок, казус). У медичній літературі широко досліджується поняття нещасного випадку. В. О. Глушков вважає, що нещасний випадок у медицині – це помилкові дії медичного працівника, які потягнули за собою тяжкі наслідки для потерпілого, вчинені при проведенні лікувально-діагностичного заходу, обґрунтованого медичною наукою та практикою, при усвідомленні загальної (абстрактної) безпеки використаного методу та за умови, що в конкретному випадку було зроблено все необхідне (з точки зору положень медичної науки) для запобігання цим наслідкам<sup>27</sup>. На думку С. Г. Стеценка, з медичної точки зору це – дефект надання медичної допомоги, що пов'язаний з випадковим збігом обставин, які лікар, діючи правомірно, в межах посадових інструкцій та відповідно до прийнятних у медицині методів і способів лікування (діагностики), не міг передбачити або запобігти<sup>28</sup>. Підставою непритягнення до кримінальної відповідаль-



ності медичного працівника за невинне заподіяння шкоди (випадок, казус) є відсутність вини, оскільки навіть за найбільш добросовісного ставлення медичного працівника до виконання професійних обов'язків інколи він не в змозі передбачити можливості настання суспільно небезпечних наслідків, що найчастіше може статися в результаті фізіологічних особливостей організму потерпілого, нетипового перебігу захворювання, несприятливої обстановкою надання медичної допомоги (відсутність необхідного обладнання, недостатній рівень технічного забезпечення закладів охорони здоров'я сучасною діагностичною апаратурою, відсутність можливості проведення спеціальних досліджень тощо), негативною поведінкою пацієнта (наприклад, несвоєчасне звернення до закладу охорони здоров'я, приховування даних анамнезу, відмова або несвоєчасна згода пацієнта на його транспортування чи направлення до лікарні, відмова хворого від запропонованого методу лікування, відмова або несвоєчасна згода на операцію)<sup>29</sup>.

<sup>1</sup> Кудрявцев В. Н. Право и поведение / В. Н. Кудрявцев. – М. : Юрид. лит., 1978. – 191 с. – С. 12–13.

<sup>2</sup> Ярмыш Н. Н. Действие как признак объективной стороны преступления (проблемы психологической характеристики) / Н. Н. Ярмыш. – Х. : Основа, 1999. – 84 с. – С. 5.

<sup>3</sup> Костенко О. М. Культура і закон – у протидії злу : моногр. / О. М. Костенко. – К. : Атіка, 2008. – 352 с. – С. 296.

<sup>4</sup> Кримінальне право України: Загальна частина : підруч. / [Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, Л. М. Кривоченко та ін.] ; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – [3-є вид., перероб. і доп.]. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – 496 с. – С. 359.

<sup>5</sup> Кримінальне право України: Загальна частина : підруч. / [Ю. В. Александров, В. І. Антипов, О. О. Дудоров та ін.] ; за ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – [4-е вид., переробл. та доп.]. – К. : Атіка, 2008. – 376 с. – С. 151–152.

<sup>6</sup> Костенко О. М. Культура і закон – у протидії злу : моногр. / О. М. Костенко. – К. : Атіка, 2008. – 352 с. – С. 239–240.

<sup>7</sup> Трайнин А. Н. Общее учение о составе преступления по советскому уголовному праву / А. Н. Трайнин. – М. : Госюриздат, 1957. – 364 с. – С. 206.

<sup>8</sup> Великий тлумачний словник / укл. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. – 1440 с. – С. 298.

<sup>9</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – [4-е вид., переробл. та доп.]. – К. : Юрид. думка, 2007. – 1184 с. – С. 333.

<sup>10</sup> Там само. – С. 305.

<sup>11</sup> Там само. – С. 347.

<sup>12</sup> Там само. – С. 314.

<sup>13</sup> Там само. – С. 319.

<sup>14</sup> Там само. – С. 324, 335.

<sup>15</sup> Великий тлумачний словник / укл. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. – 1440 с. – С. 618.

<sup>16</sup> Там само. – С. 597.

<sup>17</sup> Сергеев Ю. Д. Ошибка или преступление / Ю. Д. Сергеев // Медицинская газета. – 1994. – № 30. – С. 6–7.

<sup>18</sup> Виды неблагоприятных исходов в медицинской практике / Ю. И. Пиголкин, Н. М. Нагорнов, Е. Х. Баринов и др. // Актуальные проблемы правового регулирования медицинской деятельности : материалы 1-й Всероссийской науч.-практ. конф. (г. Москва, 16 мая.). – М. : Юрист, 2004. – С. 268–269.

<sup>19</sup> Давыдовский И. В. Врачебные ошибки / И. В. Давыдовский // Советская медицина. – 1941. – № 3. – С. 5.

<sup>20</sup> Філь І. М. Медична помилка як форма невиконання чи неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником / І. М. Філь // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 5. – С. 129.

<sup>21</sup> Флоря В. М. Уголовная ответственность за врачебные преступления (некоторые итоги исследования) / В. М. Флоря // Закон и жизнь. – 2005. – № 3. – С. 9.

<sup>22</sup> Кибальник А. Г. Актуальные проблемы уголовной ответственности медицинских работников : моногр. / А. Г. Кибальник, Я. В. Старостина – М. : Илекса, 2006. – 92 с. – С. 58.

<sup>23</sup> Дідик С. Є. Кримінально-правова охорона правосуддя від незаконних діянь судді як спеціального суб'єкта злочину : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Дідик Сергій Євгенович. – К., 2009. – 207 с. – С. 92–100.

<sup>24</sup> Горелик И. И. Квалификация преступлений, опасных для жизни и здоровья / И. И. Горелик. – Минск : Вышэйшая школа, 1973. – 318 с. – С. 194.

<sup>25</sup> Сергеев Ю. Д. Ошибка или преступление / Ю. Д. Сергеев // Медицинская газета. – 1994. – № 30. – С. 7.

<sup>26</sup> Флоря В. Н. Закон о правах и ответственности пациента – надежная защита от противоправных посягательств / В. Н. Флоря // Медицинское право. – 2006. – № 4 (14). – С. 47.

<sup>27</sup> Глушков В. А. Ответственность за преступления в области здравоохранения / В. А. Глушков. – К. : Головное изд-во издательского объединения «Вища школа», 1987. – 199 с. – С. 89.

<sup>28</sup> Стеценко С. Г. Медицинское право : учеб. / С. Г. Стеценко. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – 572 с.

<sup>29</sup> Крылов И. Ф. Врач и закон. Правовые вопросы врачебной деятельности / И. Ф. Крылов. – Л. : Знание, 1972. – 47 с. – С. 25.

## Резюме

**Тарасевич Т. Ю. Питання кримінально-правової кваліфікації суб'єктивної сторони злочинів, що вчиняються медичним працівником як спеціальним суб'єктом злочину.**

У статті здійснено кримінально-правовий аналіз суб'єктивних ознак складів злочинів, які вчиняються медичним працівником, проведено дослідження теоретичних висновків та надано практичні рекомендації вдосконалення норм КК України.

**Ключові слова:** кримінально-правова кваліфікація, злочин, суб'єкт злочину, медичний працівник, суб'єктивна сторона.

Резюме

*Тарасевич Т. Ю.* Вопросы уголовно-правовой квалификации субъективной стороны преступлений, совершаемых медицинским работником как специальным субъектом преступления.

В статье осуществлен уголовно-правовой анализ субъективных признаков составов преступлений, совершаемых медицинским работником, проведены исследования теоретических выводов и даны практические рекомендации совершенствования норм УК Украины.

**Ключевые слова:** уголовно-правовая квалификация, преступление, субъект преступления, медицинский работник, субъективная сторона.

Summary

*Tarasevich T.* The problems of criminal-legal qualification of the subjective side of the crime committed by the medical officer as a special subject of crime. Carried out in the article of the criminal-legal analysis of the subjective elements of the offences committed by the medical officer and the study of theoretical conclusions and practical recommendations to improve the norms of the criminal code of Ukraine.

**Key words:** criminal-legal qualification of the crime, subject of crime, medical worker, the subjective side.

УДК 347.965.4-057.87(477)

**В. В. ЛУКАШЕВИЧ**

*Вікторія Вікторівна Лукашевич, здобувач Національного університету «Одеська юридична академія»*

**ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ СТАЖУВАННЯ ЯК ОДНІЄЇ З ВИМОГ НАБУТТЯ ПРОФЕСІЙНОГО СТАТУСУ АДВОКАТА**

Не зважаючи на те, що проблеми організації і діяльності адвокатури, професійної підготовки кадрів для роботи в адвокатурі були предметом дослідження багатьох науковців, вивчення їх не вичерпано. Оскільки стажування, як один з етапів отримання права на заняття адвокатською діяльністю, є досить новим правовим інститутом в Україні, він потребує глибоко дослідження, виявлення проблем, які виникають в процесі проходження стажування та пошуку можливих шляхів їх подолання.

Відсутність в українській юриспруденції фундаментальних досліджень сучасного стану та можливих перспектив розвитку законодавства, що є основою регулювання порядку проходження стажування у сфері адвокатської діяльності, і зумовлює актуальність запропонованої теми.

Питання реформування адвокатури в Україні висвітлювались у працях таких представників юридичної науки, як Н. Бакаянова, Т. Варфоломеева, С. Гончаренко, А. Меланчук, С. Сафулько, С. Теньков. Деякі аспекти досліджуваної теми містяться у працях І. Задой, О. Яремко та в статтях українських адвокатів і юристів (Д. Бугая, А. Заруцького, Л. Изотової та ін.)

**Метою** наукового дослідження є здійснення детального аналізу порядку організації та проходження стажування з визначенням строків та особливостей його проведення.

Беззаперечним є той факт, що ефективність роботи інституту адвокатури України безпосередньо залежить від професіоналізму адвокатів, їх ділових та морально-етичних якостей. Адже саме від компетентності адвоката залежить реалізація конституційного права особи на правову допомогу. З урахуванням цього важливого значення набуває питання набуття права на заняття адвокатською діяльністю.

Розділ II Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 р. містить порядок набуття права на заняття адвокатською діяльністю. У ст. 6 зазначеного Закону закріплено наступні вимоги до особи, яка виявила намір займатися адвокатською діяльністю: адвокатом може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи в галузі права не менше двох років, склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування (крім випадків, встановлених цим Законом), склала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю<sup>1</sup>.

Таким чином, однією з вимог до набуття професійного статусу адвоката є проходження стажування. Порядок проходження стажування, програма та методика оцінювання стажування затверджуються Радою адвокатів України. Зокрема, діють Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, затверджене Рішенням Ради адвокатів України 16 лютого 2013 р. № 81, зі змінами, затвердженими Рішенням Ради адвокатів України 1 червня 2013 р. № 124<sup>2</sup> та Програма проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, затверджена Рішенням Ради адвокатів України 1 червня 2013 р. № 125<sup>3</sup>.

Відповідно до ст. 10 Закону стажування полягає в перевірці готовності особи, яка отримала свідоцтво про складення кваліфікаційного іспиту, самостійно здійснювати адвокатську діяльність. Положення визначає стажування як діяльність із формування й закріплення на практиці професійних знань, умінь і навичок,

отриманих у результаті теоретичної підготовки особи, яка одержала свідоцтво про складення кваліфікаційного іспиту, щодо її готовності самостійно здійснювати адвокатську діяльність з метою отримання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

Основними завданнями стажування є:

- 1) вивчення деонтологічних основ адвокатської діяльності, методів організації роботи адвокатських об'єднань, адвокатських бюро, особливостей діяльності адвоката, який здійснює її індивідуально;
- 2) підвищення рівня теоретичних знань та набуття практичних навичок, необхідних для здійснення адвокатської діяльності;
- 3) поглиблення професійної спеціалізації, накопичення практичного досвіду для якісного надання правової допомоги.

Підтримуючи ідею законодавчого закріплення інституту стажування в Україні та аналізуючи досвід зарубіжних країн, слід зосередити увагу на деяких недоліках законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність, котре висвітлює дане питання.

Перше питання, на якому акцентується увага, є тривалість стажування, яке згідно із законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність здійснюється протягом шести місяців та обчислюється шляхом сумарного обліку робочого часу стажиста на виконання програми стажування, що має становити не менше ніж 550 годин. Строк стажування може бути продовжено, але не більше, ніж на три місяці<sup>4</sup>. Але чи можна вважати цей строк достатнім? Адже в Україні, порівняно з деякими зарубіжними країнами, він не є довготривалим. Так, у законодавстві про адвокатуру Польщі строк стажування становить три роки<sup>5</sup>, у Російській Федерації – від одного до двох років<sup>6</sup>, у Молдові – 18 місяців<sup>7</sup>, у Республіці Білорусь – від шести місяців до одного року<sup>8</sup>. Пропонується збільшити передбачений п. 1 ст. 10 Закону строк стажування до одного року, аргументуючи це тим, що така тривалість є оптимальною для ознайомлення стажистом з тонкощами професії, отримання достатньої практичної підготовки та укорінення в його свідомості адвокатської етики.

Що стосується звільнення від проходження стажування, то в Законі передбачена лише єдина категорія осіб, котрі звільняються від проходження стажування: «особи, які на день звернення із заявою про допуск до складення кваліфікаційного іспиту мають стаж роботи помічника адвоката не менше одного року за останні два роки». Якщо звернути увагу на зарубіжний досвід, то, до прикладу, ст. 10 Закону «Про адвокатуру» Молдови до осіб, які звільняються від проходження стажування і складання кваліфікаційного іспиту зачисляє осіб, які мають ступінь доктора, а також осіб, які мають стаж роботи на посаді судді або прокурора не менше 10 років, якщо протягом шести місяців після відставки вони подали заяву про видачу їм ліцензії на заняття адвокатською діяльністю. Такими ж правами на тих же умовах користуються також особи, які після відставки з посади судді або прокурора продовжили роботу в галузі права<sup>9</sup>. Закон Республіки Білорусь звільняє від проходження стажування осіб, які мають стаж роботи за спеціальністю не менше трьох років<sup>10</sup>.

За законодавством Польщі список осіб, які звільняються від проходження стажування (*aplikacji adwokackiej*) значно ширший та охоплює наступну категорію осіб: професорів і докторів юридичних наук; осіб, які щонайменше три роки займали посаду юриста або старшого юриста Генеральної Прокуратури Казначейства або працювали судовим приставом; осіб, які працювали суддею, прокурором, юристом чи нотаріусом; були судовим та прокурорським експертом, секретарем суду, старшим секретарем суду, аплікантом (стажистом) прокуратури, помічником прокурора, помічником судді, або працювали у Верховному Суді, Конституційному Суді чи у міжнародному судовому органі та ін.<sup>11</sup>

Звертає на себе увагу пропозиція М. Косенко доповнити підстави звільнення від проходження стажування, а саме: звільнити від проходження стажування осіб, які мають стаж роботи не менше п'яти років на посадах судді або прокурора та слідчих працівників органів прокуратури. Така точка зору обумовлюється тим, що «окремі представники юридичних професій мають значно більший практичний та теоретичний досвід, ніж набутий особою, яка пропрацювала певний період помічником адвоката. При цьому можливі випадки, коли особа, яка кілька років працювала на посаді судді, прокурора, слідчого або нотаріуса, виявивши намір стати адвокатом, буде вимушена проходити «стажування» у особи, яка працює адвокатом»<sup>12</sup>.

Важко погодитись з подібним обгрунтуванням: специфіка роботи представників вказаних професій корінним чином відрізняється від адвокатської практики, а стажування, в свою чергу, надасть можливість всебічно оволодіти азами майбутньої професії.

Також доцільно запровадити наступний порядок проходження стажування: складання вступного іспиту на адвокатське стажування, власне стажування та складання кваліфікаційного іспиту. Чому саме такий порядок? Результати вступного іспиту дадуть змогу оцінити реальний рівень теоретичної підготовки майбутнього адвоката, правильно скласти індивідуальний план та програму проходження стажування з урахуванням «сильних та слабких сторін» кожного претендента на адвоката, щоб як слід підготувати його до майбутньої професії. В свою чергу, пропонується зробити стажування обов'язковою (окрім винятків для певних категорій осіб) умовою для допуску до складення кваліфікаційного іспиту, адже кваліфікаційний іспит і має на меті виявлення рівня практичних навичок особи та умінь у застосуванні закону. Саме така черговість зробить можливим оцінити на кваліфікаційному іспиті знання та навички, необхідні адвокату, здобуті під час проходження стажування. Доречно зауважити, що така практика існує, до прикладу, в Польщі, Республіці Білорусь та Молдові.

Не можливо оминати увагою положення про оплату стажування. Особа, що побажала стажуватися, сплачує відповідний внесок у розмірі 20 мінімальних заробітних плат (на дату оплати). Рада адвокатів України може змінити розмір цього внеску. Так, 30 % від вказаної суми сплачується на поточний банківський

рахунок Національної асоціації адвокатів України, а 70 % – на рахунок відповідної ради адвокатів регіону (центру стажування). Саме ця норма Положення викликає жваве обговорення серед науковців та практиків.

Однак увагу звертають не на сам факт встановлення плати за проходження стажування, а на її розмір – 20 мінімальних заробітних плат (на сьогодні – це 24 360 грн). Підтримують встановлення такої плати за стажування Л. Ізовітова, В. Гвозд'їй, А. Костін та деякі інші дослідники. Розумні доводи з цього приводу наводять Н. Бакаянова та пояснює, що «особа, яка прагне набути статусу адвоката має можливість обрати: працювати помічником адвоката з отриманням оплати за свою працю чи отримати необхідний стаж роботи в інших сферах юридичної діяльності із наступним проходженням стажування в адвокатурі»<sup>13</sup>. Однак більшість вважає, що ця сума є надто великою, та її встановлення може свідчити про спробу значно ускладнити допуск до професії. Адже майже 25 тис. грн можуть виявитися непідйомною сумою для молодих спеціалістів. Такої думки дотримуються Д. Бугай, В. Загарія, Д. Фесенко та інші. При цьому, наприклад, О. Дмитрієва, вважає, що потрібно плату зменшити до шести мінімальних зарплат і надавати охочим розстрочку<sup>14</sup>. Таким чином, проаналізувавши досвід зарубіжних країн та думку юристів-практиків, пропонується все ж таки надати можливість стажистам сплачувати вказану суму частинами.

Підсумовуючи вищевикладене, слід зазначити, що стажування необхідне, без нього стати повноцінним адвокатом неможливо. Адже лише теоретичних знань недостатньо для ефективної роботи. Важливі психологічні моменти, знання професійної етики, спілкування з клієнтами, колегами. Стажист повинен переймати досвід свого наставника, бути присутнім у судових засіданнях, повинен сидіти на прийомі громадян, під час переговорів, брати участь у складанні процесуальних документів.

Разом із тим необхідно: 1) збільшити строк стажування до одного року; 2) запровадити вступний іспит для допуску до стажування; 3) змінити черговість складання кваліфікаційного іспиту та проходження стажування.

<sup>1</sup> Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 27. – Ст. 282.

<sup>2</sup> Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, затверджене Рішенням Ради адвокатів України 16 лютого 2013 р. № 81, зі змінами, затвердженими Рішенням Ради адвокатів України 1 червня 2013 р. № 124. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kmdka.com/stazhuvannya/polozhennya-pro-stazhuvannya>

<sup>3</sup> Програма проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, затверджена Рішенням Ради адвокатів України 1 червня 2013 р. № 125 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/programmy/2013.06.01-programma-125.pdf>

<sup>4</sup> Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, затверджене Рішенням Ради адвокатів України 16 лютого 2013 р. № 81, зі змінами, затвердженими Рішенням Ради адвокатів України 1 червня 2013 р. № 124 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kmdka.com/stazhuvannya/polozhennya-pro-stazhuvannya>

<sup>5</sup> Право на адвокатуру: Закон від 26 травня 1982 р. з останніми змінами від 23 серпня 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pologennya/zakonodavstvo-pro-adv-polsha-zvedenyj-pereklad.pdf>

<sup>6</sup> Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации: Федеральный закон от 31 мая 2002 р. № 63-ФЗ // Российская газета. – 2002. – 5 июня.

<sup>7</sup> Об адвокатуре : Закон Республики Молдова от 19 июля 2002 г. № 1260-XV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=335889&lang=2>

<sup>8</sup> Про адвокатуру : Закон, прийнятий Верховною Радою Республіки Білорусь 15 червня 1993 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://arc.pravovy.info/documentf/part5/aktf5950.htm>

<sup>9</sup> Об адвокатуре : Закон Республики Молдова от 19 июля 2002 г. № 1260-XV : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=335889&lang=2>

<sup>10</sup> Про адвокатуру : Закон, прийнятий Верховною Радою Республіки Білорусь 15 червня 1993 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://arc.pravovy.info/documentf/part5/aktf5950.htm>

<sup>11</sup> Право на адвокатуру : Закон від 26 травня 1982 р. з останніми змінами від 23 серпня 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pologennya/zakonodavstvo-pro-adv-polsha-zvedenyj-pereklad.pdf>

<sup>12</sup> Косенко М. Місце кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури у системі формування професійної адвокатури України / М. Косенко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE\\_FILE\\_DOWNLOAD=1&Image\\_file\\_name=PDF/vaau\\_2013\\_2\\_18.pdf](http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vaau_2013_2_18.pdf)

<sup>13</sup> Бакаянова Н. Перспективи розвитку інституту стажування за законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність / Н. Бакаянова : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE\\_FILE\\_DOWNLOAD=1&Image\\_file\\_name=PDF/urid\\_2013\\_4\\_12.pdf](http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/urid_2013_4_12.pdf)

<sup>14</sup> Кім Ю. Платити чи не платити? Чому норма про стажування стала найбільш обговорюваною в адвокатському середовищі / Ю. Кім // Закон і бізнес. – 2013. – 13 лип. (№ 28 (1118)).

### Резюме

#### **Лукашевич В. В. Проблемні аспекти стажування як однієї з вимог набуття професійного статусу адвоката.**

Статтю присвячено дослідженню та аналізу правових норм, які регулюють порядок організації й проходження стажування як однієї з вимог для отримання свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю. Обґрунтовується необхідність удосконалення національного законодавства про стажування у сфері адвокатської діяльності з урахуванням іноземного досвіду, вноситься ряд авторських пропозицій.

**Ключові слова:** стажування, стажист, проходження стажування, строки стажування, звільнення від стажування.

Резюме

**Лукашевич В. В. Проблемные аспекты стажировки как одного из требований к приобретению профессионального статуса адвоката.**

Статья посвящена исследованию и анализу правовых норм, регулирующих порядок организации и прохождения стажировки в качестве одного из требований для получения свидетельства о праве на занятие адвокатской деятельностью. Обосновывается необходимость совершенствования национального законодательства о стажировке в сфере адвокатской деятельности с учетом зарубежного опыта, вносятся ряд авторских предложений.

**Ключевые слова:** стажировка, стажер, прохождение стажировки, сроки стажировки, освобождения от стажировки.

Summary

**Lukashevych V. The problem aspects of period of training as one of the requirements for the acquisition of professional status.**

The article is devoted to research and analysis of the legal rules governing the organization and probation as a requirement for a certificate of the right to practice law. The necessity of improvement of national legislation on training in the field of advocacy taking into account international experience and offers a number of author offers.

**Key words:** probation, probationer, period of training, terms of probation, exemption from probation.

УДК 343.9

**К. Г. ДОНЕЦЬ**

*Катерина Геннадіївна Донець, прокурор Ново-московської міжрайонної прокуратури Дніпропетровської області, юрист 2 класу*

## ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ ЗА ХВОРОБОЮ

Жодне суспільство не може функціонувати без чітко регламентованих правил співвідношення норм «людина – держава», тобто законів, порушення яких веде до хаосу й анархії. Тому і покарання за недотримання встановлених правил у різні часи і в різних народів було, є і буде наріжним каменем життєдіяльності країни, її соціально-економічного та політичного устрою. І чим цивілізованіша держава, тим ширший діапазон форм і методів її впливу на людину, яка перейшла межу дозволеного, – причому впливу, що дає можливість порушникові з найменшими втратами для співвітчизників перевиховуватись, повернутися до суспільно корисної праці. Інститут звільнення від покарання та його відбування є одним із проявів принципу гуманізму у кримінальному праві. Його застосування спрямоване на звуження меж кримінально-правової репресії для стимулювання виправлення засудженого, адаптації його до норм соціальної поведінки та вимог дотримання правопорядку.

Дослідженням особливостей звільнення від відбування покарання за хворобою займалися свого часу відомі вчені у галузі кримінального права та криминології, а саме: М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. А. Клименко, О. Ф. Ковітіді, А. С. Михлин, А. В. Наумов, С. Н. Сабанін, Н. С. Таганцев, Ю. М. Ткачевский та інші.

Метою статті є розкриття, дослідження та з'ясування суті, особливостей, позитивних та негативних сторін застосування одного з видів інституту звільнення від відбування покарання, а саме інституту звільнення від відбування покарання за хворобою сучасних умов розвитку кримінально-виконавчого права України.

Необхідно зазначити, що право на охорону здоров'я є одним із конституційних прав людини й громадянина. Не є винятком і засуджені, яким право на охорону здоров'я передбачене ст. 8 Кримінально-виконавчого кодексу України<sup>1</sup>. Однак забезпечення цих прав з боку держави на даний час є вкрай низьким, про що свідчать численні скарги осіб, які відбувають покарання, до Європейського суду з прав людини.

Національним законодавством, а саме Кримінальним кодексом України (далі – КК України) передбачено повне або часткове звільнення від покарання за вчинене діяння.

На відміну від звільнення від кримінальної відповідальності звільнення від відбування покарання застосовується тільки до вже засуджених осіб. Звільнення від відбування покарання здійснюється тільки судом (крім звільнення від відбування покарання на підставі Закону України «Про амністію» чи акта про помилування – ч. 1 ст. 74 КК України)<sup>2</sup>.

Слід враховувати складний період в економічній та соціальній політиці нашої держави і реформу вітчизняного кримінального законодавства, яка відбулася на початку цього століття, чим суттєво змінила інститут звільнення від покарання. Так, у ньому з'явилася норма про звільнення від покарання за хворобою, що міститься в ст. 84 КК України, на якій ми зупинимось детальніше. Слід зазначити, що до набрання чинності КК України подібні приписи містилися лише в кримінально-процесуальному й кримінально-виконавчому законодавстві, що вносило незавершеність у процес правового регулювання звільнення від покарання. А тому поява норми про звільнення від покарання у зв'язку з хворобою, а саме у кримінальному законі,

навіть з погляду юридичної техніки, є цілком обґрунтованою. Враховуючи складну структуру вказаної норми ми вважаємо за необхідне висловити свої погляди з даного питання.

Слід зазначити, що покарання має на меті не лише кару, а й цілі утилітарного характеру: виправлення засуджених, запобігання вчиненню нових злочинів, як засудженими, так і іншими особами. Кара, яка призначається судом особі, визнаній у вчиненні злочину (злочинів), повинна бути необхідною і достатньою для її виправлення та попередження нових злочинів. Тому цей захід державного примусу адресують лише такій особі, яка здатна сприйняти його зовнішню (обмеження прав і свобод) та внутрішню (негативна державна оцінка діяння як злочину, а особи – як злочинця).

Звільнення засудженого за хворобою є складовою частиною забезпечення права засудженого на охорону здоров'я, оскільки передбачає надання йому можливості достроково звільнитися з метою створення більш сприятливих умов для лікування й одужання. І тому правильно буде вважати цей інститут проявом гуманності до засудженого, з відповідними акцентами під час застосування звільнення за хворобою.

За умовами звільнення, всі види звільнення від відбування покарання можна поділити на умовні та безумовні. До умовних належать ті види звільнення, застосування яких пов'язується з дотриманням особою, звільненою від відбування покарання, відповідних вимог щодо своєї поведінки протягом іспитового чи іншого, встановленого законом, строку або одужання особи, звільненої від покарання або від подальшого його відбування за хворобою. Умовний характер мають такі види звільнення від покарання та його відбування: а) звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. ст. 75, 76, 77, 78 КК України); б) звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років (ст. 79 КК України); в) умовно-дострокове звільнення від відбування покарання (ст. 81 КК України); г) звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років (ст. 83 КК України); д) звільнення від відбування покарання за хворобою (ст. 84 КК України)<sup>2</sup>.

Звільнення від відбування покарання можливе лише в тих випадках, коли його мета може бути досягнута без реального відбування покарання (в цілому чи його частині), або коли її досягнення надалі стає неможливим і безцільним (важка хвороба засудженого) чи недоцільним (давність виконання обвинувального вироку). Звільнення від відбування покарання жодною мірою не підриває принципу невідворотності покарання. Безперечно, якщо покарання недоцільне, воно не в змозі досягти мети, що стоїть перед ним.

Звільнення від відбування покарання на підставі закону України про амністію або акта про помилування (ст. 85 КК України) може мати як безумовний, так і умовний характер. Інші види звільнення від покарання та його відбування мають безумовний характер.

Крім того, спеціальні види звільнення від відбування покарання встановлено КК України щодо неповнолітніх<sup>3</sup>.

Кримінальний кодекс України передбачає три самостійних види звільнення особи від покарання за хворобою, які визначаються характером захворювання та особливостями суб'єкта, до якого застосовуються. Обов'язковим звільненням від покарання згідно з вимогами ч. 1 ст. 84 КК України є: 1) захворювання особи, яка відбуває покарання, на психічну хворобу; 2) позбавлення її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними<sup>4</sup>.

Однією з обставин, які роблять покарання особи повністю чи тимчасово неможливим або недоцільним, є негативні зміни стану її фізичного або психічного здоров'я після вчинення злочину. Закон передбачає звільняється від покарання особа, яка під час його відбування захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними. А особа, яка після вчинення злочину або постановлення вироку захворіла на іншу тяжку хворобу, що перешкоджає відбуванню покарання, може бути звільнена від покарання або від подальшого його відбування (ч. 1, 2 ст. 84 КК України). У випадку визнання засуджених військовослужбовців непридатними до військової служби за станом здоров'я вони звільняються від покарання у виді службових обмежень, арешту або тримання в дисциплінарному батальйоні (ч. 3 ст. 84 КК України)<sup>2</sup>.

Однак в даному інституті є одна особливість, оскільки із трьох видів звільнення від покарання та його відбування лише останній (указаний в ч. 3 ст. 84 КК України) є остаточним. Це означає, що законодавець змішує правову природу двох правових інститутів – звільнення від відбування покарання та відстрочення виконання обвинувального вироку. Звільнення за хворобою в усіх випадках сприймається саме як звільнення, яке має певні умови, але покладає край відбуванню покарання. Формулюючи ч. 4 ст. 84 КК України, законодавець фактично наділив звільнення за хворобою деякими ознаками відстрочки виконання обвинувального вироку, передбачивши повернення до відбування покарання тих засуджених, які одужали. Але зважаючи на те, що за цією підставою найчастіше звільняють засуджених, які помирають протягом незначного часу після звільнення, цей «недолік» ст. 84 КК України можна не вважати суттєвим.

Звільнення від відбування покарання, передбачене у ч. 1 ст. 84 КК України, в цілому є тимчасовим. До особи, яка під час відбування покарання занедужала (діагноз: психічна хвороба), що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними, при звільненні від відбування покарання (залежно від характеру тяжкості захворювання, тяжкості вчиненого злочину, з урахуванням ступеня небезпечності психічнохворого для себе або інших осіб) суд може застосувати один із примусових заходів медичного характеру. Закон (ч. 4 ст. 84 КК України) передбачає, що після одужання така особа підлягає покаранню. А час, протягом якого до неї застосовували примусові заходи медичного характеру, зараховується до строку покарання за правилами, передбаченими в ч. 5 ст. 72 КК України (коли день позбавлення волі дорівнює одному дню застосування примусових заходів медичного характеру). Проте ці особи не направляються

для відбування покарання, якщо вони повинні бути звільнені від покарання: у зв'язку із закінченням строків давності (ст. 49 КК України); у зв'язку із закінченням строків давності виконання обвинувального вироку (ст. 80 КК України); у зв'язку із засудженням особи за діяння, караність якого законом усунена (ч. 2 ст. 74 КК України); на підставі закону про амністію або акта про помилування (ст. 85 КК України); можуть бути звільнені на підставах, передбачених ч. 4 ст. 74 КК України, ст. ст. 75, 79, 81, 83 КК України<sup>2</sup>.

Треба зазначити, що констатування у засудженого психічної хвороби або іншої тяжкої хвороби, як передбачено ст. 154 Кримінально-виконавчого кодексу України<sup>1</sup>, ще не означає безумовного звільнення такого засудженого від відбування покарання. Це питання вирішує суд.

Для установ (органів) виконання покарань визначальною ознакою є винесення постанови судом про звільнення засудженого від відбування покарання або відмову такого звільнення та застосування, наприклад, примусових заходів медичного характеру. Тобто, з точки зору кримінально-виконавчого права ця підстава звільнення лише тоді дійсно стає підставою, коли є відповідна постанова суду. На наш погляд, точніше було б сформулювати цю підставу як звільнення за постановою суду про звільнення від відбування покарання за хворобою засудженого.

Підставою для подання в суди матеріалів про звільнення засуджених від подальшого відбування покарання у зв'язку з психічними розладами вважаються: деякі форми шизофренічних і маніакально-депресивних психозів; окремі психотичні порушення внаслідок органічного ураження головного мозку (усі форми синильної деменції; теросклеротичне слабоумство; корсаковський психоз – алкогольний, внаслідок сифілісу мозку чи травми; органічне слабоумство – внаслідок енцефаліту, менінгоенцефаліту, сифілісу мозку, травми головного мозку); деякі форми затяжних реактивних психозів і хронічних психозів; паранояльна психопатія тощо.

До тяжких слід віднести хвороби: найбільш тяжкі форми туберкульозу; інфекція вірусу імунодефіциту людини (ВІЛ/СНІД); лепра; злоякісні та деякі інші новоутворення; деякі хвороби ендокринної системи (цукровий діабет тощо); окремі хвороби нервової системи та органів чуття (наприклад, менінгіти вторинні гнійні, абсцеси головного мозку, розсіяний склероз, паркінсонова хвороба, епілепсія, повна сліпота); деякі хвороби органів кровообігу (наприклад, ішемічна хвороба серця, міокардитичний кардіосклероз, гіпертонічна хвороба III стадії, облітеруючий ендартеріт, облітеруючий атеросклероз); деякі хвороби органів дихання (бронхіальна астма, абсцес легені тощо); деякі хвороби органів травлення (наприклад, окремі форми цирозу печінки); хвороби нирок з хронічною нирковою недостатністю в термінальній стадії; деякі хвороби кістково-м'язової системи та сполучної тканини (ревматоїдний артрит, системна склеродермія тощо); хвороби обміну (подагра в термінальній стадії); деякі види променевої хвороби.

Виявлення таких осіб покладається на лікарсько-трудові комісії, які створюються при лікарнях для засуджених. У разі виникнення таких захворювань, як СНІД, променева хвороба, лепра та інші, що потребують спеціальних і складних засобів обстеження, діагнози встановлюються комісією з обов'язковим залученням фахівців відповідного профілю установ органів охорони здоров'я<sup>5</sup>.

Однак, як свідчать винесені судами ухвали, захворювання на тяжку хворобу є підставою для звільнення особи від покарання або від подальшого його відбування лише у випадку, якщо ця хвороба не лише за своєю тяжкістю, а й за характером перешкоджає відбуванню покарання, тобто коли подальше відбування покарання загрожує життю або може призвести до серйозного погіршення здоров'я чи інших тяжких наслідків, а також наявної інформації щодо поведінки засудженого під час відбування покарання і саме її розглядають як вирішальний фактор для надання згоди на звільнення засудженого. До інших обставин, які суд може врахувати при вирішенні цього питання, можна віднести: тривалість відбутого покарання; обставини, які при звільненні від покарання або від подальшого його відбування можуть поставити засудженого у безвихідне становище (наприклад, відсутність постійного місця проживання, рідних чи близьких тощо), а також той факт, що засуджений захворів на тяжку хворобу в результаті навмисного заподіяння собі ушкоджень під час відбування покарання<sup>6</sup>.

Також в практиці непоодинокі випадки відмови від звільнення відбуття покарання засудженим, які хворіють на СНІД. Безумовно, важливим при вирішенні питання про можливість звільнення за хворобою має бути всебічний розгляд подання про звільнення засудженого за хворобою судом. І саме суд повинен встановити, можна звільняється особу, або ж ні. Засуджений може мати, наприклад, таку хворобу, як цукровий діабет, але не намагається лікувати її та підтримувати свій стан здоров'я і при цьому залишається суспільно небезпечною та агресивною особою. Як правило, наявність цих двох ознак одночасно стає підставою для відмови в задоволенні подання про звільнення засудженого за хворобою. Одне небажання лікуватися також не може бути підставою для відмови в задоволенні подання, оскільки засуджений може знаходитися в складному психологічному стані, чим і буде продиктоване небажання здійснювати спроби одужання. Якщо такий засуджений, хоча і не бажає лікуватися, але не є небезпечним і демонструє ознаки виправлення, то за наявності медичних показників його можна звільнити за цією підставою<sup>7</sup>.

Отже, звільнення від відбування покарання за хворобою є результатом дії принципів гуманізму та обґрунтованості виконання покарань, оскільки застосування покарання щодо особи, яка захворіла на психічну хворобу, не має відповідного виправного ефекту, а інша тяжка хвороба засудженого може невинуватно посилити каральний ефект і завдати йому зайвих страждань. Враховуючи, що стан медичного забезпечення засуджених на сьогодні є вкрай низьким, їх звільнення за хворобою необхідно розглядати скоріше як необхідність, пов'язану з неможливістю забезпечення належного лікування в колоніях. Застосування цієї підстави звільнення повинно мати більш гуманне забарвлення й основним критерієм, за яким відбувається оцінювання можливості звільнити особу, необхідно розглядати фізичний стан засудженого та можливість зберегти

його здоров'я, а також забезпечення безпеки для інших засуджених і персоналу колонії. Рішення про нецільність звільнення такої особи від покарання чи відбування покарання повинно бути обґрунтовано судом.

<sup>1</sup> Кримінально-виконавчий кодекс України : Закон України від 11 липня 2003 р. № 1129-IV: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1129-15/page>

<sup>2</sup> Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

<sup>3</sup> Сахнюк С. В. Освобождение от уголовной ответственности, его виды и классификация / С. В. Сахнюк // Наук. вестник ЮА МВС. – 2001. – № 3 (9). – 2002. – С. 114–119.

<sup>4</sup> Брич Л. П. Кримінальне право України : навч. посіб. / Л. П. Брич, В. О. Навроцький. – К. : Атака, 2000. – 208 с.

<sup>5</sup> Ковітіді О. Ф. Правові наслідки звільнення від покарання та його відбування за хворобою, деякі проблеми законодавчої регламентації / О. Ф. Ковітіді // Вісник ВСУ. – 2006. № 12. – С. 37–40.

<sup>6</sup> Михайлов К. Применение условного осуждения и цели наказания / К. Михайлов // Уголовное право. – 2008. – № 2. – С. 60–63.

<sup>7</sup> Сучасне кримінальне право України. Курс лекцій / А. В. Савченко, В. В. Кузнецов, О. Ф. Штанько. – К. : Вид-во Паливода А. В., 2006. – 636 с.

#### Резюме

##### **Донець К. Г. Особливості застосування звільнення від відбування покарання за хворобою.**

Стаття присвячена особливостям застосування звільнення від відбування покарання щодо особи, яка захворіла на психічну хворобу або іншу тяжку хворобу. Наведено характерні риси цієї підстави, зазначено види звільнення від відбування покарання за хворобою, вказано основні проблемні моменти правового регулювання й застосування звільнення засуджених від відбування покарання за хворобою.

**Ключові слова:** Кримінальний кодекс України, Кримінально-виконавчий кодекс України, відбування покарання, тяжка хвороба, перелік хвороб, які можуть стати підставою звільнення.

#### Резюме

##### **Донець Е. Г. Особенности применения освобождения от отбывания наказания по болезни.**

Статья посвящена особенностям применения освобождения от отбывания наказания в отношении лица, заболевшего психической болезнью или иной тяжелой болезнью. Приведены характерные черты этого основания, отмечены виды освобождения от отбывания наказания по болезни, указаны основные проблемные моменты правового регулирования и применения освобождения осужденных от отбывания наказания по болезни.

**Ключевые слова:** Уголовный кодекс Украины, Уголовно-исполнительный кодекс Украины, отбывание наказания, тяжелая болезнь, перечень болезней, которые могут стать основанием для освобождения.

#### Summary

##### **Donets K. The peculiarities of application of release from serving completion due to illness.**

The article is dedicated to peculiarities of application of release from serving completion regarding the person, who has physical illness or another serious illness. Particular features of this reason are shown, types of application of release from serving completion due to illness are mentioned, the basic problematic moments of legal control and convicts application of release from serving completion due to illness are indicated.

**Key words:** Criminal code of Ukraine, Criminal-executive code of Ukraine, serving completion, serious illness, the list of illnesses, that could be the reason for release.

УДК 343:973

**М. А. КРАВЦОВА**

*Марина Александровна Кравцова, ад'юнкт  
Харьковского национального университета внутренних дел*

## ПОНЯТИЕ КИБЕРПРЕСТУПНОСТИ И ЕЕ ПРИЗНАКИ

Стремительное проникновение в повседневную жизнь компьютерной техники и компьютерных технологий, способствующее развитию информационных, телекоммуникационных и информационно-телекоммуникационных сетей, поставили перед обществом вопрос о необходимости защиты от противоправных посягательств как личной информации, так и наиболее важных сегментов национальной безопасности – финансового, экономического и информационного. Сегодня сложно себе представить сферу деятельности, в которой не используется компьютерная техника, компьютерные и телекоммуникационные сети. Ни один сложный технологический процесс не может существовать без высоких (информационных) технологий, социальные сети с каждым годом вовлекают миллионы пользователей, каждый из которых доверяет сети часть



своей личной жизни. Однако и эта сфера «виртуальных» общественных отношений не лишена уязвимости. В ней, за счет обезличенности пользователей, зачастую находят отражение самые низменные проявления личности, вследствие неосведомленности пользователей о существующих возможностях сети, она проста и доступна для преступных посягательств. Это, прежде всего, вызвано тем, что глобальные цифровые технологии открывают новые возможности для деятельности преступников, способствуют распространению преступлений в сфере нарушения прав интеллектуальной собственности, создают условия для распространения продукции порнографического характера, материалов, пропагандирующих культ насилия и жестокости, расовую, национальную или религиозную нетерпимость и дискриминацию, упрощают возможность приобретения и сбыта наркотических и психотропных средств, оружия и тому подобное.

Все сказанное свидетельствует о фактическом выходе посягательств в сфере компьютерных технологий за пределы уровня феномена и подтверждает необходимость выделения самостоятельного вида преступности – киберпреступности, с присущими ей признаками, особенностями детерминационного комплекса, и подтверждает актуальность проведения исследования данного вопроса.

Проблема киберпреступности, хоть и взаимосвязана с относительно недавно возникшей сферой жизнедеятельности человека, в сравнении, например, с организованной или служебной, однако неоднократно находила отражение в работах отечественных и зарубежных криминалистов. Отдельные вопросы уголовно-правовой характеристики и квалификации преступлений в сфере компьютерных технологий и направлений противодействия им рассматривались как украинскими учеными: Д. С. Азаровым, П. Д. Биленчуком, В. А. Глушковым, Н. А. Гуторовой, Н. В. Карчевским, П. И. Орловым, С. А. Орловым, Н. И. Хавронюком, так и зарубежными криминалистами: В. И. Алескеровым, В. Б. Веховым, М. А. Ефремовой, Б. Д. Завидовым, Д. А. Зыковым, С. Я. Казанцевым, В. А. Кемпф, С. П. Кушниренко, А. Я. Мининим, Ю. И. Ляпуновым, В. А. Мазуровым, В. А. Минаевым, В. Б. Наумовым, В. Н. Черкасовым, В. Г. Щелкуновым и др.

Несмотря на достаточно широкий круг исследований, отдельные аспекты данной проблемы остаются разработанными недостаточно и требуют дальнейших научных изысканий. Прежде всего это касается выделения киберпреступности как самостоятельного вида преступности, определения ее специфических особенностей, круга деяний, характерных для данного вида преступных проявлений, классификации компьютерных преступлений и объектов преступных посягательств данного вида.

Целью данной работы является формулирование понятия киберпреступности как самостоятельного вида преступности, выявление ее общих (характерных для преобладающего большинства видов «традиционной» преступности) и специфических признаков, выделение форм и видов преступных проявлений.

Прежде чем рассматривать вопрос о киберпреступности как самостоятельном виде преступности и выделять его признаки, необходимо определиться с тем, что в целом понимается под таким негативным проявлением человеческого поведения, как преступность, и выделить те признаки, которые характерны для отдельного (самостоятельного) вида преступности как явления (феномена) либо обособленной группы явлений.

Рассматривая существующие подходы к определению понятия преступности, следует отметить, что Ю. В. Александров определяет преступность как изменчивое социально-правовое явление, охватывающее совокупность преступлений, совершенных в обществе в определенный период, которая характеризуется определенными количественными и качественными показателями<sup>1</sup>. Против определения преступности как совокупности преступлений возражает А. Ф. Зелинский, который, критикуя данный подход, предлагает под преступностью понимать массовое проявление деструктивности в поведении людей, выражающееся в системе предусмотренных уголовными законами деяний, совершенных на данной территории или среди членов определенных социальных групп в течение одного года или какой-то его части<sup>2</sup>. Н. Ф. Кузнецова и В. В. Лунев предлагают определять преступность как «исторически изменчивое социальное и уголовно-правовое негативное явление, представляющее собой систему преступлений, совершенных в соответствующем государстве (регионе) за тот или иной период времени»<sup>3</sup>. При этом, как отмечает А. И. Долгова, понятие «преступность» чаще всего употребляется в тех случаях, когда речь идет о множестве преступлений, об их определенной статистической совокупности<sup>4</sup>.

Ю. Ф. Иванов рассматривает преступность как социально обусловленное, исторически изменчивое, сравнительно массовое и криминологическое явление, которое проявляет себя в системе уголовно-наказуемых деяний на определенной территории в определенный период времени, а также лиц, которые их совершили<sup>5</sup>. С этим определением соглашается и В. Д. Малков<sup>6</sup>, а И. Н. Даньшин указывает, что преступность – это относительно массовое, исторически изменчивое, имеющее определенную территориальную и временную распространенность социальное явление, которое является целостной, основанной на статистических закономерностях системой единичных общественно опасных деяний, запрещенных уголовным законом<sup>7</sup>.

В качестве промежуточного вывода следует отметить, что указанные определения преступности позволяют выделить основные ее признаки как социально-правового явления: 1) социальная обусловленность преступности (детерминированность политико-правовыми, экономическими, организационно-управленческими, социально-психологическими и иными факторами); 2) относительная массовость (количество совершаемых преступлений зависит от социальных, экономических, политических и иных факторов и процессов); 3) историческая изменчивость (в каждом историческом периоде преступность встречается в социум либо порождается вследствие возникновения новых, в том числе из-за трансформации старых, общественных отношений); 4) негативный уголовно-правовой характер (преступность образована системой единичных общественно опасных деяний, запрещенных уголовным законом, ведь в статистических учетах речь идет именно о совершенных преступлениях, а не о правонарушениях в целом). Еще одним признаком, харак-

теризующим преступность, является стойкость преступности. На выделении этого признака акцентируют внимание некоторые авторы учебников по криминалогии, аргументируя выделение такого признака, они поясняют это тем, что нельзя ждать резких изменений в ее структуре за короткие промежутки времени (месяц, квартал, год)<sup>8</sup>.

Таким образом, для выделения преступности определенного вида (формы) необходимо, чтобы совершаемые преступления (общественно опасные деяния), формирующие совокупность, имели относительно массовый характер, были объединенными в систему определенным признаком. Такая система должна иметь внутреннюю структуру и характеризоваться определенными закономерностями развития, которые отражаются в статистических показателях.

С целью определения необходимости и достаточности оснований выделения киберпреступности (компьютерной преступности) в самостоятельный вид либо форму преступного поведения, рассмотрим существующие подходы к определению такого понятия в теории уголовного права и криминалогии.

При рассмотрении понятий мы будем исходить из того, что кибер (*cyber*; производная от *cybernetics*) – префикс, прибавляемый к повседневным (обыденным) словам, чтобы показать их причастность к Интернету либо компьютерам. Кибернетика (*cybernetics* (от греч. *cybernos* – рулевой)) будет рассматриваться как наука о связях, управлении и организации на объектах различной природы<sup>9</sup>.

Следует отметить, что компьютерные преступления и киберпреступления некоторые ученые трактуют как разные виды (группы) преступлений в сфере высоких компьютерных технологий, классификация которых осуществлялась по различным признакам. При этом признаком для «отнесения» отдельных преступлений в сфере высоких технологий к компьютерным в общем виде является орудие совершения преступления – компьютерная техника, а признаком для выделения киберпреступления – специфическая среда совершения преступления – киберпространство (среда компьютерных систем и сетей)<sup>10</sup>. Безусловно, если рассматривать группу преступлений, объединенную в отдельный раздел УК Украины – «Преступления в сфере использования электронно-вычислительных машин (компьютеров), систем и компьютерных сетей и сетей электросвязи» в отрыве от иных форм проявления преступного поведения с использованием компьютерной техники и высоких технологий, при этом допуская, что они не находятся (не включены) в единую сеть, то данная классификация имеет смысл. Однако, на наш взгляд, их включенность в сети различных уровней и создает возможность для совершения деяний, характеризующихся повышенной (уголовно наказуемой) общественной опасностью.

Определения понятия киберпреступности на теоретическом уровне включают в себя либо деяния, в которых информационно-телекоммуникационные системы или компьютерная техника выступают в качестве средства совершения преступления, либо очерчивают круг киберпреступлений, исходя из предмета преступления либо затрагиваемой ими сферы общественных отношений, в том числе с указанием объекта или предмета преступного воздействия. Рассмотрим их более детально.

Так, П. Д. Биленчук и Н. А. Зубань рассматривают компьютерную преступность как общественно опасные действие или бездействие, совершаемые с использованием современных технологий и средств компьютерной техники, с целью причинения вреда имущественным или общественным интересам государства, предприятий, ведомств, организаций, кооперативов, общественным организациям и гражданам, а также правам лица<sup>11</sup>.

В. Н. Бутузов к компьютерной преступности относит преступления в сфере использования электронно-вычислительных машин (компьютеров), систем и компьютерных сетей и сетей электросвязи, определяя их как посягательства на отношения в сфере компьютерной обработки информации, на право собственности физических и юридических лиц на информацию и доступ к ней<sup>12</sup>.

А. В. Юрасов рассматривает киберпреступность как преступность в традиционном смысле, но в сети Интернет<sup>13</sup>, а В. Б. Вехов под ней понимает предусмотренные законом общественно опасные деяния, совершенные с использованием средств электронно-вычислительной техники<sup>14</sup>.

Безусловно, указанные определения данного понятия слишком широко трактуют киберпреступность. Так, например, кража, совершенная из банкомата с использованием украденной банковской карточки, не может рассматриваться как киберпреступление. Также не является им и мошенничество, совершенное в сети Интернет, хотя эти деяния будут формально иметь признаки вышеуказанных понятий. Исходя из этого, такие понятия не в полной мере отражают специфику киберпреступлений и киберпреступности в целом, не дают возможности разграничить киберпреступления и преступления, в которых компьютер выступает лишь орудием или предметом совершения преступления.

Вместе с этим, анализ вышеуказанных понятий дает основания для рассмотрения вопроса о необходимости и целесообразности выделения специфического способа «совершения преступлений с использованием информационно-телекоммуникационных систем» в качестве обстоятельства, отягчающего наказание, либо квалифицирующего признака. Эти предложения вносились В. В. Голиной и В. В. Пивоваровым во время обсуждения проекта УК Украины (в части внесения в перечень обстоятельств, отягчающих наказание специфического способа – «совершение преступления с использованием средств электронно-вычислительной техники»)<sup>15</sup> и А. А. Васильевым, Е. С. Володавской и Д. В. Пашневым во время обсуждения проекта Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины в отношении ответственности за посягательства в сфере информационной безопасности» (реестр. № 9575 от 9 декабря 2011 г.) (в части необходимости выделения в качестве квалифицирующего признака «совершения преступления с использованием информационно-телекоммуникационных сетей»)<sup>16</sup>. Так, например, ни у кого не вызывает сомнений повышенная общественная опасность использования информационно-телекоммуникационных сетей при

нарушении равноправия граждан в зависимости от их расовой, национальной принадлежности, религиозных убеждений, инвалидности и по иным признакам (ст. 161 УК Украины) и совершении террористического акта (ст. 258 УК Украины), что должно найти свое отражение в действующем законодательстве.

На наш взгляд, любая форма уголовно наказуемого преступного поведения должна характеризоваться наличием объективного (формального) признака преступления – противоправности – предусмотренность деяния в качестве преступления. В связи с этим в определении понятия киберпреступления и киберпреступности должно содержаться указание на нормативный документ (в том числе международные документы), которым противоправное деяние определяется как преступное.

Таким образом, под киберпреступностью следует понимать относительно массовое социально-правовое явление, которое охватывает совокупность общественно опасных деяний, предусмотренных УК Украины, Конвенцией о киберпреступности и Дополнительным протоколом к ней с учетом оговорок, сделанных Верховной Радой Украины, в которых информационно-телекоммуникационная система или ее элементы являются средством совершения преступления.

Социальная обусловленность киберпреступности детерминирована политико-правовыми, экономическими, организационно-управленческими, идеологическими и социально-психологическими факторами. Рассматривая политико-правовые факторы, следует признать, что ее появление и стремительный рост в большей степени обусловлены отсутствием административно-территориальных и иных границ (особенно в глобальных сетях), а также единого подхода к рассмотрению вопросов распространения информации и защиты прав и свобод отдельных граждан, различным представлением национального законодателя о том, какие действия являются киберпреступлениями и требуют уголовно-правового запрета. Экономические факторы детерминации киберпреступности связаны прежде всего с процессом глобализации мировой экономики и глобализации в целом. Сегодня глобальный масштаб приобретает интеллектуализация техносферы планеты. Модернизация современного социума путем внедрения в жизнь продуктов компьютерной техники и технологий влечет за собой целый ряд новообразований в социальном бытии. Мобильные устройства, персональные компьютеры и кибервиртуальность стали не только неотъемлемыми атрибутами, символами современности, но и факторами изменений. Именно этими процессами во многом объясняется определенная группа экономических факторов детерминации киберпреступности. Группа организационно-управленческих факторов связана, прежде всего, с недостатками социального контроля: игнорирование пользователями элементарных требований информационной безопасности, низкая подготовленность правоохранительных органов к борьбе с киберпреступностью и ненадлежащая их техническая оснащенность, отсутствие квалифицированных кадров.

Существенное влияние на распространенность киберпреступлений оказывают и социально-психологические факторы. В условиях киберпространства существенно изменяется психологическое содержание взаимосвязей преступник – предмет преступления, а также преступник – потерпевший, которые из прямых превращаются в косвенные: преступник – электронное устройство (сеть) – потерпевший (предмет преступления), что ведет к устранению материальной составляющей, как действий человека, так и социального взаимодействия. Дистанцированность и «виртуализация» ущерба, который причиняется действиями, совершаемыми в киберпространстве, обуславливает его специфическое представление жертвой преступления. С одной стороны, жертва преступления, которая обнаруживает причиненный ей «нематериализованный» ущерб, не в полной мере осознает его характер и масштабы, соответственно, характер и степень общественной опасности совершенного в отношении нее действия. С другой стороны, жертва преступления часто не способна в своем сознании адекватно воспринять связь причиненного ущерба с конкретным (пусть не персонифицированным) преступником. Таким образом, совершенное в отношении нее преступление и причиненный им вред, жертвой часто воспринимается как абстрактное «зло», который не имеет перспективы быть возмещенным.

Относительно массовости киберпреступлений следует отметить, что киберпреступности присуща своя специфика, связанная, прежде всего, с латентностью данного преступления и отсутствием обособленного статистического учета преступлений, отнесенных к категории киберпреступлений Конвенцией о киберпреступности. Так, в соответствии со статистическими данными, размещенными на официальном сайте Генеральной прокуратуры Украины, количество учтенных правонарушений, имеющих признаки преступлений в сфере использования электронно-вычислительных машин (компьютеров), систем и компьютерных сетей и сетей электросвязи (Раздел XVI УК Украины) составлял лишь 0,1 % в 2013 г. и 0,08% в 2014 году. Вместе с этим, статистические показатели не отражают реальной картины киберпреступности, так как не учитывают: компьютерное мошенничество (ст. 8 Конвенции), преступления, связанные с детской порнографией (ст. 9 Конвенции), нарушения, связанные с нарушениями авторского права и смежных прав (ст. 10 Конвенции), а также возможность совершения «традиционных» преступлений с использованием информационно-телекоммуникационных сетей. Согласно исследованиям, проведенным в июле 2013 г. американским Центром стратегических и международных исследований и компанией McAfee, ежегодные потери мировой экономики от киберпреступлений достигли уже 500 миллиардов долларов<sup>17</sup>.

Негативный уголовно-правовой характер киберпреступности определяется как предусмотренностью уголовной ответственности за преступления в сфере использования электронно-вычислительных машин (компьютеров), систем и компьютерных сетей и сетей электросвязи (Раздел XVI УК Украины), так и выделением групп правонарушений в Европейской Конвенции по киберпреступлениям (преступлениям в киберпространстве). В соответствии с данной конвенцией, преступлениями признаются: 1. Правонарушения, посягающие на конфиденциальность, целостность и доступность компьютерных данных и систем: а) незаконный доступ

(ст. 2 Конвенції); б) нелегальний перехват (ст. 3 Конвенції); в) втручання в дані (ст. 4 Конвенції); г) втручання в систему (ст. 5 Конвенції); д) надмірне використання пристроїв (ст. 6 Конвенції). 2. Правонарушення, пов'язані з комп'ютерами: а) підробка, пов'язана з комп'ютерами (ст. 7 Конвенції); б) шахрайство, пов'язане з комп'ютерами (ст. 8 Конвенції). 3. Правонарушення, пов'язані з контентом: правонарушення, пов'язані з дитячою порнографією (ст. 9 Конвенції). 4. Правонарушення, пов'язані з порушенням авторських і суміжних прав: правонарушення, пов'язані з порушенням авторських і суміжних прав (ст. 10 Конвенції).

Киберпреступності, разом з загальними ознаками злочинності, присущі і специфічні форми прояву і ознаки, що «вигідно» відрізняє її від «традиційних» видів злочинності:

- як правило, вона носить міжнародний характер (виходить за межі одного державства);
- наявність суттєвих труднощів у визначенні місця скоєння злочину;
- мають місце слабкі зв'язки між рівнями і ланками в системі доказування;
- неможливо спостереження і фіксація доказів злочину візуально;
- широке використання засобів шифрування інформації<sup>18</sup>;
- відсутність механізмів контролю;
- автоматизація і швидкість використання «злочинної» інформації;
- анонімність в мережі Інтернет і др.<sup>19</sup>.

Вищезазначене дозволяє зробити висновок про те, що кіберзлочинність являє собою особливий вид злочинності, представляє масове соціально-правове явище, охоплює сукупність суспільно небезпечних дій, передбачених Кримінальним кодексом України, Конвенцією про кіберзлочинності і Додатковим протоколом до неї з урахуванням оговорок, зроблених Верховною Радою України, в яких інформаційно-телекомунікаційна система або її елементи виступають засобом скоєння злочину. При цьому їй присущі всі ознаки «традиційної» злочинності (соціальна умовленість, відносна масовість, негативний криміно-правовий характер і др.), які мають свою специфіку. Враховуючи існуючі особливості, пов'язані з протидією кіберзлочинності на національному рівні, складність проблеми, що стосується спеціальних знань, необхідно направляти нормотворчість законодавця на імплементацію норм міжнародного права в практику протидії цим злочинним проявам.

<sup>1</sup> Александров Ю. В. Кримінологія : курс лекцій / Ю. В. Александров, А. П. Гель, С. Г. Семаков. – К. : МАУП, 2002. – С. 49.

<sup>2</sup> Зелинский А. Ф. Кримінологія : курс лекцій / А. Ф. Зелинский. – Х. : Прапор, 1996. – С. 21.

<sup>3</sup> Кримінологія : учеб. / под ред. проф. Н. Ф. Кузнецовой, проф. В. В. Лунова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – С. 90.

<sup>4</sup> Кримінологія : учеб. для вузов / под общ. ред. д.ю.н., проф. А. И. Долговой. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма, 2005. – С. 68.

<sup>5</sup> Иванов Ю. Ф. Кримінологія : навч. посіб. / Ю. Ф. Иванов., О. М. Джуца. – 2-ге вид., доповн. та перероб. – К. : Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2008. – С. 60.

<sup>6</sup> Кримінологія : учеб. для вузов / под ред. проф. В. Д. Малкова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юстицинформ, 2006. – С. 32.

<sup>7</sup> Данышин И. Н. Общетеоретические проблемы криминологии : моногр. / И. Н. Данышин. – Х. : Прапор, 2005. – С. 55.

<sup>8</sup> Кримінологія : учеб. для юридических вузов / под ред. проф. В. Н. Буракова, проф., академика В. П. Сальникова. – СПб. : Санкт-Петербургская академия МВД России, 1998. – С. 60.

<sup>9</sup> Англо-український тлумачний словник з обчислювальної техніки, Інтернету і програмування. – Вид. 1. – К. : СофтПрес, 2005. – С. 133–134.

<sup>10</sup> Бутузов В. М. Співвідношення понять «комп'ютерна злочинність» та «кіберзлочинність» / В. М. Бутузов // Інформаційна безпека людини, суспільства, держави. – 2010. – № 1 (3). – С. 18.

<sup>11</sup> Біленчук П. Д. Комп'ютерні злочини: соціально-правові і кримінологічно-криміналістичні аспекти : навч. посіб. / П. Д. Біленчук, М. А. Зубань. – К. : УАВС, 1994. – С. 6.

<sup>12</sup> Бутузов В. М. Протидія комп'ютерній злочинності в Україні (системно-структурний аналіз) : моногр. / В. М. Бутузов. – К. : КИТ, 2010. – С. 94.

<sup>13</sup> Юрасов А. В. Основы электронной коммерции : учеб. / А. В. Юрасов. – М. : Горячая линия-Телком, 2008. – С. 165.

<sup>14</sup> Вехов В. Б. Компьютерные преступления: способы совершения и раскрытия / В. Б. Вехов. – М. : Право и закон, 1996. – С. 36.

<sup>15</sup> Голина В. В. Проблемы компьютерной преступности / В. В. Голина, В. В. Пивоваров // Финансова злочинність : зб. матеріалів міжнар. наук.-практ. семінару [м. Харків, 12–13 лютого 1999 р.] / [редкол. : Борисов В. І. (голов. ред.) та ін.]. – Х. : Право, 2000. – С. 64–65.

<sup>16</sup> Васильев А. А. Пропозиції та зауваження до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за посягання у сфері інформаційної безпеки» / А. А. Васильев, О. С. Володавська, Д. В. Пашнев // Актуальні питання діяльності слідчих підрозділів органів внутрішніх справ України : зб. наук. праць факультету з підготовки слідчих ХНУВС за 2012 рік / за заг. ред. чл.-кор. НАПрН України, д-ра юрид. наук С. М. Гусарова; академіка НАПрН України, д-ра юрид. наук, проф. О. М. Бандурки. – Х. : Діа плюс, 2013. – С. 599–602.

<sup>17</sup> Номоконов В. А. Киберпреступность: угрозы, прогнозы, проблемы борьбы / В. А. Номоконов, Т. Л. Тропина // Information Technology and Security. – 2013. – № 1 (3). – С. 88.

<sup>18</sup> Комп'ютерна злочинність : навч. посіб. – К. : Атіка, 2002. – С. 55.

<sup>19</sup> Номоконов В. А. Киберпреступность: угрозы, прогнозы, проблемы борьбы / В. А. Номоконов, Т. Л. Тропина // Information Technology and Security. – 2013. – № 1 (3). – С. 90–92.

#### Резюме

**Кравцова М. О. Поняття кіберзлочинності та її ознаки.**

У статті проаналізовано основні підходи щодо визначення поняття злочинності, які сформульовано в теорії кримінології, визначено основні критерії (ознаки), що дають змогу виокремити її в якості феномена (соціально-правового явища). Запропоновано авторське визначення поняття «кіберзлочинність», виявлено відмінні риси кіберзлочинності, що допомагають відмежувати її від інших форм злочинних проявів.

**Ключові слова:** інформаційно-телекомунікаційні системи, кіберзлочинність, комп'ютерні злочини, ознаки кіберзлочинності, поняття злочинності.

#### Резюме

**Кравцова М. А. Понятие киберпреступности и ее признаки.**

В статье проанализированы основные подходы к определению понятия преступности, выделяемые в теории криминологии, определены основные критерии (признаки), позволяющие говорить о преступности как о феномене (социально-правовом явлении). Сформулировано авторское определение понятия «киберпреступность», выявлены отличия киберпреступности от иных форм преступных проявлений.

**Ключевые слова:** информационно-коммуникационные системы, киберпреступность, компьютерные преступления, преступность, признаки киберпреступности, понятие преступности.

#### Summary

**Kravtsova M. The concept of cybercrime and its features.**

The author of the paper has analyzed the existing approaches in determining the concept of a crime in criminology theory. Cybercrime is offered to consider as a relatively massive social and legal phenomenon that covers a set of socially dangerous acts, provided by the Criminal Code of Ukraine, the Convention on Cybercrime and its Additional Protocol, taking into account the stipulations made by the Verkhovna Rada of Ukraine, where information and telecommunication system or its elements are means of committing a crime. Differences of cybercrime from other forms of criminal manifestations are revealed.

**Key words:** computer crimes, cybercrime; cybercrime features, information and telecommunication system, the concept of crime.

УДК 343.914

**Р. В. ПЕРЕЛИГІНА**

*Раїса Володимирівна Перелигіна, здобувач Київського університету права НАН України*

## НАСИЛЬСТВО В СЕРЕДОВИЩІ ОСІБ ЖІНОЧОЇ СТАТІ ЯК КРИМІНОЛОГІЧНА КАТЕГОРІЯ

В умовах сьогодення активно реалізуються приватновласницькі інтереси як на рівні державної ідеології та політики, так і в житті людей, окремої особистості, що породжує потворні явища насильства.

Що стосується власне тяжких насильницьких злочинів, то вони стають дедалі жорстокішими, а привід для прояву насильства – дедалі менш значимим<sup>1</sup>.

Дослідження проблеми насильства, а жіночого насильства зокрема, має важливе суспільне та державне значення, адже зростання рівня жіночої злочинності становить загрозу для нормального розвитку та функціонування українського суспільства, становлення нашої країни як правової та демократичної держави.

Насильство належить до однієї з найбільш серйозних проблем, що стоять сьогодні перед людством, оскільки його наявність проявляється в різних сферах реалізації суспільних відносин, і в тому числі в злочинності.

Аналіз цього явища підтверджує, що воно ніколи не зникало, ніколи не було подолане суспільними інтересами та практичною діяльністю людей, спрямованою на забезпечення гармонійного розвитку особистості в соціальному середовищі. Це явище має надзвичайно живучу природу, яка видозмінюється разом із життям суспільства.

Жіноче насильство є одним із засобів, які жінка використовує для того, щоб закріпити своє домінування, свою владу, тобто, є своєрідною узурпацією свободи та волі іншої людини.

Вивчаючи феномен агресивної поведінки, Е. Фромм виділяє поведінку, пов'язану з оборонною реакцією у відповідь на агресію. Цю поведінку він називає доброякісною агресією, оскільки закладений у неї природою сенс полягає у збереженні життя.

Злоякісна агресія виявляється як людська пристрасть до абсолютного панування над іншими, прагнення руйнувати. Це і є деструктивність, її природа соціальна, оскільки виток криється у вадах культури і способу життя людини.

На відміну від тварин, людина буває деструктивною незалежно від наявності загрози самозбереження і поза зв'язком із задоволенням потреб. Дослідники психології тварин констатують вельми значущий науковий факт: «Людина – єдина істота серед ссавців, здатна до садизму і вбивства у величезних масштабах».

При цьому дослідник доходить дуже важливого висновку: «з плином цивілізаційного прогресу ступінь деструктивності зростає, а не навпаки. Адже якщо б людина була наділена лише біологічно пристосованою агресією, яка порівнює її з тваринними предками, то вона була б порівняно миролюбною істотою»<sup>2</sup>.

Як зазначають вчені, основна проблема в дослідженні питань насильницької злочинності та кримінального насильства полягає у відсутності однозначного розуміння того, по-перше, яку злочинність вважати насильницькою, які злочини відносити до цієї групи і, по-друге, реєстрація яких видів злочинів забезпечує репрезентативність висновку про стан насильницької злочинності загалом<sup>3</sup>.

З цього приводу Л. Д. Гаухман зазначає, що насильство в кримінально-правовому сенсі має обов'язково характеризуватися суспільною небезпекою<sup>4</sup>.

Підтримуємо думку про те, що жінка, на ставеву свободу якої посягають, має право захищатися будь-якими засобами і спричинити тяжку шкоду особі гвалтівника.

Адже жінка застосовує насильство, яке необхідне в даній ситуації. Це не може визнаватися кримінальним насильством, оскільки є обставиною, що виключає злочинність діяння.

Пріоритет використання під час характеристики внутрішнього стану волі та свідомості особи в стані необхідної оборони терміна «свідомо», а не «умисно», обумовлений метою спричинення шкоди, якою є захист, а не заподіяння смерті іншій особі<sup>5</sup>.

На нашу думку, існує необхідність чіткішого наукового і законодавчого визначення тлумачення видів насильства. Його обмеження лише фізичним насильством та погрозами застосування не відповідає реаліям, оскільки таким чином громадяни залишаються за межею правового захисту від багатьох інших способів незаконного впливу насильницького характеру.

Існують випадки, коли форма злочинного насильства не містить ознаки ні фізичного, ні психічного насильства. Зокрема, ст. 144 КК України «Насильницьке донорство». У коментарі до даної статті пояснюється, що поняттям насильство охоплюється завдання потерпілому побоїв, заподіяння легких тілесних ушкоджень, зв'язування та вчинення інших подібних насильницьких дій<sup>6</sup>.

Проте існують випадки, коли особа підсипає потерпілому певний препарат з метою вилучення у нього крові, не застосовуючи при цьому ні фізичного, ні психічного насильства. Тобто, був здійснений вплив на організм людини проти її волі.

На відміну від КК України, у кримінальному законодавстві Норвегії, крім посягань на життя та здоров'я, встановлена відповідальність і за посягання на організм людини із застосуванням отрути або інших біологічно активних речовин, які негативним чином впливають на її організм та волю.

Тобто, крім фізичного насильства (використання власної фізичної сили) та психічного насильства (використання власного психічного впливу) існує ще й опосередкований вид насильства, що здійснюється з використанням сил природи, зокрема, застосування агресивних хімічних речовин, біологічно активних або радіоактивних речовин.

Так, у 2013 р. була затримана мешканка Львівщини, яка у нічних клубах Львова впродовж двох років підсипала психотропні речовини відвідувачам клубів, а потім, користуючись безпорадним станом потерпілих, обкрадала їх. Правоохоронці встановили 6 таких фактів. Загальна сума вкраденого сягала понад 120 тис. грн. Жінка забирала у потерпілих великі суми грошей, коштовності та мобільні телефони. Відкрито кримінальне провадження<sup>7</sup>.

Заради заволодіння чужим майном жінки застосовують різноманітні шахрайські схеми, користуються сильнотоксичними отруйними препаратами, які надзвичайно негативно впливають на організм та на волю людини.

У Києві жінка труїла самотніх літніх пенсіонерок снодійними препаратами з корисливих мотивів. Жінка називалася лікарем поліклініки. Коли шахрайку пускали в квартиру, вона пропонувала виміряти тиск. Стверджуючи, що у потерпілих високий тиск, давала випити таблетки. Коли пенсіонерки втрачали свідомість, виносила з квартири всі цінні речі<sup>8</sup>.

Варто зазначити, що клофелін продають в аптеках тільки за рецептом. Препарат має сильний вплив на нервову та серцево-судинну систему, протипоказань для застосування чимало. Людина може померти від передозування.

Так, у 2014 р. до Деснянського районного управління міліції надійшло повідомлення від 64-річної жительки Троєщини про те, що в себе в квартирі вона виявила мертвого квартиранта. Жінка здавала в оренду одну з кімнат. Увечері власниця повернулася додому і на порозі помешкання зіткнулася з двома жінками. У своїй кімнаті пенсіонерка не дорахувалася ювелірних виробів та грошей. А у сусідній кімнаті на дивані без ознак життя лежав 42-річний квартирант. Вже за добу співробітники карного розшуку затримали жінок. У ході обшуку квартири, де подруги тимчасово мешкали, працівники міліції виявили та вилучили вкрадені золоті прикраси, предмет, схожий на пістолет, та медичний препарат «Клофелін». Відкрито кримінальне провадження<sup>9</sup>.

У результаті аналізу кримінального законодавства окремих країн встановлено, що в більшості з розглянутих кодексів (Норвегія, Ізраїль, Туреччина, Франція) використання отрути з метою вбивства особи визнається тяжким злочином. Так, у Франції посягання на життя іншої людини шляхом використання або призначення речовин, здатних спричинити смерть чи отруєння, карається тридцятьма роками ув'язнення<sup>10</sup>.

Вважаємо за доцільне внести зміни до ч. 2 ст. 115 КК України і вважати вбивство людини шляхом отруєння кваліфікуючою ознакою даного злочину.

Така необхідність зумовлена певними особливостями суспільної небезпечності даного способу вбивства, оскільки при цьому може маскуватися злочинний характер настання смерті особи. Зокрема, при розтині виявляється лише безпосередня причина загострення якого-небудь захворювання (напад стенокардії, гостра серцева недостатність та ін.).

Крім того, отруйні речовини досить часто є знаряддям скоєння так званих замовних вбивств, а розслідування більшості кримінальних справ (кримінальних проваджень) про вбивства, пов'язаних із застосуванням отруйних речовин, викликає велику складність, оскільки чимала їх кількість не є очевидною.

Злочинність жінок відрізняється від злочинності чоловіків своїми масштабами, характером злочинів та їх наслідками, способами і знаряддями вчинення. Ці особливості пов'язані з історично обумовленим місцем жінки в системі суспільних відносин, її соціальними ролями і функціями, її біологічною та психологічною специфікою.

Іноді жінка використовує суто жіночі знаряддя вбивства. Наприклад, жіноче взуття.

Так, у США жінка на ім'я Анна вбила свого коханця дуже високими підборами своїх черевик. Під час сварки жінка схопила туфлі на високих підборах-шпильках і кілька разів вдарила чоловіка по голові, пробивши череп. У результаті цього настала смерть потерпілого. А у Великобританії поліцією була затримана 33-річна жінка, яка під час з'ясування стосунків зі своїм чоловіком почала наносити йому тілесні ушкодження власними туфлями на підборах. Жінка потрапила чоловікові шпилькою в око, пробивши потерпілому очну ямку і досягнувши мозку<sup>11</sup>.

А у 2013 р. поліцейськими Алматинської області в одному з приватних будинків було виявлено тіло 42-річної жінки з ознаками насильницької смерті. На тілі загиблої власниці оселі були виявлені сліди численних побоїв, а на горлі залишився чіткий слід від жіночого взуття. Через деякий час була затримана сусідка потерпілої, яка зізналася, що під час сварки вбила приятельку підборами своїх чобіт<sup>12</sup>.

Отже, яким би не був варіант жіночого насильства, воно здійснюється проти волі іншої особи та руйнує внутрішній світ самої жінки.

На нашу думку, жіноча насильницька злочинність – це вид злочинності, під яким слід розуміти будь-який вплив на організм людини проти її волі, який здійснюється особою жіночої статі з метою досягнення злочинного результату.

Вважаємо за доцільне ввести в науковий обіг поняття «кримінологія насильства осіб жіночої статі», під яким пропонується розуміти напрям кримінології, який вивчає насильницькі злочини, вчинені особами жіночої статі, що передбачені чинним кримінальним законодавством України, їх причини та умови, особистість жінки-злочинниці, особливості механізму таких злочинів та протидію їм.

<sup>1</sup> Йосипів А. О. Причини насильства та умови його попередження / А. О. Йосипів // Держава і право. – К., 2009. – Вип. № 43. – С. 569.

<sup>2</sup> Фромм Э. Анатомия человеческой деструктивности / Э. Фромм ; пер. Э. М. Телятниковой. – М. : ООО «Изд-во АСТ-ЛТД», 1998. – 672 с.

<sup>3</sup> Йосипів А. О. Кримінологічний і кримінально-правовий зміст поняття насильства / А. О. Йосипів // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2011. – № 6 (79). – С. 160–163.

<sup>4</sup> Гаухман Л. Д. Борьба с насильственными посягательствами / Л. Д. Гаухман. – М. : Юрид. лит., 1969. – 120 с.

<sup>5</sup> Андрусак Г. М. Необхідна оборона при посяганні на статеву свободу та статеву недоторканність особи : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Андрусак Ганна Миколаївна ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2015. – 20 с.

<sup>6</sup> Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – [вид. п'яте, допов.]. – Х. : Право, 2013. – Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 1040 с.

<sup>7</sup> У нічних клубах Львова грабіжники підсипали жертвам клофелін : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://uanews.lviv.ua/other> – Заголовок з екрана.

<sup>8</sup> В Києве неізнана жінка-«вчитель» травить самотніх пенсіонерок сильнішими снотворними препаратами : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bin.ua/news/interesting/criminal> – Заголовок з екрана.

<sup>9</sup> Двох «клофелінниць» за підозрою у вбивстві затримали у Києві : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://magnolia-tv.com/text-news> – Заголовок з екрана.

<sup>10</sup> Уголовный кодекс Франции / науч. редактирование канд. юрид. наук, доц. Л. В. Головки, канд. юрид. наук, доц. Н. Е. Крыловой ; пер. с франц. и предисл. канд. юрид. наук, доц. Н. Е. Крыловой – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 650 с.

<sup>11</sup> Жінка забила любовника до смерті каблучками-шпильками // Пятниця. – 2013. – 14 лютого : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://izvestia.kiev.ua/article/19352> – Заголовок з екрана.

<sup>12</sup> В Алматинской области женщина убила приятельницу каблучком сапога : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.inform.kz> – Заголовок з екрана.

## Резюме

### **Перелигіна Р. В. Насильство в середовищі осіб жіночої статі як кримінологічна категорія.**

У статті розглядаються питання сутності агресії і насильства в середовищі осіб жіночої статі як кримінологічної категорії. Досліджується поняття та зміст жіночої насильницької злочинності. Аналізуються окремі форми та способи злочинного жіночого насильства. Вказується на доцільність введення в науковий обіг поняття «кримінологія насильства осіб жіночої статі» як напрямку кримінології.

**Ключові слова:** особа жіночої статі, насильство, жіноче насильство, способи вбивства, жіноча злочинність, кримінологія насильства.

## Резюме

### **Перелигіна Р. В. Насилие в среде лиц женского пола как кримінологическая категория.**

В статье анализируются вопросы сущности агрессии и насилия в среде лиц женского пола как кримінологической категории. Исследуется понятие и содержание женской насильственной преступности. Анализируются отдельные формы и спо-

собы преступного женского насилия. Указывается на целесообразность введения в научный оборот понятия «криминология насилия лиц женского пола» как направления криминологии.

**Ключевые слова:** лицо женского пола, насилие, женское насилие, способы убийства, женская преступность, криминология насилия.

Summary

*Perelygina R. Violence in the environment of the female gender as a category of criminology.*

The article considers the issues of nature of aggression and violence among individuals of the female sex as crime category. Explores the concept and content of women's violent crime. Analyzes some of the forms and methods female criminal violence. Points to the expediency of introducing into the scientific circulation of the term "crime of violence of women" as a branch of criminology.

**Key words:** women, violence, women's violence, methods of killing, female crime, criminology of violence.

УДК 343.16

О. О. ШПАК

*Олег Александрович Шпак, начальник відділу прокуратури Хмельницької області, здобувач Національної академії прокуратури України*

### ОСОБЛИВОСТІ ОРГАНІЗАЦІЇ РОБОТИ КЕРІВНИКА ПРОКУРАТУРИ З ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА

Процесуальне керівництво досудовим розслідуванням є напрямом діяльності прокурора зумовленим вимогами часу, що перебуває в залежності від наявного комплексу повноважень, які й формують його процесуальний статус. Однак вказана процесуальна сфера роботи прокурора повинна організовуватися належним чином та ефективно. Оскільки процесуальне керівництво – це, у першу чергу, праця прокурора, тобто процес свідомої цілеспрямованої діяльності, націленої на досягнення конкретних завдань. А в основі будь-якого процесу праці лежить його організація, яка складається з раціонального розподілу обов'язків, належного облаштування робочих місць, навчання та підвищення кваліфікації, нормування часу праці й відпочинку тощо.

У цьому сенсі, організація роботи в прокуратурі – це, насамперед, своєчасна постановка конкретних завдань перед колективом і кожним прокурорським працівником, правильна розстановка кадрів на ділянки роботи, ефективне керівництво їх діяльністю, забезпечення роботи колективу як єдиного злагодженого механізму<sup>1</sup>. Таким чином, провідна роль в організаційно-управлінській діяльності будь-якої організації належить її керівникам, у тому числі й органів прокуратури, і від їх професійної діяльності багато в чому залежить ефективність роботи усєї підпорядкованої їм структури.

Проблемні питання організації роботи керівників органів прокуратури були предметом дослідження таких науковців, як: О. Банчук, О. Геселев, В. Долежан, Л. Давиденко, П. Каркач, М. Мичко, О. Смірнов, О. Юхно, М. Якимчук та інші.

Метою цієї статті є дослідження сутності організаційної роботи керівників органів прокуратури, зокрема аналіз недоліків та позитивного досвіду їхньої діяльності з організації процесуального керівництва досудовим розслідуванням, а також висвітлення організаційно-правових засад утворення та функціонування груп прокурорів з процесуального керівництва досудовим розслідуванням.

У цілому, прокуратура є централізованою системою, тому ієрархічні принципи організації роботи в органах прокуратури є цілком зрозумілими та логічними. Керівник органу прокуратури та сам орган прокуратури, прокурори є управлінською системою, тому їм властиві якості та риси законів менеджменту. Тож, як і в інших організаціях, основними способами реалізації субординаційних відносин у прокуратурі є накази, розпорядження, вказівки, інструкції, планові завдання та інші керівні документи. Найбільш поширеними формами такої взаємодії виступають: обмін інформацією, спільні обговорення інформації для вироблення управлінських рішень (планів роботи, наказів за певними напрямками діяльності тощо), спільні навчальні заходи, робочі групи, наради. Суб'єктами організації субординаційної взаємодії, як правило, є прокурори-керівники або їх заступники<sup>2</sup>.

У науковій літературі можна знайти різні підходи у дослідженні структури органів прокуратури, зокрема М. Якимчук пропонує таку класифікацію кадрів прокуратури: а) керівники – це працівники прокуратури, що очолюють певний колектив, спрямовують і координують роботу всього апарату чи управління його окремих ланок; б) спеціалісти (оперативні працівники; прокурори, слідчі) – це працівники, що займаються вирішенням конкретних питань і розслідуванням кримінальних проваджень<sup>3</sup>.

Однією з новел КПК 2012 року, як акцентує увагу на цьому О. Геселев, є зміст поняття «прокурор», а особливо визначення окремого поняття «керівника органу прокуратури». Завдяки чому у КПК у зв'язку із реалізацією прокурором процесуальних повноважень використовується поняття «прокурор у конкретному кримінальному провадженні», закріплюються чітко визначені процесуальні взаємовідносини між прокурором у конкретному кримінальному провадженні та керівником органу прокуратури<sup>4</sup>.



У свою чергу термін «керівництво» в літературі трактується неоднозначно. На нашу думку, найбільш точною є позиція В. Давиденка, М. Мичка, В. Гусарова, відповідно до якої керівництво – це діяльність керівника по створенню та підтриманню організаційного порядку і управління справою і людьми. Керівник – завжди організатор і керівник<sup>5</sup>.

У розумінні кримінального процесуального законодавства до керівників органу прокуратури належать – Генеральний прокурор України, керівник регіональної прокуратури, керівник місцевої прокуратури та їх перші заступники і заступники, які діють у межах своїх повноважень.

До компетенції керівників органів прокуратури належить прийняття рішення про продовження строку розслідування, вирішення спору про підслідність, її зміни, скасування постанов слідчих і підпорядкованих прокурорів у межах строків досудового розслідування, погодження відмови від підтримання державного обвинувачення, зміни його або висунення додаткового обвинувачення тощо. Крім того, керівник відповідного органу прокуратури призначає, а в передбачених законом випадках, змінює процесуального керівника або групу процесуальних керівників у кожному кримінальному провадженні.

Слід зазначити, що при здійсненні нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування, керівники органів прокуратури мають право скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови як слідчих, так і підпорядкованих прокурорів у межах строків досудового розслідування, передбачених КПК. Про скасування таких постанов повідомляється прокурору-процесуальному керівнику відповідного досудового розслідування. Також керівники органів прокуратури відносяться до переліку службових осіб, які охоплюються поняттям «прокурор», відповідно мають процесуальні повноваження, у тому числі, згляду за додержанням законів органами досудового розслідування у формі процесуального керівництва.

Однак у цьому сенсі, варто виділити головну з практичних проблем, яка на пряму пов'язана з організацією роботи керівника прокуратури з процесуального керівництва, зокрема те, що вони, як правило, особисто не здійснюють процесуальне керівництво за розслідуванням кримінальних проваджень і не є прикладом у цій роботі для підпорядкованих працівників, значна частина яких є молодими спеціалістами.

При визначенні прокурорів процесуальними керівниками у конкретне кримінальне провадження керівниками органів прокуратури не враховувалися схильності й попередній досвід роботи кожного з них в тій чи іншій сфері, тобто своєрідна спеціалізація, фактичне навантаження та інші обставини, що мають значення для того, щоб кожен прокурор – процесуальний керівник міг повною мірою розкрити свої здібності і тим самим сприяти підвищенню ефективності діяльності прокуратури.

Тому доречно погодитися з твердженням М. Якимчука, що одне з ключових завдань роботи прокурорів-керівників – це добір і розстановка кадрів в органах прокуратури, розподіл їх обов'язків та контроль виконавчої дисципліни. Оскільки саме від того, як ця робота організована, великою мірою залежить ефективність виконання завдань процесуального керівництва<sup>6</sup>.

При визначенні керівником органу прокуратури, який прокурор буде здійснювати повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні та розподілі інших обов'язків, необхідно враховувати таке: компетентність працівника, його досвід і кваліфікацію; фізичні та психологічні можливості виконати роботу; витрати часу на різні види робіт; зони обслуговування; стабільність покладених обов'язків; можливість взаємозамінності<sup>7</sup>.

Зокрема однією із головних проблем перевантаженості процесуальних керівників є прорахунки з визначення керівниками органів прокуратури відповідних процесуальних керівників. Проте більшою мірою перевантаженість, як слушно зазначає О. Юхно, має місце з причин розширення повноважень прокурорів та об'єктивне зростання навантаження на них, що призвело до фактичного оформлення процесуальних документів слідчими за неофіційною усною вказівкою процесуальних керівників, що зустрічається у практичній діяльності органів досудового розслідування. Тобто процесуальне керівництво у низці випадків може здійснюватися формально<sup>8</sup>.

Проблема посилюється і з перебуванням прокурорської системи у процесі реформування. Тому в умовах створення місцевих прокуратур, юрисдикція діяльності останніх поширюватиметься на декілька адміністративно-територіальних одиниць (районів, районів у містах), у яких діють окремі підрозділи органів досудового розслідування. З урахуванням цього, доречно запропонувати впровадження принципу зонального розподілу керівником органу прокуратури кримінальних проваджень між прокурорами відповідної прокуратури. Також у межах реалізації повноваження керівника органу прокуратури щодо визначення прокурора, який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, використовуючи предметний або змішаний зонально-предметний принцип організації роботи за цим напрямом, можна забезпечити спеціалізацію прокурорів-процесуальних керівників, що, у свою чергу, підвищить ефективність їхньої діяльності.

Важливо зазначити й про принцип незмінності прокурора, який тісно переплітається з принципом його процесуальної самостійності та незалежності. Так, прокурор здійснює повноваження у кримінальному провадженні з початку досудового розслідування і до його завершення у суді, у тому числі до прийняття рішень судами вищих інстанцій. Хоч ця ідея є зовсім не новою та цілком логічною<sup>9</sup>, проте її організаційна реалізація на практиці має певний ексцес. Хоча у КПК і визначено перелік підстав, за яких можлива заміна прокурора у конкретному кримінальному провадженні.

Таким чином, повноваження керівників органів прокуратур є ширшими, що обумовлено їх правовим статусом як управлінців та організаторів прокурорського нагляду за органами досудового розслідування, оперативно-розшукової діяльності щодо додержання ними законів. Однак теоретичному значенні така від-

мінність на етапі досудового розслідування зводиться до трьох напрямів: 1) керівники органів прокуратури визначають процесуальних керівників, групи прокурорів; 2) скасовують незаконні рішення, процесуальних керівників, визначають незаконними вчинені дії чи бездіяльності; 3) у визначених законом випадках здійснюють заміну одного прокурора на іншого.

КПК визначив три основні суб'єкти організації процесуального керівництва: прокурор – процесуальний керівник; старший прокурор групи прокурорів; прокурор – керівник органу прокуратури, також до цієї групи умовно можна віднести керівника органу прокуратури вищого рівня (вирішує спори про підслідність), кожний з яких має відмінні повноваження щодо організації роботи у кримінальному процесі. Варто детальніше виділити відмінності процесуального статусу деяких з зазначених суб'єктів організації процесуального керівництва, враховуючи організаційно-правові елементи в їх діяльності.

1. Організаційно-правові повноваження старших прокурорів груп прокурорів – процесуальних керівників: виникають на підставі наказу керівника органу прокуратури про створення групи прокурорів; забезпечують реалізацію ефективної взаємодії прокурорів – процесуальних керівників; поширюється на прокурорів, які входять до групи з конкретного кримінального провадження; мають тимчасовий характер, припиняються з закінченням кримінального провадження та в інших випадках визначених КПК (відвід прокурора, його звільнення, хвороба).

2. Організаційно-правові повноваження прокурорів – керівників органів прокуратури: виникають в силу службових обов'язків з призначенням на посаду керівника органу прокуратури; спрямовані на загальну організацію процесуального керівництва в органі прокуратури; поширюються на усіх прокурорів конкретного органу прокуратури; включають елементи процесуального контролю у визначених КПК межах (наприклад неефективне здійснення прокурором нагляду за дотриманням законів під час проведення досудового розслідування); мають постійний характер та припиняються лише із правовим статусом керівника органу прокуратури.

Однак однією з негативних практик організації роботи керівників органів прокуратури є посягання на самостійність прокурорів – процесуальних керівників. Насамперед потрібно виходити з того, що прокурор є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку забороняється. Проте керівники органів прокуратури необґрунтовано здійснюють заміни прокурорів у кримінальному провадженні. Досить часто підставою для заміни прокурора у кримінальному провадженні є не наявність виняткових обставин, які чітко визначені у ч. 2, 3 ст. 37 КПК, а недеталізована «внутрішня необхідність» в діяльності відповідного органу прокуратури<sup>10</sup>. Тобто цей механізм використовується для штучного регулювання керівниками органів прокуратури управління ходу процесуального керівництва в усіх кримінальних провадженнях.

У цьому сенсі, для усунення вказаних організаційних недоліків та прогалин КПК пропонуємо перейти практику автоматизованого розподілу проваджень, що діють у судовій системі. Переваги такої пропозиції очевидні й зрозумілі на прикладі організації роботи суддів. Однак найбільш важлива складова цієї новації полягає в антикорупційному ефекті, що унеможливить низку незаконних маніпуляцій керівників органів прокуратури у кримінальних провадженнях.

Аналіз визначений у КПК правомочностей керівників органів прокуратури засвідчує, що в силу свої повноважень вони можуть породжувати організаційні зв'язки та взаємодію між непідпорядкованими між собою прокурорами-процесуальними керівниками. Наприклад, створення групи процесуальних керівників тощо. Як наслідок, реалізації цього повноваження керівником органу прокуратури, призначається старший прокурор групи – процесуальний керівник, зокрема, який уповноважений організувати роботу всієї групи.

Слід зауважити, що визначення групи прокурорів за чинним КПК, може бути дієвим організаційним важелем управлінської діяльності керівника органу прокуратури. Проте питання взаємовідношення повноважень прокурорів, які включені до складу групи прокурорів, нормативно неурегульоване й вирішується у кожному випадку індивідуально. Саме тому питання організації роботи за цим напрямом виходить на перший план.

Старший групи прокурорів уповноважений керівником органу прокуратури на керівництво цією групою. Сутність діяльності якого, в ідеалі, полягає в загальному плануванні, розподілі обов'язків та навантаженні між членами групи, забезпеченні доступу членів групи до накопиченої інформації, організації обміну потрібною інформацією, контролю за своєчасністю та повнотою проведення процесуальних та слідчих дій. Також слід зазначити, що прокурор, уведений до групи прокурорів з процесуального керівництва конкретного кримінального провадження, не втрачає своєї процесуальної самостійності, однак його дії повинні відбуватися в межах дорученої ділянки роботи старшим групи прокурорів.

У цілому, ефективність діяльності груп прокурорів у практичній діяльності значно вища за самостійне виконання повноважень прокурора з процесуального керівництва. Проте лише у випадку належної організації роботи такої групи, зокрема, підвищення відповідальності кожного учасника групи за довірену йому ділянку роботи.

Підсумовуючи результати проведеного дослідження, доцільно сформулювати низку висновків.

По-перше, роль керівника органу прокуратури для організації роботи з процесуального керівництва досудовим розслідуванням кримінальних проваджень є визначальною. Керівники прокуратур повинні невідкладно визначати процесуальних керівників досудового розслідування кримінальних правопорушень з урахуванням складності їх кваліфікації, суспільного резонансу, прогнозованих обсягів процесуальної роботи та з огляду на професійну майстерність і досвід відповідних прокурорів. Однак лише в разі необхідності визначати групи прокурорів і відповідно старших прокурорів таких груп.

По-друге, повноваження керівників органів прокуратур є ширшими, що обумовлено їх правовим статусом як управлінців. Проте в теоретичному сенсі, така відмінність на етапі досудового розслідування зводиться до трьох напрямів: 1) керівники органів прокуратури визначають процесуальних керівників, групи прокурорів; 2) скасовують незаконні рішення, процесуальних керівників, визначають незаконними вчинені дії чи бездіяльності; 3) у визначених законом випадках здійснюють заміну одного прокурора на іншого.

По-третє, групу прокурорів – процесуальних керівників слід розглядати як організаційно-управлінську та процесуальну єдність прокурорів щодо здійснення повноважень прокурорів у конкретному кримінальному провадженні під керівництвом старшого прокурора групи, що створена з метою найбільш оптимального забезпечення реалізації завдання кримінального провадження.

По-четверте, ст. 37 чинного КПК слід доповнити положенням про те, що керівник органу прокуратури своє рішення про визначення прокурора чи групи прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні приймає у формі письмової постанови, відомості якої негайно заносяться до ЄРДР.

На завершення, варто зауважити, що особливості організації роботи групи прокурорів – процесуальних керівників, старшого прокурора цієї групи є перспективний напрямом для подальших наукових досліджень у цій сфері.

<sup>1</sup> Бессарабов В. Г. Прокурорский надзор: учебник / В. Г. Бессарабов. – М.: Проспект, 2008. – С. 164.

<sup>2</sup> Смирнова А. Ф. Основы организации и управления в органах прокуратуры РФ: Учеб. / Ред. А. Ф. Смирнова. М.: Ин-т пов. квал. руковод. кадров ГП РФ., 2005. – С. 170.

<sup>3</sup> Якимчук М. К. Наукові засади управління в органах прокуратури України: Навч. пос. / М. К. Якимчук. – Вид. 2-е, – Чернівці: Рута, 2002. – С. 50.

<sup>4</sup> Геселев О. В. Процесуальний статус та повноваження прокурора за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / О. В. Геселев // Слово Національної школи суддів України. – 2012. – № 1. – С. 87.

<sup>5</sup> Давиденко Л. М. Организация работы в органах прокуратуры: текст лекций / Л. М. Давиденко, Н. И. Мычко, В. Н. Гусаров, П. М. Каркач. – Х.: Инст. пов. квал. ГПУ, 1996. – С. 6–7.

<sup>6</sup> Якимчук М. К. Проблемы управления в органах прокуратуры Украины: теория и практика: [моног.] / М. К. Якимчук. – К.: Институт держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – С. 278–279.

<sup>7</sup> Смирнова А. Ф. Вказана праця. – С. 41.

<sup>8</sup> Юхно О. О. Теоретичні та прикладні аспекти застосування нового кримінального процесуального кодексу України у кримінальному судочинстві / О. О. Юхно // Митна справа. – 2012. – № 4 (82). – С. 94.

<sup>9</sup> Баксалова А. М. Уголовно-процессуальная функция обвинения, осуществляемая прокурором, и ее реализация на судебном следствии: дисс. ... канд. юрид. наук. спец.: 12.00.09. / А. М. Баксалова. – Томск, 2002. – С. 159.

<sup>10</sup> Банчук О. А. 35 неформальных практик у кримінальному судочинстві України / О. А. Банчук, І. О. Дмитрієва, Л. М. Лобойко та інші. – К.: «Арт-Дизайн», 2014. – С. 39.

#### Резюме

##### **Шпак О. О. Особливості організації роботи керівника прокуратури з процесуального керівництва.**

Стаття присвячена дослідженню сутності організації роботи керівників органів прокуратури. Автором аналізуються недоліки організації процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Також у статті висвітлюються організаційно-правові засади утворення та функціонування груп прокурорів.

**Ключові слова:** процесуальне керівництво, прокурор, керівник органу прокуратури, група прокурорів, досудове розслідування, організація роботи.

#### Резюме

##### **Шпак О. О. Особенности организации работы руководителя прокуратуры с процессуальное руководство.**

Статья посвящена исследованию сущности организации работы руководителей органов прокуратуры. Автором анализируются недостатки деятельности по организации процессуального руководства досудебным расследованием. Также в статье освещаются организационно-правовые основы создания и функционирования групп прокуроров.

**Ключевые слова:** процессуальное руководство, прокурор, руководитель прокуратуры, группа прокуроров, досудебное расследование, организация работы.

#### Summary

##### **Shpak O. Features organization work of the head of the prosecutor's office of procedure guide pre-trial investigation.**

The article investigates the essence of the organization of the heads of Prosecutor's office. The author analyzes the flaws and positive experience of their work on the organization of management pre-trial investigation. In addition, the article highlights the organizational and legal principles of formation and functioning of groups of prosecutors' procedural management of pre-trial investigation.

**Key words:** procedural guidance, prosecutor, head of the Prosecutor's office, group of prosecutors, pre-trial investigation, organization of work.

УДК 340.114:355.211.3 (477)

**Г. Г. МОШАК**

*Григорій Григорович Мошак, доктор юридичних наук, професор, старший науковий співробітник НДІ вивчення проблем злочинності ім. В.В. Сталіна*

### ПРИВАТИЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ У ФРН

Спеціальні дослідження приватизації у науках кримінального циклу, тобто внесення в публічне право елементів приватного права, включно у галузь кримінально-процесуального права, за матеріалами ФРН не здійснювалися. Їх актуалізує необхідність більшого розуміння особливостей прояву, наслідків та можливостей використання зазначеного процесу. У ФРН приватизація публічного права є відносно дослідженою темою, що утворює передумови для запозичення досвіду. Аналіз теоретичних положень, законодавства і судової практики ФРН і України визначили завдання статті – угоди і приватне обвинувачення у кримінальному процесі, а також інші елементи приватизації публічного права – розглянути не ізольовано, у рамках однієї галузі, а у контексті взаємопов'язаних змін у праві з метою здійснення попередніх оцінок, прогнозів та окремих рекомендацій.

З питання приватизації публічного права у німецькій науковій літературі відсутня єдність як у середовищі цивілістів, так і криміналістів. Одні визнають, що приватне право містить каральні елементи<sup>1</sup>. Інші закликають до очищення від елементів приватного права, під впливом яких знищується кримінальне право у Німеччині, Італії, Франції та Великій Британії<sup>2</sup>. Аргументуючи необхідність дотримання «чистоти галузей», представники наук публічного і приватного права здебільшого проти привнесення «чужих», не властивих їм елементів. Хоч приватизація та її протилежність, публіцизація, стосуються різних сторін одного й того ж явища – розвитку права, проте німці мало звертали увагу на зв'язок цих процесів, не здійснювали узагальнюючих оцінок та наслідків взаємопроникнення. В Україні аналіз проблеми «публіцизації» німецького приватного права автором цієї статті здійснювався на сторінках журналу «Вісник академії правових наук» у номерах 2/2007, 2/2009, 1/2010. Використання приватизації публічного права та публіцизації приватного права, вірогідно, може посилити запобіжний вплив на негативні відхилення поведінки від норми, оскільки дозволяє одночасно застосовувати норми різних галузей<sup>3</sup>. Правовий контроль за поведінкою набуває два підґрунтя – що мають публічне і приватне право.

У сучасній літературі ФРН на початкових етапах досліджень увага концентрувалася переважно на негативних наслідках передачі публічних правоохоронних функцій, властивих органам державної влади різноманітним приватним структурам у сфері безпеки; на різних загрозах введення у нормативні акти публічного права норм приватного права; на протиправності розширення повноважень приватних осіб у сфері публічних відносин, зокрема, прав потерпілого у кримінальному процесі.

Керівництво кримінальної поліції ФРН не одразу погодилось на приватизацію поліцейських завдань. Та згодом здійснило на своєму офіційному сайті публікації результатів масштабних досліджень різних її сторін. Р. Вай та М. Плате на майстер-класі у Федеральному управлінні кримінальної поліції розкрили можливості приватизації сфер діяльності<sup>4</sup>.

І. Обергфель-Фукс у емпірично-кримінологічному аналізі виклав результати дослідження впливів на сприйняття безпеки населенням<sup>5</sup>. У наступних роботах: «Від “суверенних повноважень” до координуючого приватного права»<sup>6</sup>; «Приватизація безпеки»<sup>7</sup>; «Приватизація юстиції з правового та економічного погляду»<sup>8</sup>; «Приватизація суспільних завдань – можливості формування, обмеження, необхідність у регулюванні»<sup>9</sup> – узагальнено хід, наслідки, висловлено думки щодо меж її здійснення. Помітним явищем у розробці зазначеної проблеми стало дослідження «Приватизація в галузі кримінального правосуддя», виконане іншою самостійною структурою – Центральною кримінологічною установою<sup>10</sup>.

На наступному етапі систематизовано результати досліджень, що дало змогу професору Фрайбурзького університету Ф. Шоу аргументувати існування чотирьох типів приватизації: майна (автор її називає, однак не розглядає); організаційної; завдань; функціональної. На його думку, *організаційна приватизація* передбачає зміну організаційно-правових форм виконавців державних завдань, що залишаються у державному сек-

торі. Для їх реалізації держава використовує приватні форми – акціонерні товариства чи товариства з обмеженою відповідальністю, дозволяючи розв'язання суверенних завдань приватним суб'єктам під її контролем. *Приватизація завдань* передбачає передачу їх виконання у приватний сектор для здійснення у конкурентному середовищі. Вона є матеріальною, держава нібито «розвантажуються». *Функціональна приватизація* передбачає збереження відповідальності носіїв суверенного права, а за приватними суб'єктами залишається виконавча функція. Приватні структури виступають тільки як помічники при здійсненні суверенних повноважень<sup>11</sup>. На наш погляд, через недостатню чіткість критеріїв розмежування Ф. Шох не зміг уникнути повторень та збігів ознак різних типів приватизації.

Поява угод та інших елементів приватного права у кримінально-процесуальних кодексах відображає коливання у балансі приватних та публічних складових права, що відбуваються не ізольовано, а поряд з публіцизацією приватного права. Публіцизація є наслідком втручання держави у приватні відносини шляхом надання їм ознак публічності, наприклад, приватноправовому договору фізичних осіб з приводу купівлі – продажу квартири. Зобов'язуючи покупця здійснити державну реєстрацію права власності на нерухомі речі, держава ініціює виникнення відносин, що належать до предмета публічного права. Втручання у господарські відносини шляхом надання їм публічності призводить до зуження приватного права, його обсягу та ролі, до виникнення на його основі нових галузей – господарського, сімейного права, публічної частини трудового права. У новостворених відносинах спостерігається конфліктогенне обмеження свободи дій учасників. До складових публіцизації належить деприватизація – позбавлення приватних структур повноважень здійснювати публічні функції. В Україні це – обмеження, яке стосуються, зокрема, добровільних приватних структур, що пов'язані з АТО. У Швейцарії забороняється з 1 вересня 2015 р. існування фірм найманців та посилюється контроль за діяльністю приватних фірм, що надають послуги з безпеки за кордоном<sup>12</sup>, котрі зазвичай використовують швейцарські ресурси та інфраструктуру. Проти ерозії приватного права внаслідок посилення законотворчої активності Євросоюзу виступали як окремі вчені (Г. Хонсел)<sup>13</sup>, так і знані авторські колективи, зокрема автори коментаря до Німецького цивільного уложення. Вони звернули увагу на те, що нормативні акти ЄС не завжди відповідають вимогам щодо їх правомірності, видаються з перевищенням компетенції, виходять за межі повноважень, субсидіарності та співмірності (пропорціональності)<sup>14</sup>. На нашу думку, зазначені вище два різнонаправлені рухи у праві об'єктивно відображають потребу у забезпеченні прав людини і громадянина на відповідному етапі розвитку кримінально-процесуальних відносин.

Разом із тим у кримінально-процесуальному праві відбуваються зміни, які можуть сприйматися як втілення елементів приватного права. Результати зіставлення Цивільного (далі – ЦК) і Кримінально-процесуального кодексів України (далі – КПК) засвідчують появу в останньому низки положень, які вже існували у приватному праві. Збіги знаходимо у нормах ст. 7 КПК України та Книги другої ЦК України. Чи дійсно є приватизацією запровадження у КПК України норм, схожих з приватноправовими, котрі більше десяти років вже існували у Цивільному кодексі України? Відповіді на питання сприяє з'ясування змісту та походження кожного з положень. Пункт 4 ст. 7 КПК України передбачає повагу до людської гідності. У Цивільному кодексі до появи КПК вже існувала ст. 297, що передбачала право на повагу до гідності та честі, а ст. 298 – повагу до людини, яка померла. Збігаються також положення щодо свободи пересування, особистої недоторканності та інших видів свободи – це ст. ст. 313, 289, 288 ЦК та п. 5 ст. 7 КПК. Недоторканність житла чи іншого володіння врегульовано ст. 311 ЦК та п. 6 ст. 7 КПК. Право на особисте життя та його таємницю, таємницю кореспонденції передбачено ст. ст. 301 і 306 ЦК та п. 7 ст. 7 КПК. Неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, особисте життя та його таємницю – містять ст. ст. 3-1 та 301 ЦК і п. 8 ст. 7 КПК. Статті 3-2 та 321 ЦК і п. 9 ст. 7 КПК закріплюють різні аспекти недоторканності права власності. Принципу диспозитивності цивільного права співзвучна норма п. 19 ст. 7 КПК, обґрунтованість появи якої здійснила В.В. Навроцька<sup>15</sup>. Наведені певні збіги у нормах кримінально-процесуального та цивільного права не свідчать про запозичення останнього, тобто приватизацію кримінального процесу. Більш рання поява названих положень у ЦК України не доказує їх перенесення у КПК України. Думка про те, що основні права людини, передбачені ст. ст. 21–68 Конституції України, знайшли розвиток спочатку у цивільному, а потім і в кримінально-процесуальному праві звучить переконливіше.

До елементів приватного права у кримінальному процесі належать норми про приватне обвинувачення і узаконені договірні відносини між слідством та обвинувачуваною особою, а також між обвинувачуваним та потерпілим від злочину. Договірні відносини ще називають угодами у кримінальному процесі. Вони передбачені у кримінально-процесуальних кодексах ФРН і України – відповідно у параграфі 257с та у ст. 468. Практика її застосування у ФРН має низку недоліків<sup>16</sup>, пов'язується з торгівлею правами, і як наслідок – зі зникненням кримінально-процесуального права та правової держави<sup>17</sup>. Однак законодавець планує розширення поля застосування приватноправових елементів у кримінальному процесі<sup>18</sup>. В Україні також планувалося запровадити у кримінально-процесуальне законодавство інститут громадського обвинувачення в сфері службових злочинів з ознаками корупційних діянь<sup>19</sup>. Намагання розширити застосування приватних елементів у кримінальному процесі бачимо у Румунії та інших країнах Європи. Однак приватне право не має монополії на термін «угода», котрий використовується також і публічним правом. У міждержавних та відомчих угодах, у кримінально-процесуальному праві цей термін набуває публічного змісту. У кримінально-процесуальному праві термін «угода» втрачає саму суть приватноправової природи, регулюючи відносини на засадах публічного права, у якому відсутня рівноправність суб'єктів, а волевиявлення учасників не є вільним.

Іншим елементом приватного права у німецькому кримінальному процесі називають приватне обвинувачення. Цей термін часто вживається у німецькомовній літературі – понад 20 разів у різних контекстах – у цивільно-процесуальному праві, у законодавстві про судові витрати, у кримінальному праві та Кримінально-процесуальному кодексі ФРН, у законах про молодь, про дорожній рух, у законі про суддів та юридичні професії і в інших актах. На цій підставі можна припустити, що приватне обвинувачення належить до комплексного інституту права, утвореного нормами з ознаками декількох галузей.

Потерпілий від злочину та його поведінка мають важливе кримінально-правове значення, оскільки враховуються при кваліфікації злочину і призначенні покарання. Німецьке кримінально-процесуальне право у міжнародному порівнянні вважається, з точки зору врахування інтересів потерпілого від злочину, далеко просунутим і користується великою міжнародною повагою. Це – результат послідовних зусиль законодавця покращувати становище потерпілого. Федеральне міністерство юстиції і захисту прав споживачів (далі – BMJV) надало проект третього закону реформи права потерпілого від злочину, оскільки попередні численні законодавчі ініціативи призвели до подрібнення й розпорошення прав потерпілого у безлічі норм і законів. Законопроект передбачає фокусування, систематизацію та узгодження прав потерпілого від злочину.

До запланованих заходів, що збільшать кількість приватноправових складових у кримінальному процесі, належить розширення прав потерпілого від злочину, зокрема, у Швейцарії. Він отримає право на інформацію стосовно виконання покарання злочинця. Нинішнє законодавство регулює тільки обов'язок інформувати щодо рішення про утримання під вартою, а також про початок чи про припинення розслідування. З набранням чинності нових положень з 1 січня 2016 р. потерпілий отримає право на інформацію про значимі рішення та заходи щодо виконання покарання злочинця. Право на інформацію матимуть не тільки потерпілий від злочину, а також їхні родичі та треті особи, коли їх інтерес є законним. Інформація пенітенціарної системи про злочинця надаватиметься за письмовим запитом через орган виконавчої влади. Якщо надання відповіді буде схвалено, потерпілий отримає інформацію про виконання покарання, його деталі чи про його завершення, звільнення або втечу злочинця. Правоохоронні органи можуть відмовити у запиті, якщо переважатимуть законні інтереси засудженого<sup>20</sup>.

Зібрану нами інформацію розглянуто на трьох рівнях. Підсумки розгляду дають змогу стверджувати, що сутність приватизації чи публіцизації може зводитися до визначення галузевої належності тих чи інших засобів контролю поведінки. Рівень окремих норм – це ніби перша ступінь приватизації – передбачає застосування норм приватного права у публічному праві. Однак процес не протікає ізольовано, він супроводжується публіцизацією приватного права. На цій підставі приватизацію не коректно пов'язувати лише з витісненням чи звуженням публічного права. Розгляд проблеми на рівні окремих галузей виявляє, що співвідношення засобів приватного і публічного права є ситуативним, відображає періодичні коливання балансу в той чи інший бік. На цьому рівні спостерігаємо як звуження приватного права, виникнення із його надр галузей публічного права, так і запровадження у кримінальний процес інститутів приватного обвинувачення та угод, передачу суверенних функцій держави приватним структурам. Розгляд проблеми на глобальному – загальноправовому рівні – допомагає констатувати, що розвиток здійснюється із залученням різних обсягів засобів приватного чи публічного права та у різних їх комбінаціях. Багаторівневе бачення терміна «приватизація» нівелює загрозу витіснення публічного права. Приватне право уже не може розглядатися у якості галузі-експансіоніста, межі якого також звужуються. Приватизація відбувається не ізольовано, а в контексті урівноважуючої її публіцизації. Основною метою обох протилежно направлених процесів є реалізація актуальних прав людини на конкретному етапі, якими визначається необхідне співвідношення публічного і приватного. На даний час важко передбачити, яким буде згідно з потребами людини співвідношення засобів приватного та публічного права приміром через 100 років. Відкрита новітніми дослідження тенденція зростання супротиву демократії у всьому світі<sup>21</sup>, ймовірно, стимулюватиме збереження чи розвиток імперативних засобів публічного права.

Водночас юридична практика вимагає знання меж галузей для правильного та ефективного застосування їх норм. Визначаючи ситуативні межі приватизації кримінально-процесуального права, слід виходити із чинних норм. Нині вони передбачають, що утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3 Конституції України). Тому його виконання приватними структурами має отримати належне правове забезпечення, якого нині не існує. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами (ст. 19 Конституції України), тобто не перекладати власні обов'язки на приватних фізичних чи юридичних осіб.

З одного боку, наслідками приватизації кримінального процесу чи публіцизації приватного права є ерозія, втрата ними «чистоти», специфіки та монолітності, звуження сфери самостійного функціонування; приватизація не має вираженого витіснення публічного права. З іншого боку, – відбувається кількісне збільшення арсеналу (набору) елементів запобіжного впливу на поведінку, посилення правового контролю шляхом поєднання запобіжної дії норм публічного і приватного права. У громадян з'являються додаткові можливості закріплення і захисту прав завдяки комбінації та поєднанню приватних і публічних засобів.

Продовження та поглиблення започаткованого дослідження має надати відомості науковцям, практикам, законодавцям щодо усунення перепон, зокрема з питань спільного використання запобіжної сили норм кримінально-процесуального і приватного права. Вивчення кількісних та якісних показників приватизації і публіцизації може наблизити до відповіді на питання про межі дії приватного і публічного.

- <sup>1</sup> Ebert I. Ponale Elemente Im Deutschen Privatrecht: Von Der Renaissance Der Privatstrafe Im Deutschen Recht (Jus Privatum) (German Edition) (German) : Tübingen, Mohr Siebeck, 2004. – 663 s.
- <sup>2</sup> Альбрехт П.-А. Забытая свобода: принципы уголовного права в европейской дискуссии о безопасности / П.-А. Альбрехт. – Х. : Право, 2012. – С. 113–118.
- <sup>3</sup> Мошак Г. Г. Використання засобів приватного права у запобіганні злочинності / Г. Г. Мошак. – Х. : Кроссрод, 2010. – 195 с.
- <sup>4</sup> Rudiger Wei, Monika Plate (Hg.). Privatisierung von polizeilichen Aufgaben. – Bundeskriminalamt Wiesbaden, 1996. – 139 s.
- <sup>5</sup> Joachim Obergfell-Fuchs. Privatisierung von Aufgabenfeldern der Polizei. – Bundeskriminalamt Wiesbaden, 2000. – 419 s.
- <sup>6</sup> Leisner W. Privatisierung des Öffentlichen Rechts. Von der “Hoheitsgewalt” zum gleichordnenden Privatrecht / W. Leisner. – Berlin : Duncker & Humblot, 2007. – 170 s.
- <sup>7</sup> Kreissl R. Privatisierung von Sicherheit / R. Kreissl, in Kriminologisches Journal, Heft 1, 2009.
- <sup>8</sup> Eisenmenger S. Privatisierung der Justiz aus rechtlicher und ökonomischer Sicht / S. Eisenmenger / von Sven Eisenmenger. – 2012, München, Univ., Habil.-Schr. – 233 s.
- <sup>9</sup> Burgi M. Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.djt.de/die-tagungen/67-deutscher-juristentag/>
- <sup>10</sup> Privatisierung in der Strafrechtspflege. – Axel Dessecker (Herausgeber). – 212 Seiten. – 2008 / 1., Aufl. Kriminologische Zentralstelle (Verlag).
- <sup>11</sup> Schoch F. Die staatliche Einbeziehung Privater in die Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji\\_2009\\_1\\_14.pdf](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2009_1_14.pdf)
- <sup>12</sup> [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-57811.html>
- <sup>13</sup> Honsell H. Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht. ZIP Archiv» ZIP 14/2008. – S. 621.
- <sup>14</sup> Westermann H. P., Bydlinksi Z., Weber R. BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil (Schwerpunkte Pflichtfach) Taschenbuch – 30. September 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://books.google.com.ua/books?id=8h8rAgAAQBAJ&pg=PA23&lpg=PA23&dq=Honsel+Erosion+des+Privatrechts+durch+das+Europarecht&source=bl&ots=dDOKyxVXW7&sig=RD76pfrH0HCJfk8SoCTHoc\\_XIO0&hl=de&sa=X&ei=Y2xZVeXXL8n7UPuogbgJ&ved=0CBwQ6AEwAA#v=onepage&q=Honsel%20Erosion%20des%20Privatrechts%20durch%20das%20Europarecht&f=false](http://books.google.com.ua/books?id=8h8rAgAAQBAJ&pg=PA23&lpg=PA23&dq=Honsel+Erosion+des+Privatrechts+durch+das+Europarecht&source=bl&ots=dDOKyxVXW7&sig=RD76pfrH0HCJfk8SoCTHoc_XIO0&hl=de&sa=X&ei=Y2xZVeXXL8n7UPuogbgJ&ved=0CBwQ6AEwAA#v=onepage&q=Honsel%20Erosion%20des%20Privatrechts%20durch%20das%20Europarecht&f=false) – Назва з екрана
- <sup>15</sup> Навроцька В. В. Засада диспозитивності та її реалізація в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / В. В. Навроцька ; Львівський національний ун-т ім. Івана Франка. – Л., 2007. – 255 с.
- <sup>16</sup> Studie zum Deal im Strafprozess. NRW-Richter umgehen das Gesetz : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/studie-zum-deal-im-strafverfahren-richter-umgehen-gesetz/>
- <sup>17</sup> Schünemann B. Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.degruyter.com/view/j/zstw.2008.119.issue-4/zstw.119.4.927/zstw.119.4.927.xml>
- <sup>18</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren (3. Opferrechtsreformgesetz) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/GE\\_OpferrechteStrafverfahren.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/GE_OpferrechteStrafverfahren.pdf?__blob=publicationFile) – Назва з екрана.
- <sup>19</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо посилення ролі громадянського суспільства у боротьбі з корупційними злочинами : Закон України від 22 травня 2015 р. № 1165.
- <sup>20</sup> Opfer werden künftig über den Straf- und Massnahmenvollzug informiert : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=57333>
- <sup>21</sup> Zivilgesellschaft unter Druck: Globaler Widerstand gegen Demokratie wächst : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.praeventionstag.de/nano.cms/news/details/1614>

#### Резюме

##### **Мошак Г. Г. Приватизація кримінального процесу у ФРН.**

У статті розглянуто зміни у праві, які пов'язані із запровадженням у кримінальний процес елементів приватного права.

**Ключові слова:** кримінальний процес, приватизація, публіцизація.

#### Резюме

##### **Мошак Г. Г. Приватизация уголовного процесса в ФРГ.**

В статье рассмотрены некоторые изменения в праве, связанные с введением в уголовный процесс элементов частного права.

**Ключевые слова:** уголовный процесс, приватизация, публицизация.

#### Summary

##### **Moshak G. Privatization of criminal procedure in the Federal Republic of Germany.**

The article considers the changes in law connected with the integration of private law elements into criminal procedure.

**Key words:** criminal procedure, privatization, publicization.

**О. В. БІЛАШ**

*Олександр Володимирович Білаш, кандидат юридичних наук, доцент ДВНЗ «Ужгородський національний університет»*

## **СВЯТИЙ ПРЕСТОЛ ТА МАЛЬТІЙСЬКИЙ ОРДЕН ЯК СУБ'ЄКТИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА: ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ДЕРЖАВОПОДІБНИХ УТВОРЕНЬ**

Згідно з юридичною термінологією, суб'єктом права є особа, організація чи специфічні соціальні утворення (наприклад, держава), за якими право визнає здатність бути носіями суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. Зважаючи на специфіку міжнародного права, суб'єктом міжнародного права необхідно «вважати такого учасника міжнародних відносин, поведінка якого безпосередньо регулюється нормами міжнародного права. Іншими словами, суб'єкт міжнародного права – це учасник міжнародних відносин, який має міжнародні права та несе міжнародні обов'язки або є носієм міжнародної правосуб'єктності»<sup>1</sup>.

Класифікація суб'єктів можлива за багатьма ознаками. А коло суб'єктів міжнародного права і на сьогодні залишається одним з дискусійних питань. Беззаперечним є те, що саме держава є основним суб'єктом міжнародного права, а міжнародна правосуб'єктність держав базується на їхній невід'ємній властивості – державному суверенітеті і тісно пов'язана з питанням його визнання. Так само як і держави, окремі державоподібні утворення виступають суб'єктами міжнародного права, що зовнішньо схожі на держави та можуть мати деякі їх ознаки, проте на відміну від останніх ніколи не володіють державним суверенітетом. Зважаючи на те, що у міжнародних відносинах кожному законному суспільству належить право на визнання з боку всіх цивілізованих держав законності його існування, питання правосуб'єктності таких державоподібних утворень, як місто-держава Ватикан (Святий Престол) та Мальтійський орден є актуальними та малодослідженими.

Тематиці, пов'язаній з діяльністю Святого Престолу та його статусу у міжнародному праві, присвячені праці М. Отрош, Т. Сироїд. Історію Мальтійського ордену досліджували у своїй однойменній монографії О. Андрєєв, В. Захаров та І. Настенко, цикл наукових статей цієї теми присвятив В. Отрош. Цікаві й дослідження, що стосуються взаємовідносин Ватикану з Україною, наприклад, праця архієпископа Ніколи Етеровича «Святий Престол і Україна»<sup>2</sup>, хоча вона більше стосується міжнародних відносин між двома державами, ніж питань юридичного характеру.

В історії міжнародного права відомо багато випадків, що пов'язані з наданням особливого міжнародного статусу. Такий статус історично мали вільні міста Венеція, Гамбург, Краків. У 1918–1945 рр. такий статус мало місто Данциг (нині – Гданськ), спірна територія між Польщею та Німеччиною. Статус вільного міста Данцига був визначений у ст. ст. 100–108 Версальського мирного договору від 28 червня 1919 р., у Польсько-данцигській Конвенції від 9 листопада 1920 р. і в ряді інших угод (наприклад, в угоді від 24 жовтня 1921 р. і в рішеннях Верховного комісара Ліги Націй, визнаних згодом польським урядом). У Версальському договорі передбачалося, що «Головні союзні держави зобов'язуються утворити з міста Данцига з вказаною в ст. 100 територією Вільне місто. Воно буде поставлено під захист Ліги націй» (ст. 102). Конституція вільного міста повинна була бути вироблена його представниками за погодженням з верховним комісаром Ліги націй і поставлена під гарантію Ліги націй (ст. 103)<sup>3</sup>.

Особливий статус, що виник у результаті вирішення територіальних спорів між сусідніми державами, мало й місто Трієст (1947–1954). Особливий статус суб'єкта міжнародного права до 1990 р. мав і Західний Берлін (на основі Угоди між Великобританією, СРСР, США і Францією 1971 р.)<sup>4</sup>.

Статус вільного міста був передбачений для Єрусалиму на основі резолюції Генеральної Асамблеї ООН 1947 року<sup>5</sup>. І хоча прийнята резолюція так і не була реалізована на практиці, це питання було порушено знову у 2005 р., коли Ватикан закликав світову спільноту наділити Єрусалим спеціальним статусом міста, що знаходиться під міжнародним захистом.

Треба зазначити, що інститут визнання є не кодифікованим і його утворює головним чином група звичаєвих міжнародно-правових норм, що регулюють усі стадії визнання нових держав і урядів, включаючи юридичні наслідки визнання. Інститут визнання має комплексний характер. Його норми в основному містяться в праві міжнародної правосуб'єктності, але окремі норми є і в праві міжнародних договорів, праві міжнародних організацій і т.д. Найбільш правильним та яскравим прикладом існуючого зараз визнаного державоподібного утворення, як «нетипового» суб'єкта міжнародного права, є Ватикан (Святий Престол). Нагадаємо, що Ватикан в міжнародному праві виступає лише як допоміжна суверенна територія Святого Престолу, резиденція вищого духовного керівництва римо-католицької церкви. Суверенітетом володіє саме Святий престол, а не Ватикан. При цьому його джерело – не населення Ватикану, а саме кафедра Папи Римського.



Це саме підтверджується і витягом із преамбули міжнародної Угоди, підписаної 29 лютого 1929 р. в Латеранському Апостольському палаці кардиналом П'єтро Гаспарі та прем'єр-міністром Італії Б. Муссоліні. Латеранські домовленості привели до правового врегулювання взаємних претензій між Італією і Святим Престолом та вирішення «Римського питання», яке існувало з 1870 р.; визначили права і привілеї Католицької церкви, її становище в Італійському королівстві.

Так, у преамбулі сказано: «заради забезпечення абсолютної і явної незалежності Святого Престолу належить гарантувати йому незаперечний суверенітет і в області міжнародного права, для чого визнано необхідним утворити шляхом особливих формальностей Град Ватикан, визнавши за Святим Престолом повну власність і виняткову й абсолютну владу і суверенну юрисдикцію над ним». Висновок про те, що суб'єктом міжнародного права є саме Святий Престол, а не Ватикан, підтверджують і відповідні статті Угоди:

«Стаття 2: Італія визнає суверенітет Святого Престолу в галузі міжнародного права як внутрішньо властивий його природі, згідно з його традицією і вимогами його місії в світі.

Стаття 4: Суверенітет і виключна юрисдикція, які Італія визнає за Святим Престолом над Градом Ватикан, означає, що стосовно нього не допускається будь-яке втручання з боку Італійського уряду, і що в ньому не існує ніякої іншої влади, крім влади Святого Престолу».

Виходячи з цього, можемо констатувати той факт, що оскільки джерело суверенітету Святого Престолу є первинним суб'єкт міжнародного права (його суверенітет не залежить від волевиявлення інших суб'єктів міжнародного права), то Латеранські угоди всього лише визначили особливості міжнародних відносин між Італією і Святим Престолом, і не створили нового суб'єкта міжнародного права під назвою «Ватикан», а сам Святий Престол наділений усіма суверенними правами, у тому числі поширюючи свою владу на об'єкти і дії фізичних і юридичних осіб не тільки в межах своєї території, а й за її межами. В останньому випадку суверенні права держав закріплюються міжнародними угодами-конкордатами, спеціальними угодами між Святим Престолом та іншими державами.

У ч. 1 ст. 3 тієї ж міжнародної Угоди «Італія визнає за Святим Престолом право повної власності та виключної і абсолютної влади і суверенної юрисдикції над Ватиканом, в тому вигляді в якому він зараз існує, з усім, що йому належить і отриманим у вигляді пожертвувань майном; таким чином створюється Град Ватикан, заради особливих цілей і в порядку, про які сказано в цій Угоді. Межі цього Граду вказані в карті, яка є Додатком I до цього Договору та його невід'ємною частиною». Тобто, у цій Угоді вищезазначена територія вже не належить Італії і вважається іноземною для Італії, тому тут не поширюється кримінальна й адміністративна юрисдикція цієї держави. Разом із тим, у ч. 2 ст. 3 бачимо, що площа Святого Петра, навіть будучи частиною Граду Ватикан, продовжує зазвичай залишатися відкритою для публіки і підконтрольною силам поліції італійської влади, які будуть зупинятися біля підніжжя сходів, що ведуть в Базиліку, хоча сама Базиліка залишається призначеною для вчинення публічних богослужінь. Що стосується дипломатичної служби, то при Святому Престолі акредитовано понад 150 дипломатичних представництв іноземних держав. Обмін представниками між Святим Престолом і державами відбувається звичайно на двосторонній основі згідно з принципом взаємності. Це означає, що представники обох сторін мають однаковий клас<sup>6</sup>.

Главою Святого Престолу, в руках якого зосереджені абсолютна законодавча, виконавча й судова влада, є Папа Римський, який обирається кардиналами на довічний термін.

Мальтійський Орден (Суверенний військовий Орден Госпітальєрів Святого Іоанна Єрусалимського, рицарів Родосу і Мальти) є суверенним суб'єктом міжнародного права. Він має власний уряд, незалежну судову систему, дипломатичні відносини з більш ніж сотнею держав та статус постійного спостерігача в багатьох міжнародних організаціях, наприклад, в ООН. Як слушно зазначає З. Швед, Мальтійський орден, як інституція, маючи власну історію та репрезентацію у сучасності, постає зразком специфічної форми суверенітету у цивілізаційній парадигмі еволюції європейської (християнської) культури<sup>7</sup>. Італійська держава визнає існування Мальтійського ордена на своїй території в якості суверенної держави, а також екстериторіальність його резиденції в Римі (Мальтійський палац)<sup>8</sup>, а паспорти Мальтійського ордена мають приблизно 13,5 тис. чоловік. Нагадаємо, оскільки Мальтійський Орден не має власної території і свого населення, його громадянство, на відміну від світських держав, надається не на підставі принципів *jussoli* або *jussanguinis*, а лише на основі принципу *jus officii*, тобто у зв'язку з обійманням відповідної посади, тому орденське громадянство мають переважно рицарі-професи (керівна ланка Ордену) та дипломати Мальтійського Ордену, а також у порядку винятку особи, яким за особливі заслуги перед Орденем надано орденське громадянство<sup>9</sup>.

До основних документів, що стосуються та регламентують діяльність ордена, належать Конституційна Хартія та Кодекс. Один з найбільш стародавніх манускриптів з правилами та Кодексом Ордену датується 1253 роком. Саме перший розділ Конституційної Хартії ордену на законодавчому рівні регулює суверенітет та взаємовідносини зі Святим Престолом<sup>10</sup>.

Орден було засновано в одному з госпіталів Єрусалима, яким ще з 1048 р. опікувалося братство святого Іоанна Єрусалимського під керівництвом Блаженного Жерара. Звідси й назва членів Ордену – госпітальєри, або іоаніти (чи іоанніти). Установчим документом для Ордену стала булла Папи Пасхалія II від 15 лютого 1113 р. під назвою *Pie Postulatio Voluntatis*. Відтак Орден отримав офіційне визнання та затвердження Апостольського Престолу, автономію і незалежність від церковної та світської влади. Після захоплення Святої землі мусульманами Орден переніс свій осідок та діяльність на острів Родос, володарями якого був, а після падіння Родосу в 1522 р. – діяв із Мальти (звідти й «мальтійський»). Але, не зважаючи на багату істо-

рію Ордену, питання суверенітету Мальтійського ордену не виникало до 1798 р., коли Мальту захопили французькі війська Наполеона Бонапарта. Зважаючи на ситуацію втрати територіального суверенітету на Мальті, орден заявляє про повернення до спершу заявлених статутних цілей ордену, які закріплені також і в девізі Ордену «*Tuitio fidei et obsequium pauperum*», в перекладі звучить як «Захист віри та служіння бідним», а саме: надання добродійної та медичної допомоги нужденним. Як виявилось, це стало гарантією визнання ордену як впливової організації державоподібного утворення. Одночасно своє становище в якості суб'єкта міжнародного права Орден в односторонньому порядку став підтверджувати практикою – фактами встановлення дипломатичних відносин між Мальтійським орденом та іншими суб'єктами міжнародного права, які здійснювалися у формі обміну акредитованими представниками. Як зазначає В. Отрош, при цьому акцент почав робитися на тому, що суверенітет Ордену є функціональним, тобто таким, що залежить від завдань Ордену, і виконання його цілей будується на їх основі<sup>11</sup>.

З прийняттям в 1961 р. Конституції Мальтійський орден відновив власну незалежну юридичну систему з активним і пасивним правом законодавства. Він має власні суди першої та другої інстанцій та апеляційні суди з головами, судьями, охоронцями юстиції й асистентами, які мають право дорадчого голосу Суверенного ради.

У квітні 1997 р. відбулося засідання Генеральної Капітули, що внесла значні зміни у Конституційну Хартію та Кодекс Мальтійського ордену. Якщо досі Папа Римський затверджував обрання нового Великого Магістра, то з прийняттям нової Конституції Мальтійський орден отримав у цьому питанні повну самостійність. Тепер новообраний Великий Магістр має лише сповістити папу про своє обрання. Це рішення, затверджене Ватиканом, ще більше підкреслює суверенітет Мальтійського ордену в сучасному світі. І. Цацка в одній зі своїх статей виокремлює ще один важливий напрям діяльності ордену, зокрема участь і діяльність у вагомих міжнародних організаціях. Що також «додає ваги» Мальтійському ордену в очах світової спільноти. Необхідно зазначити, що імідж, який орден створює для себе своєю діяльністю, а також акцентуючи увагу на своїй довгій та повній події історії, відіграє не останню роль у формуванні позитивного ставлення до нього світової спільноти<sup>12</sup>. Цікаво, що у випадках, коли визнають суб'єктом міжнародного права такі утворення, що об'єктивно не можуть бути ними, як у нашому випадку Мальтійський орден (знову ж вищезгадана відсутність території та інше), визнання набуває конститутивного або, точніше, квазіконститутивного характеру, надаючи видимість набуття якості, яку той, хто визнає, бажає бачити в дестинатора і, можливо, саме завдяки розширеній структурі благодійницької діяльності. Як виявляється, структура Ордену є багатю та розгалуженою. Так, у 58 країнах Орден має власні структури, і більш як у 110 країнах Орден активно займається гуманітарною діяльністю. У дев'яти міжнародних організаціях (наприклад: ООН, ЄС, ЮНЕСКО, Рада Європи, WHO і UNHCR) Орден має дипломатичні представництва.

Як зазначено вище, міжнародна правосуб'єктність тісно пов'язана з питанням визнання. В той же час визнання є одностороннім добровільним актом держави, у якому вона прямо або побічно заявляє або про те, що: а) розглядає іншу державу як суб'єкт міжнародного права і має намір підтримувати з нею офіційні відносини, або б) вважає владу, яка утвердилася неконституційним шляхом у державі або на частині її території, достатньо ефективною, щоб виконувати в міждержавних відносинах роль представника цієї держави або населення відповідної території.

У 2007 р. на офіційному рівні між Україною та Суверенним військовим Орденом Госпітальєрів Святого Іоанна Єрусалимського, Родосу і Мальти був підписаний Протокол про встановлення офіційних відносин. Офіційним представництвом в Україні Ордену є Посольство Мальтійського Ордену в Україні та Мальтійська служба допомоги.

Цікавим є і той факт, що у грудні 1998 р. Мальтійський Орден отримав у володіння на 99 років свою давню резиденцію – замок Святого Ангела на Мальті. Не виключено, що в недалекому майбутньому Мальтійський Орден матиме на острові Мальта свою власну територію (в межах названого замку і прилеглої зони), населення і маючи усі інші формальні ознаки державного утворення<sup>13</sup>, стане повноправним суб'єктом міжнародного права.

Особливостями досліджених суб'єктів міжнародного права, як Святий Престол і Мальтійський орден можна вважати: їх незалежність та самоуправління, визначення їх статусу на основі угоди, яка виконує роль основного закону, гарантії збереження їх статусу з боку держав або міжнародних організацій, наявність угоди з державою, на території якої воно знаходиться, особливий, визначений міжнародною угодою порядок здійснення зовнішніх зносин. Але на відміну від більшості суб'єктів міжнародного права правосуб'єктність Мальтійського ордену виводять не з прав і обов'язків, якими він володіє, а з міжнародного звичаю, що має свої значні відмінності з правосуб'єктністю, якою володіє Святий Престол на сьогодні.

<sup>1</sup> Міжнародне право : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 336 с. – С. 32.

<sup>2</sup> *Етерович М.* (архієпископ). Святий Престол і Україна / Микола Етерович. – К., 2004. – 232 с.

<sup>3</sup> *Моджорян Л. А.* Статус вольного города / Л. А. Моджорян // Советское государство и право. – 1962. – № 3. – С. 66–76.

<sup>4</sup> *Высоцкий В. Н.* Западный Берлин и его место в системе современных международных отношений / В. Н. Высоцкий. – М.: Мысль, 1971. – 483 с. – С. 373.

<sup>5</sup> *Толстых В. Л.* Курс международного права: учебник Wolters Kluwer Russia / В. Л. Толстых, 2009. – 1031 с. – С. 315.

<sup>6</sup> *Отрош М. І.* Активне і пасивне право посольства Святого Престолу / М. І. Отрош // Держава і право. Юрид. і політ. науки : зб. наук. пр. – 2009. – Вип. 44. – С. 638–645.

<sup>7</sup> Швед З. В. Суверенітет vs. автономність у релігійних об'єднаннях / З. В. Швед // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2014. – Вип. 4. – С. 36–39. – (Серія «Філософія. Політологія»).

<sup>8</sup> Андреев А. Р. История Мальтийского ордена. XI–XX века / А. Р. Андреев, В. А. Захаров, И. А. Настенко. – М. : SPSL «Русская панорама», 1999. – 464 с.

<sup>9</sup> Отрош В. М. Поняття громадянства в міжнародному праві та особливості його набуття і втрати у державах і Мальтійському Ордені / В. М. Отрош // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 4. – С. 321–325.

<sup>10</sup> Constitutional Charter and Code of the Sovereign Military Order of St. John of Jerusalem, of Rhodes and of Malta. Rome: Stampa Grafica Gentile. – 1998. – 151 p. – P. 7.

<sup>11</sup> Отрош В. М. Правові особливості дипломатичних відносин Суверенного Військового Ордену Госпітальєрів святого Іоанна Єрусалимського, Родосу і Мальти з державами / В. М. Отрош // Судова апеляція. – 2014. – № 2. – С. 124–129.

<sup>12</sup> Цацка И. П. О суверенитете духовно-рыцарского Мальтийского ордена / И. П. Цацка // Вестник Оренбургского государственного университета. – 2013. – № 7. – С. 77–81.

<sup>13</sup> Отрош В. М. До питання щодо участі Суверенного Військового Ордену Госпітальєрів святого Іоанна Єрусалимського, Родосу і Мальти в Організації Об'єднаних Націй / В. М. Отрош // Держава і право. Юридичні і політичні науки. – 2014. – Вип. 64. – С. 331–337.

#### Резюме

**Білаш О. В. Святий Престол та Мальтійський орден як суб'єкти міжнародного права: особливості правосуб'єктності державоподібних утворень.**

Стаття присвячена аналізу особливостей правосуб'єктності державоподібних утворень, як особливих релігійно-політичних, історико- та політико-територіальних одиниць, які на основі міжнародних актів та міжнародного визнання мають відносно самостійний міжнародно-правовий статус. Автор досліджує юридичну природу правосуб'єктності Святого Престолу та Мальтійського ордену, робить порівняльний аналіз між статусами Святого Престолу та Мальтійського ордену.

**Ключові слова:** Святий Престол, Мальтійський орден, правосуб'єктність, суб'єкт міжнародного права, державоподібні утворення, державно-конфесійне право.

#### Резюме

**Білаш А. В. Святой Престол и Мальтийский орден как субъекты международного права: особенности правосубъектности государственно-подобных образований.**

Статья посвящена анализу особенностей правосубъектности государственно-подобных образований, как особых религиозно-политических, историко- и политико-территориальных единиц, на основе международных актов и международного признания имеющих относительно самостоятельный международно-правовой статус. Автор исследует юридическую природу правосубъектности Святого Престола и Мальтийского ордена, делает сравнительный анализ между статусами Святого Престола и Мальтийского ордена.

**Ключевые слова:** Святой Престол, Мальтийский орден, правосубъектность, субъект международного права, государственно-подобные образования, государственно-конфессиональное право.

#### Summary

**Bilash A. The Holy See and the Malta Order as subjects of international law: features of legal personalities of state-like entities.**

The article analyzes the features of legal personalities of state-like entities as particularly religious, political, historical and territorial units that based on international laws and international recognition are relatively independent international legal status. The author examines the legal nature of the legal personality of the Holy See and the Malta Order, makes a comparative analysis between the status of the Holy See and Malta Order.

**Key words:** Holy See, Malta Order, personality, a subject of international law, state-like entities, church-state law.

УДК 347. 95

**О. М. ОВСЮК**

*Олександр Михайлович Овсюк, кандидат юридичних наук, колишній штатний співробітник Управління Верховного Комісара ООН з прав людини (м. Женева, Швейцарія)*

### РАДА ООН З ПРАВ ЛЮДИНИ

Основи міжнародного співробітництва держав базуються на цілях та принципах, закріплених у ст. 1 Статуту Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН). Вони включають насамперед розвиток дружніх відносин між націями (країнами)<sup>1</sup> на основі поваги принципу рівноправності й самовизначення народів і здійснення міжнародного співробітництва у вирішенні міжнародних проблем економічного, соціального, культурного та гуманітарного характеру і в заохоченні й розвитку поваги до прав людини і основних свобод для

© О. М. Овсюк, 2015

всіх. Згодом ці та деякі інші цілі й принципи Статуту, що стосуються прав людини, були розвинені й конкретизовані в Загальній декларації прав людини, Міжнародних пактах про права людини та інших документах у цій галузі.

На початку нового століття і тисячоліття все більша увага почала приділятися міжнародному захисту прав людини. Це, зокрема, знайшло своє відображення у доповіді тодішнього генерального секретаря ООН, яка вийшла під заголовком «При більшій свободі» (In Larger Freedom) у 2005 р. У ній генсек ООН Кофі Аннан ще раз наголосив на тому, що ООН має три основоположні напрями своєї діяльності: розвиток, мир і безпека, а також повага до прав людини. Він стверджував, що ці напрями діяльності ООН не лише мають важливе життєве значення, а й взаємно посилюють одні одних. Відповідно не можна досягти розвитку, не гарантуючи безпеку. Так само не можна гарантувати безпеку, не досягнувши розвитку. І не можна досягнути того й іншого без забезпечення прав людини<sup>2</sup>. У доповіді ставилося завдання підняти питання прав людини до рівня двох інших основних напрямів діяльності ООН. Зазначалося також, що цього не можна досягнути без створення ефективного механізму. Винаходити його не випадало, оскільки уже існували такі механізми в галузі підтримання миру і безпеки та розвитку. Це була Рада безпеки ООН, а в галузі співробітництва з питань розвитку провідну роль відіграє Економічна і соціальна рада ООН (ЕКОСОП). Основним же органом у заохоченні й захисту прав людини була Комісія ООН з прав людини (далі – КПЛ). Вона була функціональною комісією ЕКОСОП і разом з низкою інших таких же комісій подавала доповіді про свою діяльність і прийняті рішення на затвердження Економічної і соціальної ради, яка їх схвалювала чи відхиляла і подавала свої рекомендації Генеральній Асамблеї ООН (далі – ГА ООН) для остаточного затвердження.

Виходячи з цього, Кофі Аннан запропонував створити Раду з прав людини, яка б, як і дві згадані вище ради, приймала свої рішення і доповіді самостійно та звітувала лише перед ГА ООН. На саміті світових лідерів, які зібралися в рамках шістдесятої сесії ГА ООН у 2005 р., ідея Кофі Аннана була схвалена. Заодно на ньому було прийнято рішення зміцнити секретаріат Управління Верховного комісара ООН з прав людини та інші механізми ООН, які забезпечують її діяльність у цій галузі. Для втілення цих пропозицій були проведені тривалі й важкі перемовини, які закінчилися прийняттям 15 березня 2006 р. резолюції ГА ООН 60/251 під заголовком «Рада з прав людини». За резолюцією проголосували 170 країн, США, Ізраїль, Маршалові острови і Палау – проти, а делегації Білорусі, Ірану і Венесуели утрималися від голосування.

Створення Ради потребувало внесення відповідної поправки до ст. 7 Статуту ООН, яка визначає основні та допоміжні органи організації. За всю історію ООН зміни до Статуту вносилися лише двічі з метою розширення членського складу Ради Безпеки та Економічної і Соціальної Ради. Отже, прецеденти були, і пропозиція про відповідну зміну в Статуті була прийнята.

У преамбулі зазначеної резолюції визнавалося, що мир і безпека, розвиток і права людини становлять ті опори, на яких базується система Організації Об'єднаних Націй, і які є основами колективної безпеки і добробуту і що розвиток, мир і безпека та права людини пов'язані одне з одним і доповнюють одне одного. Далі, підтверджуючи знову зобов'язання зміцнювати механізм ООН у сфері прав людини, ГА ООН у першому оперативному пункті постановила створити в Женеві замість КПЛ «Раду з прав людини в якості допоміжного органу Генеральної Асамблеї...». У п. 3 Асамблея постановила, що Рада повинна розглядати ситуації, зв'язані з порушеннями прав людини, включаючи грубі та систематичні їх порушення, і давати свої рекомендації. Таку компетенцію, до речі, мала й Комісія. А ось новим у цьому пункті стало те, що Рада має сприяти «ефективній координації й інтеграції діяльності, що стосується прав людини», в рамках ООН. Такі функції раніше покладалися лише на ЕКОСОП, якому підлягала Комісія. Отже, зі створенням нової Ради і підвищення її статусу до неї логічно була передана функція координації. До нових функцій Ради з прав людини порівняно з Комісією ввійшли наступні:

– надавати рекомендації ГА ООН стосовно подальшого розвитку міжнародного права у сфері прав людини;

– на основі об'єктивної і достовірної інформації проводити всеосяжні періодичні огляди виконання кожною державою її зобов'язань і обов'язків у сфері прав людини. При цьому такий механізм має доповнювати, а не дублювати роботу договірних органів.

У параграфі ООН постановила, що до складу Ради будуть входити 47 держав – членів ООН (до складу Комісії входило 53 держави), кожна з яких вибирається більшістю членів ГА ООН шляхом прямого таємного голосування. Згідно з принципом справедливого географічного розподілення місця в Раді надаються таким чином: групам африканських і азійських країн по 13 місць; східноєвропейських – 6; групі країн Латинської Америки і Карибського басейну – 8 місць і групі західноєвропейських та інших держав – 7 місць. Члени Ради виконують свої повноваження протягом трьох років і не мають права на переобрання після двох послідовних строків повноважень. Важливим є положення п. 8 резолюції, згідно з яким ГА ООН більшістю у дві третіх присутніх членів, які беруть участь у голосуванні, може припинити членство в Раді якого-небудь її члена, який здійснює грубі й систематичні порушення прав людини.

У параграфі 10 передбачено, що Рада має регулярно збиратися на свої засідання протягом року і планувати не менше трьох сесій на рік, а загальна їх тривалість повинна становити не менше десяти тижнів. Комісія мала одну сесію на рік тривалістю шість тижнів. Як і Комісія, Рада може при необхідності проводити спеціальні сесії. При цьому вони скликаються за вимогою трьох членів Ради, підтриманою однією третьиною її членів. Легко була вирішена проблема правил процедури роботи Ради. Згідно з параграфом 11 вона повинна застосовувати правила процедури, встановлені для комітетів ГА ООН. У своєму 12-му параграфі

Асамблея постановила, що методи роботи Ради повинні бути прозорими, справедливими й неупередженими, забезпечувати справжній діалог, орієнтацію на досягнення дієвих результатів і проведення наступних обговорень у зв'язку з рекомендаціями та їх виконанням, а також предметну взаємодію зі спеціальними процедурами і механізмами.

Більше того, при підготовці самої резолюції і формуванні Ради були висловлені доцільні пропозиції щодо того, щоб до нової Ради не обирали країн, які протягом багатьох років визнавалися Комісією і ГА ООН як злісні порушники прав людини. Саме на такому підході наполягали Сполучені Штати Америки, справедливо зазначаючи, що Куба протягом багатьох років була членом Комісії з прав людини, незважаючи на те, що останніми роками Комісія постійно засуджувала грубі й масові порушення прав людини у цій країні. І ось відбулося голосування з виборів членів Ради. Кубу, попри всі її осудження, до неї обрали, а США – ні. Такого результату очікували, зважаючи на широку підтримку Куби з боку країн «третього світу», у більшості з яких також не все гаразд із забезпеченням прав людини. Куба виступає промовистим речником і захисником їхньої позиції, постійно твердячи, що кожна країна має визначати ступінь забезпечення людських прав, виходячи з рівня її економічного і соціального розвитку. Позиція ця знаходить широку підтримку багатьох країн, що розвиваються, і Китаю, хоча вона є повністю хибною. Адже переважна більшість цих країн підписала, ратифікували чи приєдналися до основоположних міжнародних договорів з прав людини, які містять мінімальні стандарти забезпечення цих прав. А поки що ніхто не скасовував одного з основних принципів міжнародного права «*Pacta servanda sunt*» («Договорів потрібно дотримуватися») або, як стверджується в сучасній науці міжнародного права, «Договори повинні виконуватися»). Обрали до Ради Китай і Росію, питання порушення прав людини в яких обговорювалися на сесіях КПЛ. Воднораз Іран і Венесуела не набрали необхідної кількості голосів. Низка країн, яких звинувачують у систематичних порушеннях прав людини, не наважилася висунути свої кандидатури на членство в Раді. Німеччина набрала найбільшу кількість голосів у своїй регіональній групі. Іншими лідерами в групах стали Бразилія, Індія і Гана. Була обрана до Ради і Україна, яка стала її членом до 2008 р. включно. Таким чином, її якісний склад був певною мірою поліпшений порівняно зі складом КПЛ.

Стосовно США, то багато країн «третього світу» не сприймають їх як самопроголошеного лідера в галузі забезпечення прав людини як на міжнародному терені, так і в середині самих США. Демократичні країни також мали не лише застереження, а й нерідко засуджували порушення американцями прав людини в Іраку, зокрема у в'язниці Абу Гхрайб, і на своїй базі в Гуантанамо на Кубі. Це і призвело до того, що США не змогли набрати 96 голосів, необхідних для членства в Раді. Передбачаючи такий результат, президент Джордж Буш ще до виборів у цей орган заявив, що США не будуть добиватися місця в Раді, бо, мовляв, їх статус як спостерігача надасть їм змогу працювати ефективніше. Хоча навряд чи це можна здійснити, не маючи права голосу. Разом з тим президент заявив про підтримку Ради фінансово. Згодом США обрали до складу Ради.

Новообрана Рада з прав людини провела свою першу двотижневу сесію з 19 по 30 червня 2006 року. На ній виступило ряд достойників ООН та державних діячів. Деякі з них окреслили загальні підходи до напрямів роботи новоствореного органу. Так, генеральний секретар ООН Кофі Аннан заявив про важливість розробки і належного впровадження механізму всеосяжного періодичного огляду виконання кожною державою своїх зобов'язань в галузі прав людини. Він також закликав Раду з готовністю розглядати складні проблеми і робити все залежне для попередження і знаходження шляхів і засобів залагодження порушення прав людини. За його словами, Рада в жодному разі не повинна дозволяти втягувати себе в політичні дебати зі зведення рахунків, а завжди дбати про тих, чиї права порушуються. Подаючи свою щорічну доповідь, Комісар ООН з прав людини Луїза Арбур сказала, що бідність продовжує залишатися найбільш серйозним та дуже поширеним порушенням прав людини, з яким необхідно боротися. Дискримінація також залишається широко вживаним засобом відмови у здійсненні прав, свобод і гідності.

На своїй першій сесії Рада прийняла проекти Міжнародної конвенції про захист всіх осіб від насильницьких зникнень і Декларації ООН з прав корінних народів. На сесії Рада розглянула доповіді Міжнародної робочої групи з ефективною імплементації Дурбанської Декларації і Програми дій по боротьбі з расизмом, Робочої групи з права на розвиток, Робочої групи з розроблення Додаткового протоколу до Міжнародного пакту з економічних, соціальних і культурних прав і робочих груп з розробки названих вище проектів конвенції та декларації. Власне кажучи, Рада розглянула ті ж питання, які мала була розглянути і скасована КПЛ. Єдиною відмінністю стала нова процедура, згідно з якою Рада подала безпосередньо, а не через ЕКОСОП, до ГА ООН проекти прийнятих нею двох міжнародних інструментів і свою доповідь.

На додаток до зазначених на сесії були розглянуті й інші питання, зокрема про взяття заручників. У своєму рішенні Рада майже повторила попередні рішення Комісії, зазначивши, що всі дії із взяття заручників становлять собою серйозний злочин; рішуче засудила такі дії і підтвердила, що для боротьби з ними потрібні концентровані зусилля всіх держав і міжнародної спільноти. Як і Комісія раніше, так і Рада прийняла доповідь і рекомендації Робочої групи з права на розвиток та поновила мандат цієї групи. Вона також схвалила доповіді інших перелічених робочих груп та продовжила їх мандати. Рада розглянула питання щодо становища з правами людини в Палестині та інших окупованих арабських територіях і попросила спеціального доповідача подати на наступній сесії її доповідь з цього питання та розглянути його по суті. В останній день роботи сесії її голова, представник Мексики Люї Альфонсо де Альба, заявив, що згідно з вимогою 21-го члена Ради скликати спеціальну сесію Ради з питання прав людини в Палестині й на окупованих

ваних арабських територіях він проведе консультації з іншими членами Ради і Секретаріатом. Внаслідок цих консультацій спеціальна сесія Ради була скликана у 2006 році. Отже, Рада з прав людини проявила схвальну оперативність зі скликання спеціальної сесії з такого нагального питання і прийняла відповідне становище на Близькому Сході рішення.

Як видно з вищенаведеного, Рада продовжила низку мандатів з існуючих ще з часів Комісії процедур, які вона розглянула по суті. Стосовно інших наявних механізмів, то вона вирішила продовжити їх як виняток на один рік, а заодно продовжити на такий же термін деякі спеціальні процедури, зокрема процедуру, встановлену згідно з резолюцією ЕКОСОП 1503, що стосується розгляду скарг про грубі й масові порушення прав людини. Особливо гостра дискусія точилася навколо розгляду питань порушення прав людини в окремих країнах. Свого часу КПЛ прийняла низку резолюцій, в яких вказала на систематичні порушення прав людини в певних країнах і призначила спеціальних доповідачів для їх розслідування. Багато представників країн, що розвиваються, виступили з самого початку роботи Ради і виступають досі за скасування мандатів спеціальних доповідачів по країнах. Особливо цього наполегливо домагаються представники Білорусі, Ізраїлю (хоч це й не країна, що розвивається), КНДР, Куби, М'янми, Узбекистану та деяких інших країн, проти яких проводилися відповідні розслідування та подавалися доповіді для обговорення на сесіях КПЛ і Ради. Так, представник Куби заявив, що його країна не погоджується на перетворення Ради в ексклюзивний трибунал з осудження недорозвинених (*underdeveloped*) країн і забезпечення безкарності північних держав<sup>3</sup>. У КПЛ, а потім і в Раді були введені спеціальні мандати, окрім названих країн, щодо Бурунді, Гаїті, Демократичної Республіки Конго, Камбоджі, Сомалі, Судану.

Порушення Ізраїлем прав людини на палестинських територіях обговорюється часто і пристрасно. Спеціальна сесія Ради з цих питань була скликана у 2006 році. Отже, Рада з самого початку своєї роботи проявила схвальну оперативність зі скликання спеціальної сесії Ради з такого нагального питання і прийняла відповідне становище на Близькому Сході рішення. 12 січня 2009 р. Рада прийняла резолюцію, згідно з якою створила «екстерну незалежну міжнародну комісію з розслідування з метою вивчення всіх порушень міжнародних законів про права людини і міжнародних гуманітарних законів, що були здійснені окупаючою державою Ізраїлем проти палестинського народу, особливо в окупованому секторі Газа у зв'язку з наявною агресією і закликає Ізраїль не перешкоджати розслідуванню і повністю співробітничати з комісією». Як і варто було очікувати, Ізраїль відмовився співробітничати з комісією, заявивши, що вона розслідує дії ізраїльської сторони, ігноруючи порушення прав людини палестинською організацією ХАМАС. У березні 2012 р. Рада створила комісію «з встановлення факторів впливу єврейських поселень на права палестинців». З цих та інших питань Рада призначала доповідачів і експертів, що викликало засудження Ізраїлю, США і Канади. Проте порушення Ізраїлем прав палестинців обговорюється постійно в Раді.

Спеціальні сесії скликала і КПЛ. Проте це була громіздка й довготривала процедура. Адже рішення, прийняті на таких сесіях, Комісія могла розглянути на своїй сесії, яка відбувалася раз на рік. Проведення трьох регулярних сесій Ради на рік і декількох спеціальних дають змогу швидко реагувати на надзвичайні ситуації, приймати невідкладні рішення і вживати належні дії, а потім уже на регулярних сесіях розглянути їх виконання. Це стало позитивним фактором для захисту прав людини в надзвичайних ситуаціях. Водночас Рада дістала змогу оперативніше реагувати й на інші ситуації.

Одним з основних питань роботи Ради є універсальні періодичні огляди (далі – УПО) виконання кожною державою її зобов'язань у сфері прав людини. Отже, віднині становище з правами людини в усіх країнах-членах ООН стало предметом розгляду Ради. Проведення таких оглядів свідчить про справедливий і рівноправний підхід до кожної з держав. Раніше КПЛ назначала спеціальних доповідачів для підготовки доповідей лише по тих країнах, в яких, як вона визначала в окремих резолюціях, відбувалися грубі й масові порушення прав людини. Проте і надалі країни, в яких, за визнанням Ради, мають місце грубі й масові порушення прав людини, продовжують бути предметом доповідей спеціальних доповідачів та розгляду відповідно до встановлених ще Комісією процедур. Таким чином, урядам країн, які брутально порушують права людини, не вдається уникнути осудження такої зловісної практики за лаштунками нової процедури.

Для вироблення рекомендацій щодо УПО Рада створила відповідну робочу групу. Розгляд на ній і на сесіях самої Ради УПО дає змогу представити доволі повну картину становища з правами людини у кожній країні – членові ООН. УПО дає також можливість оцінити становище з правами людини у певній країні й з тими правами, у спеціальних договорах, з яких ця країна не бере участі. УПО готується на основі доповіді відповідної держави, доповідей неурядових організацій і рекомендацій країн-членів робочої групи. Огляд дає змогу оцінити рівень імплементації стандартів прав людини у кожній державі. УПО є своєрідною характеристикою держави у цій царині, яку їй дають інші члени ООН. Таким чином, він являє собою дієвий стимул для подальшого просування країни по шляху реформування національного законодавства і практики в галузі прав людини.

На відміну від періодичних доповідей держав-учасниць договірних органів у галузі прав людини, в яких висвітлюється виконання лише певних прав (політичних, економічних, соціальних чи культурних), в універсальних періодичних оглядах висвітлюється виконання країною всіх прав, закріплених у Статуті ООН, Міжнародній хартії прав людини та різних конвенціях. Важливо й те, що держави, які не є учасницями певних договорів, повинні звітувати і про забезпечення прав, закріплених у них.

УПО України Рада розглянула на своєму засіданні 13 травня 2008 року. На ньому були представлені такі документи: національна доповідь України згідно з критеріями, що містяться у резолюції Ради 5/1

(A/HRC/WG.6/2/UKR/1), підготовлені секретаріатом Верховного комісара ООН з прав людини добірки документів (A/HRC/WG.6/2/UKR/1) і коротке резюме (A/HRC/WG.6/2/UKR/3). На своєму 20-му засіданні 12 червня 2008 р. Рада розглянула і прийняла висновок щодо розгляду доповіді України (A/HRC/8/52, pp. 247–249). Делегація Азербайджану високо оцінила національну доповідь України, зазначивши, що вона доклала великих зусиль для будівництва вільного і демократичного суспільства, в якому забезпечується законність, заохочення й захист прав людини і основних свобод. Ця делегація також привітала зусилля українського уряду з реформування системи правосуддя, поліпшення умов утримання у в'язницях і в боротьбі проти насильства щодо жінок і дітей.

Делегація Російської Федерації, стверджуючи, що російська мова є засобом спілкування майже половини населення України, наполегливо рекомендувала зробити її другою офіційною мовою країни. Неурядова організація Міжнародне братство в'язниць схвалило державну програму поліпшення умов утримання у тюрмах, привітала прийняття нового Кримінального процесуального кодексу і впровадження альтернативних заходів покарання. Вона також звернула увагу на активне співробітництво тюремних властей з громадськими організаціями, широкі можливості для навчання молодих ув'язнених і схвалила створення реабілітаційних центрів для звільнених із в'язниць. Делегація Гватемали відзначила високий рівень доповіді України.

Деякі делегації висунули конкретні рекомендації. Так, делегація Мексики запропонувала Україні докласти більших зусиль для ратифікації Міжнародної конвенції про захист прав всіх тудящих-мігрантів і членів їхніх сімей 1990 р. і Конвенції про скорочення безгромадянства 1961 року. У відповідь представник України заявив, що влада країни послідовно докладає зусиль для поліпшення становища зазначених осіб і захисту їхніх прав, включаючи прийняття поправок до законів, що стосуються правового статусу іноземців і осіб без громадянства. Водночас Україна була ще не готова ратифікувати чи приєднатися до зазначених договорів. Не була вона й готовою встановити процедуру розгляду скарг щодо неправомірних дій міліції, як це запропонувала Італія. Разом із тим делегація погодилася прийняти пропозицію Португалії щодо підписання і ратифікації Конвенції про права інвалідів 2006 р. і Факультативного протоколу до неї.

Слід зазначити, що розгляд доповіді України був, здається, найкоротшим за часом порівняно з розглядом доповідей інших країн. Це свідчить про якісно високий рівень поданого документа й чіткі та вичерпні відповіді членів делегації на поставлені запитання.

Розгляд другої доповіді України восени 2012 р. зайняв набагато більше часу. Делегація доповіла про зміни, які відбулися в країні після розгляду першої доповіді. Зокрема було зазначено, що почалися реформи системи кримінального правосуддя, в рамках якої були прийняті новий Кримінально-процесуальний кодекс і закон «Про адвокатуру і адвокатську діяльність». Делегація також повідомила про початок судової реформи та закони, прийняті на її виконання. Було дано короткий огляд зазначених та інших законів. Прозвучала заява, що всі реформи, проведені в той період, мали за мету забезпечення верховенства закону і гарантування того, щоб порушення прав людини не залишилися безкарними.

57 делегацій виступили із заявами в ході інтерактивного діалогу. Марокко, Філіппіни, Словаччина, Словенія та ряд інших делегацій високо оцінили ратифікацію Конвенції про прав інвалідів і Факультативного протоколу до неї. Малайзія привітала включення питань прав людини в обов'язкові навчальні програми уже в початковій освіті. Норвегія, Республіка Молдова і Туніс звернули увагу на активну позицію України щодо інтеграції меншин і захисту їхніх прав. Республіка Корея із задоволенням відзначила прийняття поправок до законів про права осіб з обмеженими можливостями. Низка делегацій позитивно відгукнулася на прийняття закону про попередження і боротьбу з дискримінацією. Португалія схвально оцінила заходи, вжиті Україною щодо виконання рекомендацій, висунутих в ході огляду в 2008 році.

Були висловлені й зауваження та стурбованість. Так, Норвегія висловила глибоку стурбованість з приводу випадків вибіркового правосуддя. Вона також зазначила, що законодавство щодо ЛГБТ-спільноти (спільнота геїв і лесбіянок) є явно дискримінаційним. Республіка Корея висловила занепокоєння з приводу повідомлень про катування та широко розповсюджену практику використання примусового визнання в кримінальному процесі. Словенія запропонувала Україні скоротити розрив у заробітній платі між чоловіками і жінками та більше залучати жінок до роботи на державних посадах. Швеція наголосила на необхідності подальшої реформи органів прокуратури та встановлення незалежної судової системи. Швейцарія і США висловили стурбованість у зв'язку з інформацією про катування і жорстоке поводження з боку міліції, а також у зв'язку з відсутністю розслідувань цих порушень. Вони висловили також занепокоєність з приводу неналежних умов утримання у в'язницях та жорстокого поводження з членами колишнього уряду, переслідування опозиції і збільшення тиску на незалежні ЗМІ. Сполучені Штати Америки висловили стурбованість з приводу порушення фундаментальних свобод і недотримання верховенства закону, а також поширення корупції. Австрія висловила стурбованість з приводу відсутності незалежної судової системи, застосування тортур. Канада заявила, що вона стурбована умовами утримання у в'язницях та закликала до прийняття й поліпшення механізму розгляду скарг з цього приводу.

Слід зазначити, що розгляд цієї доповіді збігся зі встановленням і дією режиму беззаконня, запровадженого кліюко Януковича і прикладів грубого порушення нею прав людини можна було наводити безліч. Їх і наводили представники західних держав. Одна лише делегація Росії беззастережно вихваляла встановлений в Україні режим беззаконня у справі «захисту» прав людини.

Щодо рекомендацій, то делегації пропонували Україні підписати, ратифікувати чи приєднатися до договорів, учасниками яких вона ще не стала. Було висунуто також пропозиції щодо вдосконалення національ-

ного законодавства у відповідних галузях захисту прав людини, спрямовані передусім на недопущення порушення тих прав, які були зазначені делегаціями. Ряд делегацій висунули конкретні пропозиції щодо приведення національного законодавства України у відповідність до положень ратифікованих нею міжнародних договорів і щодо належної імплементації нею цих договорів.

Як видно з прикладу розгляду доповіді України, після розгляду УПО окремої країни Рада приймає рішення, в якому дається оцінка становища з правами людини у ній. Водночас вона формулює практичні рекомендації, включаючи й ті, що спрямовані на необхідну консультативну й технічну допомогу для поліпшення і зміцнення захисту прав людини. Надання такої допомоги стало наріжним каменем роботи Ради. З цією метою був створений спеціальний Добровільний фонд. Проте в окремих серйозних випадках, коли виявляються серйозні порушення прав людини, Рада призначає спеціального доповідача чи вдається до інших процедур, як це відбувається з порушенням Ізраїлем прав палестинців. Кожна держава під час наступного розгляду її періодичного огляду має звітувати про виконання рекомендацій, прийнятих під час попереднього розгляду її доповіді, а також про те, що було зроблено чи робиться для поліпшення заохочення і захисту прав людини в ній. Рада дає чітку оцінку в письмовій формі конкретним заходам країн у цьому відношенні. Якщо якась країна не виконує рекомендацій, Рада вирішує, яких вжити конкретних заходів, щоб примусити її виконувати їх.

Завдяки тому, що сесії Ради проводяться тричі на рік, вона має змогу ретельно розглянути значну кількість доповідей. Упродовж першого циклу розгляду Рада обговорювала по 48 доповідей держав щорічно. Під час другого циклу, що розпочався у травні 2012 р. з 13-ї сесії, Рада розглядає по 42 доповіді держав щорічно. Зменшення кількості обговорюваних доповідей сприяє їх глибшому розгляду. Універсальні періодичні доповіді стали головним інструментом розгляду Радою з прав людини становища із забезпеченням прав людини у кожній країні-члені ООН. Це дає їй можливість оцінити рівень заохочення і захисту прав людини і надати країні конкретні рекомендації щодо поліпшення цього захисту та простежити їх виконання.

До позитивних змін роботи цього органу варто віднести й те, що поступово поліпшується членський склад Ради. Підвищення її статусу і дієвості рішень сприяє те, що ООН розглядає питання прав людини на такому ж рівні й так же серйозно, як і питання безпеки та розвитку. Це, своєю чергою, спричиняє якісно вищий склад делегацій, привертає пильнішу увагу до її роботи й, відповідно, до залучення урядів, громадських організацій, засобів масової інформації та широкого суспільного загалу до справи заохочення і захисту прав людини.

<sup>1</sup> Статут ООН починається зі слів «МИ, НАРОДИ ОБ'ЄДНАНИХ НАЦІЙ ...». Тут спочатку пропонувалося вжити слово «країни». Але у такому разі в англійському тексті перші слова звучали б так: «WE, THE PEOPLES OF THE UNITED STATES», тобто у перекладі на більшість мов це звучало б так: «МИ НАРОДИ СПОЛУЧЕНИХ ШТАТІВ ...». Оскільки Сполучені Штати Америки уже існували, то для запобігання двозначності й непорозуміння вирішили вжити слово «нації» у розумінні «країни».

<sup>2</sup> При большей свободе: к развитию, безопасности и правам человека для всех. – Нью-Йорк, 2005 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org/largerfreedom>

<sup>3</sup> HR/HRC/06/9, p. 5

### Резюме

#### **Овсюк О. М. Рада ООН з прав людини.**

Рада ООН з прав людини є міжурядовим органом в системі Об'єднаних Націй, до якої входять 47 держав. Вона відповідає за заохочення і захист прав людини у всьому світі. У статті йдеться про створення, мандат, процедури, членство і сесії Ради.

**Ключові слова:** Організація Об'єднаних Націй, права людини, Рада ООН з прав людини, міжнародний захист.

### Резюме

#### **Овсюк А. М. Совет ООН по правам человека.**

Совет ООН по правам человека является межправительственным органом в системе Объединенных Наций, в которую входят 47 государств. Она отвечает за поощрение и защиту прав человека во всем мире. В статье речь идет о создании, мандате, процедурах, членстве и сессиях Совета.

**Ключевые слова:** Организация Объединенных Наций, права человека, Совет ООН по правам человека, международная защита.

### Summary

#### **Ovsyuk A. UN Council on Human Rights.**

The UN Human Rights Council is inter-governmental body within the United Nations system made up of 47 States responsible for the promotion and protection of all human rights around the globe. The article deals with the creation, mandates, procedures, membership and sessions of the Council.

**Key words:** United Nations, human rights, the United Nations Human Rights Council, international protection.



## М. І. ОТРОШ

Михайло Іванович Отрош, кандидат юридичних наук, докторант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

**МІЖНАРОДНІ ДОГОВОРИ, НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ ТА ІНШІ АКТИ СВЯТОГО ПРЕСТОЛУ, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ДІЯЛЬНІСТЬ КАТОЛИЦЬКОЇ ЦЕРКВИ**

Перш ніж перейти до розгляду міжнародних договорів і нормативно-правових актів Святого Престолу, що регулюють діяльність Католицької Церкви, доцільно буде визначитися з поняттям «Святий Престол» і з'ясувати, що він являє собою у канонічному і міжнародному праві. Згідно зі ст. 361 Кодексу канонічного права під висловом «Апостольський Престол» або «Святий Престол» розуміється не лише Римський понтифік, але також Державний секретаріат та інші установи Римської курії, якщо з самої суті справи чи з контексту не впливає інше<sup>1</sup>. У свою чергу, з канону 360 Кодексу канонічного права слідує, що Римська курія, за допомогою якої Верховний понтифік (тобто Папа Римський) звичайно вирішує справи Вселенської (католицької) Церкви і яка від його імені та його владою виконує свої обов'язки на благо й для служіння Церквам, складається з Державного (Папського) секретаріату, конгрегацій, судів та інших установ, устрій і правочинність яких визначаються особливим законом<sup>2</sup>.

Відповідно до Латеранських угод 1929 р.<sup>3</sup> Святий Престол як керівний орган Католицької Церкви і суверен Держави Міста Ватикан є загальноновизнаним суб'єктом міжнародного права і носієм духовного та світського суверенітету. Він є самодостатнім і суверенним суб'єктом права *sui juris* і діє в межах компетенції, що випливає з його власної природи, з особливої духовної місії, яку він виконує. Будучи вищим органом Католицької Церкви, Святий Престол володіє усіма правами в межах міжнародного правопорядку для досягнення її цілей, а також представляє цю Церкву на міжнародній арені. У межах духовного суверенітету Святий Престол наділений функціями загального керівництва Католицькою Церквою і правового регулювання її діяльності шляхом укладення міжнародних договорів і прийняття відповідних нормативно-правових та інших актів.

Святий Престол як первинний суб'єкт міжнародного права та носій міжнародних прав і обов'язків, що виникають відповідно до загальних норм міжнародного права, вступаючи у міжнародні публічні правовідносини, реалізує свою міжнародну правоздатність у конкретних формах, у тому числі й шляхом укладання багатосторонніх і двосторонніх міжнародних договорів. Здатність укладати міжнародні договори, тобто самостійно брати участь у формуванні норм міжнародного права, як відомо, є одним із головних проявів міжнародної правосуб'єктності.

Святий Престол є учасником низки багатосторонніх міжнародних договорів у різних сферах, серед яких фігурують як питання, що стосуються суто релігійної діяльності Апостольського Престолу, так і ті, що безпосередньо не стосуються такої діяльності, однак становлять для нього певний інтерес у силу відповідного віровчення Церкви та її практичного служіння. Водночас Святий Престол укладає і двосторонні договори, які, за винятком деяких, зокрема Латеранських угод 1929 р., не є політичними і регулюють конкретні питання співробітництва, що стосуються релігійної й світської проблематики. Особливо активізувалося укладення Святим Престолом таких угод останнім часом, починаючи з понтифікату Іоанна Павла II.

Міжнародні договори Святого Престолу в цілому відповідають вимогам права міжнародних договорів як галузі міжнародного права, що регулює порядок укладення, дії та припинення міжнародних договорів. Однак деякі міжнародні договори, що укладаються Апостольським Престолом, є специфічними щодо мети та предмета правового регулювання і притаманні лише його договірній практиці. Мається на увазі конкордат, який у системі міжнародних договорів посідає особливе місце як «класичний договір», що укладається Святим Престолом з державами. Специфічність конкордатів полягає в тому, що за формою вони аналогічні міжнародним договорам, однак об'єктом їхнього правового регулювання є не лише питання міжнародного, а й суто внутрішньодержавного характеру.

Конкордат (від латинського *concordare* – бути у злагоді) являє собою основоположний урочистий договір між Святим Престолом і певною державою, що регулює в цілому відносини договірних сторін. У широкому розумінні конкордат – це формальна угода між Святим Престолом та іншим суб'єктом міжнародного права, яка укладається дипломатичним шляхом і заснована на міжнародно-правових нормах, що стосуються договорів; залежно від її предмета чи характеру, отримує назву договору, *modus vivendi*, протоколу, обміну нотами тощо.

Укладення конкордату має важливе значення в історії міжнародних відносин. Вперше був укладений у 1122 р. Вормський конкордат<sup>4</sup> між папою Калікстом II і німецьким імператором Генріхом V, щоб покласти кінець боротьбі за інвеституру. З того часу Святий Престол і правителі різних держав усе частіше обирали шлях формальної угоди, щоб врегулювати становище Католицької Церкви у відповідній державі або вирі-

шити спільні проблеми. У 1516 р. король Франциск I і папа Лев X уклали Болонський конкордат<sup>5</sup>, який скасовував «Прагматичну санкцію», згідно з якою зберігався королівський контроль над Церквою у Франції. Один з найбільш відомих – Наполеонівський конкордат 1801 р.<sup>6</sup>, який поклав кінець антирелігійній політиці Французької революції і, залишаючись чинним до 1905 р., заклав підвалини сучасного типу конкордата. Особливо важливими являються також Латеранські угоди 1929 р., що включають в себе трактат, на підставі якого було створено Державу Місто Ватикан, і конкордат, який регулює статус Католицької Церкви в Італії<sup>7</sup>.

Після Другої світової війни Святий Престол уклав понад 100 угод і конкордатів<sup>8</sup>, у тому числі з мусульманськими державами, а в останні роки минулого століття – також з колишніми соціалістичними країнами і з новоутвореними державами, колишніми республіками СРСР, – Казахстаном, Естонією, Латвією і Литвою. Між Святим Престолом та Україною в даний час жодної формальної угоди, крім обміну нотами про встановлення дипломатичних відносин, не існує.

Юридична структура конкордату до певної міри впливає із загальної структури угод між державами. Договірними сторонами конкордату є Святий Престол і держава; Святий Престол діє від імені Папи Римського, а держава – через своїх конституційних представників.

Процес підготовки конкордату складається з трьох етапів:

1. Переговори – звичайно розпочинаються з неофіційних зустрічей, під час яких досліджується можливість укладення угоди і встановлюються її головні пункти, потім сторони призначають своїх уповноважених представників, які продовжують офіційні переговори, пропонуючи й обговорюючи проект угоди.

2. Підписання – погодившись з текстом конкордату, повноважні представники підписують його. Підписання означає укладення двосторонньої угоди і визначає її зміст, але ще не надає їй зобов'язуючої сили, тобто угода ще не набирає чинності.

3. Ратифікація – це дипломатичний акт, яким кожна з сторін урочисто і формально висловлює згоду на обов'язковість конкордату. Зі сторони Святого Престолу ратифікує конкордат Папа; від імені держави конкордат ратифікує, як правило, глава держави (у деяких країнах – лише після схвалення парламентом). Акт ратифікації фіксується у спеціальному документі – ратифікаційній грамоті. З моменту обміну ратифікаційними грамотами конкордат набирає чинності<sup>9</sup>.

Конкордат являє собою текст на двох мовах, поділений на нумеровані пункти чи статті і підписаний обома сторонами. Конкордат визначає становище і юридичний статус Католицької Церкви та її адміністративних структур у певній державі, регулює питання призначення на церковні посади, громадянського статусу священнослужителів і ченців, особливого статусу церковного майна, визнання державою церковного канонічного шлюбу, наявності католицьких шкіл і релігійного навчання, присутності священнослужителів в армії та виправних закладах тощо<sup>10</sup>. Юридична сила конкордату основана на загальному правилі *pacta sunt servanda*, закріпленому Віденською конвенцією про право міжнародних договорів 1969 року<sup>11</sup>.

Нормативно-правові та інші акти Святого Престолу – це офіційні документи, що походять або безпосередньо від Папи Римського, або від уповноважених Папою представників Римської курії. Хоча Римська курія виконує свої функції від імені Верховного понтифіка і його владою, документи Святого Престолу можна умовно класифікувати на ті, що безпосередньо походять від Папи і ті, що підготовлені й обнародовані різними відомствами Римської курії. Нормативно-правові та інші акти Святого Престолу можуть містити судження з питань віровчення і моралі, рівно як і адміністративні та дисциплінарні норми.

Документи Папи Римського – всі документи, що виходять від Папи на здійснення його верховної влади управління та учительства. Відповідно до наданого їм характеру і форми вони мають різні найменування.

За своїм характером папські документи відрізняються наступним чином: 1) апостольські конституції (*constitutions apostolicae*), що стосуються як віроповчальних, так і дисциплінарних питань, які мають особливу значимість для Католицької Церкви; 2) *motu proprio* – документи, складені й обнародовані Папою від своєї особи і за власною ініціативою без попередніх запитів і клопотань; ці документи (як правило, адміністративного характеру) розглядають переважно дисциплінарні питання, менш значні за своїм характером; 3) апостольські послання (*litterae apostolicae*) – адміністративні документи, які обнародуються особисто Папою і вживаються для проголошення канонізації святих, при призначенні нових єпископів і кардиналів, при заснуванні нових єпархій тощо; 4) папські послання та листи (*litterae et epistulae pontificiae*), що називаються також енцикліками, і мають переважно віроповчальний, моральний або соціальний характер<sup>12</sup>.

Слід розрізняти *litterae encyclicae* (окружні послання), звернені до всієї Церкви, і *epistolae encyclicae* (окружні листи), адресовані окремій групі церковних ієрархів, наприклад єпископам однієї країни. Первісно енцикліки, як правило, адресувалися єпископам, які перебували у спілкуванні з Святим Престолом<sup>13</sup>. Однак папа Іоанн XXIII в енцикліці «*Racem in terris*» (11 квітня 1963 р.) до традиційного звернення «Високоповажним братам патріархам, примасам, архієпископам, єпископам і іншим ієрархам...» додав слова «...усім людям доброї волі»<sup>14</sup>. Цей приклад наслідували і наступники Іоанна XXIII на престолі святого Петра. Разом із тим, за всієї своєї авторитетності, енцикліки не мають характеру безпомилковості<sup>15</sup>.

За формою папські документи поділяються на: 1) булли<sup>16</sup>, що являють собою найбільш урочисту форму публікації документів Святого Престолу (переважно апостольських послань); 2) бреве<sup>17</sup>, форма якого може бути надана документам менш значного характеру, що підписуються секретарем канцелярії для апостольських бреве; 3) послання, адресовані певним особам, що підписуються особисто Папою; 4) рескрипти, що містяться у письмовій формі відповіді Папи на деякі прохання, направлені через уповноважені відомства Римської курії; рескрипти і відповіді містять формулювання *ad instantiam* (латиною «на запит», «на клопотання») і

відповідають стародавнім декреталіям; 5) декрети – усі ті законодавчі або адміністративні документи, які не мають форми послань; 6) так звані *vivae vocis oracular*, тобто всі приписи і розпорядження, що даються Римським Папою в усній формі; вони можуть відрізнятися за жанром, наприклад, надавати благословення, привілеї, диспенсації тощо; щоб мати силу у сфері зовнішньої підсудності (*pro foro externo*); подібні усні розпорядження повинні бути аутентичним чином підтверджені документом одного з кардиналів або уповноваженою римською конгрегацією<sup>18</sup>.

Рукописні послання (*chirographa*) зазвичай направляються одному з кардиналів і написані від руки самим Папою. Вони мають більш адміністративний, ніж віроповчальний характер, і містять пропозиції та вказівки щодо способу вирішення окремих церковних питань. Подібного роду документи направлялися також главам держав або деяким видатним церковним ієрархам з певних проблем.

Особливим жанром усного звернення Папи є промова (*allocutio*). Цей термін вживався у XIX ст. для позначення насамперед урочистих звернень Папи до кардиналів на таємній консисторії; у них розглядалися поточні події особливої значущості, що мали загальну потребу для Католицької Церкви у сфері релігійних питань, проблем відносин між Святим Престолом і урядами різних держав тощо. Нині цей термін слугує для позначення менш офіційних усних звернень Папи, зроблених з нагоди особливих випадків (наприклад, промова Папи Павла VI на Генеральній асамблеї ООН у 1966 р.); в них даються також деякі особливі настанови або містяться щорічні звернення (наприклад, пасхальні або різдвяні).

Останнім часом в окремих жанр папських документів виділилися апостольські звернення (латиною *adhortatio*, італійською мовою *esortazione* – кликання, підбадьорення). Як правило, вони містять проаналізовані та доповнені Папою результати синодів єпископів. Першим такого роду документом було апостольське звернення Папи Павла VI «*Evangelii nuntiandi*» (1975)<sup>19</sup>.

Документи Римської курії – це насамперед декрети, адресовані підпорядкованим церковним органам або особам. Декрет може стосуватися усіх віруючих, але, як правило, він безпосередньо заторкує лише тих, до кого звернений. Перед опублікуванням він завжди потребує схвалення Папи, принаймні у загальноприйнятій формі, що надає йому гарантію й достоїнство документа, який пройшов через розгляд Римського Папи. Однак це не наділяє декрет папською прерогативою і не підвищує його статус щодо первісно властивої йому категорії документа однієї з римських конгрегацій. Подібного роду декрети й декларації не мають характеру безпомилковості і можуть бути переглянуті. В окремих випадках Папа може схвалити і ратифікувати той чи інший декрет або декларацію в особливій формі (*in forma specifica*), використовуючи такі вислови, як *ex scientia certa, motu proprio, de apostolicae auctoritatis plenitudine*, перетворивши тим самим цей документ конгрегації в безпосередньо документ Папи.

Інструкції – це адміністративні документи, що мають більш директивний, ніж повчальний характер. Рескрипти являють собою відповіді на запити про канонічні дозволи або диспенсації і стосуються лише тих осіб, до яких вони звернені (якщо в них не встановлюється інше). На запит щодо правильного тлумачення церковних законів дається рескрипт або проста відповідь. Рішення і резолюції є адміністративними судженнями, направленими на вирішення спірних питань<sup>20</sup>. Якщо справа передається на формальний розгляд суду, то судові рішення називається вироком.

Таким чином, Святий Престол як вищий керівний орган Католицької Церкви володіє всіма правами в рамках міжнародного правопорядку для досягнення її цілей і наділений функцією правового регулювання діяльності Католицької Церкви шляхом укладення міжнародних договорів і прийняття відповідних нормативно-правових та інших актів.

<sup>1</sup> Кодекс канонического права / [пер. с латинского А. Н. Ковалева]. – М. : Ин-т философии, теологии и истории св. Фомы, 2007. – 624 с. – С. 169.

<sup>2</sup> Там само. – С. 169.

<sup>3</sup> Договор между Святым престолом и Королевством Италия от 11 февраля 1929 г. // Конституции государств Европы : в 3 т. / [под общ. ред. и со вступ. статьей Л. А. Окунькова]. – М. : Норма, 2001–2001. – Т. 1. – 2001. – С. 452–459.

<sup>4</sup> Das Wormser Konkordat: Zum Streit um seine Bedeutung // Forschungen zur Geschichte des Mittelalters und der Neuzeit: Festschrift D. Schäfer. Jena, 1915 – S. 121–148.

<sup>5</sup> Condorelli M. Concordati e libertà della Chiesa / M. Condorelli // Il diritto ecclesiastico 1 (1968). – P. 226–261.

<sup>6</sup> Catalano G. Sulle vicende dell'istituto concordatario nell'età contemporanea / G. Catalano // Il diritto ecclesiastico 1 (1992). – P. 3–33.

<sup>7</sup> Гринберг А. И. Вводная статья к Основному Закону Ватикана 1929 года / А. И. Гринберг // Конституции государств Европы : в 3 т. / [под ред. Л. А. Окунькова]. – М. : Норма, 2001–2001. – Т. 1. – 2001. – 824 с.

<sup>8</sup> Listl J. Konkordate und Kirchenverträge / J. Listl // Idem. Kirche im freiheitlichen Staat. Berlin, 1996. – S. 469–493.

<sup>9</sup> Astorri R. Stato e Chiesa tra «tentazione separatista» e opzione concordataria / R. Astorri // Panorami 5 (1993). – P. 195–217.

<sup>10</sup> Эрдо П. Конкордат в Европе / П. Эрдо // Новая Европа. – 2002. – № 15. – С. 103–109.

<sup>11</sup> Венская конвенция о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. // Сборник документов по курсу международного права. – М. : Ин-т международного права и экономики, 1996. – Ч. I: Общая / [сост. М. В. Андреева]. – С. 320–351.

<sup>12</sup> González del Valle J. M. Los actos pontificios como fuente del derecho canónico // Ius canonicum. – 1976. – № 32. – P. 245–292.

<sup>13</sup> Del Re N. Mondo vaticano. Città del Vaticano. – 1995. – P. 461–463.

<sup>14</sup> Majka J. Koncercja pokoju chrześcijańskiego w świetle encykliki «Pacem in terris» / J. Majka // Colloquium Salutis. – 1973. – № 5. – S. 77–88.

<sup>15</sup> Ford J. T. Infallibility: Recent Studies / J. T. Ford // Theological Studies. – 1979. – № 40. – P. 273–305.

<sup>16</sup> Plöchl W. Geschichte des Kirchenrechts. / W. Plöchl. – Wien, 1953–1969. – Bd. 2. – S. 76–77; Bd. 3. – S. 102–103.

<sup>17</sup> Eichmann E. Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des «Codex iuris canonici» / E. Eichmann, K. Mörsdorf. – München-Paderborn-Wien, 1958–64. – Bd. 1. – S. 45.

<sup>18</sup> Del Re N. Atti pontifici / Del Re N. // Mondo vaticano: Passato e presente. Città del Vaticano, 1995. – P. 92–93.

<sup>19</sup> Salvini G. A. A venticinque anni dalla «Evangelii nuntiandi» / G.A. Salvini // La civiltà cattolica. – 2000. – № 4. – P. 350–362.

<sup>20</sup> D'Ostilio F. Prontuario del Codice di Diritto Canonico / F. D'Ostilio // Città del Vaticano. – 1998. – P. 181–182.

#### Резюме

##### **Отрош М. І. Міжнародні договори, нормативно-правові та інші акти Святого Престолу, що регулюють діяльність Католицької Церкви.**

У статті досліджуються міжнародні договори, нормативно-правові та інші акти Святого Престолу, що регулюють діяльність Католицької Церкви. Святий Престол як керівний орган Католицької Церкви і суверен Держави Міста Ватикан є загальноновизнаним суб'єктом міжнародного права і носієм духовного та світського суверенітету, виступає суверенним суб'єктом права *sui juris* і діє в рамках компетенції, що випливає з його власної природи, з особливою духовною місією, яку він виконує. У рамках духовного суверенітету Святий Престол наділений функціями загального керівництва Католицькою Церквою і правового регулювання її діяльності шляхом укладення міжнародних договорів і прийняття відповідних нормативно-правових та інших актів.

**Ключові слова:** міжнародні договори Святого Престолу, конкордат, апостольська конституція, апостольське послання, енцикліка.

#### Резюме

##### **Отрош М. И. Международные договоры, нормативно-правовые и иные акты Святого Престола, регулирующие деятельность Католической Церкви.**

В статье исследуются международные договоры, нормативно-правовые и иные акты Святого престола, регулирующие деятельность католической церкви. Святой Престол как руководящий орган католической церкви и суверен Государства Града Ватикан является общепризнанным субъектом международного права и носителем духовного и светского суверенитета, выступает суверенным субъектом права *sui juris* и действует в рамках компетенции, вытекающей из его собственной природы, с особенной духовной миссии, которую он выполняет. В рамках духовного суверенитета Святой Престол наделен функциями общего руководства католической церковью и правового регулирования ее деятельности путем заключения международных договоров и принятия соответствующих нормативно-правовых и иных актов.

**Ключевые слова:** международные договоры Святого Престола, конкордат, апостольская конституция, апостольское послание, энциклика.

#### Summary

##### **Otrosh M. International treaties, laws and other acts of the Holy See that regulates the activities of the Catholic Church.**

The article deals with international treaties, laws and other acts of the Holy See that regulates the activity of the Catholic Church. Holy See as the governing body of the Catholic Church and Sovereign of Vatican City is recognized subject of International Law and the bearer of spiritual and temporal sovereignty and is the subject to the law *sui juris*, operates under the authority that derives from his own nature, with particular spiritual mission, which it performs. Within the spiritual sovereignty the Holy See endowed with the functions of general management of the Catholic Church and legal regulation of its activity by entering into international agreements and appropriate legal and other acts.

**Key words:** international treaties of the Holy See, concordat, apostolic constitution, epistle, encyclical.

УДК 341.18

**О. А. АНТОНЮК**

*Ольга Анатоліївна Антонюк, аспірантка Інституту законодавства Верховної Ради України*

## **МІЖНАРОДНА ПУБЛІЧНА МЕДІАЦІЯ: У ПОШУКАХ МАКСИМАЛЬНОЇ ЕФЕКТИВНОСТІ**

Аналіз джерел міжнародного публічного права, що регламентують питання врегулювання міжнародних спорів, практики їх застосування, а також основних положень сучасної доктрини міжнародного права, дає змогу охарактеризувати медіацію в площині міжнародного публічного права, тобто, власне міжнародну публічну медіацію, як залучення третьої незалежної сторони в переговорний процес між суб'єктами міжнародного публічного права, що сперечаються. Він здійснюється за згодою всіх сторін конфлікту на їх прохання або за ініціативою третьої сторони з метою мирного врегулювання спору на основі пропозицій медіатора.

Міжнародна публічна медіація по суті є формою міжнародних переговорів, але на більш широкій основі, за участю третьої сторони. Зусилля медіатора, як і прямі переговори, допомагають встановити безпосе-

редній контакт між учасниками спору, здійснити швидке ознайомлення з позиціями сторін, їх взаємними претензіями одна до одної. Міжнародна публічна медіація ґрунтується на принципах і методах, властивих інститутові безпосередніх переговорів, з урахуванням додаткових прав і обов'язків сторін щодо медіатора, а також відповідних компетенцій останнього. З додатковим урахуванням особливостей суверенного статусу сторін суперечки.

В існуючій системі мирних засобів вирішення міжнародних спорів медіацію вирізняє гнучкість і відсутність чіткої міжнародно-правової регламентації, які в більшості випадків зумовлюють звернення до неї сторін, що сперечаються. Разом із тим у ході врегулювання конфлікту як медіатор, так і сторони спору зобов'язані керуватися принципами міжнародного права, а також керівними установками та протоколами, властивими безпосереднім переговорам, як ключової складової інституту міжнародної публічної медіації.

Ряд особливостей можна виявити, вивчаючи окремі випадки міждержавної медіації, і отримати з них безцінні уроки. Хоча багато уваги приділено міждержавним конфліктам, набагато менше досліджень присвячено міжнародній медіації внутрішньодержавних конфліктів, що набувають все більшого поширення у світі. Розуміючи важливість миротворчих процесів у внутрішньодержавних конфліктах для збереження міжнародного миру та безпеки, брак досліджень у цій сфері є справді проблемою. Ця прогалина у дослідженнях залишає політикам мало можливостей для отримання експертних даних з таких питань, окрім ряду кейсів та концепцій.

Важливі уроки, що можуть бути отримані з уже накопиченого досвіду проведення медіацій міжнародних конфліктів, як міжнародних, так і внутрішніх, зводяться до наступного: 1) можливість медіаційного втручання та момент ініціативи медіації (попередження гострої стадії конфлікту та відчуття нагальності); 2) врахування особливостей статусу сторін спору (проблема визнання, як центральний елемент сучасних внутрішніх конфліктів, що загрожують світовому миру та безпеці); 3) кандидатура ключового медіатора (включаючи координацію медіаційних зусиль); 4) спектр можливостей медіаторів (взаємозв'язок між медіацією та миротворчою діяльністю)<sup>1</sup>; 5) забезпечення виконання мирних угод, досягнутих в процесі медіації.

Таким чином, для ефективності здійснення медіації насамперед важливо враховувати «медіативність» конфлікту, тобто теоретичну можливість його врегулювання шляхом застосування міжнародної медіації. Однією з істотних обставин тут можна вважати специфіку сучасних світових конфліктів. В останні роки світова спільнота все частіше стикається з конфліктами нового покоління – внутрішніми, що відбуваються в межах території однієї держави. Причому такі внутрішні конфлікти сьогодні вже переважають серед збройних зіткнень на планеті. Особливістю внутрішнього конфлікту є те, що він відбувається на території однієї суверенної держави і не виходить за межі її кордонів. Сторонами протистояння в такому конфлікті є законна влада і антиурядові сили. У сучасному світі переважна більшість випадків медіації припадає саме на конфлікти такого роду<sup>2</sup>.

В основних джерелах міжнародного права йдеться про мирні засоби вирішення спорів між державами, але немає жодної статті, де б йшлося про шляхи вирішення внутрішньодержавних суперечок і громадянських воєн. Більше того, в п. 7 ст. 2 Статуту ООН передбачено, що «Статут в жодній мірі не дає Організації Об'єднаних Націй права на втручання в справи, що по суті входять у внутрішню компетенцію будь-якої держави, і не вимагає від членів Організації Об'єднаних Націй представляти такі справи на вирішення цього Статуту»<sup>3</sup>. Однак ще в 70–80-х роках ХХ ст. дослідники міжнародного права відзначили, що світова спільнота повинна реагувати на кризи, що відбуваються в межах окремої держави, якщо вони загрожують підтриманню міжнародного миру і безпеки<sup>4</sup>. Міжнародне співтовариство на Всесвітньому саміті 2005 року визнало, що «сучасні загрози не визнають національних кордонів і є взаємопов'язаними, і що ними необхідно займатися на глобальному, регіональному та національному рівнях відповідно до Статуту і норм міжнародного права»<sup>5</sup>. Також у міжнародних доповідях зазначається, що медіація в контексті підтримання миру стала одним з інструментів ООН для контролю і врегулювання конфліктів, як між державами, такі всередині держав. За словами Генерального секретаря ООН, «у першому випадку дії ООН повністю відповідають вимогам Статуту ООН, тоді як у другому випадку необхідно забезпечувати їх відповідність пункту 7 статті 2 Статуту ООН і використовувати тільки за умови згоди сторін конфлікту»<sup>6</sup>.

На відміну від універсальних актів, багато міжнародних документів регіонального характеру передбачають можливість участі органів міжнародних організацій або їх посадових осіб у якості медіаторів для врегулювання конфліктів, що відбуваються всередині держави – учасника регіональної угоди. Наприклад, відповідно до ст. 16 Статуту СНД 1993 р. держави-члени вживають всіх можливих заходів для запобігання конфлікту, передусім на міжнаціональній та міжконфесійній основі, що можуть спричинити порушення прав людини. Вони надають одна одній на основі взаємної згоди допомогу у врегулюванні таких конфліктів, в тому числі і в рамках міжнародних організацій. Згідно зі ст. 17 Статуту СНД якщо держави-члени не вирішують його за допомогою таких засобів, вони можуть передати його на розгляд Ради глав держав. Стаття 18 Статуту СНД наділяє останню правом в будь-якій стадії спору, продовження якого могло б загрожувати підтримці миру або безпеки, рекомендувати сторонам належну процедуру або методи врегулювання суперечки. На думку Б. Р. Тузмухамедова, «стаття 16 Статуту СНД цілком застосовна до конфліктів, що відбуваються всередині держави. Крім того, стаття 18 говорить про «підтримку безпеки в Співдружності» і при бажанні союз «в» може бути розширено витлумачений як такий, що допускає здійснення відповідних заходів в межах

окремих держав»<sup>7</sup>. Концепція запобігання та врегулювання конфліктів на території держав-учасниць Співдружності 1996 р. більш точно, ніж Статут СНД, визначає, що йдеться про всі конфлікти на території держав – учасниць Співдружності, тобто як про міждержавні, такі про внутрішні конфлікти.

Згідно зі ст. 25 Протоколу про механізм для попередження, врегулювання та вирішення конфліктів, підтримки миру і безпеки 1999 р.<sup>8</sup>, затвердженого в рамках субрегіональної організації африканських держав ЕКОВАС, даний механізм може бути використаний для підтримки миру, стабільності й безпеки в регіоні у разі виникнення конфлікту між двома або кількома членами ЕКОВАС, або у випадку внутрішньодержавного конфлікту, який загрожує перерости в гуманітарну катастрофу або становить серйозну загрозу для миру і безпеки в субрегіоні. Одним із інструментів діяльності механізму з урегулювання конфліктів відповідно до ст. ст. 10, 15, 20, 27 Протоколу є медіація, яка може здійснюватися Радою з медіації і безпеки, Виконавчим секретарем, спеціальними місіями або Радою мудреців.

Таким чином, можливість застосування міжнародної медіації до внутрішньодержавних конфліктів є визнаним світовою спільнотою інструментом, а отже, більшість таких конфліктів можна вважати «медіативними». При цьому слід зазначити, що в міжнародно-правових актах відсутня чітка характеристика конфліктних або спірних внутрішньодержавних відносин та критеріїв, за яких допустимо або бажано застосування міжнародної публічної медіації.

Одне з питань, що пронизують весь процес міжнародної медіації, є питання визнання. Медіювання конфліктів за участю невизнаних утворень – таких як представники територій з власними державними прагненнями – певною мірою легітимізує їх і надає ознак міжнародного визнання. Медіаційна ініціатива щодо будь-якого конфлікту такої природи неминуче стикнеться з боротьбою «за» та «проти» визнання. Конфлікт, що виникає між державою та недержавним утворенням з певними державними сподіваннями, є прикладом саме такої проблеми. У міжнародній практиці процес залучення міжнародних медіаторів у внутрішньодержавні конфлікти часто ускладнюється тим, що представники законної влади – одна з конфлікуючих сторін – розглядають ініціативи міжнародного співтовариства щодо медіації конфлікту як втручання у внутрішні справи держави, і не визнають опозиційні сили як сторону конфлікту, що має рівний з нею статус при вирішенні конфлікту<sup>9</sup>.

Наприклад, як і у багатьох інших внутрішніх збройних конфліктах, уряд у Азербайджані був надзвичайно несприйнятливим до спроб та заходів, що носили певний практичний або символічний характер, здатний стати сигналом визнання статусу Нагірного Карабаху. Таким чином, однією з перешкод процесу в 1994 р. була відмова Азербайджану вдаватися до будь-яких заходів, що могли б означати визнання. Приставши на рівні з представниками Нагірного Карабаху умови ведення переговорів, уряд конклюдентно визнавав би їх самостійний державний статус<sup>10</sup>.

Досвід ООН зі здійснення медіації свідчить, що у випадках внутрішньодержавних конфліктів уряди можуть заперечувати проти залучення Організації у процес врегулювання через побоювання, що це призведе до «інтернаціоналізації» проблеми і зробить опозиційні, чи то повстанські рухи легітимними, легітимізує їх в очах суспільства та міжнародної спільноти. Опозиційні або повстанські рухи, в свою чергу, можуть побоюватися того, що ООН, яка є міжурядовою організацією, буде віддавати перевагу інтересам уряду.

Для уможливлення вирішення таких конфліктів, де питання визнання стає основною перешкодою, необхідне сприяння недержавним та неофіційним організаціям у ініціюванні та проведенні медіаційних процедур з метою врегулювання конфлікту без порушення питання офіційного визнання. Деякі дослідники<sup>11</sup> припускають, що медіаторам варто намагатись побудувати медіаційний процес, через який взаємодія між сторонами спору за столом переговорів не буде стосуватися питання визнання вимог одна одній.

Не менш важливим для ефективності медіаційних зусиль є правильність визначення доречного моменту для ініціювання втручання третьої сторони, а також виважене планування всіх стадій процесу медіації у часі. Найперші свідчення про необхідність втручання мають отримувати вирішальну та ефективну реакцію на них. Додатково варто зазначити, що при втручанні в конфлікт, який вже досягнув розмаху, перейшов у збройні заворушення та супроводжується актами насильства, медіація значно ускладнюється, адже сторони можуть займати непримиримі позиції, зважаючи на значні людські втрати та появу «жаги помсти». Коли ж медіаційна ініціатива вже розпочата, ключовим елементом є капіталізація зусиль на ранніх стадіях процесу для деескалації тиску та побудови мирних зносин та процедур управління конфліктом<sup>12</sup>. Так, при вирішенні нагірно-карабахського конфлікту ОБСЄ намагалась сконструювати миротворчий процес, виходячи із підходу поступового зближення. В основу такого підходу покладено тактику досягнення домовленостей між сторонами конфлікту щодо невеликих та менш істотних питань на початкових стадіях медіації та створення на цій основі достатнього рівня взаємної довіри для подальшого впорядкування більш значущих питань. У нагірно-карабахському процесі медіаційні зусилля «застигли» на першій стадії і медіатори не змогли створити тісний зв'язок між першим та наступними кроками запланованої процедури<sup>13</sup>. За умови обрання іншого часу або періоду для таких спроб медіатори могли досягти мети і їх зусилля виявились би більш ефективними.

Зважаючи на багатополарність сучасного світу та багатовекторність зовнішньої політики, все рідше трапляються випадки участі лише одного медіатора у процесі врегулювання. Медіаційні зусилля не часто здійснюються лише ОБСЄ, ООН, однією державою або неурядовою організацією. Навпаки, тенденція демонструє абсолютну перевагу групових, або колективних, медіацій. Координація медіаційних зусиль між усіма учасниками процесу, правильна та виважена організація всіх медіаційних процедур – від моменту ініціації медіації до стадії гарантування дотримання угод та здобутків медіаційних зусиль також є істотним фактором ефективності.

У сучасному світі колективна медіація, що поєднує в собі участь офіційних посередників, політичних місій, неурядових організацій, а також окремих представників громадянського суспільства, які відіграють взаємодоповнюючу роль, все частіше стає незамінним інструментом врегулювання складних конфліктів, які потребують всебічних стратегій і підходів<sup>14</sup>. Однак такі переваги не означають, що медіація взагалі є більш ефективною, якщо вона здійснюється не одним, а групою медіаторів. При недостатній координації зусиль медіаторів одночасне втручання декількох акторів в конфлікт може призвести до ускладнення процесу врегулювання. Крім того, при колективній медіації кількість сторін, які потребують узгодження, збільшується, що в результаті призводить до втрати її оперативності. При цьому занадто багато осіб отримують доступ до конфіденційної інформації, що може перешкодити ефективності зусиль медіаторів.

Слід також зазначити, що в процесі використання колективної медіації виникає ризик конкуренції між медіаторами та дублювання їх функцій. У доповіді Генерального секретаря ООН «Причини конфліктів та сприяння забезпеченню міцного миру та сталого розвитку в Африці» зазначається крайня важливість того, щоб міжнародні дійові особи не піддавалися «спокусі змагатися або конкурувати в медіації них зусиллях після того, як будуть створені рамки таких зусиль. Призначення спеціальних посланців або спеціальних представників може значною мірою полегшити проведення консультацій, обмін інформацією та прийняття рішень в рамках міжнародного співтовариства. Однак це не повинно надавати сторонам в конфлікті можливості підірвати єдність міжнародного співтовариства або протиставляти одні зусилля іншим. Такий розвиток подій неминуче ускладнює ситуацію і веде до затримок, але аж ніяк не сприяє прогресу»<sup>15</sup>. Коли доступно багато медіаторів, сторони спору можуть створювати умови для «стравлювання» медіаторів між собою. Також існує ризик здійснення сторонами спору так званого *forumshopping*, вибору каналу медіації, що на момент обрання здається найбільш вигідним для конкретної сторони<sup>16</sup>. Можливість третіх сторін сприяти вирішенню конфлікту значно зменшується при відсутності координації медіаційних зусиль<sup>17</sup>.

Наприклад, однією з найбільших перепон для ефективності медіації конфлікту у Нагірному Карабасі була відсутність узгодженого підходу різних медіаторів, задіяних у процесі врегулювання конфлікту, та нестача координації між окремими медіаційними ініціативами. Російська Федерація в певні моменти намагалась монополізувати медіаційний процес та маргіналізувати ОБСЄ. Після 1995 р. координація між основними медіаторами – Росією, Сполученими Штатами та Францією – була посилена шляхом інституціоналізації потрібного головування, впровадження так званої «трійки»<sup>18</sup>.

Колективна медіація може бути особливо ефективною у разі асиметричного впливу медіаторів, коли один з них має більшу довіру однієї з конфліктуючих сторін, а інший – іншої. Це дає змогу вирішити труднощі у разі, коли одна з протиборчих сторін наполягає на виборі одного медіатора, тоді як інша – на виборі іншого. Сторони можуть погодитися на участь обох медіаторів у врегулюванні конфлікту. Наприклад, асиметричним було посередництво СРСР і США при врегулюванні намібійської проблеми наприкінці 1980-х років. Питання про надання незалежності Намібії зв'язувалось ПАР з вимогою виведення кубинських військ з Анголи. СРСР мав більше впливу на ангольську та кубинську сторону, в той час як США – на ПАР.

Таким чином, в умовах колективної медіації діяльність медіаторів може бути успішною, якщо один із них є головним, володіючи також необхідними якостями для того, щоб медіація не закінчилася провалом, після чого врегулювати конфлікт буде ще важче. Незалежно від того, хто відіграє керівну роль, інші сторони повинні підтримувати цей процес узгодженим і належним чином. Особливу увагу варто приділяти тому, яким чином мають координуватись різні ініціативи, щоб взаємодоповнювати одна одну, а не перешкоджати врегулюванню конфлікту.

Врахування особи медіатора, особливостей його відносин із сторонами спору та методів, на які він зважить при спробах врегулювання, є не менш важливим для успіху процесу медіації. Оскільки медіація може здійснюватися різними типами медіаторів, такими як міжнародні організації, наддержавні утворення, окремі держави, неурядові організації, окремі діячі тощо, техніки медіації, відповідно, також різняться. Медіатори можуть залучати заходи різних рівнів впливу від простої фасілітації інформаційного обміну до методів реформатування комунікаційних паттернів сторін та маніпулювання (додавання або замовчування) даних з метою підштовхування сторін до врегулювання<sup>19</sup>. Водночас важливо підкреслити, що медіація не має спиратись на застосування сили або примусу (зважаючи, що могутній медіатор може використати погрозу силою для здійснення тиску на сторони) і зважати, що сторони залишають за собою певний рівень впливу на здобутки всього процесу медіації (на відміну від арбітражу).

Неупередженість та нейтральність медіатора може відіграти ключову роль у досягненні успіху, однак неможливо ігнорувати той факт, що широкий спектр міжнародних медіаційних зусиль де-факто здійснюється формально упередженими медіаторами<sup>20</sup> та із неминучим застосуванням заходів прямого й непрямого тиску. Міжнародні медіатори все ще можуть переконувати сторони конфлікту припинити спір вказівками на розмір витрат на затяжне протистояння та можливості мирного врегулювання, хоча конфлікт у Нагірному Карабасі може бути прикладом вирішення конфлікту через тиск з поля бою<sup>21</sup>.

Крім того, в міжнародній практиці склався комплекс спеціальних прав і обов'язків медіатора і сторін спору, які більшою мірою мають характер міжнародно-правового звичаю, а також сукупність прийомів і методів, що допомагають їх реалізовувати. Недотримання сторонами і медіатором особливостей проведення медіації, її принципів і установок, а тим більше залучення спроб силового вирішення проблеми, перешкоджають успішному вирішенню конфлікту, свідченням чому є випадки Косово та Південної Осетії<sup>22</sup>.

Одним із найвпливовіших, на думку автора, факторів ефективності медіації міжнародного конфлікту є забезпечення виконання досягнутих угод. Досвід врегулювання міжнародних конфліктів свідчить про те, що в наступні кілька років після укладення сторонами мирної угоди майже половина конфліктів схильні поновлюватися, у зв'язку з чим міжнародна спільнота визнала необхідність надання зовнішньої підтримки для забезпечення дотримання досягнутих домовленостей<sup>23</sup>. У даних умовах визначення завдання медіатора, закріплене в Гаазькій конвенції 1907 р. як «узгодження протилежних прагнень і заспокоєння почуття неприязні» є явно недостатнім.

На сучасному етапі розвитку міжнародних відносин медіація використовується не тільки, як спосіб досягнення мирних угод, а й як механізм, що гарантує їх виконання сторонами, що сперечаються, на стадії пост конфліктного миробудівництва, що на практиці знаходить своє застосування, зокрема, в рамках діяльності Комісії ООН з миробудівництва, а також спеціальних політичних місій ООН. В останні десятиліття склалася практика, згідно з якою медіатор бере на себе функції гаранта мирної угоди, підписаної за його безпосередньої участі, та сприяє в усуненні проблем, пов'язаних із здійсненням ключових положень даної угоди.

Питання про гарантії стояло на порядку денному всіх переговорів з урегулювання конфліктів на пострадянському просторі. Ініціатором постановки даного питання виступала, як правило, сторона, найменш захищена в міжнародно-правовому відношенні. Для неї міжнародні гарантії були обов'язковою умовою підписання того чи іншого важливого документа. Наприклад, у 1979 р. США виступили гарантом договору між Ізраїлем і Єгиптом, укладеного за підсумками тривалих переговорів у Кемп-Девіді<sup>24</sup>. З точки зору чинного міжнародного права гарантія досягнутої угоди не служить обов'язковим правовим атрибутом медіації. Так сам як і власне медіація, гарантія зазвичай надається на прохання сторін, за ініціативою медіатора, або *ipsojure*, тобто внаслідок спеціальної угоди про це. Адже сторони у конфлікті часто потребують втручання міжнародних акторів, які можуть допомогти їм саме у досягненні гарантій мирного врегулювання. Вони потребують гарантій третьої сторони, які в надавали впевненості у тому, що угода між сторонами конфлікту буде поважатись<sup>25</sup>.

У свою чергу, у внутрішньодержавному конфлікті особливо важлива функція контролю над виконанням угоди про перемир'я, зокрема спостереження за ходом виборів і демобілізацією збройних угруповань, оскільки в іншому випадку примирення може бути використано конфліктуючими сторонами в якості відволікаючого маневру, для перегрупування сил, пропаганди тощо<sup>26</sup>. Медіатору необхідно створити умови, що гарантують національне примирення і подальше виживання антагоністичних груп, у зв'язку з чим він повинен не тільки сприяти подоланню напруженості між сторонами конфронтації, а й пропонувати рішення щодо забезпечення правосуддя в перехідний період, розроблення конституцій або створення механізмів розподілу багатств чи захисту прав людини.

Так, одним із основних моментів, що обговорювався протягом медіації нагірно-карабахського конфлікту, було питання міжнародного моніторингу угоди сторін. Сторони, так само як і медіатори, не могли погодитись на прийняття миротворчого контингенту, що призвело до ситуації, в якій мир підтримувався балансом сили між сторонами<sup>27</sup>.

На думку деяких дослідників, було б продуктивним зв'язати можливості медіації щодо гарантій миру та дотримання угод між протидіючими сторонами із метою розробки комплексного підходу до миробудівництва. Варто зазначити, що можливість моніторингу угод може бути важливим інструментом і для медіатора. Водночас у певних ситуаціях такий моніторинг може загрожувати вірогідному успіху медіаційних зусиль<sup>28</sup>.

На сьогоднішній день широка практика застосування міжнародної публічної медіації для врегулювання конфліктів по всій земній кулі та окремі дослідження як конкретних конфліктів, так і процесу медіації в цілому дає можливість зробити ряд узагальнень щодо факторів, які значним чином впливають на процедуру медіації, сприяють ефективності медіаційних зусиль або становлять загрозу для процесу медіації певного конфлікту. Обізнаність та розширення розуміння таких факторів необхідні для ефективного застосування медіації.

У міжнародній публічній медіації виділяють декілька істотних елементів, важливих для досягнення успіху медіаційних зусиль: попередження загострення конфлікту та доведення його до збройних зіткнень і використання слушного моменту й усвідомлення негайності втручання; визнання необхідності припинення збройного протистояння пріоритетним завданням; координація розрізаних медіаційних ініціатив та особливості стосунків між примирювачем і сторонами конфлікту. Додатковими елементами, але не менш важливими, є забезпечення гарантій досягнутих домовленостей сторін. Таким чином, ступінь ефективності медіаційних зусиль залежить від впливу різноманітних факторів. Однак врахування особливостей суперечки, статусу сторін та стадії ескалації конфлікту, залучення найбільш доцільної кандидатури ключового медіатора та допоміжних медіаторів, ретельний вибір методів впливу та готовність до забезпечення майбутньої угоди купі створюють підґрунтя для досягнення вагомих результатів та ефективної медіації.

<sup>1</sup> Svensson Isak. The Nagorno-Karabakh conflict. Lessons from the mediation efforts. IFPMediationcluster : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.initiativeforpeacebuilding.eu>

<sup>2</sup> Международно-правовые проблемы стран Африки. – М. : Наука, 1989. – С. 143.



- <sup>3</sup> Статут ООН 1945 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу:// <http://www.un.org/en/documents/charter/>
- <sup>4</sup> Полторак А. И. Вооружённые конфликты и международное право / А. И. Полторак, Л. И. Савинский. – М. : Наука, 1976. – С. 191.
- <sup>5</sup> 2005 World Summit Outcome, Док. ООН A/Res/60/1, 16.09.2005 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/60/PDF/N0548760.pdf?OpenElement>
- <sup>6</sup> In larger freedom: towards development, security and human rights for all. Report of the Secretary-General, Док. ООН A/59/2005, 21.03.2005 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/270/78/PDF/N0527078.pdf?OpenElement>
- <sup>7</sup> Тузмухамедов Б. Р. Правовые основы проведения операций по поддержанию мира в Содружестве независимых государств / Б. Р. Тузмухамедов // Московский журнал международного права. – 2000. – № 2. – С. 77.
- <sup>8</sup> PROTOCOL RELATING TO THE MECHANISM FOR CONFLICT PREVENTION, MANAGEMENT, RESOLUTION, PEACE-KEEPING AND SECURITY, 1999 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.comm.ecowas.int/sec/?id=ap101299>
- <sup>9</sup> Mwagiru M. «Who Will Bell the Cat? Article 3 (2) of the OAU Charter and the Crisis of OAU Conflict Management» – Institute of Diplomacy and International Studies, University of Nairobi, 1995. – P. 121.
- <sup>10</sup> Svensson Isak. The Nagorno-Karabakh conflict. Lessons from the mediation efforts. IFPMediationcluster : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.initiativeforpeacebuilding.eu>
- <sup>11</sup> Там само.
- <sup>12</sup> Crocker C. A., Hampson F. O., Aall P. A. Crowded Stage: Liabilities and Benefits of Multiparty Mediation // International Studies Perspectives. – 2000. – Vol. 2. – № 1. – February. – P. 51–67.
- <sup>13</sup> Svensson Isak. Вказана праця.
- <sup>14</sup> Iji T. Multiparty Mediation in Tajikistan: The 1997 Peace Agreement // International Negotiation. – 2001. – Vol. 6. – № 3. – P. 357–385. – P. 380.
- <sup>15</sup> The causes of conflict and the promotion of durable peace and sustainable development in Africa. Report of the Secretary-General // Док. ООН A/52/871-S/1998/318, 13.04.1998 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.un.org/africa/osaa/reports/A\\_52\\_871\\_Causes%20of%20Conflict%201998.pdf](http://www.un.org/africa/osaa/reports/A_52_871_Causes%20of%20Conflict%201998.pdf)
- <sup>16</sup> Svensson Isak. Вказана праця.
- <sup>17</sup> Betts. W. (1999). Third party mediation: An obstacle to peace in Nagorno-Karabakh, SAIS Review, 19:2, P. 161–183. – P. 173.
- <sup>18</sup> Svensson Isak. Вказана праця.
- <sup>19</sup> Там само.
- <sup>20</sup> Svensson Isak (2007). Bargaining, bias and peace brokers: How rebels commit to peace, *Journal of Peace Research*. 44:2. – P. 177–194. – P. 189.
- <sup>21</sup> Mooradian M. and Druckman D. (1999). Hurting stalemate or mediation? The conflict over Nagorno-Karabach, 1990–95 // *Journal of Peace Research*, 36:6. – P. 709–727. – P. 717.
- <sup>22</sup> Семкина Ю. Н. Посредничество как международно-правовое средство мирного разрешения споров : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 04.02.01 / Ю. Н. Семкина. – М., 2010. – 221 с. – С. 203.
- <sup>23</sup> 2005 World Summit Outcome, Док. ООН A/Res/60/1, 16.09.2005 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/60/PDF/N0548760.pdf?OpenElement>
- <sup>24</sup> Майоров М. В. Миротворцы. Из опыта российской дипломатии в посредничестве / М. В. Майоров. – М. : Международные отношения, 2007. – С.118–119.
- <sup>25</sup> Walter B. F. Committing to peace: The successful settlement of civil wars / B. F. Walter. Princeton and Oxford: Princeton University Press. – 2002. – 216 p. – P. 28.
- <sup>26</sup> Поликанов Д. В. Конфликты в Африке и деятельность международных организаций по их урегулированию : дисс. ... канд. пед. наук / Д. В. Поликанов. – М. : Ин-т Африки РАН, 1999. – 170 с. – С. 75.
- <sup>27</sup> Svensson Isak. The Nagorno-Karabakh conflict. Lessons from the mediation efforts. IFP Mediationcluster : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.initiativeforpeacebuilding.eu>
- <sup>28</sup> Там само.

## Резюме

### **Антонюк О. А. Міжнародна публічна медіація: у пошуках максимальної ефективності.**

Дослідження присвячено аналізу особливостей та досвіду проведення медіації міжнародних конфліктів міжнародної та внутрішньодержавної природи. Систематизовано основні фактори, що впливають на ступінь ефективності медіаційних процесів, можливі ускладнення та способи їх подолання. Ряд особливостей можна виявити, вивчаючи окремі випадки міжнародної медіації і виділити закономірності, вплив яких на успішність результату медіації може бути надзвичайно високим. Зокрема, розглянуто фактори часу, особи медіатора та сторін, гарантії збереження результату. Також дослідження торкається досі не часто висвітлюваного аспекту міжнародної медіації внутрішньодержавних конфліктів, що набувають все більшого поширення у світі.

**Ключові слова:** міжнародна медіація, міжнародні спори, внутрішньодержавні конфлікти, колективна медіація, миротворення.

## Резюме

### **Антонюк О. А. Международная публичная медиация: в поисках максимальной эффективности.**

Исследование посвящено анализу особенностей и опыта проведения медиации международных конфликтов международной и внутригосударственной природы. Систематизированы основные факторы, влияющие на степень эффективности медиационных процессов, возможные осложнения и способы их преодоления. При изучении отдельных случаев международной медиации могут быть выделены некоторые особенности, а также установлены закономерности, влияние которых на степень успешности медиации может быть чрезвычайно высоким. Так, в статье рассматриваются факторы времени, личности

медиатора и сторон, гарантии сохранения результата. Также исследование касается до сих пор не часто освещаемого аспекта международной медиации внутригосударственных конфликтов, которые приобретают все возрастающую распространенность в мире.

**Ключевые слова:** международная медиация, международные споры, внутригосударственные конфликты, коллективная медиация, миротворчество.

#### Summary

**Antoniuk O. International Public Mediation: Seeking for Maximum Effectiveness.**

The research deals with the analysis of the characteristics and experience of mediation in international conflicts of external and internal nature. The main factor affecting the degree of mediation processes effectiveness, possible complications and ways to overcome them had been systematized. While exploring some cases of international mediation there could be found some consistent patterns, which strongly affect the success of the mediation process. These are - the timeframe, the mediator and parties personality issues, security of the gained results. Additionally the research deals with rarely discussed issue of international mediation of the intrastate conflicts, which happen more and more often.

**Key words:** international mediation, international disputes, internal conflicts, group mediation, peacemaking.

УДК 341.176(4):349.6:061.1ЄС

#### Д. Б. КОЖУШКО

*Данііл Богданович Кожушко, аспірант Київського університету права НАН України*

### СИСТЕМА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНВЕНТАРИЗАЦІЇ АНТРОПОГЕННИХ ВИКИДІВ ПАРНИКОВИХ ГАЗІВ ДЕРЖАВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Питання про антропогенне потепління, що має наукове підґрунтя, щільно пов'язано з практичними аспектами глобальної системи міжнародно-правових зобов'язань, на зміну яким приходять міжнародні секторальні (галузеві) системи, національні і регіональні системи правового регулювання викидів парникових газів.

Завдання даного дослідження, цілком відповідають основним напрямам глобальної політики світової спільноти у галузі захисту клімату – розвитку і застосуванню законодавства, з урахуванням впливу кліматичного фактору, на відповідні галузі і сектори економіки для досягнення екологічних цілей.

Різні аспекти правового регулювання системи інвентаризації парникових газів окремих держав ЄС стали об'єктом дослідження наступних учених: М. Дей, К. Джоргенсен, А. Ісполінова, Л. Массая, С. Мохаммада, Р. Петрова, Ю. Шемшученка, Д. Шнельхубера та ін.

**Метою** статті є дослідження проблем правової науки у частині імплементації методів і засобів системи правового регулювання інвентаризації парникових газів ЄС до національного законодавства, адаптації понятійного апарату, що пов'язані з використанням схеми торгівлі квотами і передачею квот.

Сучасний світ щодня потерпає від екологічної небезпеки і катастроф, що здебільшого викликані наслідками трудової діяльності. Вивчення зарубіжного досвіду з питання регулювання інвентаризації парникових викидів видається надзвичайно важливим та корисним для подальшого застосування методології у вітчизняній практиці, у тому числі й юридичній. Оскільки сучасна екологічна політика як держави загалом, так і певного підприємства зокрема, повинна забезпечувати не лише економічну, а й екологічну ефективність<sup>1</sup>.

Професор Джон Шнельхубер (John Schnellhuber), засновник і директор Потсдамського інституту досліджень впливу клімату, у доповіді, присвяченій питанням про антропогенний фактор глобального потепління, наголосив у New York Times, щодо «невдалих» результатів тріумфу науки<sup>2</sup> за результатами Кліматичної конференції у м. Копенгаген (COP-15 UNFCCC), яка відбулася з 07 по 19 грудня 2009 року.

Слід зазначити, що 15-а сесія Конференції Сторін РКООНЗК та п'ята Нарада Сторін Кіотського протоколу (Community greenhouse gas emissions and for implementing the Kyoto Protocol) – МОР-5, що пройшли під егідою ухвалення нової глобальної угоди по клімату на період після 2012 р. У Конференції брали участь близько 40 тисяч представників держав, міжнародних та неурядових організацій, ЗМІ та інші учасники, включаючи 119 глав держав і урядів<sup>3</sup>.

Сама Конференція ознаменувалася опублікуванням листування, починаючи з 1996 року, учених Університету Східної Англії з провідними вченими-кліматологами світу. Представлений архів наочно демонстрував маніпуляцію даними, громадською думкою і думкою наукової спільноти, групою фахівців, які переконують весь світ у необхідності радикальної боротьби з «парниковим ефектом», що розпалювало обстановку до початку конференції та викликало масові демонстрації не лише у Копенгагені, а й в Європі. За результатами Конференції Сторони не знайшли спільну мову з усіх аспектів нового документа – Копенгагенської угоди<sup>4</sup>.

Жозе Мануель Баррозу, Президент Європейської комісії з 23 листопада 2004 по 01 листопада 2014 рр., свого часу підкреслив, що ЄС незадоволений домовленостями, які були досягнуті у Копенгагені в грудні 2009 року. І висловив сподівання доцільності демонструвати всім виконання своїх зобов'язань і показувати, наскільки боротьба зі зміною клімату є динамічним елементом стратегії зростання шляхом створення нових робочих місць і розвитку енергетичної безпеки в рамках підходу «Європа-2020».

Для реалізації такого сценарію розвинені держави повинні зменшити свої викиди на 25–40 % до 2020 р. порівняно з рівнем 1990-го. А країни, що розвиваються – досягти скорочення викидів на 15–20 % від прогнозованого сьогодні рівня. ЄС домагається, щоб інші держави підписали юридично зобов'язуючу міжнародну угоду, яка б служила досягненню цих цілей<sup>5</sup>.

Привертаючи увагу до вищевикладених проблем Кліматичної доктрини, Джон Шнелхубер справедливо закликав до створення «Конституції Землі, яка перевершить Статут ООН» разом із створенням «Глобальної ради ... обраною усіма народами на Землі» і «Планетарного суду... транснаціонального правового органу, відкритого для звернень від усіх, особливо по відношенню до порушень Конституції Землі»<sup>6</sup>.

Відповідно до Закону України «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року»<sup>7</sup> і Указу Президента України «Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу» № 929/2011 від 27 вересня 2011р.<sup>8</sup> – адаптація національного законодавства України до законодавства ЄС полягає у реформуванні правової системи та зближенні із сучасною системою європейського права.

Загалом, правова політика ЄС у сфері навколишнього середовища має за мету:

- збереження, захист і покращення якості навколишнього середовища;
- захист здоров'я людей;
- розумне та раціональне використання природних ресурсів;
- підтримка заходів на міжнародному рівні для вирішення регіональних та загальних проблем навколишнього середовища (ст. 174 Розділ XIX)<sup>9</sup>.

Починаючи з 1972 р. Європейське економічне співтовариство (далі – ЄЕС), а зараз ЄС, розробило 7 програм дій з охорони навколишнього середовища, в основу яких покладено 11 принципів (Перша програма дій з'явилася вже 1973 року, одразу після Стокгольмської конференції ООН з навколишнього середовища)<sup>10</sup>.

19 червня 2013 р. Європейський Парламент та Рада схвалили нову 7-у Програму дій з навколишнього середовища до 2020 року – «Жити добре в межах нашої планети». Програмою визначено дев'ять пріоритетних завдань на період до 2020 р., у тому числі: захист природи і зміцнення екологічної стійкості; сприяння сталому, ресурсозберігаючому, низьковуглецевому зростанню, і ефективне вирішення екологічних загроз для здоров'я, як пріоритетного права людини.

Член Європейської Комісії з захисту навколишнього середовища Янеш Поточнік наголосив, що ця угода говорить про те, що ЄС та його держави-члени твердо підтримують сильну і розумну екологічну політику як найважливішу умову для здорового способу життя та конкурентоспроможної, ресурсозберігаючої та низьковуглецевої економіки в Європі. Дуже важливо, наголосує політик, щоб інститути ЄС і держави-члени перетворили свої зобов'язання в дію<sup>11</sup>.

На сьогодні інвентаризація викидів парникових газів держав-членів Європейського Союзу складається із двох частин:

по-перше, у складі 15 держав (ЄС-15 або EU-15), що мають загальне зобов'язання на зменшення емісії парникових газів на 8 % між 2008 та 2012 роками порівняно з емісією у базовому році;

по-друге, існуючий склад Європейського Союзу (ЄС-27) не має такої об'єднаної цілі, що визначена Кіотським протоколом і тому нові держави-члени ЄС з 2004 року подають окремі звіти з інвентаризації викидів парникових газів до Секретаріату РКООНЗК.

Дійсно, для ЄС-15, базовим роком для CO<sub>2</sub>, CH<sub>4</sub> та N<sub>2</sub>O є 1990 рік; для фторомістких газів 12 держав-членів обрали 1995 як базовий рік, тоді як Австрія, Франція та Італія обрали 1990. Оскільки дані інвентаризації викидів парникових газів ЄС – сума інвентаризації держав-членів, тому для ЄС-15 інвентарна оцінка базового року для фторомісткої газової суміші – сума (1995 року) емісії для 12 держав-членів і (1990 р.) емісії для Австрії, Франції та Італії. До даних інвентаризації викидів парникових газів ЄС-15 емісії базового року включають дані з інвентаризації викидів парникових газів у лісовому господарстві Нідерландів, Португалії та Великобританії.

Держави, що прагнуть виконувати встановлені в рамках ЄС стандарти, повинні здійснювати діяльність з юридичної, інституціональної та технічної гармонізації. У рамках ЄС діють понад 300 нормативно-правових актів, що стосуються охорони навколишнього середовища. Більшість з них застосовуються на національному, а не на муніципальному рівні. Однак, є нормативно-правові акти, що у багатьох випадках визначають саме обов'язки муніципалітетів та місцевих заінтересованих осіб і організацій (наприклад, бізнес компанії) у зазначеній сфері діяльності.

У загальному вигляді практика ЄС засвідчує, що імплементація і гармонізація національного права відбувається шляхом прийняття директив, що містять економічну спрямованість. Так, Директива Ради 96/61/ЄС (далі – Директива) щодо всеохоплюючого запобігання і контролю забруднень від 24 вересня 1996 р. затвердила план схвалений Радою ЄС та представниками урядів держав-членів на зустрічі в рамках Ради на виконання резолюції від 01 лютого 1993 р. щодо політики і дій Співтовариства по відношенню до навколишнього середовища і стійкого розвитку. Новели документу закріплюють пріоритет всеохоплюючого контролю за забрудненням як важливий крок на шляху до більш стійкого балансу між соціально-економічним розвитком

та трудовою діяльністю, з одного боку, і ресурсами та здатністю природи до регенерації, з іншого. Директива встановлює загальний механізм для всеохоплюючого запобігання та контролю забруднень та передбачає заходи, необхідні для впровадження всеохоплюючого запобігання та контролю забруднень з метою досягнення високого рівня захисту навколишнього середовища в цілому. При цьому, Директива враховує, що застосування принципу стійкого розвитку сприятиме всеохоплюючому підходу до контролю забруднень тощо<sup>12</sup>.

Вперше, Директивою були закріплені поняття базових термінів. Так, відповідно до п. 2. ст. 2 «забруднення» означає пряме чи непряме втручання внаслідок людської діяльності, речовин, коливань, тепла та шуму в атмосферу, воду та ґрунт, які можуть бути шкідливими для здоров'я людини або якісного стану навколишнього середовища, і призводять до пошкодження матеріальної власності або завдають шкоди чи перешкоджають можливості припустимого використання ресурсів навколишнього середовища.

Термін «викиди» – означає пряме чи непряме вивільнення речовин, коливань, тепла чи шуму з індивідуальних чи розсіюючих джерел в устаткуванні в атмосферу, воду або ґрунт (п. 5. ст. 2) тощо.

Враховуючи національну кліматоохоронну політику у контексті вуглецевого ринку, Україні було надано рекомендації застосовувати та дотримуватись Схеми торгівлі викидами Європейського Союзу (далі – Схема), яка базується на Директиві ЄС щодо торгівлі квотами на викиди парникових газів 2003/87/ЄС (European Union Emission Trading System (Scheme) – EU ETS), яка набрала чинності 25 жовтня 2003 р.<sup>13</sup>. Така Схема торгівлі викидами є однією з основних складових кліматоохоронної політики ЄС та найбільшою в світі системою торгівлі викидами.

Метою Європейської схеми торгівлі викидами є скорочення викидів ПГ на 8 % у період 2008–2012 роки відносно рівня 1990 р., що відповідає зобов'язанням, закріпленим Кіотським протоколом.

База даних ЄС система торгівлі викидами (EU ETS) є надійним і ефективним інструментом, що слугує фахівцям, які здійснюють аналіз впливу та негативних наслідків викидів на екологію<sup>14</sup>.

Після початкового розподілу дозволів компанії зможуть торгувати ними або імпортувати додаткові сертифікати на викиди, знижуючи при цьому викиди в державах, які не є членами ЄС, згідно правил, встановлених механізмом спільного впровадження Кіотського протоколу (ст. 6)<sup>15</sup>. Механізм відкриває можливості для держав, що не входять до складу ЄС та перспективи для «зелених» інвестицій. Зокрема, Схема забезпечує розвиток ринку сертифікатів на викиди, що перебуває на стадії становлення, оскільки прийнято рішення про його впровадження.

Втім, законодавчі акти ЄС повинні інтегруватися у національне законодавство. Прикладом цього може слугувати німецьке законодавство про охорону навколишнього середовища і про відповідальність за нанесення шкоди, що на сьогодні складається із *Umwelthaftungsgesetz*, «Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umweltwirkungen durch Luftverunreinigungen und ähnliche Vorgänge». У 2002 році ФРН, як і решта держав-членів ЄС, ратифікувала Кіотський протокол. Статті німецького Кримінального кодексу від 15 травня 1871 р. (нім. *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich – StGB*) та Екологічного Акта відповідальності від 10 грудня 1990 р. (англ. *Environmental Liability Act* або нім. *Umwelthaftungsgesetz – UmweltHG*) містять положення про відповідальність за нанесення шкоди навколишньому середовищу, зокрема, за забруднення повітря. Федеральне міністерство Німеччини з охорони природи і навколишнього середовища та з безпеки ядерних реакторів є головним державним регулятором із зазначеного питання.

Як справедливо зазначає О. С. Ісполінов, однією із провідних доктрин розширення ЄС<sup>16</sup>, є *aquis communautaire* (досягнення Співтовариства) – що, у теорії, вважається однією з основоположних концепцій правового порядку – доктриною, істотною умовою управління ЄС<sup>17</sup>.

Концепція *aquis communautaire* повинна знайти своє відображення у стратегічних документах на центральному, регіональному і місцевому рівнях, зокрема, законодавча база із правового регулювання обігу парникових газів складається з широкого масиву нормативних актів, серед яких доцільно виділити:

– Рамкову Директиву № 96/62/ЄС про оцінку і управління якістю атмосферного повітря (Council Directive № 96/62/EC of 27 September 1996 on ambient air quality assessment and management)<sup>18</sup>;

– Директиви № 2000/76/ЄС про спалення відходів (Directive № 2000/76/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2000 on the incineration of waste)<sup>19</sup> та інші.

Потрібно зазначити, що Європейський Союз, як учасник РКООНЗК, щорічно надає доповіді (огляди) по інвентаризації парникових газів протягом року у два етапи під керівництвом національних державних органів під назвою «Домашні емісійні викиди місцевостей в межах власних територій» (*domestic emissions taking place within its territory*).

Доповідь з інвентаризації викидів парникових газів (Annual European Union greenhouse gas inventory 1990–2011 and inventory report 2013: Technical report № 8/2013)<sup>20</sup> ґрунтується на міжнародних зобов'язаннях країн групи EU-15, як учасниць-підписантів Кіотського протоколу та які разом заснували 1995 року ЄС. У 2013 році рішення було переглянуто і замінено Новим механізмом моніторингу – Положенням, яке має посилювати правила звітності про викиди парникових газів, що відповідають вимогам, які впливають з поточних і майбутніх міжнародних кліматичних угод, а також «Клімат ЄС 2009» та енергетичного пакету. Починаючи з 2014 року, звіти про інвентаризацію проходять відповідно до вимог цього нового правового документу.

Правові засади провадження інвентаризації парникових газів в ЄС засновані на Рішенні Ради № 280/2004/ЄС<sup>21</sup>, що містять механізм моніторингу емісії парникових газів та імплементації до вимог Кіотського протоколу.

Інвентаризацією парникових газів ЄС є об'єднання безпосередньо даних національних інвентаризацій, створених групами держав-членів EU-15 і EU-27. Зобов'язання з енергозбереження Євростату (Energy data from Eurostat) застосовуються також в контексті виконання РКООНЗК.

Організаційно-правові засади розвитку системи інвентаризації викидів парникових газів містять наступні типові процедури, що можуть бути окремими або частково залученими щодо: методологічних рекомендацій провадження діяльності; нових джерел отримання даних; оновлення системи факторів емісії парникових газів; перерозподілу емісії парникових газів; включення до джерел емісії парникових газів тих, що відсутні у обчисленні; вдосконалення складання документації.

Кліматична доктрина ЄС, обґрунтувала вже з 2005 р. застосування правового механізму торгівлі квотами на викиди CO<sub>2</sub> в межах Європейської торгової схеми (EU ETS). Із відомих еколого-економічних ринкових механізмів – саме цей, максимально ефективно забезпечує чітке виконання зобов'язань по РКООНЗК найбільш раціональним шляхом.

<sup>1</sup> Кожушко Д. Б. Кіотський протокол: проблеми імплементації та гармонізації національного законодавства / Д. Б. Кожушко // Приватне право в умовах глобалізації: виклики постмодерну: збірник наукових праць / за ред. П. М. Шапірка, І. Г. Оборотова. – Миколаїв: Іліон, 2013. – С. 291–297 – С. 291.

<sup>2</sup> Ruse A. Vatican Speaker on Climate Thinks There are 6 Billion Too Many of Us / Austin Ruse // Breitbart 12 June 2015 Original: English [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.breitbart.com/big-government/2015/06/12/vatican-speaker-on-climate-thinks-there-are-6-billion-too-many-of-us/>

<sup>3</sup> Копенгагенское соглашение: анализ и комментарии. Справочно-информационный обзор для заинтересованных лиц, участвующих в выработке нового международного соглашения по климату (пост-Киото) /Support for Kyoto Protocol Implementation Result A 5.5 Training of post-2012 negotiators representing interested PCs and providing associated logistical support, 2009. – 36 с. // [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: [file:///C:/Users/1/Downloads/download\\_116593.pdf](file:///C:/Users/1/Downloads/download_116593.pdf)

<sup>4</sup> Офіційний сайт [Electronic resource]. – Mode of access: <http://unfccc.int> , <http://ru.cop15.dk>

<sup>5</sup> Жозе Мануель Баррозу призывает продолжать борьбу с глобальным потеплением // Евробюллетень. Информационное издание Представительства Европейского Союза в Беларуси, 2010. – № 2 (7). – 16 с. – С. 6.

<sup>6</sup> Ruse A. Vatican Speaker on Climate Thinks There are 6 Billion Too Many of Us / Austin Ruse // Breitbart 12 June 2015 Original: English [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.breitbart.com/big-government/2015/06/12/vatican-speaker-on-climate-thinks-there-are-6-billion-too-many-of-us/>

<sup>7</sup> Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 26. – Ст. 218.

<sup>8</sup> Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу: Указ Президента України від 27.09.2011 р. № 929/2011. // [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/615/98>

<sup>9</sup> Договір про заснування Європейського Співтовариства [міжнародний документ від 25.03.1957 р.]. // [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994\\_017/page7](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_017/page7)

<sup>10</sup> Стокгольмська Декларація ООН від 16.06.1972 р. Щодо питань навколишнього середовища. // [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_454](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_454)

<sup>11</sup> European Commission: Official Site [Electronic resource]. – Mode of access: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-13-591\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-591_en.htm)

<sup>12</sup> Збірник нормативно-правових актів Європейського Союзу у сфері охорони навколишнього середовища. – Л., 2004. – 192 с. – С. 83–84.

<sup>13</sup> Директива ЄС щодо торгівлі викидами 2003/87/EC (EU ETS) // [Електрон. ресурс] – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:02003L0087-20090625:EN:NOT>

<sup>14</sup> Информационный ресурс // [Электрон. ресурс] – Режим доступа: <https://www.carbonmarketdata.com/ru/>

<sup>15</sup> Кіотський протокол до Рамкової конвенції ООН Про зміну клімату: [міжнародна угода від 11.12.1997 р.]. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kprus.pdf>

<sup>16</sup> Исполинов А. С. Концепция aquis communautaire в праве Европейского союза / А. С. Исполинов // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. – 2010. – № 5 – С. 68–88. – С. 67.

<sup>17</sup> Jorgensen K. E. The Social Construction of the Acquis Communautaire: A Cornerstone of the European Edifice / K. E. Jorgensen // Europ. Integration online Papers. 1999. – Vol. 3. – № 5. – P. 3.

<sup>18</sup> Official Journal of the EEC. – 21.11.1996. – L 296. – P. 0055–0063. – En.

<sup>19</sup> Official Journal of the European Union. – 28.12.2000. – L 332. – P. 0091–0111. – En.

<sup>20</sup> Annual European Union greenhouse gas inventory 1990–2011 and inventory report 2013 Submission to the UNFCCC Secretariat: EEA Technical report No 8/2013 // [Electronic resource]. – Mode of access: <file:///C:/Users/1/Downloads/Greenhouse%20gas%20inventory%202013%20-%20SUMMARY.pdf>

<sup>21</sup> Decision № 280/2004/EC of The European Parliament and of The Council of 11 February 2004 concerning a mechanism for monitoring Community greenhouse gas emissions and for implementing the Kyoto Protocol // Official Journal of the European Union. – 19.02.2004. – L 49. – P. 0091–0111. – En.

## Резюме

**Кожушко Д. Б. Система правового регулювання інвентаризації антропогенних викидів парникових газів держав Європейського союзу.**

Стаття присвячена дослідженню системи правового регулювання інвентаризації парникових газів ЄС. Індустріально розвинені держави використовують гнучкі механізми регулювання. При цьому та чи інша держава, в першу чергу, керується власними національними інтересами й буде внутрішні механізми, для коригування економічного розвитку, у досягненні глобальних екологічних цілей.

**Ключові слова:** Європейська комісія, екологічна політика ЄС, Програма дій з навколишнього середовища, інвентаризація парникових газів, ЄС система торгівлі викидами.

**Резюме**

**Кожушко Д. Б. Система правового регулювання інвентаризації антропогенних викидів парникових газів держав Європейського союзу.**

Стаття посвячена дослідженню системи правового регулювання інвентаризації парникових газів ЄС. Індустріально розвинуті країни використовують гнучкі механізми регулювання. При цьому, то или иное государство, в первую очередь, руководствуется собственными национальными интересами и строит внутренние механизмы, для корректировки экономического развития, по достижению глобальных экологических целей.

**Ключевые слова:** Европейская комиссия, экологическая политика ЕС, Программа действия по окружающей среде, инвентаризация парниковых газов, ЕС система торговли выбросами

**Summary**

**Kozhushko D. The system of legal regulation inventory of anthropogenic greenhouse gas emissions states of the European Union.**

The article deals with the research of the system of legal regulation of greenhouse gas inventory of the EU. Industrial countries use the flexible mechanisms of regulation. At the same time, State, in the first place guided by its own national interests and build internal mechanisms for adjustment of economic development, to achieve the global environmental goals.

**Key words:** European commission, environmental policy of the European Union, General Union environment action programme, greenhouse gas inventory, EU Emissions Trading System (EU ETS).

УДК 347. 95 + 965.45

**Н. А. ЛЯШЕНКО**

*Надія Анатоліївна Ляшенко, здобувач Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**ВПЛИВ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ  
НА ПРАВОВУ СИСТЕМУ УКРАЇНИ**

Доволі часто в Україні з появою того чи іншого нормативного акта або певних змін у правовій системі виникає спокуса називати це явище революцією. Так, більшість депутатів Верховної Ради України натхненно зустріли Конституцію України, Помаранчеву революцію тощо. Так само відреагували фахівці й на ратифікацію Верховною Радою України 17 липня 1997 р. Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року. Зокрема, українські вчені зазначали, що ця подія відкрила новий етап у розвитку української юриспруденції у питаннях юридичного захисту прав людини та основних свобод. При цьому С. Шевчук вказує, що в Україні мають місце складні та багатоаспектні проблеми, пов'язані зі сприйняттям позитивного права в контексті чинної правової системи України та рішеннями Європейського суду з прав людини<sup>1</sup> (далі – Європейський суд). З наведеної думки можна зробити висновок, що в Україні існують істотні проблеми зі сприйняттям та застосуванням практики Європейського суду. Інший український вчений зазначає, що ратифікація Україною Європейської конвенції з прав людини створила нову правову ситуацію в системі захисту прав людини в Україні. Перед правниками постала вимога, з одного боку, не відступати від положень Європейської конвенції з прав людини, а з іншого – спиратися у своїх рішеннях на практику Суду щодо розгляду справ про порушення цих прав<sup>2</sup>. Тобто, цим вченим ратифікація Конвенції пов'язується саме із «правниками», які не повинні «відступати від положень Європейської конвенції...», але діяльність правників має бути конкретизованою, оскільки Конвенція не діятиме «самотужки».

Російські вчені, характеризуючи значення рішень Європейського суду з прав людини, вказували на те, що їх вплив на російське законодавство, правозастосовну практику, науку і правосвідомість громадян тощо виражається в їх функціях. При цьому, поряд із загальними функціями джерел права, рішення Європейського Суду виконують ряд своїх специфічних функцій: тлумачення, формування досвіду застосування Конвенції і Протоколів до неї, вдосконалення законодавства та правозастосовної практики, вдосконалення правосуддя, інформаційну, впливу на правосвідомість, взаємодії з наукою і розвитку правової доктрини<sup>3</sup>. Тобто, із аналізу цієї думки можна зробити висновок про те, що рішення Європейського суду діятимуть самостійно і збагачуватимуть правову систему країни. С такою думкою важко однозначно погодитися, оскільки будь-який закон потребує його визнання та застосування суспільством, контролю з боку уповноважених представників держави тощо.

Інший російський вчений Л. Г. Гусейнов зазначає, що саме юридичне, а не «територіальне» застосування зобов'язань у галузі прав людини прямо визначене в Європейській конвенції з прав людини. Стаття

1 Конвенції встановлює, що держави-учасниці забезпечують права і свободи кожному, хто знаходиться під їхньою юрисдикцією. Європейська комісія і Європейський суд з прав людини неодноразово підкресливали, що термін «юрисдикція» не обмежений національною територією Високих Договірних Сторін; відповідальність останніх може наставати у зв'язку з діями національних властей, що спричинили наслідки поза межами відповідної території<sup>4</sup>. Тобто, з позиції Л. Г. Гусейнова та редакції ст. 1 Конвенції випливає, що держава має забезпечувати права громадян, які перебувають під її юрисдикцією, зокрема, й тоді, коли вони знаходяться і на територіях інших держав. Але важливим залишається те положення, що не зважаючи на зобов'язання України забезпечувати права громадян, мають місце їх численні звернення до Європейського суду. Більше того, такі державні зобов'язання повинні мати подвійний характер: права людини не повинні порушуватися представниками державної влади, а у разі їх порушення вони мають відновлюватися.

Тому саме на цей аспект вважаємо за доцільне звернути увагу.

Так, з січня 1999 р. було започатковано шоквартальний випуск Всеукраїнського журналу «Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі», де, відповідно, публікувалися рішення Європейського суду, наукові статті тощо. Якщо подивитися на сайт «Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі»<sup>5</sup>, то ми помітимо, що до нього давно не вносилися зміни і його не оновлювали. На момент написання автором даної статті на сайті зроблено анонс, що готується до випуску новий номер журналу «Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі» за 1 квартал 2006 року. Тобто, запізнення з випуском журналу становить дев'ять років! Це показник реального ставлення українських правників до рішень Європейського суду з прав людини і попиту на таку інформацію. Отже, не можна однозначно погодитися з І. С. Метловою, що самі рішення мають інформаційне значення, оскільки має існувати цілеспрямоване поширення і попит на таку інформацію. Автор під цілеспрямованим поширенням інформації має на увазі орієнтацію тих чи інших джерел масової інформації на певні верстви населення, включаючи вибірковий підбір інформації на ті чи інші групи фахівців.

Разом із тим на сайті Верховної Ради України з'явилася можливість ознайомлюватися із витягами з рішень Європейського суду з прав людини в хронологічній послідовності<sup>6</sup>, але без будь-яких коментарів.

У зв'язку з цим коротко проаналізуємо останнє рішення Європейського суду у справі «Сердюк проти України» (Заява № 61876/08), Страсбург 12 березня 2015 р., де в резолютивній частині рішення зафіксовано: порушення ст. 2 Конвенції; відшкодування моральної шкоди у 8000 євро і 15 євро компенсація поштових витрат тощо<sup>7</sup>. В описовій частині рішення йдеться про неправомірні дії органів міліції та прокуратури, які з 13 березня 2002 р. аж до 29 вересня 2011 р. не розслідували справу про вбивство дорослого сина скаржниці. У п. 35 Рішення зазначено: «Суд нагадує, зокрема, що стаття 2 Конвенції зобов'язує органи влади вжити всіх розумних заходів для збереження доказів, які стосуються підозрілої смерті. Хоча це є обов'язком засобів, а не обов'язком результату, вимога щодо оперативності і розумної швидкості також передбачається статтею (див., наприклад, рішення у справах «Гонгадзе проти України» (Gongadze v. Ukraine), заява № 34056/02, пп. 175-177, ЕCHR 2005; «Меркулова проти України» (Merkulova v. Ukraine), заява № 21454/04, пп. 49-51, від 3 березня 2011 року, та «Юрій Слюсар проти України» (Yuriy Styusar v. Ukraine), заява № 39797/05, пп. 76-78 і 82, від 17 січня 2013 року з подальшими посиланнями)».

Отже, з такою позицією Європейського суду важко погодитися, оскільки в ст. 2 Конвенції йдеться про право на життя, а не про дії уповноважених слідчих органів і збереження відповідних доказів, що має забезпечуватися з метою притягнення до відповідальності злочинців. Тобто, це інша площина взаємовідносин, яка і в законодавстві України регламентується по-іншому.

Розглядаючи цю ситуацію з позиції права, зокрема Конституції України, можна стверджувати, що дане рішення Європейського суду не повинно виконуватися в Україні саме з таких підстав, як:

– оскільки в Рішенні не зазначено, що скаржниця зверталася до суду за захистом власних прав і не оскаржувала рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (ч. 1 ст. 55 Конституції);

– з попереднього впливає, що вона не використала всіх національних засобів правового захисту, тому не мала права звертатися за захистом своїх прав і свобод до Європейського суду з прав людини;

– порівнюючи Рішення з положенням ст. 56 Конституції України, можна стверджувати, що скаржниця могла і в судах України отримати компенсацію за рахунок держави і ці відносини в силу їх регламентації у ст. 1168, ч. 6, 7 ст. 1176 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) мали розглядатися судами України, що підтверджує невикористання всіх національних засобів правового захисту.

Отже, ст. 13 Конвенції визначає право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, до якого скаржниця не звернулася, а численні скарги до міліції та прокуратури не породжують права на компенсацію завданої моральної шкоди, оскільки вони були спрямовані на продовження слідства, а належним засобом захисту вона не скористалася. Тому відповідно до ст. 35 Конвенції можна констатувати, що «не було вичерпано всі національні засоби юридичного захисту і не було ухвалено остаточного рішення». Отже, скарга не повинна була прийматися до провадження Європейського суду.

Посилання ж у Рішенні Європейського суду на справу «Гонгадзе проти України» не зовсім коректне, оскільки це виняток, коли Україна визнала скаргу справедливою і погодилася на відповідну компенсацію добровільно. Проте таке визнання державою скарги у справі Гонгадзе – це не привід таку позицію держави, у особливо резонансній справі, сприймати і використовувати як визнання державою усіх подібних справ

проти України. Інакше в усіх подібних рішеннях Європейський суд мав встановлювати суму компенсації в 100 000 євро, адже, виходячи з рівності прав громадян, така аналогія запрошується сама по собі.

Дійсно, не варто очікувати від нашої держави, щоб вона визнавала провину своїх посадовців, за неправомірні дії яких необхідно буде платити, а також встановлювала високі компенсації за правопорушення. Так, у ч. 7 ст. 1176 ЦК однозначно встановлено, що порядок відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду, встановлюється законом, тому невиконання вимог закону і навіть відсутність посилань на звернення, відповідно до встановленого порядку, є свідченням неможливості звернення до Європейського суду.

Отже, захищаючи інтереси держави Урядовий уповноважений у справах Європейського суду з прав людини в Міністерстві юстиції України повинен був наполягати на тому, що скаргниця не використала всі способи захисту власних прав і навіть не намагалася цього зробити, оскільки в Рішенні відсутні посилання, що її заяву не було прийнято до провадження суду. В такій і подібній ситуаціях мають домінувати закон, а не емоції, тобто висловлення жалю щодо громадян України, яких тривалий час обманювали правоохоронні органи.

Однак не завжди доводиться сподіватися на об'єктивне сприйняття тієї чи іншої правової ситуації навіть і Європейським судом, оскільки будь-який суд – це передусім люди, які мають бути фахівцями, але знаходяться вони між двох позицій: скаржника і представника держави. Тому звинувачувати Європейський суд в некомпетентності не доводиться в силу того, що готували матеріали для розгляду справи фахівці з України, а наведене на сайті Верховної Ради України рішення Європейського суду не повне. І ми позбавлені можливості об'єктивно розглянути дану правову ситуацію. У зв'язку з цим автор вважає, що для об'єктивної оцінки порядку розгляду справи Європейським судом та його рішення має надаватися зміст скарги, правова позиція Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини в Міністерстві юстиції України і лише потім – саме Рішення. Лише такий матеріал можна проаналізувати об'єктивно і він виконуватиме певну правову роль. У розглядуваному ж рішенні Європейський суд дуже широко тлумачить поняття «право на життя», пристосовуючи до нього діяльність правоохоронних органів з розслідування злочинних дій проти покійного. Отже, в такому разі слід навчитися правильно сприймати правову позицію Європейського суду, мотиви, які призвели до остаточного висновку тощо.

Зокрема, у РФ має місце дискусія щодо визнання правових позицій Європейського суду з прав людини джерелом права. Так, І. С. Метлова вважає, що правові позиції Європейського Суду з прав людини не можуть виступати джерелом права, оскільки вони є складовою частиною того чи іншого рішення – джерела права. Виділення правових позицій з рішень Суду спричинить за собою втрату останніми прецедентного характеру<sup>8</sup>.

В. З. Абдрашитова заперечує таку думку та вказує, що практика Європейського суду з прав людини свідчить, що виробляючи свої правові позиції Європейський Суд встановлює єдині стандарти правопорядку для держав – учасників Конвенції і тим самим виходить у своїх рішеннях за рамки тлумачення й конкретизації права, створюючи прецеденти як повноцінні джерела права. Правові позиції Європейського Суду є свого роду «квазінормами», що містять у собі специфічну, автономну інтерпретацію правових понять у світлі Конвенції<sup>9</sup>.

Автор же вважає, що рішення будь-якого суду як правовий акт без описової та мотивувальної частин – це ніщо, оскільки не можна відривати передумови ухвалення рішення від його остаточного висновку. Прецедентне рішення суду – це насамперед оригінальне рішення з тих питань, які до цього часу судами не вирішувалися або вирішувалися не так. Тому наступники мають враховувати, з якими вимогами сторони звернулися до суду і якими мотивами суд обґрунтував своє рішення, щоб не повторити помилок у наступних зверненнях до Європейського суду, а також встановити, а чи саме рішення такого суду є бездоганим в контексті прив'язки до певної норми Конвенції. Отже, правові позиції Європейського суду так само мають цікавити фахівців, як і остаточне його рішення. Особливо це стосується науковців, які на відміну від скаржників сприйматимуть рішення як підставу для удосконалення власних знань, розуміння й застосування положень Конвенції.

Таким чином, розглядаючи зазначені вище функції рішень Європейського суду, ми маємо визнати, що вони повинні бути систематизовані та персоніфіковані за значенням. Передусім автор вважає важливим аспектом вплив рішень на науку, оскільки її розвиток буде позитивно діяти на всі інші напрями. Пояснити це не складно на наочному прикладі. Так, інформація про виграні громадянами України справи в Європейському суді з прав людини і отримання компенсації завданої шкоди не може бути безпосередньо використана іншими громадянами, оскільки за відсутності у них належної кваліфікації, зокрема й у складанні процесуальних документів, вони не зможуть належно звернутися до Європейського суду та виграти там справу.

Отже, інформація про сам факт виграшу справ громадянами України у Європейському суді є позитивним явищем та має стимулювати інших осіб на звернення до даного суду, навіть у тому разі, коли особі усіма судовими інстанціями в Україні було відмовлено у задоволенні її вимог. Тому про задоволення вимог скаржника Європейським судом скорочена інформація має поширюватися через різні засоби масової інформації, а не тільки викладатися стисло в спеціальних юридичних виданнях – в газеті «Урядовий кур'єр» (ст. 4 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини») <sup>10</sup>.

Російські ж науковці з цього приводу висловлюються так: «Для реалізації рішень Європейського Суду з прав людини в Росії необхідно, щоб: по-перше, текст рішення російською мовою був доступний для озна-



йомлення всіма заінтересованими особами; по-друге, текст рішень повинен бути настільки ж офіційним, як і текст самої Конвенції, перекладений російською мовою»<sup>11</sup>. Тобто, І. С. Метлова розцінює рішення Європейського суду цікавим лише «заінтересованим особам», проте не визначає коло таких осіб, хоча така позиція не виправдано звужує доступ до такої інформації усіх верств населення.

Отже, автор вважає, що скорочена інформація про ухвалені Європейським судом рішення за скаргами громадян певної країни повинна поширюватися в засобах масової інформації, а для фахівців має надаватися можливість ознайомитися як з документами, що розглядалися в цьому суді та на підставі яких було ухвалено саме рішення, так і з самим рішенням.

Припустимо, що судді ознайомлюватимуться з відповідними рішеннями Європейського суду з прав людини, але кожен із них сприйматиме інформацію суб'єктивно, і тоді виникатиме необхідність узагальнювати практику застосування ними Конвенції, як це має місце при проведенні Верховним Судом України узагальнень судової практики з окремих питань (наприклад, у спадкових справах) та висловлення позиції суду у постановках пленумів.

Набагато кращим здається варіант обговорення складних та/або проблемних питань науковцями із подальшим залученням законотворців, практикуючих юристів, включаючи, суддів, адвокатів та інших фахівців у галузі права. При цьому в наукових роботах, присвячених тим чи іншим напрямом, кожен фахівець шукатиме цікавий для себе матеріал. Наприклад, науковці мусять аналізувати весь обсяг інформації щодо діяльності Європейського суду та застосування положень Конвенції, але обов'язково звертати увагу на дослідження, які проводяться вченими різних країн<sup>12,13,14,15,16</sup>, адвокати можуть орієнтувати свої пошуки на питання звернення до Європейського суду та участі у розгляді справ даним судом<sup>17,18</sup>, особливостях вирішення спірних питань цим судом<sup>19</sup>, судді ж – на впровадженні рішень Європейського суду в їх професійну діяльність<sup>20,21,22</sup>.

Важливим напрямом запровадження інформації в життя суспільства автор вважає підготовку студентів на прикладах тлумачення Конвенції в практиці Європейського суду з прав людини<sup>23,24,25</sup>. У цьому контексті заслуговує на увагу наукова діяльність кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка, де на спеціалізації «Адвокатура» магістрат викладаються такі спецкурси: «Участь адвоката в Європейському суді з прав людини», «Методика застосування адвокатом практики Європейського суду з прав людини при здійсненні захисту та представництва в Україні»<sup>26</sup>.

Дискусійним здається й питання про те, чи можуть рішення Європейського суду, ухвалені проти інших країн, застосовуватися в українській правовій системі? Дійсно, питання їх безпосереднього виконання не стосуються України, але закладені в таких рішеннях доктрини мають враховуватися і українськими вченими, законотворцями, адвокатами, судьями та іншими фахівцями в галузі права з метою застереження від помилок у питаннях регламентації суспільних відносин, а також в охороні й захисті прав громадян України.

Автор вважає, що Україна не повинна очікувати перевірки Європейським судом з прав людини рішень, ухвалених національними судами, коли у подібній справі ним вже було ухвалено рішення проти іншої країни. У такому випадку особа виграє справу, і держава буде змушена відшкодувати їй значні суми компенсації, а європейська спільнота – визначити рівень правової системи України за кількістю звернень до Європейського суду та задоволених ним скарг.

Отже, має бути запроваджений механізм застереження звернень до Європейського суду з прав людини, тобто, всебічної перевірки прийнятих судами рішень на їх відповідність Конвенції та практиці Європейського суду, а не тільки законодавству України.

У зв'язку з цим автор вважає необхідним, щоб касаційна інстанція та Верховний Суд України, коли до нього звертаються після розгляду справи касаційною інстанцією, переглядали рішення відповідно до вимог Конвенції та досвіду розгляду справ Європейським судом і несли за це персональну відповідальність. У такому випадку питання судового перегляду рішень вищими судовими інстанціями перестане бути формальним, а судді відповідатимуть за наслідки своєї діяльності.

При цьому в цих інстанціях має домінувати не тільки принцип змагальності, коли суди реагують на правові позиції сторін у справі, а й принцип верховенства права в найвищому його розумінні, тобто в порівнянні з європейськими стандартами. Отже, суди вищих інстанцій України мають оцінювати не тільки позицію сторін, а й ставлення до подібних відносин з боку Європейського суду навіть без посилань з боку сторін на рішення або практику цього суду. Тобто, судді судів вищих інстанцій мають турбуватися про імідж України за кордоном і оцінювати перспективу подання скарги до Європейського суду з прав людини.

Альтернативним варіантом може бути наділення Верховного Суду України повноваженнями щодо перегляду рішень судів нижчих інстанцій у порядку нововиявлених обставин на предмет відповідності таких рішень європейським стандартам з метою усунення правопорушень прав громадян національними судами, щоб тим самим застерегти у майбутньому звернення до Європейського суду. За таким умов відпаде необхідність компенсувати особі, за рахунок державного бюджету, завдані українським правосуддям збитки. При обґрунтованості правопорушень з боку судів різних інстанцій необхідно наділити Верховний Суд України правом визначати компенсацію завданої шкоди, а також винних осіб, з наступною передачею їх справ на розгляд дисциплінарних комісій або Вищої ради юстиції. Право ж на скасування рішень судів нижчих інстанцій у Верховного Суду є.

В усякому разі, коли одна й та сама справа тричі потрапляє на розгляд суду касаційної інстанції – це нонсенс для правової системи, і такі випадки є очевидним свідченням недосконалості судової гілки влади та

правової системи України взагалі. Щоб застерігати та усувати такі ситуації, вважаємо за доцільне наділити Верховний Суд України правом законодавчої ініціативи, а не розробкою напівофіційних і обов'язкових тільки для судів постанов.

<sup>1</sup> Шевчук С. Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод: практика застосування та принципи тлумачення у контексті сучасного українського праворозуміння / С. Шевчук // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=416>

<sup>2</sup> Головатий С. Нові можливості щодо захисту прав людини в Україні / С. Головатий // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 1999. – № 1. – С. 11.

<sup>3</sup> Метлова И. С. Решения Европейского Суда по правам человека в системе источников российского права : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / Ирина Сергеевна Метлова – М., 2007 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.disscat.com/content/resheniya-evropeiskogo-suda-po-pravam-cheloveka-v-sisteme-istochnikov-rossiiskogo-prava#ixzz3gM6UgwZ8>

<sup>4</sup> Гусейнов Л. Просторові межі дії Європейської конвенції з прав людини / Л. Гусейнов // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=108>

<sup>5</sup> Сайт «Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.eurocourt.in.ua/About.asp>

<sup>6</sup> Сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974\\_a49](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_a49)

<sup>7</sup> Справа «Сердюк проти України» (Заява № 61876/08) Страсбург 12 березня 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974\\_a49](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_a49)

<sup>8</sup> Метлова И. С. Указ. соч.

<sup>9</sup> Абдраштова В. З. Теоретико-правовые основы исполнения решений Европейского Суда по правам человека : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» / В.З. Абдраштова. – М., 2008 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.disscat.com/content/teoretiko-pravovoye-osnovy-ispolneniya-reshenii-evropeiskogo-suda-po-pravam-cheloveka>

<sup>10</sup> Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>

<sup>11</sup> Метлова И. С. Указ. соч.

<sup>12</sup> Николаев А. М. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод: конституционно-правовой механизм реализации в Российской Федерации: автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право; муниципальное право» / Андрей Михайлович Николаев. – М. : Российский государственный социальный университет, 2012. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dislib.ru/yuridicheskie/15726-5-evropeyskaya-konvenciya-zaschite-prav-cheloveka-osnovnih-svobod-konstitucionno-pravovoy-mehanizm-realizacii-rossiyskoy-federacii.php>

<sup>13</sup> Зимненко Б. Л. Международное право и правовая система Российской Федерации : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.10 / Б. Л. Зимненко. – М., 2006. – 376 с.

<sup>14</sup> Антропов Р. А. Роль Европейского Суда в процессе рассмотрения жалоб о нарушении основных прав и свобод человека : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / Р. А. Антропов ; Академия МВД. – М., 2002. – 144 с.

<sup>15</sup> Манукян В. И. Европейский суд по правам человека: право, прецеденты, комментарии : науч.-практ. пособ. / В. И. Манукян. – К. : Істина, 2006. – 368 с.

<sup>16</sup> Бондарь Н. С. Конвенционная юрисдикция Европейского Суда по правам человека в соотношении с компетенцией Конституционного Суда Российской Федерации / Н. С. Бондарь // Журнал российского права. – 2006. – № 6.

<sup>17</sup> Курдюков Д. Г. Право на жалобу в контексте Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / Д. Г. Курдюков ; КГУ. – Казань, 2001. – 21 с.

<sup>18</sup> Обращение в Европейский Суд по правам человека / под общ. ред. Ф. Лича. – М. : Мемориал, 2006. – 478 с.

<sup>19</sup> Де Сальвиа М. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.twirpx.com/file/697021/>

<sup>20</sup> Применение Европейской конвенции о защите прав человека в судах России / под ред. А. Л. Буркова. – Екатеринбург : Изд-во Уральского университета, 2006. – 264 с.

<sup>21</sup> Воронцова И. В., Соловьева Т. В. Постановления Европейского Суда по правам человека в гражданском процессе Российской Федерации / И. В. Воронцова, Т. В. Соловьева ; под ред. О. В. Исаенковой. – М., 2010 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lawmix.ru/commlaw/231>

<sup>22</sup> Дарда А. В. Проблемы толкования национальными судами общепризнанных принципов международного права : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / А. В. Дарда ; РУДН. – М., 2003. – 148 с.

<sup>23</sup> Обухова Е. С. Интеграция Российской Федерации в европейское правовое пространство в контексте деятельности Европейского Суда по правам человека : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / Е. С. Обухова. – М., 2006. – 25 с.

<sup>24</sup> Моул Н. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 6. Право на справедливое судебное разбирательство. Прецеденты и комментарии (учеб.-метод. пособ.) / Н. Моул, К. Харби, Л. Б. Алексеева. – М. : Российская академия правосудия, 2002. – 326 с.

<sup>25</sup> Торкунова Е. А. Правовая основа реализации конституционного права российских граждан на судебную защиту в Европейском суде : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Е. А. Торкунова ; МГИМО. – М., 2002. – 177 с.

<sup>26</sup> Робочі програми «Участь адвоката в Європейському суді по правах людини»; «Методика застосування адвокатом практики Європейського суду з прав людини при здійсненні захисту та представництва в Україні» для студентів галузі знань «Право», напряму підготовки «Правознавство» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://law.univ.kiev.ua/kafedry/notarialnoh-ta-vykonavchoho-protsesu-i-advokatury?lang=uk\\_UA.UTF-8,%20uk\\_UA,%20uk\\_UA.KOI8-R,%20uk\\_UA.CP1251,%20uk\\_UA.CP866,%20uk\\_UA.ISO8859-5,%20ukrainian](http://law.univ.kiev.ua/kafedry/notarialnoh-ta-vykonavchoho-protsesu-i-advokatury?lang=uk_UA.UTF-8,%20uk_UA,%20uk_UA.KOI8-R,%20uk_UA.CP1251,%20uk_UA.CP866,%20uk_UA.ISO8859-5,%20ukrainian)

Резюме

**Ляшенко Н. А. Вплив рішень Європейського суду з прав людини на правову систему України.**

У статті проаналізовано правовий статус рішень Європейського суду з прав людини та їх вплив на правову систему України, наукова доктрина українських вчених та практиків – фахівців у галузі права та деякі рішення ЄСПЛ. Внесено ряд пропозицій щодо вдосконалення судової системи України. Зокрема, розширення повноважень Верховного Суду України щодо перегляду рішень судів нижчих інстанцій на предмет їх відповідності принципу верховенства права та світовим стандартам захисту прав людини.

**Ключові слова:** Європейський суд з прав людини, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, рішення, практика, тлумачення.

Резюме

**Ляшенко Н. А. Влияние решений Европейского суда по правам человека на правовой систему Украины.**

В статье проанализированы правовой статус решений Европейского суда по правам человека и их влияние на правовую систему Украины, научная доктрина украинских ученых и практиков – специалистов в области права и некоторые решения ЕСПЧ. Внесен ряд предложений по совершенствованию судебной системы Украины. В частности, расширение полномочий Верховного Суда Украины по пересмотру решений судов низших инстанций на предмет их соответствия принципу верховенства права и мировым стандартам защиты прав человека.

**Ключевые слова:** Европейский суд по правам человека, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, решения, практика, толкование.

Summary

**Lyashenko N. Effect of making the European court of human rights in Ukraine legal system.**

The article analyzes the legal status of the European Court of Human Rights and their impact on the legal system of Ukraine, Ukrainian scientific doctrine scientists and practitioners - experts in law and some of the decisions of the ECHR. Made a number of proposals for improving the judicial system of Ukraine, in particular, the expansion of the Supreme Court of Ukraine to review the decisions of the lower courts for their compliance with the rule of law and international standards of human rights.

**Key words:** European Court of Human Rights, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, decision, practice and interpretation.

УДК 347.6+ 347. 98+ 919.1+961.1

**Л. В. СКОК**

*Лілія Володимирівна Скок, здобувач Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**ПОРЯДОК СПАДКУВАННЯ У НІМЕЧЧИНІ: РОЗМЕЖУВАННЯ КОМПЕТЕНЦІЇ МІЖ СУДОМ ТА НОТАРІУСАМИ**

Характерною відмінністю правової системи Німеччини від України у контексті нотаріальної діяльності зокрема та з вчинення нотаріальних дій щодо спадкування майна є те, що у Німеччині історично склалося коло осіб, які здійснюють нотаріальну функцію: *нотаріус*, який призначається пожиттєво для надання нотаріальних послуг. Така діяльність є його основною професійною діяльністю (п. 1 § 3 Закону Німеччини про нотаріат); нотаріус-адвокат – в судових округах, у яких на 1 квітня 1961 р. нотаріальні послуги надавалися як додатковий вид діяльності, нотаріусами призначалися адвокати на час їх допуску до адвокатської діяльності в певному суді для одночасного здійснення двох професій, тобто адвоката і нотаріуса (*Anwaltsnotare*) (п. 2 § 3 Закону Німеччини про нотаріат); окружні державні (земельні) нотаріуси (*Bezirknotare*) ті, які здійснюють свої повноваження у федеральній землі Баден-Вюртемберг (§ 114 Закону Німеччини про нотаріат, але згідно з п. 1 даної норми цим Законом не регламентуються норми про трудові відносини, їх компетенцію, діловодство, включаючи порядок оскарження)<sup>1</sup> та суди, відповідно до Цивільного укладення Німеччини (далі – ЦУН)<sup>2</sup>. Але суди наділялися основними функціями у питаннях спадкування, а нотаріуси – лише допоміжними повноваженнями. Проте у 2013 р. було прийнято Закон Німеччини про передачу нотаріусам повноважень у сфері добровільної юрисдикції (*Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare vom 26.06.2013: in der Redaktion vom 01.09.2013*)<sup>3</sup> згідно з яким було розширено повноваження нотаріусів щодо вчинення нотаріальних дій зі спадкування майна.

Не будемо давати передчасну оцінку даного акта щодо розподілу повноважень між судами і нотаріусами Німеччини у питаннях спадкування, а спробуємо сприйняти його у контексті найбільш важливих питань

матеріального – спадкового права Німеччини, що мають істотний вплив на порядок спадкування майна у суді чи у нотаріуса.

Багато вчених робили спроби висловити свої міркування з приводу особливостей спадкового права Німеччини, але проблема таких досліджень полягає у спробі виділити найголовніші фактори спадкування у різних правових системах, не говорячи про порядок та суб'єктів, уповноважених та оформлення права на спадщину у різних країнах світу, де є нотаріат.

Слід зазначити, що в Україні взагалі відсутні комплексні наукові дослідження, присвячені питанням оформлення спадкових прав, зокрема, й після смерті громадян України у Німеччині у нотаріальному порядку. Є поодинокі наукові праці з порівняльного аналізу спадкового права різних зарубіжних країн<sup>4</sup>.

Український вчений Г. Фединяк звернула увагу на такі аспекти: «у ФРН – Закон від 28 серпня 1969 р. передбачив нові правила оформлення заповідальних розпоряджень, а Закон від 14 червня 1976 р. запровадив реформу шлюбно-сімейного права, яка вплинула на права спадкоємців. Зокрема, визначалося коло спадкоємців, які мають обов'язкову частку в спадщині» тощо<sup>5</sup>. Отже, специфіку правової системи Німеччини і, зокрема, спадкового права в такому короткому аналізі вченого важко знайти.

Російські вчені В. В. Гуцин та В. О. Гурєєв проводили аналіз законодавства Німеччини, яке регламентує спадкове право порівняно з правовою системою РФ, тому не помітили істотних специфічних рис такого законодавства, коли зазначали: «Підставами спадкування в Німеччині є або заповіт (волевиявлення спадкодавця, визначає юридичну долю його майна після смерті), або закон»<sup>6</sup>. Але російські вчені не звернули увагу на те, що в книзі 5 «Спадкове право» Цивільного укладення Німеччини виділено окремими частинами: ч. 4. Договір про спадкування; ч. 5 Обов'язкова частка, що свідчить про їх відносно самостійне існування і застосування. Отже, спадкування в Німеччині можливе як на підставі заповіту, так і на підставі договору про спадкування та права на обов'язкову частку, а також на підставі закону.

Тому віддаючи належне проведеним порівняльним дослідженням інших вчених<sup>7,8,9</sup>, наголосимо, що не завжди варто брати за абсолютну основу дослідження й позиції німецьких вчених, які розпочали аналіз свого законодавства буквально з моменту його запровадження<sup>10,11</sup>, оскільки, як зазначалося раніше, до нього були внесені зміни, а також в силу звичного сприйняття його норм такими, якими вони тривалий час традиційно застосовувалися.

Так, звернемо увагу на той цікавий для української правової концепції момент, що книга 5 «Спадкове право» Цивільного укладення Німеччини розпочинається з першої частини під назвою «Порядок спадкування», що має довести опонентам авторської позиції доцільність дослідження на рівні наукової праці питань про «порядок спадкування» і його життєздатність.

У спадковому праві України такий термін, як порядок спадкування, загалом не вживається, хоча в ч. 7 ст. 1254 ЦКУ й використовується поняття «порядок» щодо скасування заповіту, внесення до нього змін і робиться наголос на встановленому порядку посвідчення заповіту, хоча жодна норма не має відповідної назви або застосування цього терміна у своєму змісті.

Зрозуміло, що використання певних термінів не надає переваг тому чи іншому нормативному акту, оскільки про їх якість мають свідчити інші показники, наприклад, послідовність викладення норм, їх взаємна узгодженість, конкретність при застосуванні, а також час використання.

Зокрема, деякі громадяни так буквально описують проблеми законодавства Німеччини: «Існує помилкова думка, що в тому випадку, коли у покійного немає ніякого статку і немає боргів, то у разі встановлення далеких родичів і відмовлятися від спадщини не потрібно. Але це не так. У разі отримання повідомлення про спадщину, часом не заважає обміркувати можливість офіційно відмовитися від неї, так як у параграфі § 1968 Цивільного укладення Німеччини написано, що спадкоємець зобов'язаний нести витрати на похорон. А похорон в Німеччині справа дорога. Деякі незаможні німці роблять фінт вухами: спеціально складають заповіт на далеких родичів, щоб ті, якщо раптом вирішать вступити у спадок, сплатили витрати на похорони і їхні борги»<sup>12</sup>. З наведеного фрагменту та інших положень статті можна зробити висновок, що її автор не є фахівцем в галузі права, але зіткнувся з проблемами застосування, а точніше, зловживання правом в Німеччині. Тому ми мусимо визнати, що й німецьке законодавство має специфічні риси, якими нехтувати не потрібно.

Важливо в цьому випадку сприйняти дух регламентації правовідносин у законодавстві Німеччини, коли у редакції значної кількості норм законодавства закладена дилема, зокрема, щодо відмови від спадщини: «Відмова поширюється на всі підстави для закликання до спадкування, які були відомі спадкоємцю при подачі заяви, якщо не доведено інше» (ч. 2 § 1949 ЦУН). Тобто, в ЦУН доволі часто зустрічається допустимість альтернативного варіанта сприйняття певної поведінки, якщо особа буде здатна довести поважність її причин, зокрема, під впливом погрози тощо (ч. 2 § 1954 ЦУН). Вважаємо, що така регламентація правовідносин зумовлена величезним досвідом, якого набуло цивільне законодавство Німеччини з часу його вступу у дію, тобто з 1 січня 1900 р., системністю його впровадження, а саме одночасно із Законом про судоустрій, Цивільним процесуальним укладенням Німеччини (далі – ЦПУН) і Конкурсним уставом, із Законом про примусовий продаж з торгів та примусовим управлінням майном, Положенням про поземельні книги і Законом про справи окремого провадження<sup>13</sup>, а також виправданому часом довірою суспільства до діяльності судів.

Не вдаючись до деталізації розбіжностей українського і німецького спадкового права, достатньо порівняти положення українського і німецького законодавства в частині тривалості спадкових правовідносин, щоб виявити істотні відмінності. В Німеччині спадкодавець може виключити можливість розподілу спадкового майна протягом тридцяти років з моменту відкриття спадщини і зобов'язати спадкоємців за заповітом

не ділити майно до настання певної події щодо одного зі співспадкоємців, що може тривати й більший проміжок часу (§ 2044 ЦУН). Обмежувальний тридцятирічний строк з моменту відкриття спадщини встановлений і у § 2109 ЦУН щодо наступного спадкування. В Україні Цивільним кодексом не передбачено строк видачі свідоцтва про право на спадщину, тому на практиці його можуть не отримувати взагалі і лише наступні покоління, маючи метою розпорядитися об'єктами нерухомості, будуть визнавати за собою право власності на це майно в судовому порядку.

Концептуально ж аналізуючи роль суду в спадкових відносинах, виходячи із аналізу Цивільного Укладення Німеччини, слід виділити такі його повноваження :

- прийняття на офіційне зберігання заповітів (§ 2258а ЦУН) та видача заповітів (§ 2258б; § 2256 ЦУН);
- відкриття заповітів після смерті заповідача (§ 2260; § 2263а ЦУН);
- викличне провадження з різних питань (в Україні подібним є окреме провадження, де має місце розгляд справ про відновлення прав на втрачені цінні папери на пред'явника та векселі, а також відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 262 ЦПК<sup>14</sup> передбачається необхідність здійснити публікацію про виклик держателя втраченого цінного папера на пред'явника або векселя до суду), зокрема, публічна пропозиція заявити права спадкування (§ 1965 ЦУН), що здійснюється відповідно до книги 9 ЦПУН<sup>15</sup>. Так само звернемо увагу на поняття, що застосовується в Німеччині для позначення Цивільного процесуального кодексу – Zivilprozessordnung, що у буквальному перекладі звучить як цивільно-процесуальний порядок і додатково свідчить про обґрунтованість застосування слова «порядок» з конкретним юридичним змістом;
- вирішення всіх спорів, пов'язаних зі спадковими правовідносинами, що властиво й для українського судочинства;
- призначення виконавця заповіту, але за волевиявленням заповідача, висловленим в заповіті (§ 2200 ЦУН);
- контроль за використанням виконавцем заповіту своїх прав (§ 2212 ЦУН);
- вжиття заходів до охорони спадкового майна (§ 1960 ЦУН);
- вирішення питань за обов'язками спадщини, зокрема виклик кредиторів спадщини (§ 1960 ЦУН); встановлення управління спадщиною (§ 1981 ЦУН) і опублікування постанови про це (§ 1983 ЦУН); розгляд клопотання про порушення провадження у справі про неплатоспроможність чи про перевищення боргів спадщини над вартістю спадкового майна (§ 1980 ЦУН);
- видача свідоцтв про право на спадщину (§ 2353 ЦУН), а також зобов'язання провести розслідування за власною ініціативою для встановлення фактів і зібрати виявлені докази (§ 2358 ЦУН).

Нотаріуси же відповідно до ЦКН вчиняють такі дії:

- посвідчують заповіти у формі нотаріального запису (§ 2231; § 2232 ЦУН);
- посвідчують договір про спадкування (Erbvertrag) (§ 2276 ЦУН);
- складання інвентарного опису (§ 2002 ЦУН);
- договір, за яким спадкоємець продає отриману ним спадщину (§ 2371 ЦКН).

Крім того, слід враховувати, що відповідно до Закону Німеччини «Про нотаріат» нотаріусам надані такі повноваження (§ 20):

- проводити будь-яке засвідчення, насамперед підписів і копій. До завдань нотаріусів належить також посвідчення рішень загальних зборів, проведення жеребкування та розіграшу лотереї, складання майнового реєстру, вчинення і вилучення печаток, вчинення протестів, передача заяв, а також посвідчення нотаріусами встановлених фактів, засвідчення передачі права власності на нерухоме майно, видача свідоцтв про часткову іпотеку або пайові зобов'язання, проведення добровільних торгів;

- посередницькі процедури згідно із Законом Німеччини щодо вирішення спорів, пов'язаних з речовими правами. Можливість проведення нотаріусами посередницьких процедур у спадкових справах, справах про поділ спільного майна, включаючи видачу свідоцтв, передбачених § 36, 37 Закону Німеччини про поземельній книзі, складання реєстру спадщини, а також вчинення і видалення печаток в рамках забезпечення спадкової маси регулюється законодавством федеральних земель;

- згідно з § 21 нотаріуси засвідчують: наявність повноважень представника; наявність чи місце знаходження юридичної особи або торгового товариства, зміну фірмового найменування, перетворення організаційно-правової форми та інші факти, що мають юридичне значення, за умови, що відомості про дані факти впливають з реєстрації в торговому або іншому реєстрі. Засвідчення зі сторони нотаріуса має доказову силу свідоцтва реєстраційного суду. Нотаріус вправі засвідчити лише в тому випадку, якщо він володіє впевненістю у відомостях, яка ґрунтується на ознайомленні з реєстром або засвідченою копією документів, що містяться у реєстрі. При засвідченні нотаріус повинен вказати день ознайомлення з реєстром або складання копії.

Як бачимо, така інформація становить інтерес і для України, оскільки дає змогу розширити повноваження нотаріусів України новими нотаріальними провадженнями. Так, слід доповнити ст. 34 Закону України «Про нотаріат» такими нотаріальними діями, як: посвідчення рішень загальних зборів, проведення жеребкування та розіграшу лотереї вчинення і вилучення печаток.

Щодо медіації, тобто можливості проведення нотаріусами Німеччини посередницьких процедур у спадкових справах<sup>16</sup>, то українські науковці схвально оцінюють такий досвід.

Наприклад, С. Я. Фурса вказує на те, що в Україні слід також прийняти Закон «Про медіацію». Це було б істотним кроком на шляху розвитку примирних (позасудових) процедур, і більшість конфліктів, якій зайшли в «глухий кут», можна було б вирішити шляхом переговорів<sup>17</sup>. Щодо нотаріального процесу, то, за загальним правилом, він за своєю правовою природою є безспірним, оскільки нотаріуси виконують правоохоронну

функцію на стадії реалізації особами їх безспірних прав<sup>18</sup>, але такі конфлікти можуть мати місце, наприклад, при розподілі спадкового майна між спадкоємцями. Тому нині слід наділити українських нотаріусів функцією медіатора. Медіаційні процедури вже нині застосовуються ними у випадку, коли між спадкоємцями виникає спір щодо розподілу спадкового майна, тому коли особи не вирішать між собою такий конфлікт і мають звертатися до суду, нотаріус має роз'яснити їм усі переваги нотаріального порядку поділу такого майна, запропонувати альтернативні способи їх вирішення.

Інший український вчений зазначає, що конструкція медіації в нотаріальній практиці Німеччини збігається із загальнотеоретичним поняттям «медіації», що являє собою перемовини між двома конфлікуючими сторонами за участі посередника, який має необхідні навички, досвід, освіту для того, щоб допомогти сторонам дійти згоди в урегулюванні їх спору<sup>19</sup>. Дійсно, така позиція, очевидно, підкреслює позитивні риси проведення медіації нотаріусами, але проблеми криються в деталях. Так, автором висловлено можливість медіації щодо конфлікуючих, а не сторін, що спорять. Конфлікт важко або навіть неможливо вирішувати при безпосередній участі сторін, які свої відносини «довели до конфлікту». З власної практики можна стверджувати, що в таких випадках доцільно організовувати зустріч адвокатів, які не обтяжені особистими образами, спогадами тощо. Вони будуть відкриті до правового вирішення спору, а не конфлікту. З правової точки зору, для врегулювання конфлікту не існує передбачених законодавством способів, оскільки жодну зі сторін не можна зобов'язати вибачитися або визнати помилковість спогадів щодо образ та ін. Тому і в процесі медіації необхідно шукати правові способи вирішення спору між сторонами, а примирення буде залежати від якості вирішення спору та сприйняття кожною зі сторін тих наслідків, які для неї настануть в результаті досягнутого компромісу.

У зв'язку з наведеним заслуговує на увагу позиція Ю. Д. Притики в контексті позитивних рис медіації: «сторони безпосередньо беруть участь в процесі врегулювання спору; медіатор, як нейтральна третя особа, може розглянути спір об'єктивно і допомогти сторонам у визначенні способів вирішення спору, які вони, можливо, й не застосували б самостійно; враховуючи, що медіація може бути застосована на ранній стадії спору, врегулювання останнього може відбутися значно швидше, ніж в третейському або державному суді; скорочення витрат сторін відбувається за рахунок відсутності необхідності нести арбітражні чи судові витрати; збільшується можливість збереження партнерських відносин між сторонами після вирішення спору»<sup>20</sup>. Багато з наведених положень, очевидно, є справедливими, оскільки участь в сучасному судочинстві без допомоги адвокатів безперспективна, а їх кваліфікація визначає вартість їх послуг, але нотаріуси, так само як і інші правники не повинні працювати безкоштовно. Далі вчений розглядає участь медіатора в процесі і відводить йому роль «активного слухача»<sup>21</sup> та звертає увагу на необхідність кваліфікації в галузі психології<sup>22</sup>, а потім підкреслює: «Не можна забувати про те, що в множині випадків, під час проведення медіації нотаріусом, все-таки його основним обов'язком є посвідчення договору, що укладається сторонами за результатами проведення переговорів»<sup>23</sup>. З наведеного можна зробити висновок, що сам Ю. Д. Притика передбачає: перенесення відповідного досвіду Німеччини на терени України призведе до того, що багато українських нотаріусів втраять об'єктивність і будуть діяти в інтересах однієї зі сторін спору або лише у власних та схиялятимуть одну або обидві сторони до укладання договору шляхом залякування, зокрема, некомпетентною діяльністю адвокатів та суддів, що може призвести до значної втрати часу, коштів і недосягнення бажаного результату або програвною позицією однієї із сторін, яку складно буде довести у суді тощо.

Тому, запозичуючи іноземний досвід, для української правової системи слід враховувати ментальність українського народу, який відрізняється від громадян різних іноземних держав хоча б тим, що в нас громадяни, в основному, не мають сімейних адвокатів, а йдуть до них після того, як вчинили правочини, а не до того. В Україні чутки розповсюджуються швидше Інтернету і люди їм вірять більше, ніж засобам масової інформації тощо. У нас існує поняття «мій або чужий нотаріус» і сторони можуть наполягати на посвідченні договору тільки в «свого нотаріуса», хоча нотаріус не може бути своїм або чужим, оскільки так він втрачатиме об'єктивність.

Отже, запровадження медіації в нотаріальну практику та інших інститутів спадкового права Німеччини в українське законодавство має бути виваженим і з урахуванням можливих негативних явищ, які вони здатні викликати в суспільних відносинах.

<sup>1</sup> О нотариате : Закон Германии от 24 февраля 1961 г. (в ред. от 22 июля 2005 г.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.notiss.ru/usrimg/germany\\_notary.pdf](http://www.notiss.ru/usrimg/germany_notary.pdf), а оригінал закону BGBl. 1961 I S. 98; 2005 I S. 2188.

<sup>2</sup> Гражданское уложение Германии (Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands) : ввод. закон к Гражданскому уложению ; пер. с нем. / [В. Бергман, введ., сост.]; науч. ред. А. Л. Маковский [и др.] – 2-е изд., доп. – М. : Волтерс Клувер. 2006. – 816 с.

<sup>3</sup> Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare vom 26.06.2013: in der Redaktion vom 01.09.2013 // Bundesgesetzblatt. – Teil I. – 2013. – S. 1800.

<sup>4</sup> Фурса С. Я. Порівняльний аналіз інституту спадкового права зарубіжних країн / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса // Спадкове право : Теорія і практика. – К. : Атіка, 2002. – С. 42–54.

<sup>5</sup> Фединяк Г. С. Міжнародне приватне право / Г. С. Фединяк : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://westudents.com.ua/glavy/65153-1-zagalna-harakteristika-spadkovogo-prava-derjav.html>

<sup>6</sup> Наследственное право России: учеб. / В. В. Гушин, В. А. Гуреев : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://studentu-вуза.ru/grazhdanskoe-pravo/nasledstvennoe-pravo-uchebnik/index.htm>

<sup>7</sup> Солодченко В. С. Гражданское и торговое право зарубежных государств : учеб. пособ. / В. С. Солодченко, Г. М. Котов. – СПб. : Изд. центр СПбГМУ, 2002. – 243 с.

- <sup>8</sup> Мурунова А. В. Гражданские и торговые кодексы зарубежных стран. Сравнительно-правовой анализ : учеб. пособ. / А. В. Мурунова. – Н. Новгород ; Нижегород. гос. архит.-строит. ун-т, 2007. – 83 с.
- <sup>9</sup> Абраменков М. С. Наследственное право : учеб. для магистров / М. С. Абраменков, П. В. Чугунов ; отв. ред. д-р юрид. наук, проф. В. А. Белов. – М. : Юрайт. – 2015 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://static.ozone.ru/multimedia/book\\_file/1010700041.pdf](http://static.ozone.ru/multimedia/book_file/1010700041.pdf)
- <sup>10</sup> Бернгефт Ф. Гражданское право Германии / Ф. Бернгефт, И. Колер. – С.-Петербург, 1910. – 425 с.
- <sup>11</sup> Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права / Л. Эннекцерус. – М. : Изд-во иностранной литературы, 1949. – Кн. 1. – 379 с.
- <sup>12</sup> Бабкина Е. Наследство в Германии / Е. Бабкина : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.tupa-germania.ru/zhizn/nasledstvo-v-germanii.html#!>
- <sup>13</sup> Гражданское уложение Германии (Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands) : ввод. закон к Гражданскому уложению ; пер. с нем. / [В. Бергман, введ., сост.]; науч. ред. А. Л. Маковский [и др.]. – 2-е изд., доп. – М. : Волтерс Клувер. 2006. – 816 с. – С. 591.
- <sup>14</sup> Цивільний процесуальний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [zakon.rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua)
- <sup>15</sup> Гражданское процессуальное уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому процессуальному уложению (Zivilprozessordnung Deutschlands): пер. с нем. / [В. Бергман, введ., сост.]. – М. : Волтерс Клувер. 2006. – 472 с. – С. 337.
- <sup>16</sup> Гансйорг Шварц. Медиация при открытии наследства и установлении наследственных прав / Гансйорг Шварц // Медиация в нотариальной практике. Альтернативные способы решения конфликтов. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – С. 189–207; Бернд Вегманн. Медиация при разрешении споров, связанных с наследованием семейного бизнеса / Бернд Вегманн. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – С. 165–189; Роберт Вальц. О технике ведения переговоров нотариусом / Роберт Вальц. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – С. 111–135.
- <sup>17</sup> Фурса С. Я. Медиация в Україні: Актуальні питання теорії і практики та необхідність законодавчої регламентації / С. Я. Фурса // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2014. – № 1 (99). – С. 7. – (Випуск «Юридичні науки»).
- <sup>18</sup> Фурса С. Я. Правоохорона як основна складова нотаріальної функції / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса // Нотаріат України. – К. : Алерта, 2015. – Кн. 1: Організація нотаріату (з практикумом). – С. 58.
- <sup>19</sup> Притика Ю. Д. Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді : моногр. / Ю. Д. Притика. – К., 2006. – 328 с. – С.51.
- <sup>20</sup> Притика Ю. Д. Применение медиации в нотариальной практике Германии: методология и опыт для Украины / Ю. Д. Притика // Цивилистическая процессуальная мысль : международный сб. науч. статей. – К. : ЦУЛ, 2013. – Вып. 2 : Нотариальный процесс / под ред. д-ра юрид. наук, проф. С. Я. Фурсы. – 480 с. – С. 40.
- <sup>21</sup> Там само. – С. 42.
- <sup>22</sup> Там само. – С. 43–44.
- <sup>23</sup> Там само. – С. 44.

#### Резюме

##### **Скок Л. В. Порядок спадкування у Німеччині: розмежування компетенції між судом та нотаріусами.**

У статті проведено порівняльний аналіз матеріального законодавства Німеччини та України щодо спадкування майна та нормативні акти Німеччини, які визначають і розмежовують компетенцію нотаріусів та суддів з оформлення спадкових прав. Проаналізовано компетенцію нотаріуса Німеччини щодо проведення медіації у спорах, пов'язаних із спадкуванням. Висловлено бачення про доцільність наділення даним повноваженням нотаріусів України та внесення доповнень до Закону України «Про нотаріат».

**Ключові слова:** Німеччина, Україна, спадкування, нотаріус, суддя, компетенція.

#### Резюме

##### **Скок Л. В. Порядок наследования в Германии: разграничение компетенции между судом и нотариусами.**

В статье проведен сравнительный анализ материального законодательства Германии и Украины относительно наследования имущества и нормативные акты Германии, которые определяют и разграничивают компетенцию нотариусов и судей по оформлению наследственных прав. Проанализирована компетенция нотариуса Германии о проведении медиации по спорам, связанным с наследованием. Высказано видение о целесообразности наделения данным полномочием нотариусов Украины и внесении дополнений в Закон Украины «О нотариате».

**Ключевые слова:** Германия, Украина, наследование, нотариус, судья, компетенция.

#### Summary

##### **Skok L. The order of succession in : distribution of powers between the court and notaries.**

This article provides a comparative analysis of the material Legislation Germany and on inheritance and regulations in that define and delimit the competence of notaries and judges on the execution inheritance rights. German notary analyzed competence to conduct mediation in disputes related to inheritance. Vision expressed about the feasibility of giving this authority to notaries and Amendments to the Law of «On Notary».

**Key words:** Germany, Ukraine, inheritance, notary, judge competence.

О. В. ШУЛІПА

*Олександр Вячеславович Шуліпа, аспірант  
Інституту законодавства Верховної Ради України***СТАНДАРТИ ПОВЕДІНКИ МІЖНАРОДНИХ ЦИВІЛЬНИХ СЛУЖБОВЦІВ**

За 70 років існування системи Організації Об'єднаних Націй її розширення та диверсифікація були вражаючими. Організація Об'єднаних Націй з самого початку створювалася як децентралізована система і з її поступовим розширенням неминуче виникли проблеми підтримання узгодженості та координації. У контексті зростаючої фрагментації одним із найважливіших та найочевидніших компонентів, що забезпечують єдність системи, є уніфікованість політик щодо персоналу і практик, які врегульовують умови служби міжнародних цивільних службовців.

Питання про стандарти поведінки міжнародних цивільних службовців до останнього часу перебувало поза увагою вітчизняних юристів-міжнародників. Воно лише фрагментарно висвітлювалося в публікаціях, присвячених праву міжнародних організацій. Водночас зазначене питання перебувало у центрі уваги зарубіжних авторів, починаючи з самого початку функціонування системи Організації Об'єднаних Націй. Слід зазначити, що найбільший внесок у наукову розробку цього питання зробили такі автори, як: С. Дж. Баркін, Х. Б. Батлер, Ф. П. Волтерс, А.Еванс, Дж. Лангрод, Д. Оувен, Дж. П. Ренніге, Ф. Сейерштед, Тім-Ченг Юнг. Крім того, окремі питання про створення та організацію міжнародної цивільної служби були висвітлені в роботах Я. Клаберс, Дж. Х. Шермерс, К. Ф. Амеразінге.

Метою статті є аналіз стандартів поведінки для міжнародної цивільної служби. Серед завдань, що їх автор поставив перед собою, висвітлення еволюції концепції стандартів для міжнародної цивільної служби та аналіз керівних принципів для міжнародної цивільної служби.

Організація Об'єднаних Націй і спеціалізовані установи є уособленням найвищих ідеалів народів світу. Їх мета – позбавити майбутні покоління від нещастя війни і гарантувати кожній людині можливість жити вільно та з гідністю. Такі найвищі ідеали сьогодні не втратили своєї актуальності. Їх досягнення та забезпечення безпосередньо залежить від ефективності функціонування міжнародних організацій<sup>1</sup>.

На міжнародну цивільну службу покладено завдання втілювати ці ідеали у життя. Вона ґрунтується на багатих традиціях державного управління, що отримали розвиток в державах-членах – традиціях, заснованих на принципах компетентності, добросовісності, неупередженості, незалежності й розсудливості. Однак крім цього міжнародні цивільні службовці мають особливе покликання – служити ідеалам миру, поваги основних прав, економічного та соціального прогресу і міжнародного співробітництва. Тому поведінка міжнародних цивільних службовців має відповідати високим стандартам, оскільки зрештою саме міжнародна цивільна служба надасть організаціям системи ООН можливість для забезпечення справедливості й миру на планеті.

Історія міжнародних організацій відносно нетривала. Високі темпи науково-технічного прогресу, характерні для XIX ст., обумовили потребу в абсолютно нових формах міжнародного співробітництва, а саме створення міжнародних організацій. Як приклад можна навести три міжнародні організації, засновані ще у XIX ст., які сьогодні входять до системи Організації Об'єднаних Націй. У 1865 р. – через два десятиліття після того, як було вперше публічно використано телеграф С. Морзе, представники 20 держав зібралися у Парижі для того, щоб створити Міжнародний телеграфний союз (нині – Міжнародний союз електрозв'язку). У 1873 р. з метою обміну інформацією про погоду держави заснували Міжнародну метеорологічну організацію (нині – Всесвітня метеорологічна організація). У 1874 р. у зв'язку з суттєвим зростанням обсягу міжнародних письмових повідомлень, що супроводжували бум у міжнародній торгівлі, який став можливим завдяки розвитку залізниць і використанню пароплавів, було створено Всесвітній поштовий союз<sup>2</sup>.

На ранніх етапах свого існування у цих організацій були невеликі технічні секретаріати, національний склад яких не мав принципового значення. Так, наприклад, секретаріати, створені відповідно до Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. та Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів від 9 вересня 1886 р., перебували під «високим наглядом» з боку Уряду Швейцарії, який у 1893 р. об'єднав їх у єдиний секретаріат. Персонал такого об'єднаного секретаріату формувався Урядом Швейцарії переважно з громадян Швейцарії. Лише у 1970 р., зі створенням Міжнародної організації інтелектуальної власності, ситуація змінилася і було створено незалежний міжнародний секретаріат з міжнародним персоналом<sup>3</sup>.

Лише у 1919 р., невдовзі після завершення Першої світової війни, коли на новостворену Лігу Націй були покладені політичні завдання, склад і характер секретаріату стали питанням, що викликали значний інтерес з боку держав-членів. Фактично до створення Ліги Націй не існувало прикладів міжнародних секретаріатів, співробітники яких були б міжнародними службовцями.

Відповідно до ст. VI Пакту Ліги Націй до складу секретаріату входять Генеральний секретар, секретарі та необхідний персонал<sup>4</sup>. Положення Пакту Ліги Націй не визначали засад, на яких має функціонувати



персонал секретаріату, це питання було залишено на розсуд першого Генерального секретаря організації Е. Драммонда<sup>5</sup>. Саме він обрав для Ліги формат кар'єрної цивільної служби і визначив, що службовці повинні бути компетентними, сумлінними, незалежними й неупередженими. Ці якості підтвердили свою цінність протягом часу функціонування організації і були формально схвалені державами-членами. Незважаючи на те, що сама Ліга Націй припинила своє існування, стандарти, встановлені для її персоналу, були безпосередньо включені до Статуту Організації Об'єднаних Націй<sup>6</sup>.

У Статуті Організації Об'єднаних Націй та установчих документах інших організацій встановлено, що поведінка співробітників повинна відповідати високим етичним нормам. Для цього міжнародні цивільні службовці повинні керуватися унікальними стандартами поведінки.

Після Другої світової війни розробники Статуту ООН прагнули якнайкраще забезпечити незалежність нової системи. З цієї метою вони відокремили секторально-орієнтовану діяльність від політичного ядра організації і ініціювали створення низки автономних спеціалізованих установ. Розробники системи Організації Об'єднаних Націй прагнули створити цілісну і єдину міжнародну цивільну службу. Для цього Підготовча комісія Організації Об'єднаних Націй, що провела сесію після прийняття Статуту ООН у 1945 р., рекомендувала розробити «загальні стандарти, методи і механізми щодо персоналу»<sup>7</sup>.

Стандарти поведінки для міжнародної цивільної служби (далі – Стандарти) були підготовлені Консультативною радою з міжнародної цивільної служби вже більше ніж півстоліття тому. Принципи і норми, закріплені у документі, що побачив світ у 1954 р., витримали випробування часом та стали частиною культури і спадку міжнародних організацій<sup>8</sup>.

Водночас окремі положення Стандартів редакції 1954 р. відображали реалії минулої епохи та потребували перегляду. Так, з часу їх ухвалення у світі відбулися різкі зміни. У результаті звільнення від колоніальної залежності країн Африки, Азії і Карибського басейну суттєво змінився членський склад міжнародних організацій, розширилися масштаби їх економічної і соціальної діяльності, змінилася динаміка процесу прийняття рішень та характер послуг, що надаються установами загальної системи Організації Об'єднаних Націй. Зрештою, завершилася холодна війна, що ускладнювала роботу міжнародної цивільної служби.

У сучасному контексті виникла потреба подолати відлуння епохи холодної війни та застарілість управлінських методів. Перед міжнародним співтовариством як і раніше постають глобальні проблеми і конфлікти, що обумовлюють потребу належного реагування з боку міжнародних організацій. Все це вимагає розробку нової редакції стандартів.

Комісія з міжнародної цивільної служби двічі переглядала Стандарти: перший раз у 2001 р. і повторно – у 2013 році. Під час розробки останньої редакції Стандартів, що була схвалена Резолюцією Генеральної Асамблеї 67/257<sup>9</sup>, Комісія з міжнародної цивільної служби виходила з того, що внутрішня культура кожної міжнародної організації має свої особливості, однак перед ними постають схожі етичні проблеми.

З часом відносини між співробітниками і їх організаціями змінюються. Наразі більшість міжнародних організацій відмовилися від систем, що базуються на жорстких правилах, та запровадили системи, які базуються на цінностях. Такі системи передбачають поступову децентралізацію і делегування відповідальності керівникам нижчих рівнів. Подібні зміни зумовили потребу розробки більш чітких стандартів, що регулюють відносини та контакти за рамками загальної системи і більш прозорих систем підзвітності.

Ще одним фактором, що зумовив потребу перегляду Стандартів, стали прояви підвищеного інтересу до цього предмета з боку національних цивільних служб і приватного сектору у відповідь на появу нових етичних проблем.

Варто зазначити, що з 1954 р. назва документа – «Стандарти поведінки для міжнародної цивільної служби» – залишилася незмінною, і до сьогодні вона повною мірою відображає сутність закріплених у ньому положень. Стандарти покликані стати керівними настановами етичної поведінки службовців міжнародних організацій. Вони не лише інформують, а й надихають службовців міжнародних організацій дотримувати найвищих етичних та моральних цінностей. Вони відображають філософську концепцію, покладену в основу міжнародної цивільної служби<sup>10</sup>.

Стандарти поведінки для міжнародної цивільної служби є комплексною кодифікацією правил, що покликані регулювати різні сфери діяльності міжнародних цивільних службовців, зокрема вони встановлюють керівні принципи міжнародної цивільної служби, визначають норми, що регулюють службові взаємовідносини міжнародних цивільних службовців, зловживання службовим становищем, конфлікти інтересів, розкриття інформації, використання ресурсів організацій системи Організації Об'єднаних Націй, роль секретаріатів, встановлюють обмеження в період після завершення міжнародної цивільної служби, містять правила щодо взаємовідносин між персоналом та адміністрацією, державами-членами та керівними органами, відносини з громадськістю, з засобами масової інформації, розкривають принцип поваги до різних звичаїв та культур, правила щодо безпеки та охорони, особистої поведінки міжнародних цивільних службовців, роботи поза організацією та позаслужбової діяльності, подарунків, нагород та винагород з джерел поза організацією<sup>11</sup>.

Кожен із наведених аспектів міжнародної цивільної служби має надзвичайне значення. Водночас в їх основу покладено керівні принципи, що відображають філософію самої концепції міжнародної цивільної служби та Організації Об'єднаних Націй.

Стандарти визначають, що цінності Організації Об'єднаних Націй, а саме основоположні права людини, соціальна справедливість, гідність і цінність людської особистості та рівноправ'я чоловіків і жінок, а також рівність великих і малих націй мають бути орієнтирами для міжнародних цивільних службовців у всіх

їх діях. Усвідомлення цінностей та ролі організації службовцями має бути однаковим. Саме відданість цілям організації забезпечує добросовісність і формує міжнародний світогляд міжнародних цивільних службовців. Однакове бачення є гарантією того, що міжнародні цивільні службовці будуть ставити інтереси своєї організації вище за власні інтереси і відповідально використовувати її ресурси.

Міжнародні цивільні службовці повинні бути сумлінними. Поняття сумлінності, закріплене в Статуті Організації Об'єднаних Націй, охоплює всі аспекти поведінки міжнародного цивільного службовця і включає такі якості, як чесність, правдивість, безсторонність і невідчужуваність. Ці якості є не менш важливими, ніж компетентність і працездатність, що також відображені в положенні ст. 101 Статуту Організації Об'єднаних Націй. Терпимість і розуміння – основні людські цінності. Вони є основними цінностями і для міжнародних цивільних службовців, які повинні рівною мірою поважати всіх без відмінностей за будь-якими ознаками.

Міжнародні цивільні службовці мають бути лояльними до системи Організації Об'єднаних Націй, а не лише до тієї організації, в якій вони працюють. Міжнародні службовці повинні розуміти та демонструвати таку більш широку лояльність. Необхідність виявлення духу співробітництва і порозуміння щодо міжнародних службовців інших організацій систем Організації Об'єднаних Націй має найбільш важливе значення у тих випадках, коли міжнародні цивільні службовці декількох організацій працюють в одній країні або регіоні<sup>12</sup>.

Міжнародні цивільні службовці повинні бути безсторонніми та незалежними. Для збереження своєї безсторонності міжнародним цивільним службовцям слід зберігати незалежність від будь-якої влади поза своїми організаціями; їх поведінка має відображати таку незалежність. Відповідно до присяги, що складається під час вступу на посаду, вони не повинні приймати жодних вказівок від будь-якого уряду, особи або іншої сторони, яка є сторонньою для організації. Необхідно підкреслити, що міжнародні цивільні службовці жодним чином не є представниками урядів держав-членів. Це також стосується міжнародних службовців, направлених урядами держав-членів. Міжнародні цивільні службовці повинні завжди пам'ятати про те, що прийнявши Статут і відповідні правові документи кожної організації, держави-члени зобов'язалися поважати їх незалежний статус<sup>13</sup>.

Безсторонність слід передовсім розуміти як терпимість і стриманість, особливо щодо політичних і релігійних переконань. Особиста думка міжнародних цивільних службовців залишається недоторканно, однак, на відміну від приватних осіб, вони не мають права ставати на будь-яку сторону або публічно висловлювати свої переконання зі спірних питань, чи то особисто, чи як член тієї чи іншої групи. Відповідно, міжнародні цивільні службовці повинні виражати свої погляди тактично та з обачністю. Це не означає, що міжнародні цивільні службовці повинні відмовлятися від своїх особистих політичних поглядів і національного світогляду. Однак це означає, що вони повинні постійно проявляти широкий міжнародний світогляд і дух розуміння стосовно міжнародного співтовариства в цілому.

Принцип незалежності міжнародної цивільної служби не суперечить тому факту, що саме держави-члени колективно становлять організацію і не применшують його. Поведінка, що веде до поліпшення відносин з окремими державами-членами і посилення їх віри в секретаріат організацій та довіри до нього, зміцнює організацію і сприяє забезпеченню їх інтересів<sup>14</sup>.

Міжнародним цивільним службовцям, які відповідають за реалізацію проектів в окремих країнах або регіонах, може бути рекомендовано проявляти особливу обачність при збереженні своєї незалежності. Час від часу вони можуть отримувати вказівки від сторони, яка приймає, однак такі вказівки не повинні ставити від загрозу їх незалежність. Міжнародні цивільні службовці повинні звітувати за всі свої дії і рішення, а також за зобов'язання, які вони беруть на себе при виконанні своїх функцій<sup>15</sup>.

Міжнародний світогляд базується на розумінні цілей і задач організацій системи Організації Об'єднаних Націй, викладених в їх правових документах, і відданості їм. Воно, серед іншого, передбачає повагу до права інших мати свою власну точку зору і слідувати власним культурним традиціям. Для цього необхідна готовність без упередженості працювати з особами всіх національностей, релігій та культур, а також здатність постійно враховувати те, як слова і дії можуть бути сприйняті іншими. Своєю чергою, необхідно уникати будь-яких висловлювань, що можуть бути розтлумачені як прояв упередженого ставлення або нетерпимості. Водночас, з огляду на те, що методи роботи в різних культурах можуть бути неоднаковими, міжнародні цивільні службовці не повинні вважати правильними виключно ставлення до роботи, методи роботи і стиль роботи, що характерні для їх країни або регіону. Жити в умовах, вільних від дискримінації – одне з основних прав людини. Від міжнародних цивільних службовців очікується повага до гідності й цінності людської особистості, рівності всіх людей, без розрізнення за будь-якими ознаками. Міжнародні цивільні службовці мають всіляко уникати припущень, що базуються на стереотипах. Одним з основних принципів, що закладено в Статуті Організації Об'єднаних Націй, є рівність чоловіка та жінки, і тому організації повинні робити все, що від них залежить, для сприяння досягненню гендерної рівності.

Комісія з міжнародної цивільної служби узагальнила більше ніж столітній досвід функціонування секретаріатів міжнародних організацій та виділила основні цінності, на яких має бути побудована міжнародна цивільна служба. Такі цінності встановлюють високі морально-етичні стандарти поведінки міжнародних цивільних службовців<sup>16</sup>.

Уряди держав мають докладати зусилля для забезпечення високої ефективності, цілісності й універсальності міжнародної цивільної служби. Своєю чергою міжнародні організації повинні створювати конкурентні умови служби задля того, щоб залучати висококваліфікований персонал. Спроможність міжнародних організацій вчасно й ефективно реагувати на проблеми сучасного світу буде як і раніше визначати якість

життя у XXI ст., і міжнародна цивільна служба відіграє історичну роль в еволюції глобальних цінностей та систем управління.

- <sup>1</sup> Standards of Conduct for the International Civil Service / International Civil Service Commission. – : United Nations, 2013. – P. 3.
- <sup>2</sup> *Klabbers J.* An Introduction to International Institutional Law / Jan Klabbers. – Cambridge: Cambridge University Press, 2002. – P. 17.
- <sup>3</sup> *Schermers H. G.* International Institutional Law: Unity within Diversity / Henry G. Schermers, Niels M. Blokker. – : Martinus Nijhoff Publishers, 2011. – P. 320.
- <sup>4</sup> *Howard-Ellis C.* The Origin, Structure and Working of the League of Nations. – Boston: Houghton Mifflin Company, 1929. (Reprint 2003 by The Lawbook Exchange).
- <sup>5</sup> *Newman E.* The International Civil Service: Still a Viable Concept / E. Newman // *Global Society*. – 2007. – Vol. 21. – Iss. 3. – P. 435.
- <sup>6</sup> Шуліпа А. В. Институт международной гражданской службы: история становления и принципы построения / А. В. Шуліпа // Национальный юридический журнал: теория и практика. – 2014. – № 3. – С. 270–274.
- <sup>7</sup> Комиссия по международной гражданской службе – История вопроса // Офіційний сайт Організації Об'єднаних Націй : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org/ru/aboutun/civilservice/icschistory.shtml>
- <sup>8</sup> Standards of Conduct for the International Civil Service / International Civil Service Commission. – : United Nations, 2013. – 12 p.
- <sup>9</sup> Общая система Организации Объединенных Наций: доклад Комиссии по международной гражданской службе // Резолюция Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций A/RES/67/257 від 12 квітня 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/278/57/PDF/N1327857.pdf?OpenElement>
- <sup>10</sup> Standards of Conduct for the International Civil Service / International Civil Service Commission. – : United Nations, 2013. – 12 p.
- <sup>11</sup> Standards of Conduct for the International Civil Service / International Civil Service Commission. – : United Nations, 2013. – 12 p.
- <sup>12</sup> Федотов А. Л. Международная гражданская служба / А. Л. Федотов // *Право и управление. XXI век*. – 2013. – № 2. – С. 55–68.
- <sup>13</sup> *Amerasinghe C. F.* Principles of the Institutional Law of International Organizations / C. F. Amerasinghe. – : Press, 2005 – 535 p.
- <sup>14</sup> *Butler H. B.* Some Problems of an International Civil Service / H. B. Butler // *Public Administration*. – 1932. – Vol. 10. – Iss. 4. – P. 376–387.
- <sup>15</sup> Standards of Conduct for the International Civil Service / International Civil Service Commission. – : United Nations, 2013. – 12 p.
- <sup>16</sup> *Jenks W.* Some Problems of International Civil Service / W. Jenks // *Public Administration Review*. – 1943. – Vol. 3. – P. 94.

#### Резюме

##### **Шуліпа О. В. Стандарти поведінки міжнародних цивільних службовців.**

Стаття присвячена аналізу стандартів поведінки міжнародних цивільних службовців. Проаналізовано еволюцію концепції стандартів поведінки для міжнародної цивільної служби, розглянуто керівні принципи стандартів поведінки міжнародних цивільних службовців.

**Ключові слова:** стандарти поведінки, міжнародна цивільна служба, Організація Об'єднаних Націй, Комісія з міжнародної цивільної служби.

#### Резюме

##### **Шуліпа А. В. Стандарты поведения международных гражданских служащих.**

Статья посвящена анализу стандартов поведения международных гражданских служащих. Проанализирована эволюция концепции стандартов поведения для международной гражданской службы, рассмотрены руководящие принцип поведения международной гражданской службы.

**Ключевые слова:** стандарты поведения, международная гражданская служба, Организация Объединенных Наций, Комиссия по международной гражданской службе.

#### Summary

##### **Shulipa O. Standards of Conduct for the International Civil Servants.**

The paper analyzes the standards of international civil servants conduct. The evolution of the concept of standards of international civil servants conduct has been analyzed; moreover the guiding principles of international civil servants conduct have been highlighted.

**Key words:** standards of conduct, international civil service, the United Nations Organization, Commission on International Civil Service.

О. О. ШУМІЛО

*Ольга Олексіївна Шуміло, молодший науковий співробітник НДІ вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН України*

## СТРУКТУРНО-ФУНКЦІОНАЛЬНИЙ АНАЛІЗ ОРГАНІВ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ В ДЕРЖАВАХ-ЧЛЕНАХ ЄС

Сьогодні українська державність знаходиться у вирі історико-політичних подій, що супроводжується кардинальними змінами у вітчизняному законодавстві. Разом із тим досвід проведення державних реформ в Україні, в тому числі судово-правових, повною мірою свідчить про те, що найбільший їх ефект досягався в тому випадку, коли вони здійснювалися з урахуванням комплексних змін різних сфер державного і суспільного життя: соціальної, духовної, економічної, культурної, політичної.

У зв'язку із тривалим кризовим станом, що намітився ще у 80-х рр. минулого століття, особливої значущості на даному етапі судово-правової реформи набуває пошук оптимальних моделей досудового та судового провадження, від ефективної організації якого багато в чому залежить розв'язання завдань судочинства на наступних стадіях руху кримінальної справи. У країнах Європи органи кримінальної юстиції мають різну структуру, повноваження та порядок підпорядкованості, тому що побудова системи державних органів, у тому числі кримінальної юстиції, є суверенною справою кожної країни. Про це свідчить досвід окремих європейських країн, які відповідно до вимог Євросоюзу реформують системи органів кримінальної юстиції з урахуванням національних особливостей<sup>1</sup>.

Для з'ясування питань, що є предметом дослідження у цій статті, доцільно послідовно розглянути особливості побудови: 1) органів обвинувачення; 2) судової системи; 3) органів міліції (поліції); 4) органів досудового розслідування у країнах-членах ЄС.

**Органи обвинувачення.** Аналіз міжнародних документів свідчить, що у більшості країн ЄС органи прокуратури виконують насамперед функції в рамках кримінального судочинства. Це відображено у Керівних принципах ООН щодо ролі державних обвинувачів, прийнятих на Восьмому Конгресі ООН з попередження злочинності та поведіння з правопорушниками 27 серпня – 7 вересня 1990 р., у Рекомендації Rec (2000) 19 Комітету Міністрів Ради Європи Щодо ролі прокуратури у системі кримінального судочинства, схвалений 6 жовтня 2000 р., Стандартах професійної відповідальності та викладі основних обов'язків і прав прокурорів, розроблених Міжнародною асоціацією прокурорів у 1999 р.<sup>2</sup>, висновках Консультативної радо європейських прокурорів та Венеціанської комісії РЄ.

Серед усіх 47 держав-членів Ради Європи можна виокремити три типи назв органів обвинувачення: 1) найменування, яке спрямовує відповідні служби на захист публічних чи державних інтересів: у Румунії – «Ministerul Public». Службовців органу називають «magistrați», а підрозділи – «parchetului»; 2) найменування, яке спрямовує відповідні служби виключно на державне (публічне) обвинувачення: в Угорщині – «ügyészségi» (служба обвинувачення); «ügyészség» (обвинувач); 3) пострадянське найменування органів обвинувачення. «Прокуратура» і «прокурори» у трьох державах колишнього «соціалістичного табору» (Польщі, Словаччині, Болгарії). Слід зазначити, що переважна більшість зазначених держав обмежила повноваження своїх служб публічного представництва питаннями кримінального обвинувачення. І залишення цієї назви у державах Західної Європи є даниною історичній традиції.

Цілком очевидно, що, обговорюючи проблему прокуратури у системі органів державної влади, не можна обійти і не менш важливе питання – про її роль у суспільстві та державному устрої. Досвід зарубіжних країн також свідчить, що існують різні варіанти вирішення питання про місце прокуратури у державному механізмі. Так, за цією ознакою В. В. Голоша виділяє декілька груп країн, в яких застосовуються такі основні концепції прокурорської діяльності: 1) країни, де прокуратура діє у складі Міністерства юстиції, хоча при цьому може належати до органів правосуддя і діяти при судах, а прокурори можуть належати до суддівського корпусу (магістратури) (Польща, США, Франція, Бельгія, Нідерланди, Данія, ФРН, Японія); 2) країни, де прокуратура входить до складу виконавчої гілки влади<sup>3</sup> або підпорядковується главі держави (Угорщина)<sup>4</sup>.

Якщо наявність прокурорської влади ніхто не заперечує, то віднесення її до однієї з традиційних гілок влади є проблематичним, і це насамперед пов'язано з тим, що прокурорська влада істотно відрізняється від інших її гілок<sup>5</sup>. Більш раціональною, на нашу думку, є досить поширена у науковій літературі концепція, відповідно до якої прокуратура належить до окремої гілки влади, – контрольно-наглядової. Як зазначав академік Ю. М. Грошевий, особливістю цієї гілки влади є те, що використовуючи певні важелі держава забезпечує додержання законності, верховенство Конституції у всій нормотворчій та правозастосовній діяльності й верховенство права у цілому<sup>6</sup>.

До функціональних обов'язків прокуратури Угорщини, Польщі, Румунії належать участь у розробці заходів запобігання злочинам та іншим правопорушенням. Прокуратура Польщі координує діяльність у галузі переслідування злочинів інших державних органів (п. 7 ст. 3)<sup>7</sup>.

**Судові органи.** Аналіз судових систем основних європейських країн дає виявити три основні моделі спеціалізації судової діяльності.

По-перше, існують судові системи, які включають судові органи, що здійснюють всі види судової юрисдикції. Такі судові системи мають назву внутрішньо спеціалізованих. На практиці це означає, що будь-який суд (за традиційною назвою – суд загальної або ординарної юрисдикції) у межах відповідної інстанції розглядає всі можливі категорії справ: цивільні, кримінальні, сімейні, адміністративні, трудові, конституційні, податкові тощо. У складі такого суду зазвичай виділяються самостійні структурні підрозділи (присутності, колегії, палати, склади), які спеціалізуються на розгляді однієї або декількох східних категорій справ. Найбільш характерним у такому випадку є наявність загального суду, що об'єднує у своєму складі цивільний і кримінальний підрозділи. Такий підхід становить основу судової системи США, Буркіна-Фасо, В'єтнаму, Китаю, Естонії, Польщі<sup>8</sup>.

Досить показовою в аспекті втілення принципу внутрішньої спеціалізації суддів і можливості його застосування в Україні є судова система Республіки Польща. Відповідно до Конституції Республіки Польща (ст.ст. 173–182), Закону про устрій загальних судів від 27 липня 2001 р. загальними судами є районні, окружні та апеляційні суди. Районні суди є основною ланкою судової системи, адже вони, як суди першої інстанції, вирішують більшість справ з питань цивільного, сімейного й опікунського, кримінального і трудового права, права соціального страхування, за винятком справ, віднесених до юрисдикції інших судів за законом.

Друга організаційна модель судової системи передбачає зовнішню спеціалізацію, тобто виокремлення із системи загальних судів самостійних спеціалізованих підсистем. Критеріями для відокремлення виступають насамперед основні предметні повноваження судової влади. Цивільні, кримінальні та ряд інших справ розглядають суди загальної юрисдикції, адміністративні справи – адміністративні суди, а конституційний контроль здійснюють конституційні суди. Так, наприклад, у цілому виглядає судова система Італії<sup>9</sup>. Однак у деяких країнах спеціалізація розвинута більше. Найяскравіший приклад такої полісистемності – Федеративна Республіка Німеччини. У цій країні існує шість відносно самостійних підсистем: загальної юрисдикції (чотирирівнева – дільничні суди, земельні суди, верховні земельні суди, Верховний Федеральний суд); конституційної юстиції (складаються із судів двох рівнів – федерального і конституційного судів земель); адміністративної юстиції (трирівнева – Федеральний Суд, вищі земельні адміністративні суди, адміністративні суди першої інстанції); фінансові суди (дворівнева – суд першої інстанції і Федеральний фінансовий суд); трудові суди (трирівнева – трудові суди першої інстанції, земельні трудові суди і Федеральний трудовий суд); соціальні суди (соціальні суди, земельні соціальні суди, Федеральний соціальний суд). Єдність судової системи за таких умов забезпечується, з одного боку, Об'єднаним сенатом верховних федеральних судів, а з іншого, – Федеральним Конституційним Судом у випадках, передбачених законом<sup>10</sup>.

Третя організаційна модель за критерієм спеціалізації (скоріше змішана, проте досить самостійна) поєднує риси першої і другої моделей. Система загальних судів у своєму складі судів першої інстанції містить відокремлені спеціалізовані суди (іноді з ознаками квазісудових установ), а апеляційні суди або Верховний Суд є єдиними для всіх судів. Так, у Франції в межах підсистеми судів загальної юрисдикції існують суди загальної юрисдикції малої інстанції (цивільні справи), відповідні їм за рівнем поліцейські трибунали (кримінальні справи), а також спеціалізовані кримінальні суди – ювенальні, морські й воєнні – і спеціалізовані цивільні суди – торгові суди (складаються із представників підприємців, фахівців у галузі торгівлі), ради прюдомів або примирювальні комісії, комісії соціального страхування, комісії з питань оренди сільськогосподарських земель. В апеляційному суді утворюються відповідні палати із розгляду різних категорій справ, а очолює всю судову систему Касаційний суд Франції<sup>11</sup>.

Національні правові й історичні традиції обумовлюють велике різноманіття видів судових юрисдикцій. Аналіз судових систем країн ЄС дає змогу виділити такі види спеціалізованих судових установ: 1) конституційні; 2) адміністративні (у тому числі фінансові, патентні, дисциплінарні); 3) ювенальні (сімейні); 4) слідчі; 5) військові; 6) комерційні; 7) із соціальних питань; 8) із розгляду конфліктів юрисдикцій; 9) пенітенціарні; 10) мирові. Спеціалізація в побудові судової системи проявляється у двох формах: внутрішній (шляхом призначення спеціалізованих судових складів у структурі суду) та зовнішній (шляхом утворення відокремлених судових підсистем із спеціальною юрисдикцією). Для країн ЄС притаманна широка спеціалізація як внутрішньої, так і зовнішньої спеціалізації судової системи. Як правило, у Європі існує організаційний розподіл першої інстанції на два рівні: юрисдикція першого низового рівня поширюється на незначні правопорушення, цивільні спори невеликої суми та інші нескладні справи, а суди другого рівня розглядають усі інші справи у першій інстанції. При цьому суди першого рівня мають різні назви – суди малої інстанції (Франція), мирові суди (Італія, Іспанія, Португалія), але усі вони є судами обмеженою юрисдикції<sup>12</sup>.

У європейських країнах основною ланкою кримінальної юстиції є слідчий (мировий) суддя. Представник судової влади на підставі не «матеріалів», а винятково на підставі наданих стороною обвинувачення доказів приймає рішення про арешт (взяття під варту), обшук, виїмку, зняття інформації з каналів зв'язку, проведення оперативно-розшукових заходів. При цьому, наприклад, рішення про арешт особи суддя приймає на підставі тих фактів та матеріалів, які були надані для ознайомлення адвокатуві (рішення приймається лише в режимі змагальної процедури). При взятті під варту суддя обов'язково допитує особу, тобто,

він отримує і закріплює докази та на їх підставі приймає рішення про тимчасове обмеження конституційних прав і свобод обвинуваченого. У більшості країн Західної Європи поліція зобов'язана доповідати про злочинну подію слідчому судді, який провадить розслідування самостійно або за допомоги співробітників поліції. І тільки після цього матеріали справи передаються до прокуратури, яка порушує кримінальне переслідування. Як зазначає Ю. В. Скрипіна, функції слідчих суддів в країнах Європи виконують суди загальної юрисдикції або спеціалізовані судді (слідчий суддя або слідчий суддя у справах неповнолітніх). Ці органи наділені досить широкими повноваженнями саме на досудових стадіях кримінального провадження<sup>13</sup>.

**Органи міліції.** Згідно з Резолюцією ПАРЕ № 690 (1979) «Про Декларацію про поліцію» поліцейські сили є публічною службою, створеною відповідно до закону, яка повинна нести відповідальність за підтримання та забезпечення правопорядку<sup>14</sup>. У найменуваннях правоохоронних органів різних країн важко простежити системність, адже такі назви у багатьох випадках є історичними. Причому схожі назви – поліція, гвардія, жандармерія, констеблі, маршали, шерифи – в різних країнах можуть бути асоційовані з різними правоохоронними функціями. Історично правоохоронні органи створювались двома джерелами влади – суверенами (урядами у сучасній інтерпретації) і місцевими громадами. Звідси походить розподіл сучасних правоохоронних органів на центральні (федеральні, загальнонаціональні) і місцеві (муниципальні, регіональні). Загальнонаціональні органи поліції фінансуються із державного бюджету й підпорядковуються Міністерству внутрішніх справ. Щодо місцевих органів міліції, то вони засновуються й утримуються місцевими громадами. Критерієм розмежування повноважень загальнонаціональних та регіональних органів міліції є тяжкість правопорушення. Низовій, первинній ланці належить, як правило, провідне місце в системі органів кримінальної юстиції, оскільки вони розслідують основну масу кримінальних правопорушень, тоді як загальнонаціональні органи міліції займаються найбільш складними та небезпечними злочинами (приміром, тероризм, злочини проти національної безпеки, організована та наркозлочинність тощо).

У ФРН органи поліції поділяються на федеральні та регіональні (поліція земель). Поліція ФРН працює у складі міністерства внутрішніх справ. Федеральна кримінальна поліція як спільна служба федерації і земель створена в 1951 р. для боротьби з кримінальною злочинністю на території федерації. Вона може сама провадити кримінальне переслідування на прохання земельної влади або за розпорядженням федерального міністра внутрішніх справ, при цьому Федеральна кримінальна поліція є центром інформації та зв'язку між усіма поліцейськими службами Німеччини із запобігання злочинам. До основної сфери діяльності Федеральної кримінальної поліції Німеччини належить: боротьба зі злочинами, пов'язаними з наркотиками, фальшивомонетництвом, з використанням зброї та вибухівки; злочинами, що мають політичне забарвлення тощо. Допоміжну сферу діяльності (на прохання або за наказом) становить розслідування злочинів, за які передбачається смертна кара; злочинів проти власності; економічних злочинів; а також запобігання терористичній діяльності<sup>15</sup>.

**Органи досудового розслідування.** Аналіз вітчизняної наукової юридичної літератури та законодавства країн ЄС свідчить про те, що існує два концептуальні підходи до побудови системи органів досудового розслідування: централізований та диференційований. Модель централізації передбачає концентрацію переважної більшості повноважень щодо виявлення й розслідування злочинів в єдиному органі. Приміром, у Республіці Молдова процесуальною фігурою, яка безпосередньо здійснює досудове розслідування, є офіцер з кримінального переслідування (ст. 57 КПК Республіки Молдова). Він наділений правом провадження слідчих та розшукових дій (проте порушення кримінальної справи, пред'явлення особі обвинувачення, обрання запобіжного заходу, складання обвинувального висновку є виключною компетенцією прокурора).

Як зазначає В. І. Фаринник, частина країн ЄС фактично повністю відмовилися від досудового слідства у його «класичному» розумінні. Специфікою кримінального процесу цих держав є те, що досудове провадження за кримінально-процесуальним законодавством в основному проводиться у формі поліцейсько-прокурорського дізнання, головна ж роль у встановленні обставин вчинення кримінального діяння відводиться судовому слідству (яке проходить з суворим дотриманням принципу змагальності сторін та «реальної» участі судді (суду) у слідчих діях)<sup>16</sup>. Наприклад, ФРН ще у 1974 р. відмовилася від досудового слідства, яке «замінено» поліцейським дізнанням під безпосереднім керівництвом прокурора або слідчого судді (§ 169 КПК ФРН). Таким чином, прокурор самостійно проводить розслідування у кримінальних справах і лише він наділений функцією обвинувачення з подальшим його підтриманням при розгляді справи в суді. Диференційована модель органів досудового розслідування передбачає наявність декількох структур, відповідальних за виявлення та розслідування злочинів. Приміром, у КПК Франції (1958 р.) закріплено дві форми досудового розслідування: попереднє судове слідство, здійснюване судовими чиновниками – слідчими суддями, та дізнання, або поліцейське розслідування, що здійснюється прокуратурою й судовою поліцією. Досудове слідство відбувається лише за однією з трьох категорій кримінальних справ – у справах про злочини. Але й тут судовому слідству зазвичай передує поліцейське розслідування. Судове слідство за іншими категоріями справ, як правило, не провадиться<sup>17</sup>.

На думку М. І. Сірого, базовим для демократичних правових систем Європи у частині попереднього розслідування залишається положення про те, що поліція здійснює лише агентурну й розшукову роботу, а також є інструментом примусу при затриманні підозрюваних, арештах, обшуках тощо. Вона не має власних повноважень на проведення офіційних допитів, впізнання, призначення судової експертизи, тобто не уповноважена самостійно й на власний розсуд здійснювати процесуальні дії (досудове слідство). Основними суб'єктами вчинення слідчих дій на досудових стадіях (виконання діяльності із закріплення доказів) є орга-

ни судової влади (мирові судді, магістрати, слідчі судді) та прокуратура під наглядом останніх<sup>18</sup>. Така модель обґрунтовується неприпустимістю поєднання різних процесуальних функцій в єдиному органі, що призводить до упередженості при розслідуванні кримінальних справ.

Виклавши головні структурно-функціональні аспекти існування кримінальної юстиції в країнах ЄС, можна зробити основний висновок: збалансована система кримінальної юстиції є запорукою ефективного захисту прав і свобод окремих осіб та їх об'єднань. Однак для належного розвитку в Україні кримінальної юстиції не вистачає правової бази, і ця прогалина в законодавстві повинна бути якнайскоріше ліквідована шляхом послідовного проведення реформ у галузі кримінального процесу, спираючись, в тому числі, й на позитивний досвід зарубіжних держав.

<sup>1</sup> Шишолін П. А. Бачення концепцій реформування правоохоронних органів / П. А. Шишолін // Реформування системи правоохоронних органів України та міжнародний досвід трансформації поліції в країнах Центральної та Східної Європи : Матеріали міжнар. «круглого столу» (м. Київ, 14 жовт. 2005 р.) / Нац. інст. пробл. міжнар. безпеки при Раді нац. безпеки і оборони України ; за заг. ред. О. С. Бодрука. – К. : НІПМБ, 2006. – 190 с. – С. 38. – С. 36–39.

<sup>2</sup> Лапкін А. В. Правові основи прокурорської діяльності : наук.-практ. посіб. / А. В. Лапкін. – 2-ге вид., змінене і доп. – Х. : Право, 2013. – 320 с.

<sup>3</sup> Голоша В. В. Місце прокуратури в системі органів державної влади / В. В. Голоша // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 478–485. – С. 478.

<sup>4</sup> Там само. – С. 479.

<sup>5</sup> Там само. – С. 479.

<sup>6</sup> Грошевой Ю. М. Прокуратура в системе «сдержек и противовесов» в разграничении и взаимодействии властей / Ю. М. Грошевой // Ген. Прокуратура Украины : матер. науч.-практ. конф. – К., 1996. – С. 29–34.

<sup>7</sup> Мичко М. Про статус прокуратури в європейських державах постсоціалістичного простору / М. Мичко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravoznavec.com.ua/period/article/561/%CC> – Заголовок з екрана.

<sup>8</sup> Див.: Абросимова Е. Б. Суд в системе разделения властей: российская модель (конституционно-теоретические аспекты) : учеб. пособ. / Е. Б. Абросимова. – М. : Проспект, 2002. – 112 с. – С. 26–31; Судебные системы европейских стран / пер. с фр. Д. И. Васильева и с англ. О. Ю. Кобякова. – М. : Междунар. отношения, 2002. – 336 с.; Судебные системы западных государств / Ю. П. Урьяс, В. А. Туманов, С. А. Егоров и др. – М. : Наука, 1991. – 240 с.

<sup>9</sup> Шишкін В. І. Судові системи країн світу : навч. посіб. : у 3 кн. / В. І. Шишкін. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – Кн. 2. – 336 с. – С. 245–247.

<sup>10</sup> Там само. – С. 10–80.

<sup>11</sup> Там само. – С. 114–134.

<sup>12</sup> Судебные системы европейских стран / пер. с фр. Д. И. Васильева и с англ. О. Ю. Кобякова. – М. : Междунар. отношения, 2002. – 336 с.; Судебные системы западных государств / Ю. П. Урьяс, В. А. Туманов, С. А. Егоров и др. – М. : Наука, 1991. – 240 с.; Назаров І. В. Судові системи країн ЄС та України: генезис та порівняння : моногр. / В. І. Назаров. – Х. : Фінн, 2011. – 432 с.

<sup>13</sup> Скрипін Ю. В. Слідчий судді в системі кримінально-процесуальної діяльності (порівняльно-правове дослідження) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза / Ю. В. Скрипін. – Х., 2008. – 20 с.

<sup>14</sup> Про Декларацію про поліцію : Резолюція ПАРЕ № 690 (1979) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravo.org.ua/files/Criminal%20justice/rezol.pdf> – Заголовок з екрана.

<sup>15</sup> Порівняльне правознавство : курс лекцій / [Л. В. Голяк, А. С. Мацко, О. В. Тюріна]. – К. : МАУП, 2004. – 200 с. – С. 152–153.

<sup>16</sup> Фаринник В. І. Досудове слідство у кримінальному судочинстві України: стан та перспективи реформування / В. І. Фаринник // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України : зб. наук. праць. – 2010. – № 1. – С. 58.

<sup>17</sup> Порівняльне правознавство : [курс лекцій] / [Л. В. Голяк, А. С. Мацко, О. В. Тюріна]. – К. : МАУП, 2004. – 200 с. – С. 168–170.

<sup>18</sup> Сірий М. І. Реформи правоохоронних органів у Європі й Україні / М. І. Сірий // Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 8 (72). – С. 24–30. – С. 27.

## Резюме

### **Шумило О. О. Структурно-функціональний аналіз органів кримінальної юстиції в державах-членах ЄС.**

Стаття присвячена структурно-функціональному аналізу побудови органів кримінальної юстиції відповідно до європейських стандартів та практики міжнародних судових інституцій. Виділено процедурний та функціонально-інституціональний аспекти системи органів кримінальної юстиції. Доведено, що дієвість вказаної системи суттєвою мірою залежить від вдалого розподілу функцій і повноважень органів та посадових осіб, які становлять її елементи. Ретельно досліджено європейські стандарти організації та функціонування органів кримінальної юстиції, зокрема моделі досудового провадження, слідства, державного обвинувачення та суду. Обґрунтовано, що подальше реформування вітчизняних органів кримінальної юстиції має відбуватися з урахуванням кращого досвіду європейських країн та визнаних міжнародних стандартів.

**Ключові слова:** органи кримінальної юстиції, прокуратура, правоохоронні органи, поліція, повноваження органів кримінальної юстиції.

## Резюме

### **Шумило О. А. Структурно-функциональный анализ органов уголовной юстиции в государствах-членах ЕС.**

Статья посвящена структурно-функциональному анализу построения органов уголовной юстиции в соответствии с европейскими стандартами и практики международных судебных учреждений. Выделен процедурный и функционально-институ-

ациональний аспекти системи органів уголовної юстиції. Доказано, що дійсність указанної системи в суттєвній ступені залежить від удачного розподілу функцій і повноважень органів і посадових осіб, які становлять її елементи. Тщательно досліджені європейські стандарти організації і функціонування органів уголовної юстиції, в частині, моделі досудового виробництва, слідства, державного обвинення і суду. Обосновано, що подальше реформування вітчизняних органів уголовної юстиції повинно відбуватися з урахуванням кращого досвіду європейських країн і визнаних міжнародних стандартів.

**Ключевые слова:** органи уголовной юстиции, прокуратура, правоохранительные органы, полиция, полномочия органов уголовной юстиции.

### Summary

#### ***Shumilo O. Structural and functional analysis of criminal justice bodies in EU Member States.***

The article is devoted to the structural and functional analysis of the bodies of criminal justice in accordance with European standards and practices of international judicial institutions. Procedural and functional and institutional aspects of the system of criminal justice have been outlined. It has been proved that the effectiveness of the said system essentially depends on the successful distribution of functions and powers of bodies and officials that make up its elements. The European standards organization and functioning of the criminal justice system, in particular, the model pre-trial proceedings, the investigation, the public prosecution and the court have been thoroughly studied. It has been stated that the further reform of domestic criminal justice should be done taking into account the best practices of European countries and internationally recognized standards.

**Key words:** bodies of criminal justice, prosecutors office, law-enforcement agencies, the police, the powers of the criminal justice system.



**EDIT TOMASOVSKY**

*Dr. Edit Tomasovszky, PhD Student, University of Debrecen, Faculty of Law, Civil Law Department*

## **THE CURRENT SITUATION OF THE COLLECTIVE MANAGEMENT OF RESALE ROYALTY RIGHT**

### **I. Introduction**

Collective management aims to guarantee the technical background of the enforcement of the resale right, as well as of the other financial rights of authors. In the present paper, we examine whether the collective management is able to fulfill its role in the enforcement of resale right in the current legal environment and, what other solutions can be applied in the interest of improvement of the collective management.

The resale right is a royalty to be paid after each successive sale (following the first sale, thus, the secondary art market) of a work of art. Its scope is not covering all of the works of art; namely, it requires a certain threshold of selling price and it is only paid when an intermediary is taking part in the transaction.

First, we give a draft of the general problem area occurring in the field of collective management, then, we examine the alternatives coming from the European Union law and from some significant national models.

### **II. The Collective Management and its current problems**

The collective management is a special way to enforce financial rights in copyright. The collective management organisations exert the similar rights of more than one authors, in cases when the authors could not do that on their own, because of the nature of a certain use; for example the licensing and the determination of its circumstances, the fixing and collecting of the copyright royalties, the monitoring of the uses. In case of a copyright infringement, it is the collective management organisation who represents the authors, as well.

The collective management societies operate in a non-profit form. Their register of artists/authors is not automatically kept, the authors have to apply for registering themselves.

The collective management not only exists in the interest of the authors, but also in the interest of the users/consumers with the communication and a complex database between the collective management societies, contributing to an easier and more effective administration (at least theoretically).

As for the European Union, the role of the collective management is significant in the development of the internal market and in the legal harmonisation in the field of copyright. The legal environment of the collective management and its existence in the conscience of the entitled authors and their legal successors is not satisfying in its current situation. The entitled get in lot of cases not adequate or deficient information about collective management, and they cannot control the activity of the collective management societies, especially the financial aspects of it. For today, it became obvious that the self-regulation of these societies is not satisfying, it is necessary to create a central direction to control them. Like this, the not satisfying operation of these societies results in more costs and more administration, instead of fulfilling its original purpose to reduce the costs and the administrative burden<sup>1</sup>.

### **III. Collective Management in the European Union**

Currently, there is a relatively new, 2014/26/EU Directive (in the followings: Music CM Directive) concerning the collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market<sup>2</sup>, which makes collective management compulsory in this field.

The 2001/84/EC Directive about the resale right does not prescribe a compulsory collective management for the Member States, it only lays down the followings: *“The Member States are responsible for regulating the exercise of the resale right, particularly with regard to the way this is managed. In this respect management by a collecting society is one possibility. Member States should ensure that collecting societies operate in a transparent and efficient manner. Member States must also ensure that amounts intended for authors who are nationals of other Member States are in fact collected and distributed. This Directive is without prejudice to arrangements in Member States for collection and distribution”*<sup>3</sup>.

As the Directive does not contain a compulsory collective management, the Member States have a broad consideration about it. Some of the Member States established a compulsory collective management, like .

The collective management organisations have an important role in spreading of the resale right. The countries, where there already were collective management societies earlier, could accept the necessity of the resale right easier

than other countries, because of the lobbying of those organisations. The collective management organisations have a significant role not only in collecting and distributing royalties, but in giving information and in enforcing authors' rights, as well.

There is a working document of impact assessment made in 2012 to the Proposal of the Music CM Directive, which contains facts not exclusively about the music area, but also general information about collective management's problems, and it offers some alternative solutions as for the legal regulation of this topic<sup>4</sup>. As these offers are general, in our opinion, they can be applied in the field of visual arts, taking into consideration the special character of this field.

The alternative ways offered by this document are followings<sup>5</sup>:

**1. Status quo option / better enforcement**

There is no need to further legislation; this option would rely on the existent EU and national rules, which should be enforced more effectively.

The impact of such a way could improve the central oversight and the control of collecting societies, but it could not stop governance inefficiencies, and the rightholders' control would not be significantly improved. As for the costs, this option would not require any compliance costs as it would not entail any legislative intervention.

**2. Codification of existing principles**

This option would involve the codification of EU rules and non-binding recommendations.

Regarding to the impact of this version, on the one hand, it would be more effective as it would introduce a minimum governance and transparency framework, but on the other hand, it would not improve the quality of key issues such as financial management.

As for the costs, this way would require the establishment of dispute resolution mechanisms for rightholders and users that involves costs.

**3. Governance & transparency framework**

It would complement the previous, principles-based option with "fill in the gaps", and specifically adapted to the nature of collective management, especially in transparency of financial operations and the participation of rightholders in the decision-making process.

The impact: the rightholders could access to relevant, detailed and accurate information on the operation of collecting societies, including financial information, and the participation of rightholders would be improved effectively.

**3a.** It would combine the regulatory intervention with industry self-regulation.

**3b.** This sub-option would involve a more extensive legislation, which would contribute to the establishing of an exhaustive legal framework applicable for all collecting societies in .

This last sub-option is not flexible enough as for the regulation opportunities of the Member States.

Although option 3 is the preferred one, the cost of this option would be relatively high, as it is a complex version of option 2 and additional elements. Most of the additional costs would be related to the application of new rules for the handling of funds and financial reporting and audit of collecting societies. But these costs lead to efficiency gains.

The current situation of the collective management in the field of visual arts is not satisfactory. There is a need for a compulsory register of the artists, and for all of the visual artists, as a first step. Then, it would be necessary to provide rightholders adequate information about resale royalties and collective management. Nowadays, there are many artists without any information about resale right or the collective management register.

We can consider as an important step forward that in 2014, the main European collecting societies and the representatives of artists [Artists' Collecting Society (ACS), VG Bild-Kunst, European Visual Artists (EVA), Design and Artists Copyright Society (DACs), the French Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques (ADAGP) etc.] and the representatives of art dealers and auction houses, like the Christie's, the Sotheby's, the European Federation of Auctioneers (EFA), the Federation of European Art Galleries Association (FEAGA) signed a document with the title Key Principles and Recommendations on the Management of the Author Resale Right<sup>6</sup>, which encourages a cooperation on three emphasized fields:

- transparency and more effective administration
- increasing knowledge of the resale right
- cascade effect and problems concerning resale right payment.

**A. Transparency and Administration**

The collecting societies undertake to keep a comprehensive register of artists, and make it accessible in print and online. They take into consideration the compulsory collective management during their operation, and they develop a high level of transparency and accountability with the aim to encourage all involved people to adapt themselves to the rights and obligations originating from the 2001/84/EC Directive.

The collecting societies and the art market players undertake to develop streamlined reporting systems about their workflow, they agree in the time achievements as for the collecting system, they establish a mechanism for dispute resolution of frequently occurring issues, and they set up a database and they evaluate the data. The art dealers undertake to hand over the relevant informations concerning the sales to the collecting societies.

**B. Increasing Knowledge of the Resale Right**

The collecting societies publish clear guides and FAQs for artists and art collectors (buyers), especially explaining the functioning of the resale right and the registering process at the collecting society. The collecting

societies and the organisations of the artists are in a partnership in this field, preparing case studies and artist-led formats. Collecting societies should communicate more effectively with artists, and encourage participation and interaction with their activity. The parties would organize seminars, workshops, trainings and other events, and distribute written materials. At least one person per collecting society is in a regular contact with the legislators and is able to provide them with advice and professional information. The collecting societies try to resolve compliance issues through dialogue and agreement, as much as reasonably possible.

#### **C. Cascade Effect and Problems Concerning Resale Right Payment**

Cascade effect means that in some cases, it can occur that somebody will be obligated to pay the royalty two times, at the buying and at the selling, too. This can happen because of the different legal rules in the Member States: some of them charge the payment of the resale royalty to the buyer, others charge it to the seller, and again others share it between the buyer and the seller. This problem occurs the most often during cross-border transactions<sup>7</sup>.

The European Commission studies – among other issues – in its next report on the implementation and the effects of the 2001/84/EC Directive, this year (2015), how high is the occurrence and the extent of the cascade effect, distinguished between transaction where the parties are from the same Member State and at cross-border transactions.

However, this document is not a compulsory legal rule, it can be considered as a significant development in the field of collective rights management. It is a really positive result that the art market actors recognized the necessity of a higher-level transparency and communication.

#### **IV. Comparison of Some European Collective Management Models in Relation with Resale Right**

In copyright, at the European level, the French and the German models are considered as influential for the other states. In followings, we take an overview of these models, and after that, we examine the Hungarian model, as well.

The German collective management developed in a special way. Earlier, there was a frame-agreement between the associations of the art dealers and the collecting society (VG Bild-Kunst), which contained that the dealers would pay about 1 % of the selling price to a fund, in case of works of art originated after 1st January 1990. The VG Bild-Kunst would determine the concrete amount of the royalty paid to the artists, and represents the interests of the artists this way. In this system, the art dealers have to let register themselves, but their join is voluntary. If they do not want to join, they can pay the royalty even individually<sup>8</sup>. Today, the artists can get information about the sales and enforce the royalty only via the collecting society. The German law, the Urheberrechtsgesetz (UrhG) gives the opportunity to the artist to ask for information about the works of art sold in the last 3 years, and be informed about the details of the sale. The art dealer can refuse the information if he had paid the royalty. [UrhG §26 (4)-(6)].

In the French law [Code de la Propriété Intellectuelle (CPI)], there are strict requirements towards the collecting societies: they have to justify the dates kept in the register, like the number of the registered entitled artists, the qualifications of their employees and their experience gained in the art sector, their activity, their infrastructural conditions etc. If they can justify all of this, they can get onto a list kept by the minister.

Based on the CPI, the collecting society's obligation is to give information to the entitled artist, in case of a sale charged with resale royalty. In this purpose, the collecting society has to do all its best to find the entitled, if he is not known, the society has even to cooperate with other collecting societies or start a public research. [CPI R122-10].

In the Hungarian law – similarly to the German law, the artists can get the necessary information only via the collecting societies. The Hungarian act [Szerzői jogról szóló törvény (Szjt.)<sup>9</sup>] made the collecting management compulsory - it is another question whether it realized or not. The HUNGART is the collecting society responsible for resale royalty in visual arts. The Szjt. prescribes that the art dealers have to pay the resale royalty every three months to the collecting society which will distribute it to the artists. When paying the royalty, the art dealer has to give all of the information about the sale. [Szjt. 70. § (10)] For the artist, there is a 3-year period (similarly to the German law) when he can ask for dates about the sales. [Szjt. 70. § (11)].

As for the amendment of 2011 of the collective management in Hungary<sup>10</sup>, the law contains really modern rules – even preceding the EU legislation<sup>11</sup> – in the aspects of transparency, the increasing of efficiency in royalty enforcement, the register and supervising of the collecting management and the schedule of fees. Concretely, the amendment introduced well elaborated dispositions as the guarantee of publicity in a circle as broad as possible, the extending of the registered dates, an obligation to the collecting societies to make accessible the reports about their activity and financial management; the restriction of the use of the royalties, the use of the support given to the collecting society; introducing the exclusivity of the electronic procedures, the involving of experts, the applicability of a fine in the field of supervising the activity of the collecting society; the more satisfying information of the entitled artists etc.

Earlier, only one collecting society was permitted to exist in one certain genre, but with the amendment, there is a possibility to establish more collecting societies. This represents a competitive approach of the Hungarian legislator which is a positive development. The collecting societies should guarantee the efficiency of the royalty enforcement, this is the condition of co-existing. For justifying the appropriate co-existing, the collecting societies should agree in the question of extended force (in case of artists who are represented of none of these societies, which collecting society will be entitled to give a permission of use and will enforce the royalty).

#### **V. Summary**

As for the Hungarian situation, we can conclude that it transformed significantly, it became more balanced, a competitive collective management can be applied in our country.

The European tendencies project that a complex, consistent legal regulation will be established, for all of the genres, so for the resale right, as well. It is necessary to recognize that the interest of all art market players (the artists, the art dealers, the collecting societies) is same: a compulsory, efficient collective management, with complex and homogenous databases, an extended communication process (like the existing reciprocal agreements between collecting societies), and a possibility for the artists to enforce royalties via whichever collecting society. Because of the cross-border sales, there is an urgent need to a coherent system of enforcement.

It is a positive tendency that the represents of the art dealers, the collecting societies and the artists started a negotiation, a dialogue. It is necessary to make the collective management more transparent and efficient, but it cannot be reached via soft law regulations and non-compulsory documents like the Key Principles And Recommendations from 2014. It is a good starting point, but we need a directive or more directives valid for all of the art genres.

In the case of the resale right, it is often that the art dealers and the buyers realize the sale besides Europe where no resale right should be paid, or in an European country where the conditions (the amount etc.) of the royalty are more advantageous. So that they try to get round the law, and until the law is not better harmonized, the result will be the same. Of course, a total harmonization could not carried out, because of the characteristics of the art markets in the Member States, but the agreement in the principle tendencies, and a common basic regulation can be appropriate to establish a more efficient collective management. The debates will continue probably about the liberalization or the harmonization of the collective management, but the practice shows that in all aspects (transparency, costs, efficiency) the way to follow is the harmonization.

We should see that a more efficient collective management is not only good for the artists, but for the whole society, a country. The more efficient enforcement of rights is in connection in one hand with the rule of law, but more concretely, it gives an incentive to the artists to create new intellectual products, and it can enliven the cultural sector of a country and via the culture, the prestige of a country can also rise. The economical analysis of the resale right justify how incentive the efficient enforcement can be.

---

<sup>1</sup> Proposal for the Directive on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market. COM(2012) 372 final, 2012/0180 (COD) Available at: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/management/com-2012-3722\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/com-2012-3722_en.pdf)

<sup>2</sup> Directive 2014/26/EU. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0026&from=EN>

<sup>3</sup> Directive 2001/84/EC, Preamble (28). Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0084:EN:HTML>

<sup>4</sup> Commission Staff Working Document. Executive Summary of the Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for the Directive on the collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market. SWD(2012) 205 final. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012SC0205&from=EN>

<sup>5</sup> Commission Staff Working Document, p. 4–5.

<sup>6</sup> Available at: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/resale/140214-resale-right-key-principles-and-recommendations\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/resale/140214-resale-right-key-principles-and-recommendations_en.pdf)

<sup>7</sup> See for example the Judgment SNA vs Christies France of 12.12.2012, and CPGA vs Christies France of 03.07.2013.

<sup>8</sup> Supper, Martina: An Analysis of Droit de Suite from a Law & Economics Perspective. Master Thesis, Vienna, 2000.

<sup>9</sup> 1999. éviLXXVI. törvény a szerzői jogról (Copyright Act of 1999)

<sup>10</sup> 2011. évi CLXXIII. törvény

<sup>11</sup> A szerzői jogi ágazatok gazdasági súlya Magyarországon 3, SZTNH, 2012. P. 63–70.

## Summary

### **Tomasovszky E. The current situation of the collective management of resale royalty right.**

The study focuses on the technical background of the resale royalty right (droit de suite) enforcement, the collective management. We analyze the role of the collective management, at first in general, and after that, we research for the answer, how it can fulfill its role in the real legal environment, in Hungary and in the European Union. We examine some relevant European models, concretely the French and the German collective management rules concerning the resale right.

The development of the collective management in this field is continuous, the EU and the Member States are on the way to create a competitive collective management system, however, the debate about liberalization or harmonization is current nowadays, too. But the role of an efficient collective management system is recognized also in the aspect of the cultural sector.

**Key words:** Collective rights management, resale royalty right, copyright, collective management societies, 2001/84/EC Directive.

УДК 7. 01

**О. П. КОДЬЄВА**

*Олена Петрівна Кодьєва, доктор культурології,  
професор Київського університету права НАН  
України*

### **ВИХОВАННЯ МАЙБУТНІХ ЮРИСТІВ: КУЛЬТУРОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ**

Виховання молодого покоління – моральне, естетичне, професійне – завжди актуальна проблема. Виховання майбутніх юристів, еліти нації, в тому числі. Більше того, гідним буде стверджувати: правознавці – вони ж і захисники культури. Аксиомою є необхідність викладання майбутнім юристам культурології і суміжних дисциплін. А квінтесенцією культури як предмета культурології є мистецтво. Занурення у цю сферу – сферу інтелектуальної почуттєвості – дає потужну спонуку розвитку творчої уяви, інтуїції, креативного мислення, що так необхідно юристу. Тому, здається, самих академічних курсів, пов'язаних з культурою і мистецтвом, замало. Варто більше знайомити студентів зі сферою практики мистецтва. У даному аспекті показовим є досвід Київського університету права щодо втілення вельми плідного проекту: влаштування у стінах університету виставок оригінальних творів образотворчого мистецтва. Постійний вплив прекрасного стимулює розвиток почуття гармонії. Гармонії людини зі світом, в якому вона живе, з природою, з соціумом.

Дана стаття може бути своєрідним експериментом, або досвідом спілкування з майбутніми юристами в особливій площині – площині художньої культури, поки що не дуже їм звичній, але такій, що надає можливість досить відчутно бачити важливі смисложиттєві віхи в людському житті.

Отже, звернемо увагу на центральне поняття прекрасного в житті і мистецтві – гармонію. Бажання гармонії одиничного і загального, індивідуального і спільного, явища й сутності – інакше сказати, потужного стрижня буття, визрівало і по-різному втілювалось протягом століть та тисячоліть. Але на зламі XIX–XX ст.ст. гармонія з причин соціальних катаклізмів почала розхилюватись і руйнуватись. Класичне мистецтво чутливо відреагувало на це явище. Так, А. П. Чехов, висловлюючи ідею одного зі своїх оповідань, словами головного героя – відомого професора, що вже дивився в очі смерті, пройшовши шлях слави і пошани – з гіркою зазначив: «У моїх бажаннях немає чогось головного, чогось дуже важливого. У моїй пристрасті до науки, у моєму бажанні жити, ... у прагненні познати самого себе, у всіх думках, почуттях та поняттях, які я складаю про все, немає чогось спільного, що пов'язувало б все це у єдине ціле. Кожне почуття і кожна думка живуть в мені окремо, і у всіх моїх судженнях про науку, театр, літературу, учнів і у всіх картинках, які малює моя уява, навіть самий вправний аналітик не знайде того, що зветься спільною ідеєю, або богом живої людини. А коли немає цього, то, значить немає і нічого»<sup>1</sup>.

А ось фактично та ж сама думка (висловлена про мистецтво часів помітного розпаду гармонії) з вуст іншого персонажа цього оповідання, актриси, що веде бесіду з професором: «... Будемо говорити про акторів, про актрис, письменників, але залишимо у спокої мистецтво... І так вже зайозили його...»<sup>2</sup>. Акторка не бачить підстав для пишних слів про «святе мистецтво».

І – запевітна ідея професора: «Хотів би прокинутися років через сто і хоч одним оком поглянути, що буде з наукою»<sup>3</sup> (переклад мій. – О. К.).

Цитати наведені з оповідання під примітною назвою «Скучна історія. Із нотаток старої людини». Дійсно, саме так і є: автором виявлена така звичайна, буденна, тоскна й одночасно така пекуча проблема – проблема пошуку стрижня в житті, мистецтві, науці, а також особистісного переживання цього пошуку.

Твір, про який йдеться, був написаний А. П. Чеховим у 1889 році. То ж що можна сьогодні відповісти видатному гуманістові? Яким є стан вирішення зазначеної проблеми? Чи знайдено базові, і при тому конкретні, конструктивні форми втілення високого, святого, єдиного? На жаль, відповідь проста і прикра: проблема збереження гармонії не вирішена й сьогодні. Однак сподіватись на успіх є усі підстави.

Сьогодні проблема явно позбавляється застійного характеру і статусу скучної – вона загострилась, актуалізувався і виявляє очевидні полярні процеси: хоча, з одного боку, – загальна втрата стрижня (того самого, що за часів А. П. Чехова все-таки утримував у певній цілісності смисложиттєві спрямування куль-

турних кіл суспільства), сьогодні ця втрата багато в чому репрезентована ситуацією постмодернізму в культурі з його феноменом тотального «розпорощення» форм буття; але, з іншого боку, – природничі науки (наприклад, синергетика), а також філософія, культурологія, естетика, етика активно доводять життєздатність гармонії і правдивість ідеї єдності таких чинників, як: 1) культурний всесвіт особистості; 2) культура людського суспільства загалом; 3) їх відповідність макро- та мегавсесвіту.

Можна сказати, зазначена проблема набула сьогодні розвиненої логічної форми, що властиве проблемі як такої – як категорії. Тобто, перед нами – сформована проблема сенсу життя, протиріччя, яке свідчить: світ явно та закономірно руйнується – і світ йде до єдності (але в яких формах?). І де тут місце людини, де та славетна, омріяна точка опори, яка не те що дасть змогу перевернути світ, а оволодіти ним заради добра? Як людині відтворити стрижень буття у створеній нею розмаїтій мистецькій картині і триматись на висоті у відтвореному?

Варто конкретизувати мету статті: розглянути проблему пошуку стрижня життя у контексті структури мистецтва – його побудови за видами. Це найбільш наочна і зрозуміла мистецька сфера. Чи є в цій структурі наскрізна внутрішня змістовна ідея-стрижень? І, якщо є, то як проявляється?

Завдання статті: 1) наблизитись до усвідомлення сутності видового структурування; 2) навести деякі приклади конкретних проявів цього процесу.

Наукова література, присвячена видам мистецтва, дуже багата. Вона бере свій початок у минулих століттях. Проте в наш час і на теренах нашої історії варто відзначити помітне місце книжки В. В. Кожінова «Види мистецтва»<sup>4</sup>, яка засвідчила нову хвилю інтересу до цієї проблеми. Трохи згодом з'явилася відома праця М. С. Кагана «Морфологія мистецтва. Історико-теоретичне дослідження внутрішньої побудови світу мистецтва»<sup>5</sup>, що продемонструвала поглиблений підхід науковця до проблеми. У численних творах, які виходили друком, представлені схеми, за якими мистецтво розподілялося на види згідно з певними критеріями – дослідники неквапливо рухалися до мети. І це відбувалося на тлі поступової зміни критеріїв оцінки мистецтва в цілому<sup>6</sup>.

І все ж автор даної статті насмілюється висловити своє суб'єктивне бачення стосовно того, що багато схем справляє враження зовнішніх побудов – формальних, скучних, закритих, навіть змертвілих. Здається, навіщо ця прискіплива бухгалтерія розкладання мистецтва на полиці? Зовнішній підхід явно веде у глухий кут. Принаймні, він не є цікавим. Дійсно, де він, чеховський «бог живої людини»? Проблема має, на переконання автора статті, досліджуватись на філософсько-естетичному, культурологічному рівнях – згідно і з традиційним сутнісним, і з феноменологічним підходами. Світогляд людини, її переживання слід враховувати як основний проблемний чинник.

Як видатний письменник А. П. Чехов не міг не відчувати божественну силу слова, глибоку істинність біблійного: «Спочатку було слово...». У даному контексті не можна не згадати і яскраве висловлювання М. В. Гоголя: «Воно (слово – О. К.) є найвищий подарунок бога людині. Біда промовляти його письменнику у той час, коли... не прийшла ще у злагоду його власна душа: з нього таке вийде слово, яке всім остогидне»<sup>7</sup>.

Переводячи ці думки у сферу ментальності сучасного інформаційного суспільства, дозволимо собі поставити в один ряд слово (у певному аспекті) та деяке інформаційне повідомлення. Інформація накопичується у історичному досвіді людства, а досвід оформлюється у цивілізаціях. Якщо говорити про мистецтво, то інформація концентрується у художньому образі, живе у його змісті, сприймається почуттями і тільки у зовнішній формі «являється» та якоюсь мірою піддається обчисленню. І ще важливе зауваження: наука стверджує, що інформація взагалі не зникає, вона лише може бути загублена окремими людьми, навіть, цілими поколіннями та суспільствами.

Якщо відштовхуватись від того, що сутність людини є творчою, то вона творить свій духовний, такий, що, вірогідно, постійно інформаційно збагачується, всесвіт, позначаючи віхи творення певними матеріальними «маркерами». Останні можна ідентифікувати як види, жанри, стилі, манери.

Отже, під даним кутом зору кинемо погляд на процес структурування мистецтва за видами як на оформлення таких духовних імпульсів, які виявились значущими, тобто зумовленими знаковими перипетіями суспільного життя. При цьому варто зауважити, що соціум підкоряється, цілком імовірно, не тільки відомим нам його власним очевидним закономірностям, а й законам природи, які далеко не пізнані людством. Серед них – такі, здається, безконечно далекі від плину нашого повсякденного життя, як фундаментальні основи розвитку матерії. Автор даної статті зовсім не береться аналізувати положення теоретичної фізики, але не може подумки не звертатись до загадкової хвильової лінії розвитку матерії з її ритмом змін позитивних і негативних фаз. Чи випадково виникає ніби дивна асоціація з хвильстою лінією-формулою краси, яку прозрів і представив світу художник і мислитель XVIII ст. У. Хогарт<sup>8</sup>? Ми сьогодні ще не маємо змоги зводити у безпосередньому науковому аналізі, здається, далекі одна від одної (але близькі у просторі нашої інтуїції) даності буття – то ж поки що просто будемо про них пам'ятати.

Однак звернемося до історичних реалій.

Первісний синкретизм. Єдиний внутрішній стрижень культурного життя склався природно, треба думати, без рефлексій та чітких цілеспрямованих, стратегічних, далекоглядних емоційно-інтелектуальних зусиль і практичних дій. Широко розповсюджена думка, що групи людей (племена, роди тощо) могли бути об'єднані якимось особливим поза суспільним чинником на зразок енергетичного поля – егрегором, тобто стрижень, який тримав суспільну групу, міг бути, так би мовити, «внутрішньо-зовнішнім». Малювати якийсь вже існуючий об'єкт, співати, танцювати, чаклувати біля нього, навіть, «годувати» його, залучаючи до культури

або створюючи новий об'єкт всередині культури, було природно. Щоправда, не все так просто, адже, мабуть, одночасно йшли протилежні процеси (скоріш за все, теж стихійно) руйнування «природних обіймів» та розбудови до певної міри автономного людського суспільства. Звідси – постійні внутрішні протиріччя, які ставали спонуками для виникнення і розбудови нових культурних спрямувань, закріплюваних у всіляких структурах. Можливо, так починають формуватися внутрішні стрижні, які постають як паростки майбутнього розмаїття видів мистецтва.

Слід зазначити і не менш важливий зворотний процес у вигляді формування синтетичного, монолітного естетичного почуття, яке, як відомо, від початку містить у своїй основі неподільність трьох відчуттів: зору, слуху та дотику. В цій єдності чуттів закладені подальші в історії пошуки художнього синтезу. На користь єдності «працює» і явище зображальності, на якому, на нашу думку, засноване будь-яке мистецтво і сутністю якого є загальна закономірність – прагнення володіти потрібною ситуацією чи значущим об'єктом. Таке прагнення закладене у самій людській (і не тільки) природі.

Отже, творення як таке (не тільки у мистецтві, у законотворчості також) потребує одночасно і актив виокремлення, і актив синтезу, інтеграції. Ця потреба зумовлена як зовнішніми, так і внутрішніми спонуками. При цьому внутрішнє, змістовне цілком очевидно відіграє цементуючу роль у ідентифікації об'єкта творчості (особливо складного за структурою), хоча аж ніяк не можна применшувати роль зовнішніх чинників – адже вони бувають різні.

Якщо, оцінюючи все розмаїття видів мистецтва, вдатись до метафори, то можна уявити величне дерево зі стовбуром-титаном, розлоге й квітуче, яке безжально скидає з себе омертвілі гілки і такі, що розрослися, егоїстично тягнучи поживу за рахунок інших – скидає те, що визнаючи лише себе, не дбає про спільне надбання, необхідне всьому організмові.

Синкретизм творення з часом трансформувалася на шляхах пошуку простору для вираження нового змісту, зумовленого накопиченням інформації. Причому, якусь інформацію у стані якості треба було зафіксувати як зображення, тобто як інформацію, тою чи іншою мірою сприйняту через почуття – інформацію, якою оволоділа людина, пропустила через власне «я», обробила її; а якусь інформацію виразити як процес, як не завершення – становлення нового зображення.

Спробуємо розглянути деякі ситуації, які, вірогідно, мали місце в історії видів мистецтва. Так, дослідник А. Д. Столяр вважає, що серед образотворчих мистецтв першою виокремилася як вид скульптура, оскільки якнайкраще репрезентувала первісні міметичні (наслідувальні) уявлення. Скульптура у формі «натурального макету» (наприклад, справжня шкіра тварини, одягнена на кам'яну чи глиняну болванку) була розташована у глибині печери, тобто навряд чи призначалася для простого милування. І мала явно ритуальний характер<sup>9</sup>. Питання про внутрішній стрижень вирішується позитивно: без нагальної суспільної необхідності первісні люди не створювали б подібні витвори, які повторювалися – не були поодинокими та випадковими. До того ж, певні магичні ритуали тим більш дієві, чим більше людей у них беруть участь (більш численний егрегор – потужніша його енергетика).

У межах статті, зрозуміло, немає змоги прослідкувати численні перипетії, а також послідовність розвитку видів мистецтва. Все це доводиться опускати, а з важливих закономірностей зазначити лише одну: можливість розвитку окремої творчої особистості, свободи її вибору, її *ratio*, здійснення бажання сказати своє слово у мистецтві. Адже клановість, колективний розум, його стихійний розвиток з плином часу і за певних умов (тобто з усілякими застереженнями) не перешкоджали цій закономірності здійснюватись. Щодо манери, жанру, напрямку і, навіть, стилю – роль особистості очевидна. Стосовно видів мистецтва як більш інертних, фундаментальних утворень, то тут, здається, роль окремої людини слід розглядати переважно через призму суспільства, у якому і для якого вона творить.

Чи можна сказати, що сьогодні проблема розведення видів і жанрів мистецтва вирішена? Навряд чи. Критерії розведення виявити не просто, адже вир сьогоднішнього життя і мистецтва потужний, неоднозначний і далеко не завжди зрозумілий. Зокрема, саме тут, як здається, не завадить мати на увазі всезагальні закони – такі, як вже згадувана у даній статті хвильова сутність матерії. Це може дати ключ для пояснення глобальних історико-культурних подій, навіть катаклізмів, в тому числі у сучасній художній творчості з її підйомами і падіннями – плюсами і мінусами.

Однак, як би там не було, але для того, щоб вести розмову про види мистецтва далі, слід зупинитись на особливостях виду мистецтва як естетичного поняття. Звичайно, з точки зору автора даної статті і у контексті наявності внутрішнього стрижня, тобто потрібно змістовно розкрити поняття виду мистецтва, а саме: як певної наповненої змістом структури.

Отже, у першому наближенні виявляються наступні особливості виду мистецтва як такого: як вже зазначалося, фундаментальність та об'єктивна необхідність для того чи іншого суспільства (суспільств), сталість, набута сотнями, тисячами, десятками тисяч років функціонування, глибока сутнісна укоріненість у культурі, магістральність шляхів розвитку, що беруть свій початок у глибинних монолітних (синкретичних) шарах культури людства. Цілком очевидно, що всі особливості є атрибутами внутрішнього духовного стрижня – необхідних, сутнісних духовно-матеріальних потреб людини. Таким чином, вимальовується рівень відповідності виду мистецтва виду людини «*Homo Sapiens*», тобто певній біологічно-суспільній істоті. Отже, впливає висновок: людина не може без надійної духовної основи.

Чи може вид мистецтва втратити свій внутрішній стрижень, метафорично кажучи, припинити виражати душу народу в її ставленні до дійсності? Може, коли перестає бути суспільно потрібним, коли залиша-

ється лише зовнішній слід колишньої побудови, а потім гине і він. Наприклад, з первісного синкретизму розвинувся вид діяльності племен, що жили у тропічному кліматі, – надрізи на шкірі тіла людей у вигляді візерунків. Цей вид діяльності у певному розумінні можна віднести до діяльності естетичної, адже люди прикрашали себе. Така форма прикрашання тіла мала велике значення, і не тільки естетичне, а передусім медичне (оберігала шкіру від комах тощо, адже разом з надрізом робилася потрібна ін'єкція), також символічне (характер візерунків вказував на суспільний статус людини). Хоча зазначений вид діяльності і досі існує, скоріш за все, нагальна потреба в ньому невдовзі зійде нанівець, оскільки сьогодні даний вид перебуває, головним чином, в річищі тимчасового прояву моди. Так, згадка про нього в іронічному викривленні залишилась у сучасному татуюванні. Але останнє видом мистецтва у повному обсязі цього поняття називати проблематично: зміст первісної діяльності, що становить його основу, нині забувся.

Можуть відбуватися також трансформації виду мистецтва у напрямі від змістовного стрижня до його усвідомлюваного розпорошення... У такому разі існуванню виду (припустимо, живопису) приходить кінець? Але у сучасному суспільстві потреба у живописі як такому зберігається. Наголосимо, що під «розпорошенням» змісту зазвичай розуміються не випадкові для живопису витівки окремих художників, а серйозна ситуація в мистецтві, закономірне в певних межах явище зміни спрямувань – «плюсу» на «мінус». У такому разі тимчасова втрата стрижня (як це буває при реструктуруванні художнього образу) обернеться ствердженням нового. В іншому разі – за умов, коли суспільство не потребує реструктурування того чи іншого виду (або його конкретного вираження), оскільки не вичерпало його творчого потенціалу – подібне заперечення стрижня, яким тримається людина, буде хибним і постане як синдром психічної й моральної хвороби суспільства. Не будемо стверджувати, що це проста справа – розібратися, яка саме ідея виражена тим чи іншим представленим на виставці об'єктом, який епагує, і чи є в ньому естетична ідея взагалі. До того ж, велику роль відіграють такі чинники, як особливості та контекст сприйняття різних людей тощо. Слід мати на увазі й те, що за ці чинники зручно «сховатися» автору, виставляючи власну «глибокодумність». Однак, одразу чи згодом, вид мистецтва, на думку автора цієї статті, має позбутися подібних ситуацій (які заслужують називатися пастками), аби не зайти у глухий кут і не загинути.

Людська суб'єктивність активно виступає у жанрах, напрямках, течіях, які є оперативними, досить мобільними «функціональними органами» видів мистецтва, поповнюють їх новою інтелектуальною та почуттєвою інформацією. Остання корисна завжди, справа – в умінні нею користуватися, оскільки вона може привести на різні шляхи буття (або небуття). За умов невміння, нерозуміння чи труднощів користування інформацією – що нерідко зустрічається в умовах сучасного рівня духовного розвитку людини – відпадіння, відсікання неплідних або відверто небезпечних для внутрішнього стрижня видових пагонів є необхідністю.

Автор статті сподівається, що певне занурення у сутнісні процеси творчості, і передусім художньої, надасть яскраву, таку, що легко засвоюється, картину становлення внутрішнього духовного стрижня, а саме: формування й розвитку естетичної, моральної, правової свідомості. Більше того, така внутрішня структура єднає мікрокосм людини із всезагальним макрокосмом. На наше переконання, ці знання треба обов'язково передавати студентам, які набувають такої необхідної суспільству спеціальності, як правознавство.

Отже, можемо зробити такі висновки:

1. Сьогодні актуалізувалась і загострилась культурологічна проблема стрижня буття, зокрема, у її морально-естетичному й правовому аспектах. Дана проблема повинна вирішуватись уже на рівні виховання молоді, особливо студентства, як вельми сприйнятливою до інформації та її оцінки. Досвід свідчить, що майбутні юристи з великим інтересом сприймають інформацію з даної проблематики.

2. Дана проблема, що стосується культури як широкого поняття, охоплює всі боки буття – у тому числі мистецтво з усіма його видами. На рівні формування видів мистецтва її пояснення буде досить плідним.

3. Сьогодні ствердились паростки нового рівня синтетичної єдності індивідуального і загального (стрижневого) у творчому житті людини попри всю складність і неоднозначність сучасного буття.

<sup>1</sup> Чехов А. П. Скучная история. Из записок старого человека // А. П. Чехов. Собр. соч. / А. П. Чехов. – М. : Правда, 1950. – Т. 7. – С. 61

<sup>2</sup> Там само. – С. 54.

<sup>3</sup> Там само. – С. 60.

<sup>4</sup> Кожин В. В. Виды искусства / В. В. Кожин. – М. : Искусство, 1960. – 128 с

<sup>5</sup> Каган М. С. Морфология искусства. Историко-теоретическое исследование внутреннего строения мира искусства / М. С. Каган. – Л. : Искусство, 1972. – 256 с.

<sup>6</sup> Sontag S. An Argument About Beauty / S. Sontag // At the Same Time. Essays and Speeches. – New York : Hammish Hamilton, 2007. – 235 p.

<sup>7</sup> Гоголь Н. В. О том, что такое слово // Н. В. Гоголь. Собр. соч. : в 6 т. / Н. В. Гоголь. – М. : Гос. изд-во худ. лит., 1959. – Т. 6. – С. 127.

<sup>8</sup> Хогарт У. Анализ красоты / У. Хогарт. – М. : Искусство, 1987. – 256 с.

<sup>9</sup> Столяр А. Д. Происхождение изобразительного искусства / А. Д. Столяр. – М. : Искусство, 1985. – 298 с.



#### Резюме

**Кодьєва О. П. Виховання майбутніх юристів: культурологічний аспект.**

У статті йдеться про загальнокультурне виховання студентів юридичних факультетів у напрямі усвідомлення ними необхідності формування внутрішнього духовного стрижня. Задля цього пропонується застосовувати, зокрема, засоби мистецтва як квінтесенції культури. Для аналізу обирається одна з проблем культурології і мистецтвознавства – формування й розвиток видів мистецтва, оскільки ця сфера – одна з найбільш наочних і наближених до глядача та слухача. Аналізуються творчі процеси індивідуалізації і інтеграції, взаємодії одиничного і загального. Показується, що людині необхідні внутрішня гармонія, духовний стрижень.

**Ключові слова:** виховання, внутрішній духовний стрижень, культура, гармонія, правознавство, вид мистецтва, інформація.

#### Резюме

**Кодьєва Е. П. Воспитание будущих юристов: культурологический аспект.**

В статье идет речь об общекультурном воспитании студентов юридических факультетов в направлении осознания ими необходимости формирования внутреннего духовного стержня. Для этого предлагается применять, в частности, средства искусства как квинтэссенции культуры. Для анализа выбрана одна из проблем культурологии и искусствоведения – формирование и развитие видов искусства, поскольку эта сфера – одна их наиболее наглядных и приближенных к зрителю и слушателю. Анализируются творческие процессы индивидуализации и интеграции, взаимодействия единичного и общего. Показывается, что человеку необходимы внутренняя гармония, духовный стержень.

**Ключевые слова:** воспитание, внутренний духовный стержень, культура, гармония, правоведение, вид искусства, информация.

#### Summary

**Kodyeva H. Education of Future Lawyers: Culturological Aspect.**

The article deals with education of students of law by means of culture, especially art. The author addresses to those students and gives accent to necessity of making and preserving their inner structure (pivot). This structure represents sense of life. The author analyses the sphere of forms of art as clear and approximate ones to spectators and listeners. Creative processes of individualization and integration, interaction of the single and the general are analyzed in the article. The author shows that human needs in inner harmony and spiritual pivot.

**Key words:** education, inner spiritual pivot, culture, harmony, jurisprudence, form of art, information.

УДК 343.237+344.13

**Р. С. КВАША**

*Роман Сергійович Кваша, студент III курсу Київського університету права НАН України*

### **ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ СПІВУЧАСТІ У ВІЙСЬКОВИХ ЗЛОЧИНАХ**

Военно-політична ситуація в Україні обмовила прийняття упродовж останнього року низки законів про посилення кримінальної відповідальності за окремі військові злочини. Проблема військових злочинів раніше не була актуальною і рідко ставала предметом наукових досліджень. Більше того, за свідченнями дослідників, за останні вісім-дев'ять років кількість вчинених злочинів проти встановленого порядку несення військової служби зменшилася майже утричі. У 2005 р. за такі злочини було засуджено 524 військовослужбовці, а в 2013 р. – лише 184. Частково це пов'язано зі скороченням збройних сил<sup>1</sup>. Події на Сході нашої держави змінили це становище. Так, Указом Президента України № 5/2015 затверджена «Стратегія сталого розвитку «Україна-2020», де передбачено, що чисельність професійних військових на 1000 населення збільшиться із 2,8 до 5,6 осіб<sup>2</sup>.

Сучасний етап розвитку кримінально-правової політики характеризується актуалізацією процесу протидії військовим злочинам, адже від цього залежать обороноздатність України та саме існування нашої держави. Слід зазначити, що оскільки посилюється відповідальність за військові злочини, то більш суворою вона стає і за співучасть у таких злочинах. Згідно з ч. 3 ст. 401 КК співучасть у військових злочинах осіб, не зазначених у цій статті, тягне за собою відповідальність за відповідними статтями розділу XIX Особливої частини КК. Це положення є законодавчим визначенням теоретичних розробок правил відповідальності співучасників злочинів зі спеціальним суб'єктом. Загалом підстава кримінальної відповідальності співучасників у злочинах зі спеціальним суб'єктом є однією з найбільш складних комплексних проблем кримінального права.

Один із аспектів вирішення названої комплексної проблеми полягає у вдосконаленні Кримінального кодексу України, а саме – доповненні його новими статтями, зміні існуючих статей, заміні усталених понять, які використовуються у законі. Так, ст. 401 КК України «Поняття військового злочину» вже зазнала змін згідно із Законами № 662-IV від 3 квітня 2003 р., № 1414-VI від 2 червня 2009 р., № 877-VII від 13 березня 2014 р., № 1194-VII від 9 квітня 2014 року.

Сьогодні недостатньо розробленими є питання умисної спільної участі загального та спеціального суб'єктів у вчиненні злочинів, які можуть бути вчинені лише спеціальним суб'єктом. Це насамперед стосується військових злочинів. Проблемам співучасті при вчиненні військових злочинів у науці кримінального права не приділялась належна увага.

Ці питання фрагментарно порушувались у наукових працях, присвячених співучасті у злочині, військовим злочинам, теорії кваліфікації, спеціальному суб'єкту злочину. Різним аспектам співучасті свої наукові праці присвячували М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, А. С. Беницький, В. І. Борисов, Л. П. Брич, Н. О. Готорова, О. О. Дудоров, С. О. Єфремов, Г. П. Жаровська, О. О. Кваша, М. Й. Коржанський, О. М. Костенко, В. В. Кузнецов, О. М. Литвак, М. І. Мельник, В. А. Мисливий, П. П. Михайленко, А. А. Музика, В. О. Навроцький, Г. В. Новицький, В. В. Сташис, В. Я. Тацій, П. Ф. Тельнов, В. П. Тихий, А. Н. Трайнін, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк, С. Д. Шапченко, Н. М. Ярмиш, С. С. Яценко та інші вчені.

Проблемі відповідальності спеціального суб'єкта злочину присвятили свої роботи П. П. Андрушко, Л. В. Багрій-Шахматов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. Д. Вознюк, Д. М. Горбачов, В. О. Глушков, О. О. Дудоров, Г. М. Зеленов, А. Ф. Зелінський, М. Й. Коржанський, О. М. Костенко, І. П. Лановенко, В. С. Лукомський, Р. Л. Максимович, М. І. Мельник, О. Я. Светлов, В. В. Сташис, Є. Л. Стрельцов, С. А. Тарарухін, В. І. Терентьев, М. І. Хавронюк та інші науковці.

Проблеми військових злочинів досліджували такі вчені, як В. О. Бугаєв, В. П. Бодаєвський, С. І. Дячук, М. І. Панов, Є. Б. Пузиревський, М. С. Туркот, В. І. Тютюгін, С. О. Харитонов, М. І. Хавронюк, О. А. Чуваков та інші.

Однак окремого наукового дослідження співучасті у військових злочинах проведено не було, тому це і є **метою** нашої статті.

Очевидно, що співучасть у військових злочинах поєднує в собі проблематику, по суті, трьох інститутів кримінального права – співучасть у злочині, спеціальний суб'єкт злочину, військові злочини.

Слід зазначити, що на відміну від інших груп злочинів, передбачених КК, поняття військового злочину визначене безпосередньо у частині першій ст. 401 КК України. Проте у цій нормі не розкриваються всі ознаки військового злочину, а лише специфічні, які дають змогу відмежувати військові злочини від інших. Проблема існує з поняттям «військові злочини» в контексті його співвідношення із поняттям «воєнні злочини», яке закріплено у ст. 8 Статуту Міжнародного кримінального суду. На думку С. М. Мохончука, термін «військові злочини» за змістом відрізняється від терміна «воєнні злочини», що застосовується в міжнародному праві<sup>3</sup>. Інші вчені наголошують, що поняття «воєнний» і «військовий» не є тотожними у контексті розуміння належності: до війська – військовий, до особливої сфери суспільного життя, пов'язаної із воєнним устроєм суспільства, – воєнний<sup>4</sup>. Ще при прийнятті чинного КК 2001 р. вченими пропонувалось уточнити зміст ч. 1 ст. 401 «Поняття військового злочину», зазначивши в ній усі необхідні ознаки і викласти в наступній редакції: «Військовим злочином визнається винне суспільно небезпечне діяння проти встановленого законодавством України порядку несення або проходження військової служби, вчинене військовослужбовцем або військовозобов'язаним, призваним на навчальні (перевірочні) або спеціальні збори, передбачене і карне за статтями цього розділу»<sup>5</sup>.

У зв'язку із зазначеними вище змінами до ст. 401 КК військовослужбовці, а також призвані на навчальні (чи перевіріні) або спеціальні збори військовозобов'язані можуть виступати виконавцями військового злочину та організаторами, підбурювачами або пособниками.

Співучасть у військових злочинах характеризується об'єктивними і суб'єктивними ознаками, так само як і співучасть в інших злочинах.

Співучасть у злочині є умисна спільна участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину (ст. 26 КК України). З об'єктивної сторони співучасть передбачає діяльність, особливістю якої є те, що вона складається принаймні з двох осіб, які є суб'єктами злочину. Об'єктивні властивості співучасті полягають у тому, що має місце спільність участі кількох осіб у злочині шляхом об'єднання їх зусиль, спричинення єдиного для всіх співучасників наслідку. Суб'єктивні ознаки співучасті полягають в умисній участі у вчиненні умисного злочину, оскільки йдеться про сумісність умислу в діяльності співучасників при досягненні загального злочинного результату умисного діяння.

Кримінальний закон не містить поняття співучасті у злочинах із спеціальним суб'єктом, тому слід скористатися доктринальним. Ми підтримуємо сформульоване Д. М. Горбачовим визначення поняття «співучасть у злочинах із спеціальним суб'єктом» як умисну спільну участь декількох (двох і більше) фізичних осудних осіб, які досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, у вчиненні такого умисного злочину, виконавцем якого може бути лише спеціальний суб'єкт<sup>6</sup>.

У Великому юридичному словнику зазначено: підлягають відповідальності за статтями про військові злочини (із посиланням на ст. 27 КК) будь-які особи, які є співучасниками (організаторами, підбурювачами, пособниками) у вчиненні цих злочинів<sup>7</sup>. Однак найбільш складним є питання про кваліфікацію діянь, коли об'єктивну сторону злочину виконує і спеціальний, і загальний суб'єкт. У деяких військових злочинах цивільні особи можуть безпосередньо брати участь спільно з військовослужбовцями у вчиненні дій, що утворюють об'єктивну сторону цих злочинів. Це, наприклад, відбувається при порушенні статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності між ними відносин підлеглості спільно з цивільною особою, спільного вчинення опору з насильством щодо особи, яка виконує обов'язки по військовій службі чи примусу її до порушення цих обов'язків. . Або ж такий приклад: військовослужбовець домовився з особою, яка проживала на території населеного пункту, місці дислокації військової частини викрасти бойові припаси, що перебували на її території. За цією домовленістю вони проникли на склад військової частини, звідки й викрали бойові припаси<sup>8</sup>. Як слід кваліфікувати такі дії? Вирішення проблеми співвиконавства у злочинах із спеціальним суб'єктом осіб, які не мають спеціальних ознак, не отримало у правовій літературі та правозастосуванні однозначного вирішення.

З приводу кваліфікації діянь у таких випадках існує дві протилежні точки зору. Перша з них полягає в тому, що виконавцем злочину має бути особа, наділена спеціальними ознаками, а особа, яка їх не має, може бути лише іншим співучасником (організатором, підбурювачем, пособником), але в жодному разі не виконавцем злочину. М. І. Панов переконує, що «оскільки згідно з ч. 2 ст. 27 КК України, а також відповідних статей Особливої частини КК України виконавцем розглядуваних злочинів можуть бути тільки спеціальні суб'єкти, участь же у вчиненні цих злочинів інших осіб, які не є спеціальними суб'єктами, не перетворює їх на останні, хоча вони фактично виконали певну частину об'єктивної сторони злочину»<sup>9</sup>. За співучасті співвиконавство в таких злочинах неможливе, а дії, що вчиняються особами, які не є спеціальними суб'єктами, слід розглядати як складну форму співучасті у злочині і кваліфікувати їх за відповідними статтями Особливої частини КК України, а також за статтями Загальної частини КК як організаторство, підбурювання, пособництво у вчиненні злочинів із спеціальним суб'єктом<sup>10</sup>.

Однак має місце й інша точка зору з приводу кваліфікації таких випадків. Вчені при вчиненні вказаних злочинів допускають співучасть у формі співвиконавства і пропонують кваліфікувати дії всіх осіб, які брали безпосередню участь у вчиненні злочину, лише за відповідною статтею Особливої частини КК, яка встановлює відповідальність за злочин із спеціальним суб'єктом. Тобто особа, яка не має ознак спеціального суб'єкта злочину, може бути визнана як співучасником злочинів зі спеціальним суб'єктом, так і співвиконавцем<sup>11</sup>.

Саме перша позиція переважає, і вона підтримується вітчизняними вченими. Іншими словами, виконавцями чи співвиконавцями будь-якого злочину, передбаченого ст. ст. 402–435, можуть бути лише військовослужбовці, а іншими співучасниками – й цивільні особи (наприклад, як пособник – у разі підробки документів, які стали підставою незаконного звільнення з військової служби, або як підбурювач – у разі схиляння військовослужбовця до викрадення зброї тощо)<sup>12</sup>.

Цивільні особи не можуть бути співвиконавцями військових злочинів. Тому у разі, коли військовослужбовець і цивільна особа спільними зусиллями виконують об'єктивну сторону військового злочину, остання несе відповідальність за вчинення військового злочину як пособник. Тут виникає ще одна проблема, зокрема, чи буде у цьому випадку ставитися у вину особам кваліфікуюча ознака «за попередньою змовою групою осіб».

Переважає думка, згідно з якою група осіб за попередньою змовою – це завжди співвиконавство. Вчені аргументують свою позицію тим, що оскільки на відміну від ч. 1 ст. 28 КК, у якій прямо йдеться про декількох виконавців, у ч. 2 ст. 28 КК вид співучасника конкретно не визначений, то можна зробити висновок, що в ч. 2, як і в ч. 1 ст. 28 КК говорять принаймні про двох виконавців (співвиконавців), оскільки в цих нормах уживається одне й те ж поняття – «група осіб», що за правилами законодавчої техніки повинне мати однаковий зміст<sup>13</sup>. На переконання багатьох вчених і практиків, саме співвиконавство суттєво підвищує суспільну небезпечність злочину. І не є так само небезпечним, як напад двох виконавців, посягання, коли виконавець один, а інша особа колись порадила йому, яким способом здійснити замислене. Однак існує й інший підхід. Аргументами щодо підвищеної суспільної небезпечності розподілу ролей при вчиненні групового злочину та щодо помилковості тлумачення змісту кваліфікуючої ознаки «вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб» в Особливій частині КК України виключно як співвиконавства є такі: 1) така позиція суттєво перебільшує роль об'єктивних ознак співучасті у злочині та ігнорує соціально-психологічні закономірності спільної злочинної діяльності, зокрема положення щодо необхідного рольового розподілу; 2) таке тлумачення цієї ознаки передбачає змішування різних за змістом понять «спільне вчинення злочину» та «спільне виконання злочину»; 3) для всіх форм співучасті є характерною наявність причинного зв'язку між діями кожного із співучасників (з урахуванням виконуваних ролей) і діянням виконавця, а в матеріальних складах злочинів – і зі спільним злочинним наслідком; 4) вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб з розподілом ролей підвищує суспільну небезпечність вчиненого, можливо, навіть більшою мірою, ніж при спільному виконанні злочину за попередньою змовою (особливо за наявності організатора/керівника злочину)<sup>14</sup>. Тому дії цивільної особи, яка вчинила діяння, що містить ознаки військового злочину, спільно із військовослужбовцем (як організатор, підбурювач чи пособник), так само кваліфікуються за ознакою за попередньою змовою групою осіб.

Повністю підтримуємо позицію В. М. Чхиквадзе, який, розглядаючи проблему співучасті у радянському військово-кримінальному праві, зазначав, що загальні основи співучасті є однаковими як для загальнокримінального, так і для військово-кримінального права. Одночас військово-кримінальне право вносить у загальне вчення про співучасть ряд суттєвих доповнень<sup>15</sup>.

Вище згадувались положення ч. 3 ст. 401 КК України. Проведений аналіз довів, що дане формулювання закону не дає достатньо чіткого розуміння правил кваліфікації дій співучасників у військових злочинах, і для цього варто звертатися до теорії кримінального права і судової практики органів військової юстиції. Вдалим нам видається таке вирішення проблеми, яке б полягало у вдосконаленні (уточненні) цієї норми з одночасним поширенням такого правила, що наразі міститься у ч. 3 ст. 401 КК України, на всі випадки вчинення злочину у співучасті зі спеціальним суб'єктом. Подібним чином вирішена ця проблема Д. М. Горбачовим, який обґрунтовує необхідність нормативного закріплення правила щодо співучасті у злочинах із спеціальним суб'єктом, що підлягало б застосуванню як при кваліфікації службових, так і військових злочинів чи злочинів проти життя, вчинених спільно кількома особами. Ним запропоновано виключити ч. 3 ст. 401 КК і доповнити ст. 29 КК України частиною шостою у такій редакції: «6. Особа, що не має спеціальних ознак суб'єкта злочину, зазначених у відповідній статті Особливої частини цього Кодексу, яка брала участь у вчиненні злочину, передбаченого цією статтею, підлягає кримінальній відповідальності як організатор, підбурювач або пособник за відповідною частиною статті 27 і тією статтею, яка передбачає злочин, вчинений виконавцем»<sup>16</sup>.

Ще однією проблемою співучасті у військових злочинах є кваліфікація так званого посереднього виконання у військових злочинів. Під посереднім виконанням у військовому злочині слід розуміти такі випадки, коли військовослужбовець за службовими мотивами схиляє цивільних осіб до виконання об'єктивної сторони ряду військових злочинів. Наприклад, військовослужбовець з помсти до командира (начальника) за його службу вимогливість схилив своїх знайомих цивільних осіб до насильства над ним.

Вітчизняні науковці у ч. 2 ст. 27 КК України пропонують таку дефініцію поняття «посередній виконавець злочину» – це особа, яка у співучасті з іншим (іншими) суб'єктом (суб'єктами) злочину опосередковано виконала суспільно небезпечне діяння, передбачене статтею (частиною статті) Особливої частини КК України, шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєний умисний злочин<sup>17</sup>. Отже, посереднє виконання у військових злочинів може мати місце лише якщо військовослужбовець схиляє до виконання об'єктивної сторони військового злочину особу, яка взагалі не є суб'єктом злочину або з інших підстав не підлягає відповідальності за вчинений умисний військовий злочин. Однак можлива ситуація, коли виконання об'єктивної сторони військового злочину здійснює

особа, яка підлягає відповідальності. Окремі вчені пропонують дії військовослужбовця за даних обставин кваліфікувати як виконавця військового злочину, а цивільних осіб – як пособництво<sup>18</sup>. Погоджуємось із першою частиною кваліфікації, однак не можна, на наш погляд, кваліфікувати дії особи, яка безпосередньо застосувала насильство до командира лише як пособництво у військовому злочині. Дії безпосереднього виконавця слід кваліфікувати за аналогією із вище обґрунтованими правилами для співвиконавства у злочинах із спеціальним суб'єктом – також за статтею, яка передбачає відповідальність за фактично вчинений особою злочин, наприклад, за статтями Розділу Особливої частини КК «Злочини проти життя і здоров'я особи».

Розглядаючи дану проблему, слід зазначити, що реально посереднє виконання можливо при здійсненні обмеженого кола військових злочинів, таких, наприклад, як «Опір начальникові і примушування його до порушення службових обов'язків» (ст. 404), погроза або насильство щодо начальника (ст. 405), порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості (ст. 406), розкрадання, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем (ст. 410), умисне знищення або пошкодження військового майна (ст. 411). При вчиненні такого військового злочину, як ухилення від військової служби, посереднє виконання неможливо, а при мародерстві такий варіант заподіяння шкоди надто складно реалізувати.

Отже, в процесі дослідження нами отримано такі висновки. Співучасть у злочині та співучасть у військовому злочині мають загальні основи. Особливістю співучасті у військовому злочині є обов'язкова наявність спеціального суб'єкта злочину – військовослужбовця. Виконавцями чи співвиконавцями будь-якого злочину, передбаченого ст. ст. 402–435, можуть бути лише військовослужбовці, а цивільні особи, які спільно з військовослужбовцями беруть участь у спільному вчиненні злочину, є іншими співучасниками – організаторами, підбурювачами, пособниками. Посереднє виконання у військовому злочині можливе не у всіх цих злочинах.

<sup>1</sup> Дудоров О. О. Кримінальне право : навч. посіб. / О. О. Дудоров, М. І. Хавронюк ; за заг. ред. М. І. Хавронюка. – К. : Ваіте, 2014. – С. 860.

<sup>2</sup> [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/18688.html>

<sup>3</sup> Мохончук С. М. Злочини проти миру та безпеки людства: генезис, еволюція, сучасна регламентація у кримінальному праві та законі : моногр. / С. М. Мохончук. – Х. : Право, 2013. – С. 286.

<sup>4</sup> Кримінально-правові та кримінологічні основи забезпечення воєнної безпеки України: наук.-практ. посіб. / М. С. Туркот, П. П. Богуцький, С. І. Дячук та ін. – К. : Вид. дім «АртЕк», Національна академія прокуратури України, 2014. – С. 7.

<sup>5</sup> Бугаєв В. О. Військові злочини і покарання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / В. О. Бугаєв. – Одеса, 2002. – С. 5.

<sup>6</sup> Горбачов Д. М. Співучасть у злочинах із спеціальним суб'єктом (на прикладі злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Горбачов Дмитро Миколайович. – К., 2014. – С. 8.

<sup>7</sup> Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю. С. Шемшученка. – [2-е вид., перероб. і доп.]. – К. : Видавництво «Юридична думка», 2012. – С. 119.

<sup>8</sup> Харко Д. М. Виконавець злочину: кримінально-правова характеристика та відповідальність : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Дмитро Михайлович Харко. – Луцьк, 2014. – С. 52.

<sup>9</sup> Панов М. І. Вибрані наукові праці з проблем правознавства / М. І. Панов – К. : Ін Юре, 2010. – С. 504.

<sup>10</sup> Кримінальне право України : Загальна частина: підруч. / В. І. Борисов, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін та ін.; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., переробл. і доп. – Х. : Право, 2015. – С. 251–252.

<sup>11</sup> Алексеева Л. Кваліфікація преступлений, совершенных в соучастии / Л. Алексеева // Советская юстиция. – 1969. – № 20. – С. 20–21; Иванов Н. Соучастие со специальным субъектом / Н. Иванов // Российская юстиция. – 2001. – № 3. – С. 51.

<sup>12</sup> Дудоров О. О. Кримінальне право : навч. посіб. / О. О. Дудоров, М. І. Хавронюк ; за заг. ред. М. І. Хавронюка. – К. : Ваіте, 2014. – С. 860.

<sup>13</sup> Михайленко Д. Г. Підстави кримінальної відповідальності за хабарництво (давання та одержання хабара) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Дмитро Григорович Михайленко. – Одеса, 2009. – С. 160.

<sup>14</sup> Кваша О. О. Співучасть у злочині: структура та відповідальність : моногр. / О. О. Кваша ; НАН України; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – Луганськ : РВВЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2013. – С. 556.

<sup>15</sup> Чхиквадзе В. М. Советское военно-уголовное право / В. М. Чхиквадзе. – М. : Госюриздат, 1948. – С. 213.

<sup>16</sup> Горбачов Д. М. Вказана праця. – С. 11, 190.

<sup>17</sup> Харко Д. М. Вказана праця. – С. 10.

<sup>18</sup> Ахметшин Х. М. Кваліфікація воинских преступлений / Х. М. Ахметшин. – М., 1977. – С. 20.

## Резюме

### Кваша Р. С. Окремі проблеми співучасті у військових злочинах.

У статті розглянуто актуальну проблему співучасті у військових злочинах. Співучасть у військових злочинах поєднує в собі проблематику трьох інститутів кримінального права – співучасті у злочині, спеціальний суб'єкт злочину, військові злочини. Співучасть у злочині та співучасть у військовому злочині мають загальні основи. Особливістю співучасті у військовому злочині є обов'язкова наявність спеціального суб'єкта злочину – військовослужбовця. Виконавцями чи співвиконавцями будь-якого злочину, передбаченого ст. ст. 402–435, можуть бути лише військовослужбовці. Цивільні особи, які спільно з військо-

вослужбовцями беруть участь у вчиненні військового злочину, визнаються іншими співучасниками – організаторами, підбурювачами, пособниками. Посереднє виконання військового злочину можливе не у всіх цих злочинах.

**Ключові слова:** співучасть у злочині, військовий злочин, спеціальний суб'єкт злочину, військовослужбовець, цивільна особа.

#### Резюме

**Кваша Р. С. Отдельные проблемы соучастия в военных преступлениях.**

В статье рассмотрена актуальная проблема соучастия в военных преступлениях. Соучастие в военных преступлениях сочетает в себе проблематику трех институтов уголовного права – соучастие в преступлении, специальный субъект преступления, военные преступления. Соучастие в преступлении и соучастие в военном преступлении имеют общие начала. Особенностью соучастия в военном преступлении является обязательное наличие специального субъекта преступления – военнослужащего. Исполнителями или соисполнителями любого преступления, предусмотренного ст. ст. 402–435, могут быть только военнослужащие. Гражданские лица, которые совместно с военнослужащими участвуют в совершении военного преступления, признаются другими соучастниками – организаторами, подстрекателями, пособниками. Опосредованное исполнение воинского преступления возможно не во всех этих преступлениях.

**Ключевые слова:** соучастие в преступлении, военное преступление, специальный субъект преступления, военнослужащий, гражданское лицо.

#### Summary

**Kvasha R. Certain problems of complicity in war crimes.**

In the article the actual problem of complicity in war crimes. Complicity in war crimes combines the perspective of three institutes of criminal law – complicity in the crime, the special subject of crime, war crimes. Complicity in the crime and complicity in war crime have common origin. Feature of complicity in war crimes is obligatory presence of a special subject of a crime – a soldier. Performers or subcontractors of any offense under Articles 402-435, can only be military. Civilians, who together with soldiers involved in the commission of a war crime, recognized by the other partners – the organizers, instigators and accomplices. Indirect execution of a military crime is not possible in all these crimes.

**Key words:** complicity in the crime, a war crime, a special subject of crime, soldier, civilian.

УДК 347.4

#### **В. В. НАКОНЕЧНИЙ**

*Володимир Володимирович Наконечний, студент III курсу юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

### **КОМПЕНСАЦІЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ В ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ. ПРОБЛЕМИ ЗАКОНОДАВЧОЇ ТЕХНІКИ ТА ПРАВОЗАСТОСОВНОЇ ПРАКТИКИ ЩОДО КОМПЕНСАЦІЇ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ В ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ**

Основою сучасної світобудови стали принципи і цінності, які можна виразити словами «права і свободи людини», «повага до її честі і гідності», «життя людини як найвища цінність».

І це не порожні слова, це не декларації, які не мають свого реального виразу. Ратифікуючи міжнародні угоди (Загальна декларація прав людини, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод та ін.), приймаючи прогресивні закони («новий» Цивільний кодекс України, Закон України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» та ін.), започатковуючи реформи, Україна щодня підтверджує, що підхід до прав і свобод людини, закріплений в Конституції України (ст. 3 Конституції України) є послідовним, остаточним і незворотнім.

Проте закріпити права і свободи людини навіть в акті найвищої юридичної сили – це лише половина справи. Потрібно забезпечити кожній людині можливість вільно і без перешкод реалізувати свої права в законних межах, а у випадку їх порушення – надати кожному надійні механізми захисту порушених прав.

Одним із надзвичайно важливих елементів такого механізму став інститут компенсації моральної шкоди. Цей спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав вперше з'явився в українському законодавстві у 1993 р., коли чинний на той час Цивільний кодекс було доповнено статтею 440-1<sup>1</sup>. У зв'язку з цим інститут компенсації моральної шкоди можна вважати «молодим», адже він розроблявся фактично з нуля і не мав під собою міцного ґрунту правової традиції попередніх років (законодавством СРСР право на компенсацію моральної шкоди не було передбачено).

Сьогодні правовий інститут компенсації моральної шкоди закріплений нормами Конституції України, Цивільного кодексу України, нормами більш вузького галузевого законодавства. При цьому законодавство

далеке від досконалості, більше того, навіть положення одного й того ж акта можуть суперечити одні одним. А це призводить до неоднорідності або й неправильності правозастосовної практики, що аж ніяк не сприяє утвердженню прав і свобод людини.

У XIX ст. відомий французький філософ і соціолог А. Фулльє сказав такі слова щодо перспектив розвитку цивільного права: «Договір займає 9/10 діючих кодексів, а колись йому будуть присвячені в кодексах всі статті від першої до останньої»<sup>2</sup>. Він звичайно перебільшував, але загалом мав рацію. Договір став центральним інститутом цивільного права і основною підставою виникнення цивільних прав і зoбoв'язків.

Вступаючи у договірні відносини, сторони сподіваються на те, що зoбoв'язання буде виконано належним чином відповідно до умов договору та вимог законодавства. Якщо це не відбувається, потрібно шукати спосіб захисту порушеного права.

Традиційними для договірного права стали вимоги щодо відшкодування збитків, сплати неустойки (штрафу або пені), звернення стягнення на об'єкт застави, виконання зoбoв'язку в натурі, розірвання договору чи визнання договору недійсним. А як щодо компенсації моральної шкoди? Чи можна звернутися до цього способу захисту, якщо підставою виникнення правовідносин є договір?

Для розкриття даного питання насамперед необхідно звернутися до поняття цивільно-правової відповідальності та її поділу на договірну та позадоговірну.

Позадоговірною (недоговірною) є відповідальність, що настає за вчинення протиправних дій однією особою щодо іншої за відсутності між ними договору або незалежно від існування між ними договірних відносин<sup>3</sup>. Позадоговірна відповідальність настає у випадку порушення зoбoв'язку (вчинити або утриматися від вчинення певних дій), встановленого законом або підзаконним нормативно-правовим актом. Здебільшого знаходить свій вираз у формі відшкодування шкoди (Глава 82 Цивільного кодексу України), в тому числі моральної.

Договірна відповідальність – наслідки негативного характеру, що настають для сторони договору у випадку невиконання чи неналежного виконання зoбoв'язань, що виникають з договору<sup>4</sup>. Формами договірної відповідальності є відшкодування збитків, сплата неустойки (штрафу, пені), втрата завдатку, позбавлення певного суб'єктивного права. Це – загально визнані форми договірної відповідальності.

Та чи можна віднести до форм договірної відповідальності компенсацію моральної шкoди? Щодо цього існує дискусія. І навіть не зважаючи на те, що у випадках, передбачених законом, компенсація моральної шкoди можлива і за договором, ці випадки в наукових колах вважаються радше винятком, ніж правилом, недоліком законодавчої техніки і т. д.

Наскільки такі тези виправдані? Якої позиції з цього питання дотримуються українські суди? Як врегульоване питання щодо компенсації моральної шкoди у разі порушення договірних зoбoв'язань у світі? Яке майбутнє чекає на цей інститут? На ці питання спробуємо дати відповідь у цій статті.

Пункт 9 ч. 2 ст. 16 Цивільного кодексу України містить загальну норму, відповідно до якої одним із способів захисту цивільних прав та інтересів є відшкодування моральної (немайнової) шкoди<sup>5</sup>. При цьому ст. 16 Цивільного кодексу України не містить жодних обмежень щодо того, до яких відносин можуть застосовуватися ті чи інші способи захисту цивільних прав. Звідси логічним є висновок, що компенсація моральної шкoди як спосіб захисту може вільно застосовуватися до будь-яких договірних та позадоговірних відносинах.

Але необхідно зважити, що Цивільний кодекс України містить і спеціальну норму. Вона міститься у ст. 611 цього документа і вказує на те, що у разі порушення зoбoв'язання правовий наслідок у вигляді компенсації моральної шкoди настає лише у випадку, якщо він був передбачений у тексті договору або встановлений законом<sup>6</sup>. Звідси випливає, що за порушення договору компенсація моральної шкoди може бути присуджена якщо:

- а) така форма відповідальності прямо передбачена у тексті договору;
- б) компенсація моральної шкoди передбачена законом для певного виду договору, а це лише два випадки (ч. 3 ст. 700 і ч. 2 ст. 1076 Цивільного кодексу України).

Позицію законодавця підтримав Верховний суд України у постанові Пленуму від 31 березня 1995 р. № 4 в редакції від 27 лютого 2009 р. «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкoди». Відповідно до п. 2 постанови судам слід розглядати спори щодо компенсації моральної шкoди лише у випадках, коли право на таке відшкодування прямо передбачено Конституцією України або закріплене законодавством, яке встановлює відповідальність за заподіяння моральної шкoди<sup>7</sup>.

Більшість теоретиків цивільного права теж негативно ставляться до ідеї компенсації моральної шкoди за порушення договірних зoбoв'язань.

Так С. Є. Сиротенко вважає, що моральна шкoда може бути компенсована у грошовій або іншій матеріальній формі лише у недоговірних зoбoв'язаннях<sup>8</sup>.

М. І. Брагинський та В. В. Вітрианський не відносять компенсацію моральної шкoди до заходів і форм договірної відповідальності<sup>9</sup>.

Г. В. Єршоменко дотримується думки, що компенсація моральної шкoди може мати місце лише в рамках позадоговірної відповідальності<sup>10</sup>.

Критики наведеного вище підходу відштовхуються від наступного. По-перше вони вважають, що норми, закріплені у ч. 3 ст. 700 і ч. 2 ст. 1076 Цивільного кодексу України носять лише конкретизуючий характер<sup>11</sup>. Вони є спеціальними нормами щодо загальної норми (п. 9 ч. 2 ст. 16 Цивільного кодексу України) лише для договору роздрібної купівлі продажу та договору банківського рахунку. У цих випадках законода-

вещ передбачає особливі моменти, коли виникнення моральної шкоди пов'язане не з порушенням майнових прав, а з посяганням на немайнові права учасників договору (наприклад, розголошення банківської таємниці). У всіх інших випадках можливе відшкодування моральної шкоди із договірних зобов'язань на підставі ст. 16 Цивільного кодексу України. Тут вступає в дію давно відоме правило: «За відсутності спеціальної норми слід керуватися загальною».

По-друге, вони слушно звертають увагу на наступне формулювання ст. 611 ЦКУ:

«1. У разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема

4) відшкодування збитків та моральної шкоди».

Законодавець ставить збитки і моральну шкоду в один ряд, але особливі вимоги (передбачені або договором, або законом) висуваються лише до компенсації моральної шкоди, що є зовсім нелогічним. Хоча нескладно спрогнозувати до яких плачевних наслідків призвело б застосування цих особливих вимог до відшкодування збитків.

Такі аргументи, які активно висловлюються В. В. Луцем, С. І. Шимон, А. Б. Гриняком видаються достатньо обґрунтованими й логічними для того, щоб визнати можливість компенсації моральної шкоди, що виникає з будь-яких договірних відносин.

Ця позиція виглядає ще більш переконливою при аналізі законодавства провідних європейських країн, що стосується даної проблеми.

Протягом довгих років Франція займала ту саму позицію, що й український законодавець та Верховний Суд України. Проте сьогодні у Франції випадки присудження моральної шкоди за договорами уже зовсім не рідкість. Рішення судів у таких справах обґрунтовуються тим, що Цивільний кодекс Франції не обмежує вимоги щодо відшкодування збитків у договірних відносинах тільки матеріальною шкодою. Підставою є ст. 1149 ЦК Франції, яка встановлює загальне правило для відшкодування завданої шкоди. Більше того, французи вважають недоцільним сперечатися про компенсацію моральної шкоди залежно від того, належить ця вимога до порушення договору, чи до делікту<sup>12</sup>.

У Швейцарії положення абз. 3 ст. 99 Швейцарського Зобов'язального Закону дозволяють поширити можливість відшкодування моральної шкоди на договірні зобов'язання<sup>13</sup>.

Також варто згадати про рішення Європейського суду з прав людини від 22 лютого 2005 р. у справі «Новоселецький проти України». Суть справи не стосувалася компенсації моральної шкоди за порушення договору. Але нас справа не дуже й цікавить, адже прецедентний характер має не саме рішення Європейського суду з прав людини, а так зване *ratio decidendi*, тобто те, яким чином суд обґрунтовує та мотивує своє рішення<sup>14</sup>. Європейський суд з прав людини «особливо здивований тим, що в своєму рішенні від 6 січня 1999 року Мелітопольський міський суд відхилив позов про відшкодування шкоди, завданої заявнику, посилаючись на те, що «відшкодування моральної шкоди задоволенню не підлягає, так як воно не передбачено національним законодавством» для житлово-правових спорів»<sup>15</sup>. Цим формулюванням ЄСПЛ фактично визнав, що ст. 16, 23 ЦКУ мають загальний характер і не потребують спеціальних норм для їх застосування до тих чи інших правовідносин.

Щоб не залишилось жодних сумнівів, чи допускає ЄСПЛ компенсацію моральної шкоди у договірних зобов'язаннях, пропонуємо звернутися до рішення ЄСПЛ від 1 червня 2006 р. у справі «Федоренко проти України». 9 квітня 1997 р. громадянин Федоренко продав свій будинок Кіровоградську обласному управлінню юстиції за 35 000 гривень. Договір був засвідчений нотаріусом. Умовами договору було визначено, що купівельна ціна буде виплачена в два етапи: 5000 гривень та 30000 гривень мають бути виплачені 1 травня 1997 р. та 1 вересня 1997 р. відповідно<sup>16</sup>.

Договір також містив пункт, який встановлював таке: «У випадку падіння валютного курсу гривні загальна сума, що підлягає сплаті, не може бути меншою за гривневий еквівалент 17 000 доларів США».

Кіровоградське обласне управління юстиції виконало свій обов'язок сплатити гроші за будинок ненаlejним чином, прострочивши виплату.

За період прострочення відбулося падіння валютного курсу гривні, але управління юстиції відмовилося сплатити додаткові кошти. Як наслідок, Федоренко втратив 6553 долари США.

Розглянувши справу ЄСПЛ дійшов такого висновку: «Суд вважає, що заявник очевидно потерпів деякі моральні збитки через цей випадок. Тому суд вважає необхідним присудити по цьому питанню виплату збитків у розмірі 1000 євро»<sup>17</sup>.

У контексті компенсації моральної шкоди за порушення договору необхідно звернути увагу і на Закон України «Про захист прав споживачів» № 123-ХІІ від 12 травня 1991 року. Статтею 4 передбачено право споживача на компенсацію моральної шкоди лише в одному випадку – якщо вона завдана внаслідок недоліків продукції<sup>18</sup>. Ця норма є занадто вузькою і не відповідає вимогам часу. Фактично вона позбавляє споживача однієї із форм захисту своїх прав у тих ситуаціях, коли виробник або виконавець порушують умови договору.

Досить згадати події, що мали місце у Львові всього сім років тому. Тоді співробітники УБОЗ викрили посадовців приватного підприємства, які заволоділи 10 млн 300 тис. грн громадян, обіцяючи на вказані кошти побудувати для них житло.

Ці посадові особи упродовж 2004–2006 рр. уклали фіктивні угоди з 87-ма місцевими мешканцями про пайову участь у будівництві житлових будинків (фактично будівництво не здійснювалося) і незаконно заволоділи їхніми грошовими коштами<sup>19</sup>.



Не зважаючи на значні душевні переживання громадян, вони так і не змогли отримати компенсацію моральної шкоди, адже вона виникла із договірних зобов'язань.

Не менш кричущою була справа за позовом Компанії «N» проти громадянина Є. О. Коволя про стягнення заборгованості за договором про надання послуг стільникового зв'язку. Відповідач з позовом був незгодний і пред'явив зустрічний позов про визнання договору про надання послуг стільникового зв'язку недійсним та відшкодування моральної шкоди<sup>20</sup>.

Протягом тривалого часу позивач пред'являв Є. О. Коволю грошові вимоги і безпідставно залучив у якості відповідача до справи.

Звісно, з відкриттям цивільної справи у Є. О. Коволя, як особи невинної, з'явилося відчуття постійної тривоги, хвилювання, нервові розлади, безсоння. Про даний судовий спір та його нібито нечесність стало відомо за місцем його роботи, що позначилося на його честі та гідності.

При ознайомленні з договором стало зрозуміло, що підпис підроблений.

Але не зважаючи на шахрайство Компанії «N» суддя виносить рішення, яким визнає договір про надання послуг стільникового зв'язку недійсним, а в частині відшкодування моральної шкоди Є. О. Коволю відмовляє<sup>21</sup>.

Відмовляючи у задоволенні моральної шкоди суд керувався п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. № 4, мотивуючи своє рішення тим, що в даному випадку відшкодування моральної шкоди виникає із договірних зобов'язань, а закон для даного виду договорів права на компенсацію моральної шкоди не передбачає<sup>22</sup>.

І якщо в судах першої та апеляційної інстанції особа ще має шанс виграти справу і отримати таку бажану компенсацію, то суди касаційної інстанції все одно скасують ці рішення, керуючись постановою Пленуму ВСУ.

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку, що усунення обмежень щодо призначення компенсації моральної шкоди у договірних зобов'язаннях не тільки зробило б законодавство України більш прогресивним і європейським, а й забезпечило більше можливостей для захисту суб'єктивних цивільних прав простих українців.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 р. № 1540-VI зі змінами і доповненнями : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1540-06/print1398350263603421>

<sup>2</sup> Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву / Михаил Михайлович Агарков. – М. : Юридат, 1940. – 105 с.

<sup>3</sup> Брагинский М. И. Договорное право. Книга первая. Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.e-reading.club/chapter.php/7800/59/Braginskii%2C\\_Vitryanskii\\_-\\_Dogovornoe\\_pravo.\\_Kniga\\_pervaya.\\_Obshchie\\_polozeniya.html](http://www.e-reading.club/chapter.php/7800/59/Braginskii%2C_Vitryanskii_-_Dogovornoe_pravo._Kniga_pervaya._Obshchie_polozeniya.html)

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV зі змінами і доповненнями : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print1398350263603421>

<sup>6</sup> Там само.

<sup>7</sup> Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31 березня 1995 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95>

<sup>8</sup> Сиротенко С. Є. Деякі особливості застосування норм про компенсацію моральної (немайнової) шкоди стосовно суб'єктів господарювання / С. Є Сиротенко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://dspace.nulau.edu.ua/bitstream/123456789/4374/1/Syrotenko\\_210.pdf](http://dspace.nulau.edu.ua/bitstream/123456789/4374/1/Syrotenko_210.pdf)

<sup>9</sup> Брагинский М. И. Вказана праця.

<sup>10</sup> Відшкодування моральної шкоди: коментар, законодавство, судова практика / за заг. ред. М. К. Галантича. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – С. 32.

<sup>11</sup> Там само. – С. 39.

<sup>12</sup> Там само. – С. 37.

<sup>13</sup> Там само. – С. 37.

<sup>14</sup> Наконечний В. В. Правовий прецедент як джерело права в Україні: міф чи реальність / В. В. Наконечний : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://law.univ.kiev.ua/images/abook\\_file/conf2013\\_teor\\_nakonechniy.pdf](http://law.univ.kiev.ua/images/abook_file/conf2013_teor_nakonechniy.pdf)

<sup>15</sup> Рішення ЄСПЛ від 22 лютого 2005 р. у справі «Новоселецький проти України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.khpg.org/index.php?id=1118326736>

<sup>16</sup> Рішення ЄСПЛ від 1 червня 2006 р. у справі «Федоренко проти України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.khpg.org/index.php?id=1187169817>

<sup>17</sup> Там само.

<sup>18</sup> Про захист прав споживачів : Закон України № 123-XII від 12 травня 1991 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>

<sup>19</sup> Львівська «елітацентр» «нагріла» людей більш ніж на 10 млн. грн : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.epravda.com.ua/news/2007/01/13/153390/>

<sup>20</sup> Крезуб І. О. Проблемні питання застосування законодавства України щодо відшкодування моральної шкоди в судах України / І. О. Крезуб : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/7329>

<sup>21</sup> Там само.

<sup>22</sup> Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31 березня 1995 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95>

Резюме

**Наконечний В. В. Компенсація моральної шкоди в договірних зобов'язаннях. Проблеми законодавчої техніки та правозастосовної практики щодо компенсації моральної шкоди в договірних зобов'язаннях.**

У цій статті автор розглядає проблеми українського законодавства та правозастосовної практики, пов'язаної з інститутом компенсації моральної шкоди в договірних зобов'язаннях. Аналізуються національне та зарубіжне законодавство, теоретичні підходи, практика Європейського суду з прав людини. Автор пропонує ширше застосовувати практику ЄСПЛ і на її основі змінити національний правозастосовний підхід щодо компенсації моральної шкоди в договірних зобов'язаннях.

**Ключові слова:** моральна шкода, компенсація моральної шкоди, договірні зобов'язання, практика ЄСПЛ.

Резюме

**Наконечный В. В. Компенсация морального вреда в договорных обязательствах. Проблемы законодательной техники и правоприменительной практики, касающиеся компенсации морального вреда в договорных обязательствах.**

В этой статье автор рассматривает проблемы украинского законодательства и правоприменительной практики, касающиеся института компенсации морального вреда в договорных обязательствах. Анализируются национальное и иностранное законодательство, теоретические подходы, практика Европейского суда по правам человека. Автор предлагает шире применять практику Европейского суда по правам человека и на ее основании изменить национальный правоприменительный подход по поводу компенсации морального вреда в договорных обязательствах.

**Ключевые слова:** моральный вред, компенсация морального вреда, договорные обязательства, практика ЕСПЧ.

Summary

**Nakonechnyi V. Compensation of moral damages in contractual obligations. The problems of the legislative technique and the practice of applying the law in terms of compensation of moral damages in contractual obligations.**

In this article the author considers problems of the Ukrainian legislation and the practice of applying the law in terms of compensation of moral damages in contractual obligations. Exploring this topic, he analyzes national and foreign legislation, theoretical approaches and the practice of the European Court of Human Rights. The author offers to change the practice of applying the law concerning compensation of moral damages in contractual obligations by widening the usage of the practice of the ECHR.

**Key words:** moral damages, compensation of moral damages, contractual obligations, practice of the ECHR.

**О. М. КЛИМЕНКО**

*Оксана Михайлівна Клименко, доктор юридичних наук, професор завідувач відділу проблем національного законодавства Інституту законодавства Верховної Ради України*

### НОВИЙ НОТАРІАТ УКРАЇНИ\*

Коли мова заходить про діяльність нотаріусів, то пересічним громадянам і навіть окремим фахівцям здається, що в цій професії важлива одна риса характеру – посидючість, а також менш важливі – це вміння розписатися і поставити печатку. Водночас багатьом кандидатам в нотаріуси здається, що в цій професії головне завдання нотаріуса зводиться до отримання величезних грошей.

Для того, щоб отримати реальну інформацію про сучасний нотаріат, радимо ознайомитися з новою книгою «Нотаріат України. Книга 1. Організація нотаріату (з практикумом) : підруч. – К., 2015», за загальною редакцією професора С. Я. Фурси. У цій книзі можна знайти не стільки норми законодавства, скільки глибокий та комплексний аналіз сучасної організації нотаріату України, сприйняття витоків наукового підходу до формування і систематизації знань про сучасний нотаріат, його джерела, принципи організації та багато іншої цікавої інформації.

Чим ця книга істотно відрізняється від інших видань і чому про неї необхідно говорити? На нашу думку, ця книга має зацікавити нотаріусів, кандидатів у нотаріуси, викладачів та студентів, оскільки в ній матеріал надається не у формі безспірних тез, які слід лише запам'ятовувати, а читачу пропонуються оригінальні думки та їх обґрунтування, а погоджуватися з ними чи ні має вирішувати вже він сам. Такий виклад матеріалу можна назвати провокаційним, оскільки він спонукає до роздумів. Загалом позиція авторів книги зводиться до позитивістського сприйняття права, що проявляється в наданні матеріалу відповідно до чинного законодавства, але з урахуванням певних його недоліків, які в книзі застерігаються.

Наприклад, читач має намір знайти способи оскарження дії або бездіяльності нотаріуса. Формально відповідь можна знайти і в ст. 50 Закону України «Про нотаріат», але це лише поверховий варіант вирішення спірної ситуації, оскільки потрібно знати види судочинства, тобто, до якого суду необхідно подавати скаргу, а також враховувати, що існує адміністративний порядок оскарження дій нотаріуса – до Міністерства юстиції України. Отже, в цій книзі відчувається не фрагментарне коментування норм законодавства або викладення думок інших авторів власними словами, а комплексний аналіз сутності організаційної структури нотаріату.

Не важко передбачити, що така книга має користуватися попитом у навчальному процесі, оскільки для глибокого вивчення нотаріату не вистачає аудиторних годин, тому важко знайти кращий навчальний посібник для самостійного опрацювання тих тем, що не були висвітлені на лекціях, зокрема, які будуть розглядатися на семінарських заняттях.

Багато хто з політиків сьогодні заявляє про реформи в судоустрої, поліції, прокуратурі тощо, але нотаріат ніби всіх влаштовує в такому стані як він є. Разом із тим уже започатковується розширення меж повноважень органів місцевого самоврядування, з чим важко однозначно погодитися і про це прямо зазначається в книзі, оскільки одна уповноважена на вчинення нотаріальної дії особа не здатна працювати без відпусток, їй необхідно буде утримувати за рахунок місцевого бюджету, надавати все необхідне для її діяльності тощо (с. 258). З таким попереднім висновком можна погодитися, зрозуміло, що час підтвердить його правильність або застереження може виявитися помилковим. Але одне є очевидним: не можна надавати повноваження посадовим особам, не визначаючи рівень відповідальності, оплату праці, вимоги до робочого місця тощо, оскільки від їх діяльності залежать долі людей, тому експериментувати потрібно виважено.

Можна привести ще багато раціональних і дискусійних положень книги, але вона й цікава саме за рахунок нових ідей, прогнозів розвитку нотаріату тощо.

З аналізу назви книги і передмови випливає, що в наступному планується видати книги «Нотаріальний процес» та «Міжнародний нотаріальний процес», які будуть об'єднані спільною назвою і разом становити-

---

© О. М. Клименко, 2015

\* Рецензія на кн.: Фурса С. Я., Фурса Є. І., Фурса Є. Є., Нікітюк О. М. Нотаріат України. Книга І. Організація нотаріату (з практикумом). – К.: Алерта, 2015. – 484 с.

муть підручник «Нотаріат України». Ось такий розмах сучасного нотаріату України важко собі навіть уявити, хоча передбачити зміст другої книги «Нотаріальний процес» можна тим, хто знайомий з попереднім виданням «Теорія нотаріального процесу» за редакцією професора С. Я. Фурси. Зміст же третьої книги «Міжнародний нотаріальний процес» важко собі уявити, що й становить певну інтригу.

За такого обсягу інформації, присвяченого нотаріату, важко не визнати цю сферу знань певною комплексною галуззю правової науки. Не помітити, що нотаріат сьогодні досліджується в багатьох кандидатських і докторських дисертаціях, вже неможливо. Тому приємно, що у рецензованій книзі знайшли місце останні концепції провідних фахівців України та іноземних вчених, які конструктивно аналізуються, і участь в дискусіях пропонується взяти й читачу, оскільки в роботі наведено джерела, щоб він не просто спостерігав за думкою автора, а й міг дійти до власної, можливо, й альтернативної.

Отже, можна висловити вдячність авторам книги, які перетворюють банальне сприйняття нотаріату в очах громадян на високопрофесійну, відповідальну й цікаву професію, а також підіймають її престиж серед правників. Сподіваємось, що нове покоління випускників вищих навчальних закладів, озброєне новими знаннями про нотаріат, буде здатне підняти ще вище рівень надаваних громадянам нотаріальних послуг. І таке поступове зростання кваліфікації приведе до створення нового, більш якісного українського нотаріату. «Знаряддя» для поступового підвищення якості нотаріату вже з'явилося.

**О. В. СКРИПНЮК**

*Олександр Васильович Скрипнюк, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України*

## РЕЦЕНЗІЯ

### **НА КОНЦЕПЦІЮ УДОСКОНАЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ ПЕРЕД ГРОМАДЯНСЬКИМ СУСПІЛЬСТВОМ ТА ОСОБОЮ В УКРАЇНІ\***

Розвиток сучасного суспільства характеризується якісно новим станом, що визначається як процес глобалізації, однією із суттєвих особливостей якого є права, свободи, обов'язки людини і громадянина, які посідають основне за важливістю місце порівняно з іншими правовими явищами. Українська правова система не є відстороненою від цього процесу. Але якщо питання юридичної відповідальності особи перед державою достатньою мірою регламентовані на всіх рівнях, то протилежна ситуація склалася з юридичними зобов'язаннями держави перед громадянським суспільством та окремою особою, адже вони переважно мають лише декларативний характер. Зважаючи на події 2014 р., у суспільстві відбулися суттєві зміни, які докорінно змінили ситуацію, оскільки суспільство в особі громадських організацій та окремих індивідів почало усвідомлювати своє значення у країні та світі, а також наявність відповідних зобов'язань держави перед ними. Все це обумовлює актуальність проблеми удосконалення інституту юридичної відповідальності держави перед громадянським суспільством та особою в Україні.

Аналізуючи вітчизняне законодавство, вчені дійшли висновку, що практично всі норми, які регулюють правовий статус людини, забезпечені санкціями. Водночас положення щодо відповідальності держави та її органів перед особою часто або відсутні, або ж містять посилання на норму у вигляді такого не конкретного формулювання, як «настає відповідальність відповідно до законодавства». При цьому такого закону, який передбачав би конкретний вид відповідальності, може взагалі не існувати. Вітчизняне законодавство переповнене такими «відсилками», які фактично свідчать про відсутність відповідальності, у той час як практика багатьох зарубіжних країн демонструє реальне існування юридичної, політичної, моральної відповідальності державної влади перед особою та суспільством.

Результатом досліджень у цій царині стала Концепція удосконалення інституту юридичної відповідальності держави перед громадянським суспільством та особою в Україні, виконана фахівцями Інституту держави і права ім. В. М. Корецького Національної академії наук України. З метою обґрунтування її головних положень авторами здійснено ґрунтовний доктринальний аналіз сучасної наукової думки, зокрема щодо:

- 1) визначення загальних підходів до розуміння інституту юридичної відповідальності;
- 2) дослідження українських реалій розвитку інституту юридичної відповідальності, у світлі яких запропоновано конкретні шляхи удосконалення інституту юридичної відповідальності держави перед особою, в даному випадку – в національній правовій системі України;
- 3) вивчення особливостей міжнародного, європейського досвіду, зокрема щодо регулювання юридичної відповідальності держави перед громадянським суспільством та особою;
- 3) визначення шляхів удосконалення інституту юридичної відповідальності держави перед громадянським суспільством та особою.

© О. В. Скрипнюк, 2015

\* Рецензія на кн.: Концепція удосконалення інституту юридичної відповідальності держави перед громадянським суспільством та особою в Україні. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2014. – 112 с.

Крім доктринальних положень даної Концепції вченими обґрунтовано висновки та надано теоретичні й практичні рекомендації стосовно поставленої проблематики.

Так, наголошено на тому, що побудова в незалежній Україні демократичної, соціальної, правової держави окрім необхідності забезпечення, охорони й захисту прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина об'єктивно передбачає закріплення та реалізацію принципу взаємної відповідальності держави і особи. У зазначеному контексті автори Концепції наголошують на тому, що за останні 23 роки незалежності України вона так і залишилася на рівні конституційно закріпленої декларації.

Важливими та науково обґрунтованими слід визнати запропоновані авторами Концепції підходи, за допомогою яких розроблено механізм практичної реалізації юридичної відповідальності держави, що органічно трансформується у відповідальність органів державної влади та органів місцевого самоврядування (суб'єкти публічної влади), їх посадових і службових осіб, оскільки саме до них можуть бути застосовані конкретні санкції. Сама ж держава виступає скоріше як гарант відповідальності органів державної влади органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, тобто фактично несе юридичну відповідальність субсидіарно, органічно та матеріально забезпечуючи юридичну відповідальність суб'єктів публічної влади.

У Концепції окремим вектором досліджується такий міжнародний досвід розвитку інституту юридичної відповідальності держави перед громадянським суспільством та особою, який, на думку дослідників, може мати місце у двох площинах:

а) на національному рівні (якщо внутрішнім законодавством встановлені конкретні види порушень щодо особи, за які чітко передбачено механізм відповідальності держави);

б) на міжнародному рівні (коли держава-член не дотримується чи порушує свої зобов'язання щодо дотримання міжнародних угод чи Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини).

У згаданому контексті авторами вельми вдало підкреслюється, що згідно з європейськими стандартами одним із ефективних шляхів реалізації принципу відповідальності держави перед особою має стати обмеження обсягу недоторканності парламентарів: народного депутата без згоди палати депутатів (сенатора чи згоди сенату) не може бути затримано чи заарештовано. Проте притягнення до кримінальної відповідальності здійснюється в загальному порядку, аж до набрання законної сили обвинувальним вироком щодо нього, що має наслідком припинення повноважень народного депутата чи сенатора. Визначене потребує чіткого функціонування механізму поділу влади, що посилить контрольованість кожної гілки влади як з боку інших гілок влади, так і з боку громадян, яким ця влада має бути підзвітною за свою діяльність.

Отже, у Концепції удосконалення інституту юридичної відповідальності держави перед громадянським суспільством та особою в Україні здійснено ґрунтовний аналіз проблематики, запропоновано механізми реалізації запропонованих положень, науково спрогнозовано наслідки їх застосування Українською державою та надано рекомендації державним органам нашої країни.

Концепція підготовлена в результаті виконання наукового проекту «Інститут юридичної відповідальності держави як чинник розвитку громадянського суспільства в Україні» відповідно до цільової програми наукових досліджень НАН України «Громадянське суспільство, особа, держава: національний досвід та потенціал взаємодії» та розпорядження Президії НАН України від 30 квітня 2014 р., є важливою науковою розробкою, яка має практичне значення та може бути застосована у вітчизняній юридичній практиці.

### **Відкриття Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи КУП НАНУ у м. Львові**

17 квітня 2015 р. у м. Львові відбулося відкриття наукового структурного підрозділу Київського університету права НАН України – Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи.

З нагоди відкриття Центру ректор КУП НАНУ, професор Ю. Л. Бошицький та начальник управління ліцензування та акредитації Міністерства освіти і науки України А. Г. Шевцов урочисто перерізали жовто-блакитну стрічку.

У вступному слові професор Ю. Л. Бошицький окреслив мету, завдання і основні напрями діяльності Центру – сприяння гармонізації українського законодавства з європейським правовим полем у суспільно-політичній, економічній, культурно-просвітницькій, освітньо-науковій та інших сферах суспільного життя;

– формування національно-патріотичного світогляду серед широких верств населення і національної еліти як Львівщини, так і України в цілому;

– реалізація суспільних ініціатив шляхом взаємодії з центральними і місцевими органами влади.

На заході були присутні почесні гості: начальник управління ліцензування та акредитації Міністерства освіти і науки України А. Г. Шевцов; Генеральний консул Словацької Республіки в м. Ужгород – Янка Буріанова; консул Генерального консульства Угорщини у м. Ужгород – Ласло Віда, які звернулись з привітальним словом та побажали творчих звершень на науково-дослідницькій ниві та процвітання Центру. Окрім того, на відкритті Центру були присутні:

– іноземні партнери університету: заступник ректора з навчально-виховної роботи Державної вищої технічно-економічної школи (PWSTE) – Кшиштоф Рейман; завідувач кафедри економічної теорії та статистики Європейського інституту JUSTO, професор, віце-президент Російської академії економічних наук, дійсний член Міжнародного статистичного інституту – В. М. Сімчера; координатор програми Erasmus, доктор політологічних наук Східноєвропейського університету в Перемишлі (Польща) – Малгожата Кужбіда; директор філії післядипломної освіти та дистанційного навчання в м. Прешові Варшавської вищої школи менеджменту (Словаччина) – Даніель Рохліц.

– посадовці: представник Міністерства закордонних справ України у Львові – В. А. Войнаровський; начальник територіального управління Рахункової палати у Львівській, Волинській, Рівненській, Тернопільській, Івано-Франківській та Закарпатській областях; академік Академії економічних наук, заслужений економіст України – В. Ф. Піхоцький; директор Регіонального філіалу Національного інституту стратегічних досліджень у м. Львові – В. І. Волошин; директор Регіональної філії національного інституту стратегічних досліджень при Президентові України в м. Ужгород – С. І. Мітряєва; заступник начальника Державної фінансової інспекції у Львівській області – О. Р. Волянський; заступник начальника Головного управління Державної фіскальної служби у Львівській області – В. І. Лемішовський; заступник начальника Головного управління Пенсійного фонду України у Львівській області – М. П. Білецька; заступник начальника НДЕКЦ при ГУМВС у Львівській області – Л. І. Сопільник; експерт із реформування вищої освіти (Європейська Комісія, Рада Європи) – І. І. Бабин; голова Львівської обласної партійної організації «Блок Петра Порошенка» – Т. І. Ситник; виконавчий директор Львівського регіонального відділення Асоціації мерів міст України – В. П. Абаїмов.

– керівництво навчальних закладів та науково-дослідних установ: директор Інституту українознавства ім. І. Крип'якевича НАНУ – М. Р. Литвин; перший проректор Українського католицького університету – Т. Добоко; проректор з наукової роботи Львівської національної академії мистецтв Р. М. Яців; ректор Львівського університету бізнесу та права, директор Львівського ліцею менеджменту – Л. А. Янковська; заступник декана Львівського національного університету імені Івана Франка – М. М. Мікієвич; заступник директора Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка» – О. І. Остапенко; декан юридичного факультету Львівської комерційної академії – О. С. Котуха; завідувач відділу моніторингу регіонального розвитку Інституту регіональних досліджень НАН України – С. О. Іщук; завідувач кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету імені Івана Франка – В. М. Коссака; завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ – Г. Б. Яновицька; завідувач кафедри історії Центральної та Східної Європи історичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка – М. М. Кріль; Народний депутат Верховної Ради України VI скликання, провідний науковий співробітник Інституту регіональних досліджень імені М. І. Долишнього НАН України – С. А. Давимука.

### Круглий стіл на тему: «Парламентаризм в Центрально-Східній Європі: історія, національні особливості, сучасні тенденції»

19 квітня 2015 р. на базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи Київського університету права було проведено круглий стіл на тему: «Парламентаризм в Центрально-Східній Європі: історія, національні особливості, сучасні тенденції», організований Київським університетом права НАН України спільно з Інститутом українознавства ім. І. Крип'якевича НАН України.

Зважаючи на євроінтеграційні прагнення України та увагу наукової спільноти до питань утвердження сучасних та ефективних моделей парламентаризму, метою проведення круглого столу було обговорення найбільш актуальних теоретичних та практичних проблем сутності, закономірностей розвитку і відмінних рис функціонування інституту парламентаризму в країнах Центрально-Східної Європи та Україні, як невід'ємного атрибуту правової держави, фундаментального надбання демократії, показника розвитку громадянського суспільства.

Зі вступним словом виступив ректор КУП НАНУ, професор, заслужений юрист України Ю. Л. Бошицький. На заході були присутні почесні гості: начальник управління ліцензування та акредитації Міністерства освіти і науки України А. Г. Шевцов, завідувач кафедри економічної теорії та статистики Європейського інституту JUSTO, професор, віце-президент Російської академії економічних наук, дійсний член Міжнародного статистичного інституту В. М. Сімчера, які звернулися з привітальним словом та побажали учасникам круглого столу плідної роботи в конструктивному руслі.

У роботі круглого столу взяли участь науковці Київського університету права НАН України, Інституту українознавства ім. І. Крип'якевича, Львівського національного університету імені Івана Франка, Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка».

Під час виступу учасників круглого столу мала місце жвава дискусія серед науковців щодо обраної проблематики науково-практичного заходу.

### Новий партнер КУП НАНУ – Краківський педагогічний університет (Польща)

14 квітня 2015 р., на запрошення ректора Краківського педагогічного університету, доктора наук, професора Міхала Сліви, ректор Київського університету права НАН України, професор Юрій Бошицький з робочим візитом відвідав Польщу. Під час зустрічі вони обговорили питання довготривалих відносин та взаємовигідної співпраці. Підсумком переговорів стало підписання меморандуму про співпрацю, у рамках якого передбачається проведення спільних наукових досліджень, організація та спільне проведення міжнародних конференцій, симпозіумів, конгресів тощо.

На зустрічі також був присутній директор Інституту політології Краківського педагогічного університету, професор Анджей Козера та адміністрація вузу.

У рамках свого візиту професор Бошицький виступив з майстер-класом перед студентами та професорсько-викладацьким складом університету на тему: «Інтеграція України в ЄС: правовий аспект». Лекція викликала зацікавленість та жваву дискусію серед присутніх.

Наприкінці зустрічі професор Ю. Бошицький запросив іноземних колег відвідати Київський університет права НАН України для початку реалізації питань співпраці.

### Майстер-класи професора В. М. Сімчери на тему: «Право та економіка»

Нещодавно на запрошення професора Ю. Л. Бошицького Київський університет права НАН України з циклом майстер-класів відвідав В. М. Сімчера, завідувач кафедри економічної теорії та статистики Європейського інституту JUSTO. Науковий авторитет гостя, до речі, українця за національністю, підтверджують не тільки його регалії – доктор економічних наук, професор, віце-президент Російської академії економічних наук, дійсний член Міжнародного статистичного інституту, заслужений діяч науки РФ, а й численні наукові праці, найвідоміші серед яких: «Нариси міжнародної статистики», «Статистичні методи в управлінні», «Статистичні методи аналізу соціально-економічних процесів», «Енциклопедія статистичних публікацій (X–XX ст.)» тощо. Метою майстер-класів було не лише ствердити взаємовпливи права та економіки, а й продемонструвати їх актуальність у державотворчих процесах.

Доповідач послідовно провів думку про те, що економіка впливає на право або безпосередньо, або опосередкованим шляхом — через державу, політику, правосвідомість та ін. Безпосередній вплив економіки на право проявляється у праві держави розпоряджатися засобами виробництва, які знаходяться в її власності. Найтипівішим є опосередкований вплив економіки на право. Це виявляється у визначенні державою розміру податків, мінімуму заробітної плати, строку відпустки, встановлення правил екологічної і технічної безпеки та ін. В умовах трансформації економічної системи суспільства право може виступати як певний стимулятор розвитку цих відносин. Право не може насаджувати ринкові відносини, але може сприяти їхньому розвитку. Воно здатне зняти перепони на шляху до ринку, створити додаткові економічні стимули, закріпити економічні основи ринкової динаміки, визначити коло суб'єктів ринкових відносин та ін.

Доповідь викликала жвавий інтерес серед присутніх.

## У РІ КУП НАНУ відбулася VI Всеукраїнська науково-практична конференція «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні»

Конференцію відкрив ректор, професор Ю. Л. Бошицький, який привітав учасників, гостей та організаторів з початком роботи конференції, підкресливши, що вона проводиться вшосте і має на меті об'єднання творчого потенціалу представників вузівської та академічної юридичної науки у сфері правотворення. У вступному слові ректор наголосив на актуальності проблематики конференції, що полягає в потребі наукового переосмислення феномену правоутворення в контексті трансформації суспільних відносин. «Розбудова державності в Україні вимагає також концептуалізації наукових ідей, які стосуються питань формування права, правотворчості, правореалізації тощо. Сталий розвиток України неможливий без істотного покращення якості та підвищення рівня юридичної освіти та наукових розробок у сфері права», – відзначив доповідач.

Ректор також зачитав листи-вітання від президента Національної академії наук України академіка НАН України Б. Є. Патона; голови Союзу юристів України, президента Всесвітньої організації юристів, президента Світового Конгресу українських юристів В. О. Євдокимова; начальника Управління освіти і науки Рівненської обласної державної адміністрації Г. М. Таргонського, а також представив почесних гостей конференції: завідувача кафедри економічної теорії та статистики Європейського інституту JUSTO, доктора економічних наук, професора, віце-президента Російської академії економічних наук, дійсного члена Міжнародного статистичного інституту, заслуженого діяча науки РФ В. М. Сімчеру; начальника Головного управління статистики в Рівненській області, к.п.н. Ю. В. Мороза; директора Інституту права НУВГП, професора В. І. Цимбалюка; суддю Рівненського апеляційного господарського суду О. М. Тимошенко.

На пленарному засіданні також виступили: професор В. М. Сімчера; к.ю.н., завідувач кафедри спеціальних юридичних дисциплін РІ КУП НАНУ А. Г. Мартіросян (доповідь «Актуальні питання застосування запобіжного заходу у вигляді застави»); к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАНУ К. О. Савчук (доповідь «Питання міжнародного права в працях українських правознавців XVIII – початку XIX століть»); к.ю.н., доцент кафедри спеціальних юридичних дисциплін РІ КУП НАНУ С. В. Книш (доповідь «Співробітництво держав у боротьбі з нелегальною міграцією в рамках ООН»); ст. викладач кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАНУ І. М. Проценко (доповідь «Проблеми визнання іноземного громадянина безвісти відсутнім в Україні»); ст. викладач кафедри спеціальних юридичних дисциплін РІ КУП НАНУ С. Л. Повзун (доповідь «До питання правового регулювання зміни умов трудового договору в проекті Трудового кодексу»); ст. викладач кафедри спеціальних юридичних дисциплін РІ КУП НАНУ Б. А. Шолудько (доповідь «Рівність учасників кримінального провадження перед законом»); ст. викладач кафедри спеціальних юридичних дисциплін РІ КУП НАНУ В. Б. Дмитрук (доповідь «Проблемні аспекти правового забезпечення рекреаційної сфери діяльності на основі агросадивної інфраструктури»).

Після завершення пленарного засідання робота конференції продовжилася у секціях, на яких було розглянуто низку проблем, а саме:

- теоретичні проблеми правотворення в Україні на сучасному етапі; актуальні проблеми конституційного правотворення;
- проблеми розвитку конституційного, адміністративного, фінансового, інформаційного та екологічного права;
- проблеми сучасного цивільного, сімейного, трудового права та права інтелектуальної власності;
- сучасні проблеми господарського права та процесу;
- проблеми кримінального та кримінально-процесуального права; міжнародне право та порівняльне правознавство.

У конференції також взяли участь науково-педагогічні працівники навчальних закладів Рівного та провідних українських ВНЗ, аспіранти, здобувачі, студенти старших курсів та юристи-практики, яким по завершенню було вручено сертифікати про участь у конференції

### Міжнародна науково-практична конференція «Безпека, екстремізм, тероризм»

23–24 квітня 2015 р. у Львівському університеті бізнесу та права відбулася XIII Міжнародна науково-практична конференція «Безпека, екстремізм, тероризм», співорганізатором якої виступив Київський університет права НАН України.

У роботі конференції взяли участь представники наукової спільноти та практики багатьох країн, у тому числі, Німеччини, Словаччини, Польщі, України. Зокрема, Гюнтер Любке, ректор коледжу ББС м. Клоппенбурга (Німеччина); Отто Штаммерманн, проректор коледжу ББС з м. Клоппенбурга (Німеччина); Юліуш Півоварський, ректор Вищої школи індивідуальної та публічної безпеки «АПЕЙРОН» у м. Кракові (Польща); Йозеф Затько, генерал-лейтенант ICOCRIM, директор Східноєвропейського агентства розвитку освіти (Словаччина) та ін.

Вітальне слово учасникам конференції надіслав ректор Київського університету права НАН України, професор, заслужений юрист України Ю. Л. Бошицький.

Київський університет права НАН України на заході представляли доцент кафедри кримінального права та процесу, к.ю.н. Б. Л. Ващук та керівник Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи КУП НАН України (м. Львів), к.ю.н. У. Б. Андрусів.



Учасники конференції обговорили актуальні питання безпеки і запобігання тероризму в Україні та світі, обмінялися практичним досвідом і теоретичними напрацюваннями у цій сфері.

### **КУП НАНУ відвідала делегація з Грузії**

14 травня 2015 р. з офіційним візитом КУП НАНУ відвідали професор Грузинського технічного університету, академік Академії педагогічних наук Грузії Гурам Чачанідзе та професор Батумського державного університету ім. Шота Руставелі Ібраїм Дідманідзе.

Під час переговорів учасників делегації з представниками КУП НАНУ обговорювалися питання розвитку співробітництва між КУП НАНУ та згаданими грузинськими університетами та підписання Угоди щодо створення Міжнародної академії наук інформатизації освіти. Президент Академії Гурам Чачанідзе виклав своє бачення майбутнього розвитку Академії, співробітництва університетів країн Чорноморського регіону та більш детально ознайомив представників КУП НАНУ з усіма юридичними питаннями в рамках підписання Угоди про створення Академії.

### **Міжнародна конференція “Doing business in Hungary”**

14 травня 2015 р. ректор КУП НАНУ Ю. Л. Бошицький взяв участь у роботі Міжнародної конференції “*Doing business in Hungary*”, організованій Посольством Угорщини в Україні. На конференції обговорювалися питання сучасного стану угорсько-українських економічних відносин, практики надання державної допомоги приватним підприємствам в Угорщині, фінансування проектів з боку ЄС, юридичних аспектів ведення бізнесу в Угорщині, переваг місцевого інвестиційного клімату, практики сприяння іноземним товарам та послугам тощо.

З метою розширення робочих контактів, професор Ю. Л. Бошицький провів низку зустрічей з учасниками конференції, на яких обговорювалися можливості започаткування та розвитку співробітництва між нашим університетом та іноземними партнерами в галузі обміну студентами, викладачами та науковцями, отримання міжнародних грантів на спільні проекти, розвитку міжрегіональної транскордонної співпраці тощо.

18 травня 2015 р., в рамках міжнародного форуму “*Doing business in Hungary*”, Київський університет права з офіційним візитом відвідали делегації з Великобританії та Сполучених Штатів Америки на чолі з Уттамом Редді та Стівеном Нельсоном

Під час переговорів учасників делегації з ректором КУП НАНУ Ю. Л. Бошицьким обговорювалися питання розширення робочих контактів та розвитку співробітництва КУП НАНУ з вищими навчальними закладами США, Великобританії, Індії, Мексики та Нігерії з метою започаткування спільних програм обмінів студентами, викладачами та науковцями, запрошення відомих професорів, науковців та суспільних діячів до КУП НАНУ для проведення майстер-класів, спільної участі у міжнародних грантових програмах. Зокрема, було обговорено питання підписання Угоди щодо створення Міжнародної академії наук інформатизації освіти для об'єднання зусиль декількох міжнародних навчальних закладів та їх партнерів на базі згаданої академії.

Беручи до уваги необхідність посилення роботи університету щодо набору іноземних студентів, також було обговорено питання організації набору студентів з Індії та Нігерії для навчання в КУП НАНУ.

### **Круглий стіл на тему: «Актуальні проблеми європейського правового простору в умовах сьогодення»**

15 травня 2015 р., у рамках проведення Днів Європи, кафедра міжнародного права та порівняльного правознавства провела міжуніверситетський круглий стіл на тему: *«Актуальні проблеми європейського правового простору в умовах сьогодення»*.

Засідання круглого столу розпочалось зі вступного слова членів президії. До складу президії входили: О.В. Чернецька, проректор з наукової та науково-педагогічної роботи Київського університету права НАН України; М. О. Дей, в. о. декана факультету міжнародних відносин Київського університету права НАН України; Е. В. Тітко, заступник завідувача кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України; М. І. Куртинєць, доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України. Круглий стіл відбувся за участю студентів юридичних факультетів провідних вищих навчальних закладів, а саме Національного авіаційного університету, Національного педагогічного університету ім. М. Драгоманова та Академії праці, соціальних відносин і туризму. Київський університет права НАН України представляли студенти 2-го та 5-го курсів. Теми докладів та презентацій учасників круглого столу відображали різноманітні питання. Так, зокрема Вікторія Скінтей, студентка Національного педагогічного університету ім. М. Драгоманова, винесла на обговорення питання смертної кари, зазначивши його правові аспекти та актуальність в умовах сьогодення; студенти Національного авіаційного університету висвітлили питання захисту прав національних меншин. Чільне місце серед інших доповідей посіло питання правового регулювання права на мирні збори, про яке підготувала інформацію студентка 2-го курсу Київського університету права Тетяна Чайковська.

Заключною була доповідь студентки 5-го курсу Київського університету права Тамари Кортукової, у якій вона підсумувала основні положення саміту Україна – ЄС 2015. Президія круглого столу відзначила наявність в учасників високого рівня навиків проведення дискусії, вміння висвітлювати інформацію та чітко будувати думку. По завершенню заходу, відбулось нагородження учасників книгами.

### **Всеукраїнська науково-практична конференція «Правове забезпечення економічного розвитку та екологічної безпеки суспільства»**

14–15 травня 2015 р. в м. Вінниця, на базі Вінницького апеляційного адміністративного суду, відбулась Всеукраїнська науково-практична конференція *«Правове забезпечення економічного розвитку та екологічної безпеки суспільства»*, співорганізатором якої виступив Київський університет права НАН України спільно з Донецьким національним університетом, Інститутом економіко-правових досліджень НАН України, Донецьким регіональним науковим центром НАПрН України та Міжнародною асоціацією господарського права.

У роботі конференції взяли участь представники наукової спільноти та практики майже 30 вищих навчальних закладів та установ, зокрема: Київського університету права НАН України, Донецького національного університету, Національного університету біоресурсів і природокористування України, Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Інституту економіко-правових досліджень НАН України, Національного гірничого університету, Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності НАПрН України, Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Університету митної справи та фінансів, Української академії банківської справи Національного банку України, Національної академії внутрішніх справ, Національного гірничого університету, Національного університету оборони України ім. І. Черняхівського Міністерства оборони України, Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Вінницького національного аграрного університету, Маріупольського державного університету, Національного університету «Одеська юридична академія», Державного науково-дослідного інституту МВС України, Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова, Міжрегіональної Академії управління персоналом, видавництва «Юрінком Інтер».

Також у роботі конференції взяли участь представники Вінницького апеляційного адміністративного суду, Вінницької обласної прокуратури, Антимонопольного комітету у Вінницькій області, Департаменту освіти та науки Вінницької облдержадміністрації, муніципальної поліції м. Вінниці, представники засобів масової інформації.

У роботі конференції взяли участь 54 науковці, зокрема 2 академіка НАПрН, 3 член-кореспондента НАПрН та 18 докторів юридичних наук. Київський університет права НАН України на заході представляли: к.ю.н., доцент, завідувач кафедри конституційного, адміністративного, господарського права та процесу, О. Ш. Чомахашвілі; к.ю.н., завідувач філії кафедри КУП НАНУ у м. Вінниця Ю. І. Ковальчук; к.ю.н., доцент О. І. Чаплюк; ст. викладач В. А. Сонюк.

На пленарному засіданні від Київського університету права виступили О. Ш. Чомахашвілі (*«Парламентські слухання проблем охорони навколишнього природного середовища України»*) та Ю. І. Ковальчук (*«Адміністративна відповідальність за порушення у сфері екологічної безпеки»*).

15 травня робота конференції продовжилася у секціях, на яких було розглянуті проблеми правового забезпечення інноваційної модернізації української економіки, її інтеграції у світове господарство та проблеми правового регулювання використання та збереження природо-ресурсного потенціалу.

За результатами конференції вийде збірник наукових праць.

### **Візит делегації зі Східноєвропейського університету м. Перемишль (Польща) до КУП НАНУ**

25 травня 2015 р. з офіційним візитом КУП НАНУ відвідала делегація Східноєвропейського університету м. Перемишля (Польща) у складі координатора офісу міжнародних зв'язків Агати Обратанської, координатора програми Erasmus Малгожати Кужбиди та референта адміністрації Василя Козяра.

Під час переговорів учасників делегації з професором Ю. Л. Бошицьким, обговорювалися питання розвитку співробітництва між КУП НАНУ та Східноєвропейським університетом м. Перемишля з метою започаткування спільних програм обмінів студентами, викладачами та науковцями, проведення спільних конференцій, онлайн семінарів, майстер-класів, вебінарів, видання спільних публікацій, реалізації проектів академічного туризму та транскордонного співробітництва, спільної участі у міжнародних грантових програмах.

Координатор офісу міжнародних зв'язків А. Обратанська виклала своє бачення реалізації спільної участі обох університетів у грантовій програмі «Erasmus», що передбачає фінансування Єврокомісією програм обмінів студентами, викладачами та науковцями. Для цього заплановано провести цілу низку заходів: спільні конференції (у тому числі онлайн), обмін делегаціями, спільні публікації тощо. Реальне наповнення співробітництва дасть змогу подати конкурентоспроможну грантову заявку на отримання фінансування від Єврокомісії в березні 2016 року.

### Круглий стіл на тему: «Регіональна політика і децентралізація в Україні в контексті євроінтеграційних процесів»

26 травня 2015 р. Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України спільно із Київським університетом права НАН України провів круглий стіл на тему: «Регіональна політика і децентралізація в Україні в контексті євроінтеграційних процесів».

Із вступним словом до учасників круглого столу на пленарному засіданні виступив директор Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, академік Ю. С. Шемшученко. Він, зокрема, зазначив, що проблеми оптимальності державно-територіального устрою життєво важливі для будь-якої сучасної держави. Важко переоцінити актуальність цього питання для України, яка перебуває в процесі реформування своєї політичної системи і потребує створення стрункої системи організації влади, гармонізації відносин між різними її рівнями. Одним із головних аспектів цього процесу є реструктуризація територіальної організації влади в державі та оптимізація регіональної політики.

У свою чергу ректор Київського університету права НАН України, професор Ю. Л. Бошицький наголосив на необхідності залучення науковців до розробки методик, стратегій, напрямів децентралізації влади, законодавчого забезпечення процесу реформування в Україні та адаптації українського законодавства до єдиного європейського політико-правового простору. Для досягнення вищезазначених цілей було запропоновано організувати науково-практичну конференцію із залученням іноземних спеціалістів – фахівців у галузі реформування державного управління.

У роботі круглого столу брали участь, зокрема, доктор економічних наук, професор, академік НАН України С. І. Пирожков; доктор політичних наук, член-кореспондент НАПрН України І. О. Кресіна; заступник Міністра регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України – керівник апарату В. А. Негода та ін.

У рамках роботи круглого столу учасники обговорювали такі проблеми, зокрема: конституційні засади децентралізації влади в Україні, вплив децентралізації на ефективність публічної влади, проблеми децентралізації виконавчої влади в контексті європейського вибору України, реформування місцевого самоврядування в Україні в контексті децентралізації влади тощо.

Серед доповідей, які викликали жваву наукову дискусію, слід виокремити доповідь народного депутата України А. С. Матвієнка на тему: «Особливості територіальної організації держави в умовах децентралізації», в якій значний акцент зроблено на те, що децентралізація влади в Україні необхідна, а об'єднання територіальних громад у районі має відбуватися виключно за економічним принципом.

В обговоренні активну участь взяли студенти II курсу юридичного факультету Київського університету права НАН України, зокрема Евеліна Сабова, Ігор Заєць, Микола Шаульський, Валерія Настечко та інші.

Учасники круглого столу зазначили, що громадяни у містах та селах повинні мати можливість вільно створювати органи самоорганізації населення та самоврядування, які є базовим елементом для справжнього народовладдя. Власне це й має стати однією з ідей реформи децентралізації влади. Закони, які сьогодні регламентують створення органів самоорганізації населення, є застарілими та мають бути переглянуті відповідно до сучасних потреб та з використанням отриманого досвіду.

### Цикл майстер-класів доктора права Арнольда Варенвальда

27 травня 2015 р. у РІ КУП НАНУ відбувся цикл майстер-класів доктора права Арнольда Варенвальда (Німеччина). Зустріч із поважним гостем відбувалася в рамках проекту «Майстер-класи відомих зарубіжних науковців та практиків для студентської молоді», ініційованого ректором, професором Ю. Л. Бошицьким. Мета проекту – ознайомлення з новітніми здобутками європейського права, забезпечення інтеграції в міжнародну університетську спільноту та створення в Україні належного комунікативно-правового поля для обміну актуальними ідеями у сфері юриспруденції.

Прикметно, що пан Варенвальд є експертом Європейської комісії у програмі ЄС «Підвищення інноваційних стратегій, політики та регулювання в Україні» (2011 р.), членом робочої групи німецького Міністерства економіки і технологій «Електронна комерція», членом Ради арбітрів IFTA (незалежного теле- і кіно-Союзу, м. Лос-Анджелес), членом Німецького інституту з арбітражу (DIS) у містах Кельн та Берлін, членом CEN (Європейського центру стандартизації, м. Брюссель).

Слід зазначити, що візит пана Варенвальда на Рівненщину отримав широкий резонанс, про що засвідчив виступ заступника голови Рівненської обласної ради С. І. Павлюка, котрий висловив всебічну підтримку ініціатив ректора у плані консолідації зусиль із європейською правничою елітою для подолання економічної кризи в Україні. «Нас багато що об'єднує, – сказав доповідач. – Ми маємо виробити належні оціночні критерії ситуації, яка склалася, нині гостро стоїть питання децентралізації влади, збереження демократичних засад функціонування українського суспільства, участь молоді в реформах, які відбуваються зараз».

На зустрічі також мав слово директор регіонального центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги в Рівненській області В. П. Овдіюк, котрий відзначив потребу розширення правового діалогу, започаткованого ректором КУП НАНУ.

Озвучена проблематика майстер-класів «Юридичні рамки санкцій ЄС проти російських та українських осіб у зв'язку з подіями в Східній Україні» та «Основні засади енергетичного права ЄС» зібрала чисельну

аудиторію. Присутніми на зустрічі також були відомі адвокати та фахівці права Рівненщини, зокрема С. В. Бідок, А. С. Негрей, О. М. Негрей, А. Р. Протопович, С. В. Ярема, В. М. Максимчук та ін.

А. Варенвальд детально описав процедуру накладання санкцій країнами ЄС проти окремих громадян Росії та України, а також проти окремих російських підприємств. Він підкреслив їх вплив на позицію Росії щодо подій у Східній Україні, які дестабілізували економічну та фінансову ситуацію в Росії. А. Варенвальд також оголосив пріоритети енергетичної політики ЄС, серед яких диверсифікація постачання нафти та газу, зменшення залежності країн ЄС від поставок нафти та газу з Росії, підвищення рівня прозорості у вирішенні проблем в енергетичній галузі, боротьба проти монополізації та практики дискримінаційного ціноутворення. Пан Варенвальд наголосив, що загальні енергетичні цілі Євросоюзу зафіксовано в стратегії Європа-2020, схваленої Європейською Радою в червні 2010. Він також розповів про механізм правового регулювання енергетичного ринку та процедуру вирішення спорів та конфліктів в енергетичній галузі.

Учасники круглих столів отримали можливість особистого спілкування із поважним гостем і висловили сподівання на те, що це далеко не остання зустріч такого рівня.

### **Міжнародна наукова конференція на тему: «Українсько-польські відносини в контексті суспільно-політичних і етнокультурних процесів в Центрально-Східній Європі (XX – поч. XXI століття)»**

27 травня 2015 р. на базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень КУП НАНУ була проведена Міжнародна наукова конференція на тему: «*Українсько-польські відносини в контексті суспільно-політичних і етнокультурних процесів в Центрально-Східній Європі (XX – поч. XXI століття)*», співорганізаторами якої виступили Інститут українознавства ім. І. Крип'якевича НАН України та Київський університет права НАН України.

У роботі конференції взяли участь науковці Інституту українознавства ім. І. Крип'якевича НАН України, Львівського національного аграрного університету, Українського католицького університету, Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника та ін.

Учасники заходу обговорили актуальні питання становлення та зміцнення українсько-польських відносин, які в умовах сьогодення є надзвичайно важливими та необхідними для реалізації національних інтересів обох держав. Безперечно, досвід наших сусідів може слугувати моделлю політичних і економічних посттоталітарних трансформацій України, а тісні взаємини та співробітництво в різних сферах суспільного життя сприятиме успішній інтеграції нашої країни в європейський простір.

### **Круглий стіл на тему: «Обставини, що виключають злочинність діяння: проблеми теорії та практики»**

28 травня 2015 р. на базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень Київського університету права було проведено круглий стіл на тему «*Обставини, що виключають злочинність діяння: проблеми теорії та практики*», який був організований кафедрою кримінального права та процесу Київського університету права НАН України, яку очолює д.ю.н. О. О. Кваша.

Учасникам круглого столу вітальне слово надіслав ректор Київського університету права НАН України, професор, заслужений юрист України Ю. Л. Бошицький.

На заході були присутні почесні гості: член-кореспондент НАПрН України, д.ю.н., професор В. О. Навроцький, заступник голови Громадської ради при Львівській обласній державній адміністрації І. В. Гарат.

Окрім того, у роботі круглого столу взяли участь провідні представники наукової спільноти Київського університету права НАН України, Львівського державного університету внутрішніх справ, Львівського національного університету імені Івана Франка, Львівської комерційної академії, Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка», Львівського університету бізнесу та права, а також аспіранти, студенти, курсанти.

Учасники заходу обговорили актуальні проблеми становлення та розвитку кримінально-правового інституту обставин, що виключають злочинність діяння, обмінялися практичним досвідом і теоретичними напрацюваннями у цій сфері.

Круглий стіл відбувся на високому організаційному та науково-теоретичному рівнях, у дусі жвавих дискусій та великим зацікавленням як вчених, так і студентської молоді до обраної проблематики науково-практичного заходу.

### **Презентація книги доктора права Кембриджського університету Томаса Гранта**

29 травня 2015 р. студенти КУП НАНУ взяли участь у презентації книги доктора права Кембриджського університету Томаса Гранта «*Agression against Ukraine. Territory, Responsibility and International Law*», яка відбулась за підтримки Наукового центру «*Кримські Студії*» ім. Ісмаїла Гаспринського та студентської організації Kyiv-Mohyla Moot Court Society.

Ініціатором відвідування презентації стала кафедра іноземних мов КУП НАНУ, а саме: А. В. Ожоган, кандидат філологічних наук, завідувач кафедри іноземних мов КУП НАН України та В. І. Гетман, старший

викладач кафедри іноземних мов КУП НАНУ. Сама презентація проводилась у формі прес-конференції. У першій її частині доктор права Томас Д. Грант ознайомив слухачів із змістом книги (три частини: 1. Aggression against Ukraine, 2. The territorial settlement and international law, 3. Domestic order, international order and mechanisms for change), міжнародно-правовими аспектами конфлікту та агресії проти України, питаннями територіальної цілісності, захисту прав людини, висловив особистий погляд на ситуацію, котра склалася, спираючись на основні засади і принципи міжнародного права. У другій частині презентації гостям була надана можливість винесення питань до спільного з автором обговорення.

### Круглий стіл на тему: «Актуальні проблеми юридичної конфліктології»

4 червня 2015 р. кафедрою теорії та історії держави і права та науковим товариством студентів КУП НАНУ було проведено круглий стіл на тему: «Актуальні проблеми юридичної конфліктології».

У заході взяли участь завідувач навчально-методичного відділу КУП НАН України О. О. Казак, професор В. М. Іванов, професорсько-викладацький склад та студенти магістратури КУП НАНУ.

Було заслухано наукові доповіді:

- Структура юридичного конфлікту (Наталія Шершень, ПМК-52; Богдан Колесников, ПМЦ-51);
- Динаміка юридичного конфлікту (Вадим Рябоконт, ПМЦ-51; Олександра Бойко, ПМК-52);
- Проблема управління конфліктами (Вікторія Півень, ПМЦ-51; Тетяна Лісник, ПМК-52);
- Конфлікти в парламентській діяльності: попередження та конструктивне вирішення (Юлія Пишна, ПМК-52; Тетяна Чірко, ПМГ-53);
- Міжнародно-правові конфлікти та способи їх розв'язання (Ніна Олійник, ПМЦ-51);
- Еколого-правові конфлікти: попередження та конструктивне вирішення (Христина Бойко, ПМГ-53);
- Юридичні конфлікти у приватних правовідносинах та їх ефективне вирішення (Ольга Коваленко, ПМК-53);
- Медіація як альтернативний спосіб вирішення конфліктів у сфері господарювання (Анастасія Шандрук, ПМГ-53);
- Медіація як спосіб вирішення приватно-правових конфліктів (Анна Жук, ПМГ-53).

Під час обговорення учасники заходу дійшли висновку щодо необхідності ґрунтовного вивчення майбутніми юристами проблем юридичної конфліктології.

### Засідання робочої групи Конституційної Комісії з напрацювання пропозицій щодо конституційного регулювання прав, свобод та обов'язків людини і громадянина

У РІ КУП НАНУ відбулося засідання робочої групи Конституційної Комісії з напрацювання пропозицій щодо конституційного регулювання прав, свобод та обов'язків людини і громадянина. Метою форуму стало громадське обговорення обсягу та змісту бажаних змін до Конституції України у сфері прав людини. Важливо підкреслити, що воно відбулося за підтримки проекту USAID «Справедливе правосуддя».

Члени Конституційної комісії на високому професійному рівні проаналізували проблеми та прогалини конституційного регулювання гарантій та захисту прав людини в Україні. Окреслені робочою групою завдання – дізнатися про очікування українського суспільства від діяльності Конституційної комісії, зібрати необхідну інформацію про ідеї та ініціативи від науковців, представників регіональних еліт та інститутів громадянського суспільства щодо потрібних змін до чинної Конституції України у сфері прав людини.

Глибоку суспільну значимість цього правничого форуму підкреслив Ю. Л. Бошицький. З вітальним словом до учасників заходу також звернувся д.ю.н., професор міжнародного права, суддя Європейського суду з прав людини у відставці, заступник голови Конституційної Комісії, голова Робочої групи з питань прав, свобод та обов'язків людини і громадянина В. Г. Буткевич, який розкрив концептуальні підходи членів Робочої групи до вироблення рекомендацій змін. Проблемне поле конституційних гарантій прав і свобод людини в Україні проаналізувала заступник керівника Проекту USAID «Справедливе правосуддя» Н. І. Петрова.

Важливою частиною громадського обговорення стала інтерактивна вправа, яка передбачала участь з'ясування очікувань жителів регіону від діяльності Конституційної Комісії взагалі, і у сфері прав людини зокрема. Ці очікування були висловлені відомими громадськими та політичними діячами Рівненщини. Так, заступник голови Рівненської обласної ради С. І. Павлюк розкрив складні перипетії реалізації закріплених у чинній конституції прав людини та громадянина на теренах Рівненщини. Глибоку рефлексію обговорювана проблема отримала у виступі голови Рівненської обласної ради М. М. Кириллова. Важливі думки щодо реформування чинного законодавства у сфері прав людини також висловили перший заступник голови Рівненської обласної державної адміністрації Ю. Ю. Приварський, секретар Рівненської міської ради А. В. Грещук, адвокат, голова Рівненського обласного відділення Спілки адвокатів України, приварський орій юрійович перший Заслужений юрист України П. С. Луцук, суддя Рівненського апеляційного суду В. Я. Івашук та ін. Учасники дебатів говорили про необхідність відповідати на виклики сучасності, що нині розширюють межі правового поля, вибудувати систему прав і свобод з урахуванням внутрішньої мотивації громадян до виконання цих прав.

Значний резонанс викликали виступи д.ю.н., завідувача кафедри конституційного, адміністративного та міжнародного права Маріупольського державного університету, професора, члена Конституційної Комісії

М. О. Баймуратова; д.ю.н., завідувача кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, професора, члена Конституційної Комісії М. В. Буроменського; д.ю.н, професора кафедри конституційного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, члена Конституційної Комісії О. В. Марцеляка; к.ю.н., доцента, викладача кафедри конституційного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, члена Конституційної Комісії В. В. Речицького, народного депутата України, члена Конституційної Комісії Ю. В. Чижмаря та ін.

На форумі було проаналізовано основні тенденції конституційно-правового регулювання основних прав і свобод людини і громадянина в Україні, зокрема, розширення каталогу прав і свобод, закріплених на рівні Основного Закону, новелізація традиційних конституційних прав, свобод і обов'язків, орієнтація конституційно-правової регламентації правового статусу особи на міжнародні стандарти прав людини, посилення гарантій основних громадянських і політичних прав і свобод і певне звуження гарантованості економічних, соціальних і культурних прав.

Активними учасниками заходу стали також і студенти РІ КУП НАНУ, запитання яких свідчили про належну компетентність у межах порушеної проблематики.

Безумовно, проведений захід активізує громадську думку і стане ще одним важливим кроком до побудови громадянського суспільства в Україні.

### **Міжнародна конференція «Сучасні тенденції розвитку юридичної освіти»**

12–13 червня 2015 р. у м. Львові, на базі юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка, відбулася Міжнародна конференція «Сучасні тенденції розвитку юридичної освіти». Слід зазначити, що науково-практичний захід відбувся у рамках проекту USAID «Справедливе правосуддя» за підтримки Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) та Міністерства освіти і науки України.

Метою міжнародної конференції було обговорення сучасного стану та тенденцій розвитку правничої освіти як в Україні, так і в іноземних країнах; ідентифікації можливих шляхів асиміляції цінного іноземного досвіду; погодження елементів процесу внутрішнього забезпечення якості правничої освіти.

З вітальним словом до учасників конференції звернулася перший заступник Міністра освіти і науки Інна Совсун, зазначивши, що «ініціатива щодо реформування саме юридичної освіти є вкрай необхідною. Вона має свою специфіку, яка полягає в надзвичайній популярності та зростанні кількості новоутворених юридичних шкіл, які не завжди спроможні надавати якісний рівень знань. Відтак, сьогодні на часі – добре продумані зміни в освіті як результат спільного діалогу академічних спільнот».

На заході були присутні: керівник Проекту USAID «Справедливе правосуддя» Девід М. Вон; професор Вільнюського університету Ідре Ісокайте; професор Правничої школи ім. Вашингтона та Лі Томас Спіді Райс; професор юридичного факультету Тюненберзького університету Бернд Хайнріх; асистент юридичного факультету Гумбольдського університету Дімітрі Кесслер; ректор Національної академії прокуратури України Олег Литвак; генеральний директор Всеукраїнської громадської організації «Українська Асоціація Маркетингу» Ірина Лилик; декани, заступники деканів юридичних факультетів вищих навчальних закладів України, які поділилися своїм досвідом та окреслили шляхи вирішення проблем правничої освіти.

На глибокій суспільній значимості цього міжнародного науково-практичного заходу наголосив ректор КУП НАНУ, професор Юрій Бошицький. У своїй доповіді на тему: «Сучасні тенденції розвитку юридичної освіти та науки в умовах інтенсивного розвитку міжнародних відносин: на прикладі Київського університету права Національної академії наук України» він зосередив увагу на основних проблемах розвитку вищої юридичної освіти, які залишаються нині невирішеними, а також запропонував шляхи їх вирішення, для подальшого реформування вищої юридичної освіти, враховуючи досвід КУП НАНУ. Резюмуючи свій виступ, професор зазначив: «Аналіз основних аспектів реформування юридичної освіти України показав нагальну потребу в утвердженні гуманістичних особистих і соціальних цінностей, які слугуватимуть бар'єром ринковій експансії в освіту. Необхідною умовою формування освітнього європростору є подолання згубних звичок, збереження та відродження національних освітніх традицій. Звичайно, ми не можемо замикатися у власних традиціях, а, відповідно до викликів інформаційної цивілізації, маємо творити нові. Традиції, з одного боку, мають опиратися на цінності універсального порядку, які є спільними для європростору, а з іншого, – відновлювати та зберігати національні освітні цінності».

Важливою частиною наукового диспуту було обговорення проекту документа «Національний стандарт правничої освіти за освітнім рівнем «Бакалавр»», з презентацією якого виступив професор Андрій Бойко.

Обговорюючи стан і тенденції розвитку правничої освіти в Україні, учасники науково-практичного заходу визначили можливі шляхи впровадження стратегічного планування як інструменту формування довгострокового бачення розвитку правничих шкіл в умовах ринкової економіки та глобалізації.

Провідні представники наукової спільноти України проаналізували питання впливу глобалізації та сучасних інформаційних технологій на зміст і якість правничої освіти й окреслили форми співпраці в умовах інтернаціоналізації вищої освіти.

Безумовно, проведений захід активізує громадську думку і стане ще одним важливим кроком до побудови громадянського суспільства в правовій, демократичній Україні

**Круглий стіл на тему: «Сучасні актуальні проблеми права інтелектуальної власності в країнах Центральної та Східної Європи: теорія, методологія, практика»**

18 червня 2015 р. на базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи КУП НАНУ у м. Львові відбувся круглий стіл на тему: «Сучасні актуальні проблеми права інтелектуальної власності в країнах Центральної та Східної Європи: теорія, методологія, практика».

Сучасний стан розвитку суспільства, входження України як рівноправного партнера у світову спільноту, технічний та соціальний прогрес актуалізують необхідність забезпечення високого рівня охорони права інтелектуальної власності, який би захищав результати творчої діяльності кожної людини, гарантував розвиток творчого потенціалу, а також сприяв інноваційному розвитку суспільства.

Відтак, метою проведення круглого столу було обговорення найбільш актуальних питань щодо становлення дієвої та ефективної правової та інституційної системи охорони права інтелектуальної власності в Україні, доцільності імплементації передового досвіду країн Центрально-Східної Європи у сфері інтелектуальної власності в національне законодавство, а також його гармонізації з європейськими та світовими стандартами.

З вітальним словом до учасників звернувся ректор Київського університету права НАН України, професор Ю. Л. Бошицький.

На заході були присутні почесні гості: помічник заступника директора з наукової роботи Державного підприємства «Український інститут інтелектуальної власності», народний депутат України 3-х скликань, професор Л. Й. Глухівський, народний депутат України 3-х скликань С. А. Давимука, заступник голови Громадської ради при Львівській обласній державній адміністрації І. В. Гарат, голова Комітету підприємців Львівщини А. М. Гринчук.

Окрім того, у роботі круглого столу взяли участь провідні представники наукової спільноти Київського університету права НАН України, Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Інституту регіональних досліджень імені М.І. Долишнього НАН України, Львівського національного університету імені Івана Франка, Львівського державного університету внутрішніх справ, Львівської комерційної академії, Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка», а також аспіранти та студенти.

Учасники заходу дискутували про назрілі теоретичні та практичні проблеми в законодавчій, економічній та міжнародній сферах інтелектуальної власності, від розв'язання яких залежать перспективи подальшого розвитку, а відтак – розвитку нашої держави в цілому.

**Міжнародна науково-практична конференція  
«Конституція і виборчий процес в Україні»**

25 червня 2015 р. ректор Київського університету права НАН України Ю. Л. Бошицький, на запрошення організаторів, взяв участь у Міжнародній науково-практичній конференції «Конституція і виборчий процес в Україні», яку було проведено до 19-ї річниці Конституції України.

Основними питаннями, що розглядалися на конференції були: наука конституційного права і напрями вдосконалення конституційного процесу; проблеми конституційної регламентації виборів; виборчі системи та критерії їх обрання; шляхи вдосконалення національного законодавства про вибори; модернізація діяльності ЦВК і виборчих комісій різних рівнів; проблеми застосування законодавства про вибори; суб'єкти виборчого процесу та їх вплив на результати виборів; специфіка організації та проведення місцевих виборів; виборчі спори та способи їх розв'язання; міжнародні виборчі стандарти та їх імплементація в законодавство України, тощо.

На заході були присутні провідні представники наукової спільноти з усієї України та ближнього зарубіжжя.

### До відома авторів

Просимо вас дотримуватися правил підготовки, комплектації та оформлення рукописів для «Часопису Київського університету права». Авторські рукописи мають бути оформленими відповідно до державних стандартів і відповідати вимогам Постанови ВАК України №7-05/1 від 15.01.2003 р.: «...*приймати до друку... лише наукові статті, які мають такі необхідні елементи: постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор; виділення невиділених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; формулювання цілей статті (постановка завдання); виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі*» (Бюлетень ВАК України, № 1, 2003).

1. Редакція приймає до друку статті українською або російською, або англійською мовами.

Файл з текстом наукової статті має містити:

– відомості про автора (ім'я, по батькові повністю, прізвище, вчений ступінь, вчене звання, посада, місце роботи, службовий і мобільний телефони, E-mail);

– розширене УДК статті;

– назва статті, резюме (800–1000 знаків) та ключові слова (5–7 слів або словосполучень) українською, російською та англійською мовами);

– окремим файлом надається розширена (1,5–2 сторінки: шрифт – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5) анотація англійською мовою.

До тексту додаються диск з рукописом (Microsoft Word) та рецензія-рекомендація.

2. Вимоги до оформлення тексту рукопису.

2.1. Папір формату А4; параметри сторінки: верхній і нижній береги – 20 мм, лівий – 30 мм, правий – 15 мм; шрифт Times New Roman – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5.

2.2. Посилання на джерела оформлюються як прикінцеві виноска – індексом (арабськими цифрами).

2.3. Бібліографічні описи джерел мають обов'язково містити прізвище та ініціали авторів, назви їхніх праць, місто та рік видання, видавництво, загальну кількість сторінок тощо.

2.4. Авторські примітки оформлюються наприкінці сторінок з використанням символу \* як знаку виноска.

3. Обсяг авторських рукописів. Обсяг статті – до 0,5 обл. вид. арк. (до 20 тис. зн. з пробілами); наукових повідомлень, рецензій тощо – до 0,25 обл. вид. арк.

Рукописи, що не відповідають вимогам, зазначеним у п. 1–3, редакція не реєструє й не розглядає з метою публікації.

Рукописи і рецензії редакція не повертає.

Автори частково оплачують публікацію.

«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки» (постанова Президії ВАК України № 1-05/6 від 12.06.2002 р.; постанова Президії ВАК України № 1-05/3 від 14.04.2010 р.; наказ Міністерства освіти і науки України № 528 від 12.05.2015 р.).

### *Приймання рукописів, квитанції на оплату:*

Київський університет права НАН України  
вул. Терещенківська, 2. **Тетяна Володимирівна**, тел.: 235-63-24.  
**E-mail: chasprava@ukr.net**

### *Нагадуємо:*

відповідальність за достовірність інформації, що міститься в статтях і повідомленнях часопису, лежить на їхніх авторах; у статтях і повідомленнях часопису висловлені погляди їхніх авторів, які не завжди збігаються з поглядами редакції; листування з читачами тільки на сторінках часопису; рукописи і рецензії авторам не повертаємо.

*Редакція часопису*