

# ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований  
у жовтні 2001 року

2015/4

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 № 3 від 11.12.2015)  
Вченою радою  
Інституту держави і права  
ім. В.М.Корецького  
НАН України  
(протокол № 8 від 22.12.2015)

Передплатний індекс  
23994

ISSN 2219-5521

## ЗМІСТ

*Бошицький Ю. Л., Шемшученко Ю. С.* Академічний університет європейського зразка.  
До 20-ї річниці Київського університету права НАН України ..... 4

### Теорія та історія держави і права. Філософія права

*Barabash Y.* International human rights standards: the problems of their implementation  
in Ukraine ..... 12

*Берніков А. М.* Реляційність в концепції юридичної герменевтики А. Кауфмана ..... 15

*Десятник В. О.* Критично-правове мислення: прогрес науки ..... 19

*Лихолат І. П.* Превентивна юстиція – елемент системи охорони та захисту прав особи ..... 24

*Минькович-Слободяник О. В.* Правова та політична культура в умовах  
політико-правової трансформації суспільства ..... 28

*Павлусів Н. М.* Парадигма конструювання образів правового в українській художній  
літературі (на прикладі повісті І. Франка «Перехресні стежки») ..... 32

*Тарахонич Т. І.* Юридичні факти та їх місце в структурі механізму правового  
регулювання ..... 36

*Халабуденко О. А.* Частноправовые акты, факты и юридические конструкции:  
некоторые методологические замечания ..... 40

*Буяджи Д. Д.* «Харківський» період в інтелектуальній біографії  
професора О. І. Загоровського ..... 44

*Гутів Б. І.* Фуєро Сепульведи (1300 р.) – визначна пам'ятка права  
середньовічної Іспанії ..... 49

*Дупай Я. М.* Правова інформованість суспільства як необхідна умова  
функціонування правової системи ..... 53

### Конституційне право та конституційний процес в Україні

*Батанов О. В.* Конституційно-правові проблеми конфліктності між громадянським  
суспільством та державою в Україні ..... 57

*Калиновський Б. В.* Місцева публічна влада в Україні: теоретичні основи  
та конституційно-правова регламентація ..... 62

*Андрієвська О. В.* Про деякі питання зарубіжного досвіду конституційно-правового  
регулювання обмеження прав і свобод людини і громадянина ..... 67

### Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право

*Віхров С. О.* Про поняття та загальні ознаки інституційних інвесторів на ринку  
цінних паперів ..... 71

*Каменская Н. П.* Субъекты права на обращения к публичной администрации:  
актуальные проблемы прав и обязанностей ..... 76

*Коссе Д. Д.* Особливості застосування правового режиму найбільшого сприяння  
в економіці України ..... 80

*Рабовська С. Я.* Статус відділу примусового виконання рішень органів державної  
виконавчої служби в адміністративному процесі ..... 85

*Устинова І. П.* Теоретичні аспекти економіко-правового змісту  
фінансової децентралізації в Україні ..... 89

<i>Щавінський В. Р.</i> Держава як суб'єкт адміністративного процесу: теоретична конструкція та практична реалізація	93
<i>Янюк Н. В.</i> Законодавство про службу в органах місцевого самоврядування: пропозиції з удосконалення	96
<i>Жидецька В. В.</i> Про стадії нормотворчої діяльності міністерства	101
<i>Жидецька К. В.</i> Політична активність і громадянська освіта як передумови здійснення якісного громадського контролю	107
<i>Крахмальова К. О.</i> Поняття, ознаки та зміст адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні	114
<i>Лоюк І. А.</i> Принципи адміністративної процедури у зарубіжному та вітчизняному законодавстві та їх вплив на процедури реєстрації банків в Україні	118
<i>Риженко О. С.</i> Юридичні дефекти використання поняття «ризик» у Податковому кодексі України	123
<i>Співаков І. І.</i> Щодо адміністративно-правового статусу учасників виборів	127
<i>Череднікова Т. М.</i> Державне регулювання ціноутворення на нафту та нафтопродукти у відносинах поставки	131
<i>Бриль К. І.</i> Поняття децентралізації як об'єкта адміністративно-правового забезпечення	136
<i>Колесніков Д. В.</i> Адміністративно-правове регулювання системи державного управління	140
<i>Шаганенко П. І.</i> Поняття організаційного забезпечення діяльності органів прокуратури	144

## Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні

<i>Бакалінська О. О.</i> Проблеми та тенденції доказування фактів недобросовісної конкуренції в господарській діяльності	148
<i>Дякович М. М.</i> Припинення цивільного правовідношення як спосіб захисту	153
<i>Антошкіна В. К.</i> Роль правочину, корпоративних актів у процесі саморегуляції цивільно-правових відносин	156
<i>Джавадов Х. А.</i> Отдельные аспекты определения результатов гражданского судопроизводства	161
<i>Козут Н. Д.</i> Проблемні питання захисту базових прав дітей на життя, здоров'я та матеріальне забезпечення	165
<i>Пленюк М. Д.</i> Юридичні факти і правові умови в механізмі регулювання договірних зобов'язань	172
<i>Похиленко І. С.</i> Правове регулювання надання ритуальних послуг	176
<i>Рудницька О. П.</i> Правове регулювання гарантійних виплат проектом Трудового кодексу України	180
<i>Головачова А. С.</i> Державне регулювання посередницької діяльності у страхуванні та перестрахованні: необхідність і мета	184
<i>Кравченко М. В.</i> Звільнення адвокатів від цивільно-правової відповідальності за договором про надання правової допомоги	188
<i>Майка Н. В.</i> Поняття і види юридичних фактів, які опосередковують виникнення правовідносин з приводу користування чужим нерухомим майном	192
<i>Насурлаєва К. Е.</i> Сторони договору інжинірингу	196
<i>Одосій О. Ю.</i> Виконання ухвали суду про накладення арешту на майно, що належить відповідачеві і знаходиться у нього або в інших осіб: окремі аспекти виконавчого провадження	199
<i>Ситнік О. М.</i> Неустойка як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за договором побутового підяду	203
<i>Гуйван Д. П.</i> Окремі питання застосування типових договорів у зобов'язальних відносинах при постачанні гарячої води	207

## Проблеми права інтелектуальної власності

<i>Бошицький Ю. Л.</i> Інноваційні перспективи України в контексті оптимізації правової охорони інтелектуальної власності	212
<i>Верес І. Я.</i> Організація колективного управління майновими авторськими та (або) суміжними правами	217
<i>Кулінич О. О.</i> Доктринальні підходи до визначення природи та змісту права фізичної особи на власне зображення	221
<i>Шишка О. Р.</i> Організаційні відносини у сфері інтелектуальної власності	225
<i>Кравців Я. В.</i> Продукти харчування, створені на основі об'єктів права інтелектуальної власності	228
<i>Лузан А. В.</i> Щодо підтримки та розвитку винахідництва і раціоналізаторства в умовах децентралізації (на прикладі м. Маріуполя)	231

## Аграрне, земельне та екологічне право

<i>Барабаш Н. П.</i> Логіко-правові аспекти формулювання дефініції категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення	236
<i>Morozovska T.</i> Formation and development of scientific and conceptual approaches to determining essence of environmental rights of persons	241
<i>Позняк Е. В.</i> Правове регулювання моніторингу лісів в Україні з урахуванням міжнародних та європейських тенденцій	247
<i>Юрескул В. О.</i> Забезпечення безпеки повітря як об'єкт еколого-правового регулювання	251

## Кримінальне право та кримінологія

<i>Козутич І. І.</i> Про перспективи «комп'ютеризації» та сутність «технологій» в криміналістиці	255
<i>Андрусак Г. М.</i> Ідея природного права в обґрунтуванні права на необхідну оборону	259
<i>Бусол О. Ю.</i> Організована корупційна злочинність як різновид економічної злочинності	262
<i>Каменський Д. В.</i> Призначення покарань за федеральні економічні злочини в США: від законодавчої формалізації до судової дискреції	266
<i>Кучевська С. П.</i> Особливості застосування статті 336 Кримінального кодексу України у сучасних умовах	271
<i>Марчук М. П.</i> Окремі аспекти долучення України до міжнародних стандартів співробітництва у сфері протидії корупції	275
<i>Сахнюк С. В.</i> Юридична природа звільнення від кримінальної відповідальності	279
<i>Булатов А. С.</i> Межі та можливості судово-психологічної експертизи у розслідуванні шахрайств	284
<i>Дячкін М. О.</i> Масові заворушення та кримінальна відповідальність за їх вчинення	288
<i>Закревський А. В.</i> Сьомий та восьмий періоди розвитку українського суспільства та державності (початок ХХ ст. – наш час) у контексті кримінальної відповідальності за порушення права на захист	292
<i>Криворучко І. О.</i> Тенденції судової практики з питань кваліфікації дій осіб по створенню терористичної групи чи терористичної організації	296
<i>Кулик К. Д.</i> Типологія особистості злочинців, які вчиняють розбещення неповнолітніх	300
<i>Пакліна Т. О.</i> Вбивство через необережність як юридико-психологічна проблема	306
<i>Пушкар О. А.</i> Розвиток кримінального законодавства щодо змішаної форми вини	310
<i>Романишин О. Р.</i> Окремі питання кримінально-правової кваліфікації за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації (ст. 388 КК України)	314
<i>Яценко С. О.</i> Об'єкт злочину, передбаченого ст. 389-1 КК України	318

## Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство

<i>Водоласкова К. Ю.</i> Міжнародні принципи та інструменти у боротьбі проти корупції в галузі державних закупівель	332
<i>Котляр О. І.</i> Надання міжнародного захисту від імені біженців – ключове завдання УВКБ ООН	329
<i>Ленетюк О. В.</i> Роль рекомендацій Європейської Комісії як активів «м'якого» права у контексті забезпечення дотримання третіми державами мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування	333
<i>Runiewicz-Jasińska R.</i> Violation of human rights in the era of civilization and technological society on the example of the Baltic states (Lithuania, Latvia, Estonia)	337

Семеняка В. В. Актуальні проблеми міжнародно-правової охорони космічного простору від техногенного засмічення .....	344
Чернецька О. В., Шилінгов В. С. Право Англії як класична модель прецедентного права .....	348
Шаповал В. Д. Міжнародні стандарти регламентації права громадян на правову допомогу .....	352
Біллєр К. Л. Типологія інструментів, що приймаються Міжнародною морською організацією (ІМО) .....	357
Гольбін М. І. Неурядові міжнародні організації у сфері захисту трудових та соціальних прав моряків .....	362
Горобець Н. Г. Деякі доктринальні підходи щодо механізму захисту права власності в сучасному міжнародному праві .....	365
Любченко Я. П. Зобов'язання України у сфері альтернативних способів вирішення правових спорів, пов'язаних з укладенням Угоди про асоціацію .....	370
Ляшенко Н. А. Предмет рішень Європейського суду з прав людини .....	374
Отрош В. М. Правовий зв'язок Суверенного Мальтійського Ордену зі Святим Престолом .....	378
Черніков Є. Є. Юридична відповідальність за неналежне виконання професійних обов'язків медичним працівником: міжнародний досвід .....	382
<b>Гість номера</b>	
<i>András Torma.</i> The specific's of the connection system between the EU and Member States Public Administration .....	388
<b>Юридична освіта</b>	
<i>Шаркова І. М.</i> Міжнародно-правові стандарти ГАТС з надання професійних послуг в Україні (джерела юридичної освіти) .....	398
<b>Студентська трибуна</b>	
<i>Кочубей Л. О.</i> Ознаки правової системи України як соціальної системи .....	401
<i>Руходко О.</i> A role of the public authorities in the procedure for apostilization or consular legalization .....	404
<b>Рецензії</b>	
<i>Галаятич М. К.</i> Легальні та доктринальні визначення у сфері інтелектуальної власності: до запитання чи використання? .....	408
<i>Біленчук П. Д., Ярмолюк А. А.</i> Криміналістика XXI століття: стратегія науково-методичного забезпечення кримінального провадження .....	409
<i>Лоцихін О. М.</i> Рецензія на збірник наукових праць «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького» .....	410
<i>Петков С. В.</i> Рецензія на збірник наукових праць IX Міжнародної науково-практичної конференції «Європейська юридична освіта і наука» .....	411
<i>Бровко О. О.</i> Рецензія на збірник матеріалів V Всеукраїнської науково-практичної конференції «Сучасні проблеми гуманітаристики: світоглядні пошуки, комунікативні та педагогічні стратегії» .....	412
<b>Наукова хроніка</b>	
V Міжнародна науково-практична конференція «Безпека людини, суспільства, держави: правові, криміналістичні і психофізіологічні засади» .....	413
Круглий стіл на тему: «Актуальні проблеми надання притулку в Європейському Союзі» .....	413
Всеукраїнська науково-практична конференція «Застосування положень КПК України: проблеми та шляхи їх вирішення» .....	414
VII Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні проблеми правової системи України» .....	414
Візит делегації провідних університетів Грузії та Угорщини .....	415
Презентація книги «Європейське серце прав людини» (Відень, Австрія) .....	415
Майстер-клас народного депутата України Бориса Тарасюка .....	416
Майстер-клас Радника Посольства Республіки Болгарія в Україні Петара Танєва .....	416
Зустріч ректора з Екс-Головою Федеральної ради Австрії .....	416
Круглий стіл на тему: «Правова природа визнання та виконання рішень іноземних судів» .....	416
Круглий стіл «Смертна кара і громадська думка: міжнародне право та українські реалії» .....	417
Відкриття Всеукраїнського тижня права .....	418
II Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі» .....	418
Міжнародний форум з прав людини .....	419
Правовий форум «Правники – суспільству» .....	420
Урочисте засідання Вченої ради з нагоди 20-річчя Київського університету права НАН України .....	421
Майстер-клас Надзвичайного Посланника і Повноважного Міністра Посольства Угорщини пана Ласло Чаба Пап .....	421
Редакційні повідомлення .....	422

**«Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної  
наукометричної бази «Index Copernicus International» (Польща)**

**Ліцензійною угодою від 10.10.2014 р. «Часопис Київського університету права»  
внесено до Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)**

**«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 29.12.2015. Формат 60х84 1/8. Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 49,1. Обл.-вид. арк. 55,9. Наклад 500 прим.  
Видання та друк: Київський університет права НАН України. 01601, м. Київ – 1, вул. Трьохсвятительська, 4. Тел. 278-73-11.

---

**Ю. Л. БОШИЦЬКИЙ, Ю. С. ШЕМШУЧЕНКО**

*Юрій Ладиславович Бошицький, професор, ректор Київського університету права НАН України*

*Юрій Сергійович Шемшученко, академік НАН України, почесний ректор Київського університету права НАН України*

## **АКАДЕМІЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ЗРАЗКА. ДО 20-Ї РІЧНИЦІ КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА НАН УКРАЇНИ**

У грудні 2015 р. Київський університет права Національної академії наук України відсвяткував свій 20-річний ювілей. Підсумки діяльності університету за цей час були відзначені державними нагородами, зокрема колектив Університету – Подякою Прем'єр-міністра України, а співробітники – почесними грамотами Президії НАН України, грамотами Святошинської районної в місті Києві державної адміністрації, подяками Голови Конституційного Суду України, грамотами Союзу юристів України та Української Православної Церкви.

На адресу університету надійшли численні листи-вітання від Президента, Прем'єр-міністра, Апарату Верховної Ради, Комітету з питань науки і освіти України, Національної академії наук, Міністерства освіти і науки України та інших установ і організацій, а також представників іноземних закладів.

Святкування ювілею університету стало помітною подією в житті нашого колективу. З перших днів існування університету ми прагнули насамперед створити навчальний заклад вищого ґатунку за формою, духом і змістом.

За роки існування виш посів гідне місце серед профільних вищих навчальних закладів України і виборив заслужений авторитет. Ми стали лауреатами I ступеня в номінації «Інновації в діяльності вищого навчального закладу з інтеграції в європейський освітній і науковий простір» та отримали почесне звання «Лідер сучасної освіти». За період з 2005 по 2015 роки Університет був нагороджений шістьма золотими, однією срібною та трьома бронзовими медалями на міжнародних виставках «Сучасна освіта в Україні» та «Освіта і кар'єра». Протягом останніх п'яти років університет отримав сім гран-прі в різних номінаціях.

Всі надбання, якими нині знаний КУП НАНУ, створювалися не один рік. Для цього ми постійно вдосконалювали якість освіти, застосовували сучасні технології в організації освітнього процесу, використовували позитивний інноваційний досвід провідних зарубіжних вишів, модернізували матеріально-технічну базу.

А розпочалася історія університету з 12 грудня 1995 р., коли відбулася державна реєстрація Вищої школи права при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

Вища школа права була покликана вліити в життя концепцію інтеграції фундаментальної юридичної науки й освіти. Так у структурі Національної академії наук України вперше з'явилась унікальна можливість реалізувати результати численних юридичних досліджень та новації щодо правового забезпечення ринкових відносин в Україні шляхом підготовки фахівців-юристів.

Головною рисою, що вирізняла Вищу школу права від інших навчальних закладів, було наближення наукових досліджень у галузі права до освітнього процесу, тобто навчання студентів відбувалося з урахуванням новітніх наукових досліджень.

Першим ректором Вищої школи права став директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академік Ю. С. Шемшученко. А перші 24 студенти розпочали навчання у вересні 1996 року. У 2000 р. університет отримав нинішню назву і безпосередньо почав підпорядковуватися Національній академії наук України.

Своєю славною історією КУП НАНУ завдячує великій когорті науковців Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України: академіку НАН України, директору Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Почесному ректору університету, академіку НАПрН України

Ю. С. Шемшученку; члену-кореспонденту НАН України, академіку НАПрН України В. І. Семчику; академікам НАПрН України О. М. Костенку, Я. М. Шевченко, Н. Р. Малишевій, В. Ф. Погорілці; членам-кореспондентам НАПрН України О. Ф. Андрійко, В. Н. Денисову, Н. М. Мироненко, Г. О. Мурашину, Н. М. Оніщенко, В. П. Нагребельному, В. Б. Авер'янову, Н. М. Хуторян; докторам та кандидатам юридичних наук О. В. Батанову, П. Ф. Кулиничу, І. Б. Усенку, І. В. Музиці, О. О. Кваші, Н. К. Ісаєвій, Т. А. Костецькій, Н. П. Гасєвій, І. Ф. Севрюковій, Т. І. Тарахонич, Ю. С. Педьку.

Спільними зусиллями колективу університету за роки його існування було підготовлено майже 13 тисяч фахівців права.

Сьогодні Київський університет права НАН України – це креативний вищий навчальний заклад IV рівня акредитації – єдиний навчально-науковий комплекс у системі Національної академії наук України, який основним завданням ставить комплексність у підготовці висококваліфікованого фахівця-юриста на основі поєднання досягнень освіти й науки.

Для всіх періодів діяльності КУП НАНУ характерна висока організація освітнього процесу. Так, до 2005 р. в університеті здійснювалася підготовка фахівців винятково за спеціальністю «Правознавство». 11 жовтня 2005 р. університет отримав ще й ліцензію на підготовку юристів-міжнародників за денною та заочною формами навчання, а з 1 вересня 2014 р. розпочав підготовку магістрів за спеціальністю «Інтелектуальна власність».

У межах освітніх ступенів підготовки студенти університету мають можливість отримати знання та практичний досвід за спеціалізаціями: «Господарсько-правова»; «Цивільне та трудове право»; «Суд. Прокуратура. Адвокатура»; «Міжнародне та європейське право».

КУП НАНУ здійснює підготовку магістрів за спільною магістерською програмою з Варненським вільним університетом імені Черноризця Храбра (Республіка Болгарія), у результаті студенти мають можливість отримати два дипломи – один з яких визнаний в Європейському Союзі. Можливість отримання дипломів європейських вищих навчальних закладів відкриває для наших студентів нові можливості майбутнього працевлаштування, розширює коло отриманої у процесі навчання інформації, сприяє мовному стажуванню. Реалізація даної програми відбувається за підтримки Посольства Болгарії в Україні.

Нині в університеті навчаються 1538 студентів денної та заочної (заочно-дистанційної) форм навчання, освітню підготовку яких забезпечують **6 кафедр**. Це кафедра теорії та історії держави і права; конституційного, адміністративного, господарського права та процесу; цивільного та трудового права; кримінального права та процесу; міжнародного права та порівняльного правознавства; філософії і соціально-гуманітарних дисциплін та **сектори** інтелектуальної власності та інноваційних технологій; сектор іноземних мов.

Науково-педагогічний потенціал кафедр – **20** докторів наук та **81** кандидат наук. **75 %** викладачів мають наукові ступені та звання.

Освітній процес у КУП НАНУ базується на поєднанні принципів наукового, пізнавального, інформаційного та методичного забезпечення, що приводить до творчого опанування та осмислення отриманих знань, а також спонукає до творчої науково-дослідницької діяльності студентів. Щороку ми вдосконалюємо навчальні плани і програми підготовки фахівців, впроваджуємо в освітній процес нові актуальні спецкурси, які викладають висококваліфіковані фахівці в галузі права, зокрема морське право, космічне право, конституційна юстиція, судовий захист у кримінальній юстиції, інститут конституційної скарги України, захист прав і свобод людини тощо.

Студенти КУП НАНУ вивчають спецкурс «Космічне право», оскільки він базується на останніх розробках Міжнародного центру космічного права при Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

З 2012 р. після циклу майстер-класів директора морського інституту Гентського університету (Бельгія) Едуарда Сомерса, який ознайомив студентів і викладачів університету з перспективними для України напрямками досліджень у сфері морського права і можливостями для молодих юристів здійснювати юридичну практику в галузі правового забезпечення морського господарства, у КУП НАНУ було введено спецкурс морського права, побудований на основі останніх міжнародних напрацювань у цій сфері.

Особливістю освітнього процесу в університеті є те, що студенти мають можливість поглибленого вивчення англійської та німецької мов, а також за бажанням факультативно опановують французьку й іспанську мови.

Випускники-магістри за спеціальністю «Міжнародне право», отримуючи дипломи, крім фаху «Юрист-міжнародник», отримують ще й кваліфікацію «Перекладач».

А з 2016 р. університет розпочинає впровадження для всіх охочих платних курсів із вивчення іноземної мови. Курс навчання обирається слухачем залежно від його власних потреб і рівня володіння мовою та поділяється на базовий курс іноземної мови рівня А1-В1 і поглиблений курс іноземної мови рівня В2-С1.

У КУП НАНУ створено бездоганні умови для навчання, передусім це сучасна бібліотека та читальний зал; обладнані мультимедійні аудиторії: інтерактивного тестування і інформаційно-комунікативних технологій, які забезпечені інтерактивними дошками, комп'ютерами останнього покоління; сучасний лінгвфонний кабінет, криміналістична лабораторія тощо.

Криміналістична лабораторія оснащена сучасною криміналістичною технікою (фото- та відеоапаратура, валізи слідчого та прокурора-криміналіста), комп'ютерною технікою, що використовується для моделювання слідчих ситуацій, створення словесного портрета, оволодіння тактикою проведення окремих слідчих

дій та методикою розслідування окремих видів злочинів, містить зразки вогнепальної та холодної зброї, боєприпаси, комплект науково-технічних засобів для проведення криміналістичних експертиз.

У грудні 2015 р. з метою забезпечення захисту прав інтелектуальної власності й інформування про ймовірні ризики і втрати, пов'язані з придбанням підробок, КУП НАНУ перший на теренах нашої країни відкрив «Музей підробок та контрафактної продукції».

У 2016 р. в університеті відбудеться відкриття Музею криміналістики ім. Ганса Гросса, призначеного для формування стратегії, тактики і мистецтва опанування студентами практичних навичок і вмінь застосування криміналістичної техніки, оформлення матеріалів для проведення криміналістичних експертиз, ознайомлення з тактикою й методикою проведення слідчих дій з метою пізнання, доказування та розслідування злочинів.

Велика увага в університеті приділяється впровадженню в освітній процес інноваційних комп'ютерних технологій. Тому у 2013 р. були створені мультимедійні аудиторії. Використання інформаційних технологій пов'язано з можливістю використання мережі для здійснення віртуальних занять з різних галузей права, у режимі он-лайн спілкування з викладачами з інших університетів як в Україні, так і за кордоном, проведення он-лайн майстер-класів видатних вітчизняних та зарубіжних науковців як у самому університеті, так і за його межами, наукових конференцій з трансляцією в мережі університету та світовій мережі Інтернет.

Одним із найважливіших стратегічних завдань на сьогоднішньому етапі модернізації вищої освіти України є забезпечення якості підготовки фахівців на рівні міжнародних стандартів. Саме тому КУП НАНУ був першим в Україні університетом, який у 2007 р. започаткував впровадження майстер-класів у сфері юриспруденції як сучасної інноваційної форми навчання студентів.

Майстер-класи, що були вперше впроваджені в освітній процес саме в нашому університеті, проходять регулярно. Тільки за останні роки їх відбулося понад **200**.

До участі в майстер-класах запрошуються провідні вітчизняні фахівці з різних галузей права, а також авторитетні юристи-практики, вчені та викладачі юридичних вищих навчальних закладів як України, так і зарубіжних країн. Наприклад, тільки у 2015 р. студенти мали змогу прослухати майстер-класи авторитетних вчених з України, Сполучених Штатів Америки, Німеччини, Франції, Польщі, Швейцарії, Італії, Канади, Болгарії тощо.

Окремий наголос в університеті поставлено на можливостях, які дає робота студентів у Юридичній клініці «Фенікс», основними напрямками діяльності якої є впровадження в освітній процес елементів формування у студентів практичних навичок у сфері надання юридичних послуг, забезпечення можливості професійного спілкування студентів університету із провідними юристами-практиками, проведення наукових досліджень у сфері практичної освіти, надання безкоштовної правової допомоги малозабезпеченим верствам м. Києва тощо. Студентам університету важливо обговорити набутий досвід у стінах свого закладу, адже Юридична клініка існує в університеті з 2007 року.

Наші випускники отримують необхідний рівень фахових правових знань, чітко аналізують сучасні політичні, соціальні й економічні проблеми розвитку суспільства та визначають власну життєву позицію, а також конкурентоспроможні на ринку праці.

Регіональна політика Концепції розвитку університету спрямована на забезпечення можливості надати якісну вищу юридичну освіту й мешканцям віддалених областей України, що значно зменшує їх витрати на навчання. Сьогодні ми готуємо фахівців права у **Кіровограді** – на базі Кіровоградського кооперативного коледжу економіки і права імені М. П. Сая, **Вінниці** – на базі Вінницького фінансово-економічного інституту, **Кам'янець-Подільському** – на базі коледжу Подільського державного агротехнічного університету, **Львові** – на базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи та **Рівному**.

Рівненський інститут КУП НАНУ (РІ КУП НАНУ) розпочав свою історію в 1997 р. з Рівненського відділення Вищої школи права при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. У 2001 р. це відділення було реорганізоване в Рівненську філію, а з 2005 р. – у Рівненський інститут.

Нині РІ КУП НАНУ – це один із визнаних осередків юридичної освіти на Волині. Для підготовки фахівців в інституті створено всі необхідні умови: висококваліфікований науково-педагогічний потенціал, потужне матеріально-технічне забезпечення, соціальна інфраструктура тощо.

Слід окремо сказати про два сучасні конференц-зали та зал судових засідань, які оснащені новітнім обладнанням: стаціонарними мультимедійними проекторами, плазмовими телевізорами, професійною акустичною радіосистемою, ноутбуками тощо. Конференц-зали призначені для проведення конференцій, онлайн-трансляцій, вебінарів, презентацій тощо. Зала судових засідань призначена для ділових ігор відповідно до вимог освітнього процесу, який передбачає розвиток умінь та навичок ведення судового процесу. Важливу роль в освітньому процесі відіграє й новий комп'ютерний клас, де на кожному комп'ютері встановлено сучасне програмне забезпечення.

Яскравим прикладом роботи РІ КУП НАНУ в напрямі підвищення правової освіти населення є діяльність Юридичної клініки, яка створена з метою вдосконалення знань студентів, впровадження в освітній процес елементів практичної роботи, надання безкоштовної кваліфікованої допомоги визначеним категоріям осіб. Основними формами юридичної допомоги є консультації, складання юридичних документів (найчастіше – позовних заяв). Робота юридичної клініки висвітлюється в газеті «Pro bono», яку випускають студенти.

До речі, Вищою школою права у 1997 р. також були створені Маріупольське відділення (Донецька область) та Глухівське (Сумська область). Згодом було відкрито відділення в Сімферополі.

У 2002 р. створено Навчально-консультативний центр університету в м. Ужгороді, який згодом став Ужгородським інститутом КУП НАНУ.

Свідченням високого рейтингу КУП НАНУ в регіонах є його популярність не лише серед абітурієнтів, а й серед роботодавців. Значна кількість випускників університету працює в місцевих органах державної влади, судових, правоохоронних та митних органах. Освітня та наукова діяльність КУП НАНУ в регіонах активно підтримується обласними державними адміністраціями.

Важливою складовою успішної діяльності університету є науково-дослідна робота. Про значний науковий потенціал університету свідчить щорічне проведення міжнародних та всеукраїнських конференцій, видання монографій, навчальних посібників, публікація статей у наукових виданнях.

Один із перших наукових форумів університету – науково-практична конференція «Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку», започаткована у 2000 р., присвячена сучасному стану та тенденціям розвитку законодавства України.

Нині університет щорічно проводить **7 міжнародних та всеукраїнських науково-практичних конференцій**: «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького»; «Європейська юридична освіта і наука»; «Сучасні проблеми правової системи України»; «Міжнародно-правові проблеми сучасного торговельного мореплавства»; «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі»; на базі Рівненського інституту – «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні»; «Сучасні проблеми гуманітаристики: сучасні проблеми, комунікативні та педагогічні стратегії».

Вперше конференція «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі» була проведена 6 жовтня 2014 р. на базі нашого університету спільно зі Всесвітньою організацією інтелектуальної власності. Саме така тема конференції зумовлена вимогами освітнього процесу університету, оскільки наш заклад готує фахівців у сфері інтелектуальної власності за рівнем підготовки «магістр». Разом із тим з 2004 р. по 2013 р. університет двічі на рік виступав співorganizатором проведення у Словацькій та Угорській республіках міжнародної конференції з проблем інтеграції до європейського освітнього простору.

З-поміж іншого, університет проводить широкомасштабну інформаційно-орієнтаційну діяльність з метою залучення до навчання абітурієнтів з найбільш обдарованої шкільної молоді, здатної опанувати програми вищої освіти.

Задля цього університет із 2015/2016 навчального року вперше започаткував проведення Міжнародного форуму з прав людини за підтримки Координаційної ради молодих юристів при Міністерстві юстиції України.

За підтримки Міністерства освіти і науки України університет з 2012/2013 навчального року став ініціатором проведення Всеукраїнського конкурсу наукових робіт ім. В. М. Корецького для учнів 11-х класів «Права людини в сучасному світі: погляд молоді».

Університетом за останні 10 років було проведено понад **50 конференцій та 200 наукових форумів** міжнародного та всеукраїнського формату. Результати наукових досліджень були відображені у виданих збірниках матеріалів науково-практичних конференцій.

Новелою в науково-дослідній діяльності університету у 2015 р. стало створення **Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львові та Міжнародного центру правових та економіко-соціальних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Ужгороді**.

За короткий час на базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львові було проведено 10 наукових форумів, які мали певний резонанс у наукових колах Львівщини, зокрема: круглий стіл «Парламентаризм в Центрально-Східній Європі: історія, національні особливості, сучасні тенденції», «Обставини, що виключають злочинність діяння: проблеми теорії та практики», «Сучасні актуальні проблеми права інтелектуальної власності в країнах Центрально-Східної Європи: теорія, методологія та практика»; всеукраїнський семінар «Роль навчально-реабілітаційних центрів у створенні регіонального та корекційно-реабілітаційного освітнього простору для дітей з особливими освітніми потребами» та круглий стіл в рамках семінару «Актуальні питання соціально-правового захисту та реабілітації осіб з обмеженнями життєдіяльності в країнах Центрально-Східної Європи».

На базі новоствореного Центру в Ужгороді, відкриття якого відбулося 13 листопада 2015 р., було проведено IX Міжнародну науково-практичну конференцію «Європейська юридична освіта і наука» спільно із Закарпатською обласною державною адміністрацією та Ужгородським національним університетом, яка була започаткована у 2008 році.

Ще одним важливим напрямом наукової роботи університету є розроблення науково-дослідних тем. Протягом останніх років авторський колектив університету розробив п'ять наукових тем, за результатами розробки яких було видано колективні монографії, що поповнили наукові видання колективу КУП НАНУ: «*Державно-правове регулювання в умовах трансформації суспільних відносин*» (2008 р.); «*Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні*» (2009–2010 рр.), «*Правова система України в умовах сучасних національних та міжнародних тенденцій розбудови державності*» (2011 р.), «*Доктринальні засади розвитку держави та права: аналіз національних і міжнародних тенденцій*» (2012–2013 рр.), «*Дослідження основних інститутів держави та суспільства: компаративістичний аналіз сучасних правових доктрин*» (2014–2015 рр.).

Важливою складовою науково-дослідної роботи університету є залучення студентської молоді до наукових досліджень. В університеті сформоване та функціонує Наукове товариство студентів. Студенти є активними учасниками науково-практичних конференцій, які проводяться в КУП НАНУ, а також представляють університет за межами України. Це в середньому 150 студентів щороку.

Неабиякий інтерес юридичної наукової та освітньої спільноти викликає видання матеріалів міжнародних та науково-практичних конференцій, що проводить КУП НАНУ, а також монографій, підручників, навчальних посібників та курсів лекцій.

Коллективами викладачів університету та Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України було створено цілий ряд підручників і посібників. Зокрема, видані академічні курси: «Цивільне право України» (2006 р.), «Адміністративне право України» (2007 р.), «Екологічне право України» (2008 р.), «Конституційне право України» (2008 р.), «Земельне право України» (2008 р.); «Теорія держави і права» (2008 р.), «Космічне право» (2012 р.), «Цивільне право України (загальна частина)» (2013 р.).

Унікальним виданням є серія «Малих енциклопедій» із різних галузей права:

– *«Мала енциклопедія права інтелектуальної власності»* (2009), яку у 2015 р. було доповнено та перевидано;

– *«Мала енциклопедія теорії держави та права»* (2010);

– *«Мала енциклопедія приватного права»* (2011);

– *«Мала енциклопедія міжнародної безпеки», «Мала енциклопедія кримінального права»* (2012);

– *«Мала енциклопедія конституційного права»* (2012);

– *«Мала енциклопедія міжнародного права»* (2013);

– *«Мала енциклопедія господарського права»* (2013).

У 2016 р. побачить світ *«Мала енциклопедія канонічного права»*.

Малі енциклопедії мають важливе науково-теоретичне, освітнє та прикладне значення, оскільки виступають узагальненням наукової-юридичної думки і практики. Разом із тим на сьогодні існує величезний масив навчально-методичних та наукових видань, які досить часто переповнені інформаційним матеріалом та не завжди формують єдине уявлення про юридичні категорії й поняття. Вирішити цю проблему можна шляхом підготовки та видання енциклопедій, завдання яких – подати юридичну (галузеву) науку як цілісне та повне ціле, пронизане однією ідеєю.

За роки існування Київським університетом права видано **190 монографій, підручників та навчальних посібників**, а викладачами університету опубліковано майже **п'ять тисяч наукових статей** у різних виданнях.

У квітні 2012 р. за якісну видавничу діяльність КУП НАНУ виборов гран-прі у номінації «Видання підручників та навчальних посібників нового покоління профільних вищих навчальних закладів» на Міжнародній виставці «Освіта і кар'єра-2012».

Із 2001 р. університет спільно з Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького НАН України видає **науково-теоретичний щоквартальний «Часопис Київського університету права»**, який внесено Постановою Президії ВАК України до переліку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки».

Він визнаний науковою громадськістю та користується заслуженим авторитетом. Нині журнал складається з 17 розділів. На сторінках часопису друкуються статті провідних вітчизняних та зарубіжних фахівців у галузі юриспруденції, висвітлюються актуальні проблеми всіх галузей права. Водночас часопис інформує наукову та юридичну громадськість про нові видання в галузі юриспруденції, розміщує на своїх сторінках рецензії наукових та навчальних видань, хроніку наукових заходів університету, новинки академічного та студентського життя університету.

Нині до складу редакційної колегії часопису входять не лише видатні вітчизняні вчені, а й провідні зарубіжні науковці, зокрема професори Богуслав Банашек (Республіка Польща), Уільям Батлер (США), Ванда Ламм (Угорська Республіка), Арнольд Варенвальд (Німеччина), Герберт Шамбек (Австрія), Райнер Арнольд (Німеччина), Адам Махарадзе (Грузія).

З жовтня 2014 р. «Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази HeinOnline (США). HeinOnline – найбільша в світі база повнотекстових юридичних журналів, що пропонує колекцію електронних періодичних видань з різноманітних правових питань і дисциплін. Доступ до цієї бази даних мають 175 країн світу.

Важливою подією 2015 р. стало включення «Часопису Київського університету права» до наукометричної бази «Index Copernicus» (Польща). Index Copernicus International – це міжнародна платформа для просування наукових досягнень, у тому числі наукових видань. База даних має кілька інструментів оцінки продуктивності, що допомагають відслідковувати вплив наукових робіт і публікацій, окремих вчених або науководослідних установ.

З вересня 2009 р. університетом видається інформаційно-аналітичний вісник Київського університету права *«Калейдоскоп університетських подій»*, метою якого є поширення серед студентів, аспірантів та викладачів університету новин, які відбулися в науковій та студентській сферах, інформування про минулі й майбутні заходи університету, нові видання та бібліотечні надходження.

Аспірантура КУП НАНУ є одним з основних джерел постійного поповнення та відновлення інтелектуального потенціалу університету. Її було відкрито у 2001 р. спочатку за трьома спеціальностями: 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень; 12.00.03 – цивільне право і цивіль-



ний процес; сімейне право; міжнародне приватне право; 12.00.11 – міжнародне право.

З 2003 р. було відкрито ще чотири нових спеціальності: 12.00.04 – господарське право; господарське процесуальне право; 12.00.05 – трудове право; право соціального забезпечення; 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право; 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право.

За час існування аспірантури свій науковий рівень підвищили 324 аспіранти та здобувачі, які успішно захистили кандидатські дисертації.

Переважну більшість дисертаційних досліджень захищено за спеціальностями: 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень; 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право; 12.00.11 – міжнародне право, 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право.

Нині в аспірантурі навчаються та проводять дисертаційні дослідження з найбільш актуальних проблем держави і права **38** аспірантів та **33** здобувачі.

Навчання в аспірантурі КУП НАНУ базується на прогресивних освітніх технологіях досягнення найвищої якості підготовки науково-педагогічних та наукових кадрів.

Наукова бібліотека посідає чільне місце в освітній, науковій та інформаційній складових університету. Її інформаційні ресурси – це понад 150 тисяч примірників підручників, навчальних посібників, монографій, наукових збірників, фахових часописів, серед яких найбільш широко представлені видання з права, міжнародного права та міжнародних відносин, суспільних дисциплін, наук гуманітарного циклу.

Окремо слід сказати про сучасні форми інформаційного забезпечення студентів, надання оперативної та якісної інформації на цифрових носіях за допомогою електронного каталогу бібліотеки та повнотекстової електронної «Бібліотеки студента-правника». Сьогодні в електронному каталозі налічується 34 тисячі бібліографічних записів, а «Електронна бібліотека студента» вміщує майже три тисячі повних текстів, серед яких в основному – матеріали для вивчення навчальних дисциплін, а також повні тексти дисертацій, цифрові версії рідкісних видань правознавчого спрямування.

Кожен студент КУП НАНУ за допомогою сучасних технологій, які використовуються в бібліотеці, як і в університеті загалом, може отримати друковані підручники, навчальні посібники, методичні матеріали на абонементі, самостійно вибрати нові видання наукової та навчальної літератури в читальному залі відкритого доступу і скористатись цифровими версіями навчальних та наукових матеріалів, активно використовуючи новітні інформаційні технології в навчальній та науковій роботі.

За кілька останніх років завдяки партнерським стосункам із вченими-правознавцями Сполучених Штатів Америки, Угорщини, Польщі, Словаччини, Швеції, Австрії, Російської Федерації було створено фонд іноземної літератури. Студенти, магістри та аспіранти університету мають можливість читати наукові праці закордонних правників в оригіналі, удосконалюючи свої фахові знання та рівень володіння іноземними мовами.

Значну частину бібліотечних фондів складають книги, подаровані читачами, зокрема персональні зібрання та колекції, книги з особистої бібліотеки В. М. Корецького, видання Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, колекції книг та часописів від представників зарубіжних університетів-партнерів зі Сполучених Штатів Америки, Німеччини, Російської Федерації, Угорщини, Польщі, Болгарії, Іспанії, Словаччини, Сербії тощо.

У рамках програми ВОІВ «WIPO Publication Depository Library Program» у КУП НАНУ створено єдину в Україні бібліотеку-депозитарій Всесвітньої організації інтелектуальної власності. При організації цієї бібліотеки враховувався вагомий внесок університету в розвиток наукових досліджень з права інтелектуальної власності. Бібліотека-депозитарій ВОІВ, що постійно поповнюється матеріалами міжнародного законодавства з інтелектуальної власності (конвенції, договори, угоди), літературою з питань авторського права, патентів, товарних знаків, покликана сприяти більш глибокому ознайомленню студентів та науковців КУП НАНУ, фахівців усієї країни в галузі інтелектуальної власності з багатопланою діяльністю ВОІВ, питаннями правового регулювання та захисту інтелектуальної власності.

Надзвичайною популярністю серед студентів користуються нові тематичні розділи бібліотечних фондів: книг та альбомів з мистецтва і творів художньої літератури в рамках проектів «Інтелектуальна власність. Перлини літератури – студентській молоді» та «Інтелектуальна власність. Перлини живопису – студентській молоді», завдяки яким в КУП НАНУ формується всебічно освічений, ерудований, інтелектуальний молодий юрист.

КУП НАНУ прагне не лише національного визнання, а й високого міжнародного статусу. Сьогодні університет інтенсивно розширює та поглиблює закордонні контакти, сприяє розвитку міжнародного співробітництва у сфері освіти та науки.

Для КУП НАНУ вже традиційними є систематичні візити іноземних науковців, які проводять майстер-класи, беруть участь у семінарах, круглих столах і організованих вузівцями міжнародних конференціях.

Міжнародна діяльність університету активно здійснюється в рамках укладених угод про співпрацю, основними положеннями яких є обмін науковим досвідом, підготовка студентів за спільними магістерськими програмами, спільна дослідницька діяльність, обмін науковою літературою тощо.

Першу міжнародну угоду було укладено у 2008 р. з Академічним товариством імені М. Балудянського, в рамках якої і сьогодні здійснюється активна робота.

Нині Київським університетом права укладено майже 100 меморандумів про співпрацю. Це – 22 країни світу та 47 навчальних закладів.

Університет має плідні наукові зв'язки із багатьма навчальними закладами США, Німеччини, Австрії, Швейцарії, Угорщини, Польщі, Словаччії, Чехії, Болгарії, Румунії, Молдови, Грузії та ін.

За достатньо короткий час нам вдалося налагодити контакти та підписати договори про співпрацю з міжнародними організаціями, органами державної влади і місцевого самоврядування, установами й відомствами інших держав. Зокрема, це Муніципалітет с. Кехнец (Словаччина), Центр інтелектуальної власності (Болгарія), Асоціація юридичних вузів (Російська Федерація), Патентне відомство Республіки Польща, Асоціація адвокатів Грузії, Представництво ООН в Україні, Німецька служба академічних обмінів DAAD, Інститут держави і права в Празі тощо.

У рамках міжнародної співпраці університет постійно відвідують іноземні гості та закордонні делегації для обміну досвідом у сфері освіти та науки. Так, університетом було прийнято понад 300 делегацій з різних країн світу. Окрім представників закордонних університетів, почесними гостями КУП НАНУ є працівники посольств та представництв іноземних держав. Така співпраця сприяє розширенню міжнародних контактів, зміцненню позитивного іміджу університету, спілкуванню студентів з представниками дипломатичних місій.

Серед друзів університету – працівники посольств Сполучених Штатів Америки, Німеччини, Болгарії, Польщі, Угорщини, Австрії, Сербії, Словаччини, Ізраїлю та інших.

Із 2015/2016 навчального року планується розширення переліку магістерських програм із вишами Грузії, Словаччини тощо, пошук і залучення нових закордонних партнерів до співробітництва з КУП НАНУ, поглиблення співпраці в рамках уже існуючих угод з університетами, міжнародними освітніми фондами та організаціями, залучення іноземних грантів.

З 2016 р. КУП НАНУ здійснюватиме організацію і проведення літніх шкіл разом із університетами-партнерами іноземних держав, зокрема з Тбіліським університетом ім. Давида Агмашенебелі (Грузія).

На Міжнародній спеціалізованій виставці «Освіта та кар'єра–2013» КУП НАНУ виборов гран-прі в номінації «Міжнародне співробітництво в галузі освіти і науки». Вважаємо це високою заслуженою оцінкою діяльності усього колективу.

КУП НАНУ – це заклад, який виховує гармонійну особистість, адже нове покоління молодих юристів повинно бути креативним, високоінтелектуальним, творчим, із багатим внутрішнім світом.

З цією метою, починаючи з 2008 р., у КУП НАНУ успішно реалізуються **10 соціально корисних молодіжних проєктів**: «Пізнай свій край»; «Інтелектуальна власність України: перлини сучасної літератури для студентської молоді»; «Інтелектуальна власність України: перлини сучасного живопису для студентської молоді»; «Майбутнє України – в руках талановитої молоді»; «Передай тепло своєї руки маленькій дитині»; «Передай тепло своєї родини людям поважного віку»; «Сьогодні зі спортом – завтра з майбутнім»; «Формуємо власну бібліотеку зі студентської лави»; «Кроки до прекрасного»; «Діти народжуються не для війни».

КУП НАНУ приділяє значну увагу фізичному вихованню та спорту як важливому компоненту виховання студентської молоді. Для цього в університеті створено всі можливості, зокрема у 2009 р. був побудований багатофункціональний спортивний комплекс: тенісний корт, універсальний спортивний корт, бадмінтонний корт із синтетичним покриттям «HARD», комплекс вуличних тренажерів.

У рамках проєкту «Сьогодні зі спортом – завтра з майбутнім» для студентів університету вже другий рік поспіль організовуються змагання з міні-футболу на Кубок імені Б. Є. Патона, на черзі – змагання з армреслінгу на Кубок імені Ю. С. Шемшученка. Постійно проводяться змагання зі степ-аеробіки, шахів, бадмінтону та настільного тенісу.

У КУП НАНУ започатковано шаховий турнір, присвячений пам'яті всесвітньо відомого вченого, академіка В. М. Корецького. Турніри у стінах університету відбуваються серед студентів-юристів вишів України і вже набули популярності.

КУП НАНУ став одним із піонерів у розвитку жіночого регбі в Україні – університетська жіноча команда з регбі входила до числа призерів як в Україні, так і за її межами.

Окрім спортивних уподобань наші студенти постійно відвідують музеї, театри, концерти та історичні пам'ятки міста, беруть участь у загальноміських, районних заходах.

У КУП НАНУ постійно проходять виставки живопису. Студенти, викладачі та співробітники мають чудову можливість милуватися картинами талановитих сучасних художників.

У рамках проєкту «Кроки до прекрасного» ми видали п'ять компакт-дисків із шедеврами вітчизняної та зарубіжної класичної музики. Робимо це щороку до дня народження університету.

І ще один важливий напрям виховної роботи – це духовне виховання студентської молоді. Тому на території КУП НАНУ було зведено капличку на честь преподобного Нестора Літописця, урочисте відкриття та освячення якої відбулося у 2013 р. Предстоятелем Української Православної Церкви Блаженнішим Митрополитом Київським та всієї України Володимиром.

Студентська капличка на честь святих Петра Могили була відкрита в листопаді 2015 р. і в Рівненському інституті КУП НАНУ.

За останні роки нам вдалося суттєво модернізувати вищий навчальний заклад, помітно зміцнити його матеріально-технічну базу. Зокрема, реконструйовано центральний хол університету – місце проведення урочистих заходів, презентацій та виставок живопису; облаштовано багатофункціональний спортивний зал, оснащений сучасними тренажерами, для занять атлетикою, боксом, шейпінгом, аеробікою та фітнесом;

побудовано спортивний комплекс загальною площею 1400 м<sup>2</sup>; модернізовано всі навчальні аудиторії; введено в експлуатацію дві багатофункціональні аудиторії (червоний та блакитний атріуми), чотири мультимедійні аудиторії, кабінет інтерактивного тестування та кабінет інформаційно-комунікаційних технологій, які обладнані інтерактивними дошками і комп'ютерами останнього покоління; модернізовано другий поверх навчального корпусу університету; здійснено роботи з добудови приміщень загальною площею 166,2 м<sup>2</sup>. На першому поверсі ми маємо сучасну студентську їдальню (156,6 м<sup>2</sup>), на другому поверсі – дві аудиторії, розраховані на 80 та 65 студентів; виконано реконструкцію фасаду центрального входу навчального корпусу КУПі НАНУ; встановлено павільйон, в якому розміщені Інтернет-кафе, сучасний копі-центр, Юридична клініка «Фенікс», Студентський парламент та книжковий магазин.

Крім того, ми постійно проводимо модернізацію приміщень у наших відокремлених структурних підрозділах у містах Рівному, Львові та Ужгороді. А гран-прі в номінації «Розвиток матеріально-технічної бази навчального закладу» на Міжнародній виставці «Освіта і кар'єра-2012» стало логічним здобутком університету.

За роки своєї діяльності Київський університет права НАН України визнаний одним із провідних наукових та освітніх центрів України. Він має гарні перспективи для подальшого розвитку юридичної освіти європейського зразка.

УДК 341.231.14/342.7

**Y. BARABASH**

*Yuliia Barabash, D. Sc. (History), assistant professor  
of University of Customs and Finance*

### **INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS STANDARDS: THE PROBLEMS OF THEIR IMPLEMENTATION IN UKRAINE**

Current events in Ukraine, related to social and economic problems, warfare and changes to Constitution (the main Law in Ukraine) have brought our judiciary on a new stage, which demands to overcome challenge aspects in legal system and the practice of Ukrainian Courts in the sphere of human rights protection. The situation, which is on the territory of the Donbas region, make us searching relevant ways for preventing natural or basic human rights and, of course, the rights of both the 1<sup>st</sup> and the 2<sup>nd</sup> generations. How can it be improved or are there any best ways to implement human rights standards to fulfill the State's duties and obligations?

The first answer is connected with the necessity and duty to protect human rights in accordance with national and international legal norms or standards, but on the territory, which is controlled by Ukrainian Government within Ukrainian borders and law system. The second answer is due to impossible abilities to realize aforementioned principles because of uncontrolled terrains of the Autonomous Republic of Crimea, the city of Sevastopol, Luhansk and Donetsk regions. It is not called as a "Collision in Law", but it is the same real collision, which is not easy to be solved in a short period of time. But there must be found all the criteria of possibilities to protect human rights not just on the territory of Ukraine, which is controlled by the Government, but also of those inhabitants, who are currently residing on the captured lands. The European Convention on Human Rights (ECHR)<sup>1</sup> is one of the main international law standards and it should help to overcome all the collisions in our national law system during the period of war and after it ends.

The main aspects of the implementation of the international standards on human rights have been scrutinized by such scientists as Emmert F.<sup>2</sup>, Palyuk V.<sup>3</sup>, Ilchenco I.<sup>4</sup>, Verlanov S.<sup>5</sup>, Barabash Yu.<sup>6</sup>, Bilas Yu.<sup>7</sup>, Rabinovych P.<sup>8</sup> and many others. The authors showed general issues of the national implementation, which had hint to the problems, connected with an undeveloped case-law in Ukraine and scrutinized the reasons of the European Court's of Human Rights practice realization in Ukraine.

The **aim** of the article is to analyze the problems of the implementation of international human rights standards in domestic law system.

The objects of the paper are the international human rights standards and the main issues, related to the problems of their implementation.

The main tasks of the paper are:

- to analyze the adoption problems of the ECHR in Ukraine;
- to show the unsolved issues in the domestic law practice;
- to pay attention to the current inabilities within realizing some articles and norms of the European Convention and the Covenant (1966) in accordance with the current situation in Ukraine.

Before we start showing the main problems, it is necessary to point out the main definition "human rights", which may be defined as moral principles or norms that describe certain standards of human behavior, and are regularly protected as legal rights in municipal and international law. Human rights entered in international law when the Charter of the United Nations was signed on 26 June 1945, in San Francisco.

The Charter of the United Nations<sup>9</sup> was adopted after the Second World War to bring together international cooperation to promote universal respect of human rights and fundamental freedoms for all as a main purpose of UN. Ukraine, as one of the founding States of the United Nations, in accordance with art. 55 of the UN Charter undertook these commitments.

To achieve the stated objective, the UN General Assembly adopted the Universal Declaration of Human Rights<sup>10</sup> on 10 December 1948, in which for the first time in history the fundamental rights and freedoms of a man were listed. Based on the Universal Declaration and adopted under the aegis of the United Nations, the International

Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)<sup>11</sup> and the International Covenant on Civil and Political Rights (1966)<sup>12</sup> were ratified by Ukraine in 1973.

Under international human rights standards we should understand the system of law rules (substantive and procedural, technological / engineering /) and regulatory requirements that have different legal force (compulsory, recommendation), which summarize the accumulated international experience in legal practice regulation and regulation of public relations in the field of human rights, their implementation and protection to ensure their uniform understanding and application.

It is important to note that international human rights law stresses that all human rights are universal, indivisible and interrelated.

The typology of human rights defines the next groups of them<sup>13</sup>:

1. *Classic and social rights.*

One classification used is the division between 'classic' and 'social' rights. 'Classic' rights are often seen to require the non-intervention of the state (negative obligation), and 'social rights' as requiring active intervention on the part of the state (positive obligations).

2. *Civil, political, economic, social and cultural rights.*

3. *Fundamental and basic rights.*

Fundamental rights are taken to mean such rights as the right to life and the inviolability of the person.

4. *Other classifications* (freedom, civil liberties, individual and collective rights, the first, the second and the third generation rights).

One of the most important standards on human rights protection is the European Convention on Human Rights (formally the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms). It is an international treaty to protect human rights and fundamental freedoms in Europe. Drafted in 1950 by the then newly formed Council of Europe, the convention entered into force on 3 September 1953.

As it has been aforementioned, in 1997, Ukraine became a member of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Some other important human rights treaties, ratified by Ukraine, are: Convention on the Rights of the Child (ratified in 1991); Convention against Torture (ratified in 1987); European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (ratified in 1997); European Convention on the Exercise of Children's Rights (ratified in 2006); Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (ratified in 2010); Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (signed in 2011, not ratified).

It is necessary to point out that there are Universal and Regional levels of standards. Countries are increasingly under pressure to protect the human rights of their citizens in what has become a global norm, recognized by the United Nations (UN). According to the norm, individual states have to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. It means, for example, that a state should have an independent judiciary with an impartial and effective police service, ensure the accountability of the government to the people and, effective participation of citizens in the governance of the country.

What are the main human rights *obligations*?

They are:

- Respect and ensure rights to all individuals
- Obligation to protect human rights
- Obligation to implement human rights
- Fulfillment of obligations, duties
- Due diligence obligations (prevention), (violation), (punishment).

The Constitution of Ukraine is an important tool for the protection and promotion of human rights in the State. But in Ukraine the current level of effectiveness of the implementation of international standards is quite low. The reasons of it are common and special. Both are related to the incorporation of international law standards into Ukrainian legal system only within the usage of just the international treaties, but forgetting about the other sources of international law.

Analysis of the effective implementation conditions of international human rights standards at the level of law enforcement shows that among the main problems, that exist in Ukraine in this area, can be called a lack of established court practice on human rights in the courts of general jurisdiction and specialized courts.

Among the current challenges and problems there are also those ones, which are shown in the Statement of the Supreme Soviet of Ukraine "About derogation of Ukraine from certain obligations, specified by the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms"<sup>14</sup>. The Statement claims that Ukraine informs the Secretary General of the United Nations and the Secretary General of the Council of Europe about the status of the security situation in the Donetsk and Lugansk regions and the change of the territory, covered by derogation from the obligations of Ukraine under the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights and Fundamental freedoms.

As the abovementioned Statement points out, the invader country is responsible for the observance and protection of human rights in stated territories both within international humanitarian law and the international law of human rights. It means that it is impossible for Ukraine to realize the human rights protection there, especially in accordance with the paragraph 3, article 2, and articles 9, 12, 14, 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the articles 5, 6, 8 and 13 of the European Convention on Human Rights.

Moreover, full responsibility for human rights and providing the relevant international treaties and annexed to the temporarily occupied territory of Ukraine is up to the Russian Federation. As for the settlers from the occupied territories, they have more abilities to be protected within their rights, so as they are able to realize them within Ukrainian legislation and are able to sue to the European Court of Human Rights as well, but they still have lots of limitations in practice.

It is also necessary to mention the problems of international human rights standards implementation on the controlled territory of Ukraine. They are related to the lack of independence of the judiciary<sup>15</sup>; lustration policy towards innocent people, but not using it towards those ones, who used to violate human rights during the previous political regime, corruption in all the spheres of human activity and violation of human economic and cultural rights. Judicial and security sector reforms don't guarantee quick adoption of all the elements, which are predicted to be according European manner.

So, the aforementioned aspects allude to the necessity of a very deep implementation of the European standards in the sphere of human rights law practice in Ukraine for to avoid the problems we do have in our current situation with indivisible territory, but separated because of warfare.

As for solving of the problems, related to human rights protection of the citizens, which stayed on the captured territory, first of all the limitations must be fundamentally eliminated financially, so as, only in the case the person is aware and sure, that she or he have all living standards, new job and appropriate wages, there are possibilities to realize all their human rights in accordance with European standards. In such a way, temporarily displaced citizens are able to be protected within Ukrainian laws and without the aforementioned restrictions (the Statement of the Supreme Soviet of Ukraine "About derogation of Ukraine from certain obligations, specified by the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention").

In the next articles there should be given coverage of other important international human rights standards and the problems of their implementation in the domestic Ukrainian legal system.

<sup>1</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. – Режим доступу: [https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Convention\\_ENG.pdf](https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Convention_ENG.pdf)

<sup>2</sup> *Frank Emmert*. The Implementation of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in New Member States of the Council of Europe - Conclusions Drawn and Lessons Learned. – Indiana University Robert H. McKinney School of Law, December 12, 2011. – Режим доступу: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1971230](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1971230)

<sup>3</sup> *Палюк В.* Застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод для розкриття принципу верховенство права // Науково-практична Інтернет-конференція 14.12.2012. – Режим доступу: [http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com\\_content&view=article&id=417%3A141212-18&catid=54%3A2-1212&Itemid=68&lang=ru](http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=417%3A141212-18&catid=54%3A2-1212&Itemid=68&lang=ru)

<sup>4</sup> *Ichenco Ivanna*. The implementation of the 1950 European Convention on Human Rights and the case-law of the European Court of Human Rights: Ukraine's and Poland's Governments practice. – Режим доступу: [http://www.academia.edu/6825634/The\\_implementation\\_of\\_the\\_1950\\_European\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights\\_and\\_the\\_case-law\\_of\\_the\\_European\\_Court\\_of\\_Human\\_Rights\\_Ukraine\\_s\\_and\\_Poland\\_s\\_Governments\\_practice](http://www.academia.edu/6825634/The_implementation_of_the_1950_European_Convention_on_Human_Rights_and_the_case-law_of_the_European_Court_of_Human_Rights_Ukraine_s_and_Poland_s_Governments_practice)

<sup>5</sup> *Верланов С. О.* Економічні і соціальні права людини: європейські стандарти та їх впровадження в юридичну практику України (загальнотеоретичне дослідження / С. О. Верланов. – Л.: Край, 2009. – 196 с.

<sup>6</sup> *Барабаш Ю. Г.* Конституційна політика України у сфері імплементації міжнародних стандартів прав людини // Проблеми законності. Вип. 100. – Х.: Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 2009. – С. 71–83.

<sup>7</sup> *Білас Ю. Ю.* Європейські стандарти прав людини в контексті правозастосування сучасної України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12 / Ю. Ю. Білас; Нац. акад. внутр. справ. – К., 2011. – 19 с. – укр.

<sup>8</sup> *Рабінович П. М.* Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації (загальнотеоретичні аспекти) : Пр. Львів. лаб. прав людини і громадянина / П. М. Рабінович, Н. М. Раданович; Акад. прав. наук України, Наук.-дослід. ін-т держ. буд-ва та місц. самоврядування. – Л.: Астрон, 2002. – 192 с. – (Дослідж. та реф.; Вип. 4). – укр.

<sup>9</sup> Charter of the United Nations. – Режим доступу: <http://www.un.org/en/charter-united-nations/>

<sup>10</sup> The Universal Declaration of Human Rights. – Режим доступу: <http://www.un.org/Overview/rights.html>

<sup>11</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

<sup>12</sup> International Covenant on Civil and Political Rights. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

<sup>13</sup> Three Generations of Human Rights. – Режим доступу: <http://www.globalization101.org/three-generations-of-rights/>

<sup>14</sup> Постанова Верховної Ради України «Про Заяву Верховної Ради України «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод» від 21.05.2015. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/462-viii>

<sup>15</sup> Report on the human rights situation in Ukraine / Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. – 12 April 2014 – 28 p. – P. 3.

### Резюме

#### **Барабаш Ю. В. Міжнародні стандарти з прав людини: проблеми їхньої імплементації в Україні.**

У статті вказані основні поняття, зокрема, міжнародних стандартів прав людини, проблеми їхньої імплементації в українську правову систему. Охарактеризовано сучасні проблеми, пов'язані з військовими діями та неможливістю захисту прав людини на сході країни та в Автономній Республіці Крим згідно європейського законодавства.

**Ключові слова:** права людини, міжнародні стандарти з прав людини, Конституція України, Пакт, Хартія, Декларація, імплементація.

Резюме

**Барабаш Ю. В. Международные стандарты по правам человека: проблемы их имплементации в Украине.**

В статье указаны основные понятия, в частности, международных стандартов прав человека, проблем их имплементации в украинскую правовую систему. Охарактеризованы современные проблемы, связанные с военными действиями на востоке страны и невозможностью защиты там и в Автономной Республике Крым прав человека согласно европейскому законодательству.

**Ключевые слова:** права человека, международные стандарты по правам человека, Конституция Украины, Пакт, Хартия, Декларация, имплементация.

Summary

**Barabash Y. International human rights standards: the problems of their implementation in Ukraine.**

The scientific paper has shown the main notions of the international human rights standards, the problems of their implementation into Ukrainian legal system. An attempt has been made to scrutinize the current problems, related to the warfare in Ukraine and inability to protect human rights in Eastern part of Ukraine and on the territory of Autonomous Republic of Crimea in accordance with the European law.

**Key words:** human rights, international standards on human rights, the Constitution of Ukraine, Covenant, Charter, Declaration, implementation.

УДК 340.12

**А. М. БЕРНЮКОВ**

*Анатолій Миколайович Бернюков, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Хмельницького інституту соціальних технологій ВМУРОЛ «Україна»*

**РЕЛЯЦІЙНІСТЬ В КОНЦЕПЦІЇ ЮРИДИЧНОЇ ГЕРМЕНЕВТИКИ А. КАУФМАНА**

Нині усі правові теорії так чи інакше зводяться до відомих моделей: юснатуралізм та юрпозитивізм. Певною мірою в цьому ряду дещо відособлено можна додати інтегративістську концепцію (у спробі поєднання першого з другим) та «третьій шлях» А. Кауфмана (який, по суті, все ж, у методологічному плані, у кінцевому рахунку, спрямовується до високих ідеалів *ius*). Тож дане не змінює «розклад» ситуації в філософії права. І останні два підходи є, фактично, лише умовним розгалуженням (якщо хочете – продовженням) перших вищезазначених класичних концепцій. Разом з тим в цьому плані кауфманізм та юрнтегративізм заслуговують на окремий розгляд, принаймні хоча б для того, аби не повторювати більше помилок цих методолого-правових «експериментів». У даній же статті ставиться за мету аналіз, зокрема, одного із постулатів, на якому побудована концепція «третього шляху», а саме – категорія «реляційність». Особливої актуальності таке дослідження набуває у зв'язку з відсутністю публікацій у вітчизняній науці з цього предмета.

Отже, відомий дослідник Кауфман на початку другої половини ХХ ст. запропонував свій альтернативний онтологічний метод, що своїм корінням, все-таки, більше тяжіє до гносеології. Зокрема, він розробив концепцію динамічно-історичного правотворення. При цьому слід зазначити, що його новаторські ідеї свого часу одержали значну підтримку та отримали багато схвальних відгуків.

Кауфман формулює свою основну герменевтико-правову тезу так: «Якщо ми сказали, що відкриття права – це не простий пасивний акт субсумації, а активне будівництво, в яке суб'єкт втручається в своєму дослідженні, то це все підводить нас до висновку, що право – це не щось субстанціональне; воно не належить сфері «речей», а лише відносин. Природа права реляційна, тому що воно складається із зв'язків осіб з іншими особами та речами. Через це стає очевидним, що для юридичної думки існує тільки «відкрита система», всередині якої знаходиться лише «інтерсуб'єктивність».

У більш детальному сенсі активність – це не просте сприйняття, а передусім саморозуміння у цьому процесі. Для сприяння тому, щоб текст говорив, перекладач повинен підходити до нього, маючи «попереднє поняття» (Йозеф Ессер), «упередження» (Ганс-Георг Гадамер). Тільки тоді, коли він сам складає частини горизонту знань, ступаючи по ґрунту традиції, яку отримав, він буде знаходитися в умовах обґрунтування аргументованості «тимчасового» висновку, який з ним вже прибув. Таким чином, виконає те, що називається «спіраль», або «герменевтичне коло». Герменевтика не опускається до теорії аргументації, але вимагає її<sup>1</sup>.

Сказавши «а», Кауфман, заперечивши необхідність пізнання «дійсного» поза рамками інтерсуб'єктивності (яка працює лише на паливі дискурсної аргументації), говорить і «б». Відкинувши таким чином онтологію, але разом з тим розуміючи, що якийсь фундамент, від якого має відштовхуватися правоінтерпертатор, все ж має бути, даний вчений пропонує замінити *ius naturale* та *lex* на «реляційність», прикріплюючи до цього власне обґрунтування такої необхідності: «Починаючи з Канта все більше утверджується думка про

те, що людина – це не лише об'єкт, а й водночас, у більш суттєвій формі – зв'язок. Людина як «істота, що говорить» виглядає як така, що направлена до іншої, горизонти розуміння якої об'єднуються в її власному розсуді. Тобто, співзануреність у ближнього не належить до сфери об'єктивного, але останній формує зі мною сферу соціально-духовну, яка стає складовою мого власного існування як своєї власної. Для суб'єктивної думки, людина як протилежна істота, опредмечується. З цього висновку випливає необхідність зміни сутнісної онтології до онтології реляційної.

Концепція відносин означає, що особа діє в рамках зв'язків з іншими особами. Вона зосереджена на цьому конститууючому фундаменті. Це саме те, що особа диференціює у відносне мислення функціоналізму, який об'єднує усіх істот в наборі їх зв'язків. Для функціоналізму не існує вже будь-якої полярності між пов'язаним і самим зв'язком; залишається тільки як такий зв'язок, який вивільнюється так до того, щоб з'явитися також як нова форма речовини. Неминучим наслідком цього є те, що усі субстанції робляться повністю взаємозамінними<sup>2</sup>.

При цьому, аби не склалося враження, що Кауфман захопився і людину також прирівняв до субстанції, він робить відповідну ремарку, в контексті розгляду ним «реляційності»: «Зауважте: особа – це не субстанція, особа – це співвідношення, а точніше: одиниця структури відносин та його змісту»<sup>3</sup>. Як пояснює далі Кауфман, кожний суб'єкт «це є особа, яка знаходиться в пошуку, як феномен точки пересікання предмета і відношень, від статичності до динаміки ... Тому зверху певна реляційна онтологія в її оформленні повинна бути онтологією персональною як онтологія, яка більше впізнає не річ, а особу як типовий випадок буття»<sup>4</sup>.

У проекції на право уся ж ця реляційність, як онтологія відносин, означає для Кауфмана наступне: «Вищезазначена реляційна онтологія повинна бути в своїй будові онтологією людини; онтологія вже не має вважати людину річчю, а як архетип буття. Відповідно, також і онтологія права повинна бути створена як реляційно-персоналістська онтологія»<sup>5</sup>. Роз'яснює ж свою позицію Кауфман так: «Дискурс, процес не може існувати без «теми», без «об'єкта», який дає йому ідентичність. Цей «об'єкт» в сфері нормативної етики, теорії норм та юриспруденції – це не є дещо сутнісне (як нам говорить про це стара субстанційно-онтологічна теорія природного права), і не щось функціонально обумовлене (як, наприклад, говорить про це Луман), – а це є щось реляційне. У будь-якого порядку є характер відносин. Цю думку ми знаходимо вже у Фоми Аквінського: «*Ordo non est substantia, sed relatio*». А відносно ж правового змісту, то можна сказати, що будь-яка особа сприймається як сукупність відносин, в яких людина перебуває з іншими людьми та речами»<sup>6</sup>.

Продовжуючи таким чином фактично підіймати людину над правом, аби закріпити її безумовний статус творця юридичних норм, Кауфман, збільшуючи «ставки», зазначає: «Людина реалізується як особистість в її зв'язках і залежності від інших людей і речей, для добра або для зла: вона – це батько і син, покупець і продавець, злочинець і жертва, власник і крадій. Ці особисті зв'язки формують основу, «матерію» правового порядку. Те, що визначається людиною в якості кожного конкретного правового явища, не є самим по собі правом, а виступає таким як конкретні відносини, особистий зв'язок між людьми та речами. А оскільки цей зв'язок є конкретним та реальним, то він не вільний від оцінок. Але це не означає, що це відношення встановлюється раз і назавжди, але воно завжди встановлюється в кожному конкретному часі та ситуації. Самореалізація людини завжди історична. Таким чином, право також є історичним. Але право може бути тільки те узаконене, яке надає людині те, що відповідає її особистісному уявленню про нього»<sup>7</sup>.

«Цементує» ж Кауфман дані міркування про право, як реляційність, такою тезою: «Людина здійснює себе як особа в своєму загостреному досвіді і залежності від інших людей та речей, як добро і зло: вона – батько і син, покупець і продавець, потерпіла сторона, власник і злодій. Ці персональні відносини утворюють основу, як би «субстанцію» права, яку Вернер Майхофер називає як «структуру відповідності» можливостям. Інакше кажучи, «право як річ» саме по собі не є трансцендентальним правом, воно таким стає лише як конкретні особисті відносини між людьми і речами. Це те, що визначає будь-яке правове явище як таке. Оскільки це відношення є конкретне і реальне, то воно не вільне від цінностей. Але воно не підходить до будь-якої диспозиції. Однак це не означає, що воно не визначено також часом та ситуацією. Самореалізація людини відбувається завжди історично. Тому право також є історичним. Але завжди право зможе узаконити себе тільки завдяки тому, що надає йому людина, як особа, як має право»<sup>8</sup>.

Накриває ж Кауфман свою конструкцію під назвою «право як людська реляційність» дахом у вигляді підсумовуючого висновку: «Традиційна юридична методологія розуміє юридичне віднаходження як строгу логічну операцію безперервного ланцюга від верхньої до нижньої підставки, тобто так звану категоризацію; при цьому правоінтерпретатор як суб'єкт випадає з гри, об'єднуючи лише дві об'єктивні величини, закон і випадок один в одному, які не зазнають змін у собі цим актом. На противагу цьому юриспруденція інтересів, вчення про вільний розсуд і соціологічна юриспруденція визнали, що роль судді в жодному разі – не є репродуктивною в юридичному процесі віднаходження, а включає в себе продуктивні, творчі моменти. Але тільки більш нова юридична герменевтика навела доказ, що юридичне віднаходження не завжди відбувається за суб'єктно-об'єктною схемою, що скоріше суддя як правоінтерпретатор завжди перебуває в герменевтичному процесі, в якому і виробляється те саме першоправо. Іншими словами, конкретна справа існує не тільки десь поза межами юридичного процесу віднаходження, а здійснюється тільки в цьому процесі.

Проблемою є питання про те, чи існує дійсність, що визначає юридичний процес віднаходження і обмежує разом з тим його свавілля, як існуюча правова реальність. Функціоналістська неонтологічна юридична теорія повинна заперечувати її існування. Для неї право існує тільки в процесі, тобто право збігається з процесом і тому повною мірою однорідне з ним.



Онтологія субстанції не допомагає вирішити цю дилему, оскільки вона веде до повної окаменілості та застою права. Тому правильне вирішення віднаходиться в онтології людини як феномена точки перетину предмета і відносин статичної та динамічної. Це є онтологія реляціонізму, оскільки саме в одиницях структури реляції та релята, і здійснюється конкретне. У персоналістській речовій онтології особа більше не пізнається як типовий випадок буття також і правом.

Основа і як «матеріал» права – це особисті відношення особи до інших осіб та речей. Вони утворюють «річ», яка себе в юридичному прояві себе і ідентифікує як таку»<sup>9</sup>.

У результаті в якості інструкції «з догляду» Кауфман зводить всі свої міркування про реляційність права до вимоги про те, що «ми повинні шукати ідею про право в цьому світі, поміж нас самих. Ідея про право – це ідея людини, це її уявлення про те як чи інакше це явище може бути, – але що таке «ідея людини»? Тільки тут потрібно пропонувати обдуману відповідь, яка здатна полегшити узгодженість в дискурсі багатьох учасників та їх аргументації; тому слід вести мову тільки про тимчасову відповідь, яка завжди є відкритою, вона має перевірятися теорією фальсифікації або ж виводиться з констатування того, що є квінтесенцією несправедливого права, при цьому, однак, те, що є квінтесенцією права, не може бути піддано перевірці (критерій якої останнім часом є дуже обговорюваними, особливо в рамках «критичного раціоналізму Попера). Однак, як би там не було, «що» таке справедливість і «як» її досягти – невіддільні одне від одного, будучи взаємно обумовленими. Це не еліміноване правило вписано в саме буття людей, оскільки людина є одночасно і «що» і «як», як вона є особистісно»<sup>10</sup>.

Тому в такій «онтології реляційності» саме по собі виникає питання про характер зв'язку «теорії аргументації» та юридичної герменевтики в Кауфмана. На це останній відповідає так: «Може здатися, що ми показали, що герменевтика та теорія аргументації це – протилежності та нерідні сестри. Друга переходить головним чином в аналітику, яка до цих пір була найбільшим ворогом герменевтики, і цей зв'язок все ще залишається цінним для тих, хто культивує теорію аргументації. В цьому дослідженні ми не можемо, та й не потрібно розглядати усі напрямки, які зустрічаються в теорії цього питання: перш за все тому, що як вказав Ульфрід Нейман, не існує належної «теорії юридичної аргументації». При цьому дискусійним видається й положення про те, що «топіка» та «риторика» розглядаються як спеціальні типи теорії аргументації. Експерти ж навіть не погоджуються застосовувати ідею «відкритої системи» до теорії аргументації»<sup>11</sup>.

Щоб добити до кінця класичний варіант «теорії аргументації», як концепції у вигляді закритої системи в межах лише однієї логіки, Кауфман виводить її на новий рівень, розбавляючи «теорією інтерпретацій»: «Одним з основних питань, і в той же час найбільш важких, для теорії аргументації – а також й інших, таких як контрактуалізація, дискурс і загальна етика – це визначення ієрархії аргументів. Тому що, зазвичай, існують слабкі та сильні, або виграшні та програшні аргументи, і при цьому слід, опираючись на певні пріоритети, розташувати їх у певній послідовності; але: чи дійсно існує одна градація, яка базується на раціональних критеріях, і була б визначена через силу логіки? Або ж буде більш правильною, як вказав Карл Інгіш, судова практика, в якій суди «обирають від випадку до випадку ті методи інтерпретації, які могли показати задовільний результат?»<sup>12</sup>.

Але усім цим не знімається закономірне питання про те, в чому ж тоді конкретна спільність та відмінність між «герменевтикою» та «аргументуванням» в процесі правозастосування, адже, по ідеї, вони мають йти рука об руку в процесі віднаходження «норми» для «факта»? У Кауфмана і на це мається розгорнута відповідь: «Ми щойно опинилися в самому центрі методологічної дискусії. Але перед тим, як повністю увійти у цей спір, – а це ми зробимо в іншій частині нашого дослідження, – давайте здійснимо короткий опис особливостей, які характеризують теорію аргументації:

По-перше, вже згадувана ідея про відкриту систему, або точніше те, що не існує однієї абсолютної системи, а лише один «спосіб проблематичного мислення».

По-друге, не існує вичерпного каталогу інтерпретаційних канонів, а є безмежна кількість аргументних засобів, кожен з яких повинен бути допустимим в раціональному дискурсі, вільному від обмежень.

До цих пір теорія аргументації та герменевтика йшли разом, але тепер починаються розбіжності.

По-третє, теорія аргументації є «антигерменевтичною», оскільки вважає герменевтику метафізичною ірраціональністю. В цьому вона помиляється, оскільки герменевтика є раціональною. Те, чим вона займається, є повністю або частково ірраціональні речі – оскільки саме цим є активність відкриття права – відповідно до цього девізу. Насправді ж герменевтика відноситься до ірраціонального самим раціональним способом.

По-четверте, теорія аргументації є «антионтологічною» в тому значенні, яке означає безрозсудно «онтологічний», яке переходить в «субстанційно-онтологічне», що, до речі, теж відкинуто герменевтикою. Разом із тим теорія аргументації все-таки базується на «онтологічних» основах, хоч і не на «субстанційно-онтологічних».

По-п'яте: не погоджуючись з герменевтикою стосовно її заперечення суб'єкт-об'єктної схеми, теорія аргументації захищає за будь-яку ціну «об'єктивність». І навіть більш того: принципово стверджується достатня повнота аргументних засобів і повне виключення від випадковостей. Але цій об'єктивності в такому вигляді не вдалося стати зовнішньою формою ні в природному праві, ні в позитивізмі, оскільки до цих пір аналітична теорія права цього так і не могла досягнути. У зв'язку з цим чи не варто цю передбачувану об'єктивність виставляти в якості «влади для аргументації», замість того, щоб розуміти під нею «аргументну раціональність?»<sup>13</sup>.

Ну що тут ще додаси, – більш ніж детально дано роз'яснення стосовно віднаходження аргументів для застосування тієї чи іншої норми в ході юридичної інтерпретації. Однак Кауфман на цьому не зупиняється

та наводить додаткові доводи на користь права-в-пізнанні. І це він здійснюється за рахунок зняття з юридичного аргументування яких би то не було обмежень: «Юридична герменевтика, як знання трансцендентальних умов за яких віднаходиться зміст письмових текстів, дозволяє пояснювати спосіб, у який було здійснене розуміння: ключовий момент юридичного методу не полягає в субсумції, але в операціях риторики та аргументації, які, у першу чергу, відкривають право, і доводять його у відкритій системі. І звідси ми можемо побачити, що теоретично, як це було підмічено деякими дослідниками, кількість можливих аргументів необмежена. Не існує виключно лише чотирьох канонів Савінії, оскільки є багато інших важливих критеріїв, таких як: зосередженість на результаті, рівність, правова визначеність, індивідуальні інтереси і надіндивідуальні, генезис правил, загальні принципи, відповідність Конституції, практичність, природа речі тощо. Як нам впоратися із усім цим, особливо в тих випадках, коли немає чіткого раціонального зв'язку в ієрархії між аргументними шляхами? Безапеляційно Карл Інґш визнає, що практика суддів полягає в «обранні від випадку до випадку тих методів інтерпретації, які призводять до задовільного результату». Або ж той, хто приймає рішення про цінність та ранг пояснювального засобу або про спосіб доказування – ... сам собі перекладає!

Будуть ті, хто заперечуватиме це судження, оскільки вони залишаються прихильниками суб'єкт-об'єктної схеми і вважають, що перше ніколи не повинно впливати на друге. Але буває, що саме в герменевтичних науках – і безсумнівно юридичної сфери – ця схема не працює»<sup>14</sup>.

Отже, максимально абсолютизуючи тезу про індивідуальність кожного юридичного випадку, Кауфман, фактично, заперечує саму можливість наявності стійкої правової типологізації у вигляді незмінних правил (в їх існуванні нібито відпадає потреба). Натомість, цим німецьким дослідником пропонується все вирішувати за процедурою «ад хок». Отже, право постає у нього плавучим і гнучким, сипким та нестійким. А відтак, і непридатним для використання в юридичній практиці. Питання ж про стійку онтологічну основу права та її детальне обґрунтування є темою для наступних наукових розвідок.

<sup>1</sup> Kaufmann A. Concepción hermenéutica del método jurídico / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1996. – № 35. – P. 15.

<sup>2</sup> Kaufmann A. Qué es y cómo «hacer justicia» (un ensayo histórico-problemático) / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1986. – № 15. – P. 28.

<sup>3</sup> Kaufmann A. Recht und gewissen. Bemerkungen zum problem der rechtsgeltung / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1991. – № 24. – P. 145.

<sup>4</sup> Kaufmann A. Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik / A. Kaufmann // Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofia del derecho y filosofia social (I.V.R.). Symposia II. Volumen VI. / Coordinada J. L. Curiel B. – Mexico : Universidad nacional autonoma de Mexico, 1982. – P. 14.

<sup>5</sup> Kaufmann A. Qué es y cómo «hacer justicia» (un ensayo histórico-problemático) / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1986. – № 15. – P. 29

<sup>6</sup> Kaufmann A. Recht und gewissen. Bemerkungen zum problem der rechtsgeltung / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1991. – № 24. – P. 144.

<sup>7</sup> Kaufmann A. Qué es y cómo «hacer justicia» (un ensayo histórico-problemático) / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1986. – № 15. – P. 29–30.

<sup>8</sup> Kaufmann A. Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik / A. Kaufmann // Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofia del derecho y filosofia social (I.V.R.). Symposia II. Volumen VI. / Coordinada J. L. Curiel B. – Mexico : Universidad nacional autonoma de Mexico, 1982. – P. 14.

<sup>9</sup> Kaufmann A. Там само. – P. 15.

<sup>10</sup> Kaufmann A. Qué es y cómo «hacer justicia» (un ensayo histórico-problemático) / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1986. – № 15. – P. 30.

<sup>11</sup> Kaufmann A. Concepción hermenéutica del método jurídico / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1996. – № 35. – P. 16.

<sup>12</sup> Kaufmann A. Concepción hermenéutica del método jurídico / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1996. – № 35. – P. 17.

<sup>13</sup> Kaufmann A. Concepción hermenéutica del método jurídico / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1996. – № 35. – P. 17–19.

<sup>14</sup> Kaufmann A. En torno al conocimiento científico del derecho / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1994. – № 31. – P. 12–13.

## Резюме

### **Бернюков А. М. Реляційність в концепції юридичної герменевтики А. Кауфмана.**

У представленій статті здійснюється аналіз поняття «реляційності» як одного з основних положень, на яких будується концепція юридичної герменевтики А. Кауфмана. При цьому автором висвітлюються загальнометодологічна установка даного пункту «третього шляху» в юриспруденції. В результаті цього відбувається формування розуміння наукових мотивів, що спонукали А. Кауфмана до розробки його ідей. Такий науковий погляд також дає змогу розкрити більш детально головні принципи, на яких побудована концепція кауфманізму. Нині подібного роду філософсько-правове дослідження є методологічно обґрунтованим та заслуговує на широку наукову увагу.

**Ключові слова:** право, буття права, філософія права, А. Кауфман, «третій шлях» юриспруденції.

## Резюме

### **Бернюков А. М. Реляционность в концепции юридической герменевтики А. Кауфмана.**

В представленной статье проводится анализ понятия «реляционности» как одного из основных положений, на которых строится концепция юридической герменевтики А. Кауфмана. При этом автором освещаются общеметодологической установки данного пункта «третьего пути» в юриспруденции. В результате этого происходит формирование понимания научных мотивов, побудивших А. Кауфмана к разработке его идей. Такой научный взгляд также позволяет раскрыть более детально основ-

ные принципы, на которых построена концепция кауфманизма. Сейчас подобного рода философско-правовое исследование является методологически обоснованным и заслуживает на широкое научное внимание.

**Ключевые слова:** право, бытия права, философия права, А. Кауфман, «третий путь» юриспруденции.

### Summary

#### **Bernyukov A. Relations in the concept of a legal hermeneutics of A. Kauffman.**

In the presented article the analysis of the concept «relations» as one of basic provisions on which the concept of a legal hermeneutics of A. Kauffman is under construction is carried out. Thus, are lit with the author all-methodological installation of this point of «the third way» in law. Therefore, there is a formation of understanding of the scientific motives which induced A. Kauffman to development of his ideas. Such scientific view also allows to open in more detail the basic principles on which the concept of a Kauffman's theory is constructed. Now, philosophical and legal research of this sort – is methodologically reasonable and deserves on broad scientific attention.

**Key words:** law, being of law, legal philosophy, A. Kauffman, “the third way” of law.

УДК 340.12

### **В. О. ДЕСЯТНИК**

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

## **КРИТИЧНО-ПРАВОВЕ МИСЛЕННЯ: ПРОГРЕС НАУКИ**

*«Прогрес науки полягає в пробах, в усуненні помилок та в подальших пробах, керованих досвідом, набутим в ході попередніх проб та помилок. Ніяку теорію ніколи не можна вважати абсолютно надійною; будь-яка теорія може стати проблематичною, наскільки б добре підкріпленою вона не здавалася зараз. Ніяка наукова теорія не є священною та недоторканою, що стоїть вище критики».*

*К. Поппер.*

Фундаментальна методологічна концепція критично-правового мислення полягає в тому, що наукове юридичне дослідження може здійснюватися не завдяки вкрай поширеному серед юристів-позитивістів індуктивному методу й не з допомогою популярного серед прихильників природно-правового мислення чистого дедуктивного методу, а із застосуванням наукового методу проб та усунення помилок, припущень і спростувань\*.

Вітчизняна юридична наука усіх рівнів здійснює спроби виявити, розкрити істинну сутність, істинну природу правових явищ, їх приховану реальність\*\*. Завдяки розкриттю нібито істинних сутностей правових явищ наша юридична наука формулює правові поняття, визначає значення усіх правових термінів\*\*\*; на їх підставі правознавці намагаються створити досконалі, достовірні, точні, логічно несуперечливі правові концепції, надійні теорії та системи. Тобто, сучасна вітчизняна юридична наука здебільшого зосереджена на дослідженні структури наукового знання.

На противагу дослідженню структури наукового знання завданням цього дослідження є спроба розуміння, пояснення, стислого, спрощеного викладу теорії зростання наукового знання, прогресу науки, яка принесла її розробнику К. Попперу світову популярність<sup>1</sup>. Ця теорія разом із антиіндуктивізмом, спростованістю як критерієм розмежування науки та ненауки, гіпотетичністю наукового знання його об'єктивності\*\*\*\* є засадами філософії критичного розуму, а отже, й пробно висунутої мною методологічної концепції критично-правового мислення.

© В. О. Десятник, 2015

\* Див. докладніше мою концептуальну статтю «Критично-правове мислення» // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://kul.kiev.ua/images/chasop/2014\\_3/CHAS14\\_3.pdf](http://kul.kiev.ua/images/chasop/2014_3/CHAS14_3.pdf)

\*\* Про методологічний есенціалізм див. мою статтю «Методологія давньогрецьких філософів та сучасна філософія права» // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 4, а також, особливо, мою статтю «Методологічний есенціалізм та юридичне мислення» // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kul.kiev.ua/gurnal-chasopis-kup-/chasopis-kijivskogo-universitetu-prava.html>

\*\*\* Про критику методу визначень Арістотеля та вимоги встановити значення усіх термінів див. мою статтю «Критика методу визначень Арістотеля та сучасна юридична наука» // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kul.kiev.ua/gurnal-chasopis-kup-/chasopis-kijivskogo-universitetu-prava.html>

\*\*\*\* Опис названих методологічних проблем див. в моїх статтях, опублікованих у «Часописі Київського університету права». – 2014. – № 4; 2015. – № 1–3) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kul.kiev.ua/gurnal-chasopis-kup-/chasopis-kijivskogo-universitetu-prava.html>

## 1. Проблема зростання наукового знання – фундаментальна проблема теорії пізнання

*«Центральною проблемою епістемології завжди була й досі залишається проблема зростання знання. Найкращий же спосіб вивчення зростання знання – це вивчення зростання наукового знання».*

*«Майже усі проблеми традиційної епістемології пов'язані з проблемою зростання знання. Я схильний заявити навіть дещо більше: від Платона до Декарта, Лейбніца, Канта, Дюгема та Пуанкаре, від Бекона, Гоббса та Локка до Юма, Мілля та Рассела розвиток теорії пізнання надихався надією на те, що вона допоможе нам не тільки дізнатися щось про знання, але й зробити певний внесок в прогрес знання, тобто в прогрес наукового знання».*

*К. Поппер.*

Наука, філософія, раціональне мислення – всі вони повинні починати зі здорового глузду, стверджує К. Поппер. Справа не в тому, каже він, що здоровий глузд може слугувати надійним вихідним пунктом: термін «здоровий глузд», який він використовує, – дуже розпливчастий вже тому, що він позначає вельми розпливчату та мінливу річ – часто адекватні, або правильні, але часто неадекватні, або помилкові, інстинкти чи думки безлічі людей. Як може така розпливчата й ненадійна річ, як здоровий глузд, послугувати нам вихідним пунктом, ставить питання К. Поппер й сам відповідає: тому що ми не прагнемо (як наприклад Декарт, Спіноза, Локк, Берклі чи Кант) побудувати на цих «підставах» надійну систему. Будь-яку множину припущень нашого здорового глузду, – сукупність їх К. Поппер називає фоновим знанням здорового глузду, – з якого ми починаємо, можна в будь-який момент піддати сумніву та критиці; і часто в результаті успішної критики це припущення відкидається. У цьому випадку здоровий глузд або зазнає відповідного виправлення, або ми виходимо за його межі та замінюємо його теорією, що певний час може здаватися деяким людям більш-менш «божевільною». Якщо для розуміння такої теорії потрібна досить тривала підготовка, може виявитися, що вона так ніколи й не буде засвоєна здоровим глуздом. Проте навіть і в цьому випадку можна вимагати, щоб ми спробували якомога більше наблизитися до ідеалу: *всяка наука та всяка філософія є освічений здоровий глузд*. Отже, ми починаємо з неясного вихідного пункту та будуємо наше знання на ненадійних підставах. Разом із тим ми можемо рухатися вперед та іноді, після деякої критики, можемо побачити, що ми не мали рації; ми можемо вчитися на своїх помилках, на розумінні того, що ми припустилися помилки<sup>2</sup>. *Фундаментальною проблемою теорії пізнання є прояснення та дослідження процесу, за допомогою якого наші теорії можуть зростати й просуватися вперед<sup>3</sup> (курсив К. Поппера. – В.Д.)*

Для кращого розуміння К. Поппер порівнює свою позицію з іншими підходами. Декарт, пише він, сказав, що все залежить від надійності нашого вихідного пункту. Щоб зробити цей вихідний пункт дійсно надійним, він запропонував метод сумніву – приймати тільки те, що абсолютно безсумнівно. Після цього він почав з власного існування, яке здавалося йому безсумнівним, оскільки навіть сумнів у своєму власному існуванні, мабуть, припускає існування того, хто сумнівається. К. Поппер не претендує на подібну безсумнівність, хоча охоче визнає, що вірити в існування своєї власної мислячої істоти відповідає здоровому глузду. Він ставить під сумнів не істинність декартового вихідного пункту, а його достатність для того, що хоче на ньому побудувати Декарт, зокрема, його передбачувану безсумнівність. Локк, Берклі та навіть «скептик» Юм, як і їхні численні послідовники, особливо Рассел та Мур, поділяли погляд Декарта, згідно з яким суб'єктивний досвід особливо надійний і тому придатний як стійкий вихідний пункт чи підстава, однак вони спиралися в основному на досвід, пов'язаний зі спостереженнями. **Отже, К. Поппер розглядає проблему знання та пізнання не так, як його попередники. Від пошуку безсумнівності як надійної основи знання, вважає він, потрібно відмовитися. Надійність та виправдання домагань на знання – не його проблема. Його проблема – це зростання знання: в якому сенсі можемо ми говорити про зростання, чи прогрес, знання та як можемо ми його досягти<sup>4</sup> (напівжирний шрифт мій – В.Д.)**

У передмові до першого англійського видання 1959 р. всесвітньо відомої «Логіки наукового дослідження» К. Поппер вкотре запропонував для обговорення тезу про те, що центральною проблемою епістемології завжди була й досі залишається проблема зростання знання. Найкращий же спосіб вивчення зростання знання – це вивчення зростання наукового знання. При цьому К. Поппер не думає, щоб вивчення зростання знання можна було замінити вивченням використання мови або дослідженням мовних систем. К. Поппер ототожнює раціональну установку з критичною. Суть такого ототожнення полягає в тому, що яке б рішення деякої проблеми ми не пропонували, ми відразу ж найсерйознішим чином повинні намагатися спростувати це рішення, а не захищати його. Мало хто з нас, на жаль, дотримується цього припису. На щастя, якщо ми самі не займаємося критикою наших міркувань, то критиці піддають нас інші. Проте їх критика буде плідною тільки в тому випадку, якщо ми сформулювали нашу проблему з усією можливою ясністю й надали вирішенню цієї проблеми досить певну форму, в якій її можна критично обговорювати. Майже усі проблеми традиційної епістемології пов'язані з проблемою зростання знання. К. Поппер схильний заявити навіть дещо біль-

ше: від Платона до Декарта, Лейбніца, Канта, Дюгема та Пуанкаре, від Бекона, Гоббса та Локка до Юма, Мілля та Рассела розвиток теорії пізнання надихався надією на те, що вона допоможе нам не тільки дізнатися щось про знання, але й зробити певний внесок в прогрес знання, тобто в прогрес наукового знання<sup>5</sup>.

Американський науковець Г. Сколімовський справедливо вважає, що К. Поппер розходився з логічними позитивістами не в тому чи іншому конкретному питанні, а з приводу всієї концепції науки й, отже, всієї концепції людського знання. Ядро їх розбіжностей можна виразити таким питанням: який шлях до розуміння науки краще – дослідження її структури чи дослідження її зростання<sup>6</sup>.

## 2. Науковий прогрес замість наукової достовірності

*«Ми навчилися більше не перейматися з приводу краху наших наукових теорій, оскільки здатні в більшості випадків зі значним ступенем впевненості вибрати з двох теорій кращу. Ми можемо, отже, знати, що ми прогресуємо, й саме це знання для більшості з нас компенсує втрату ілюзії остаточності та достовірності наших висновків».*

*«Наука розвивається не шляхом поступового накопичення енциклопедичної інформації, як думав Арістотель, а рухається значно більш революційним шляхом. Вона прогресує завдяки сміливим ідеям, висування нових все більш дивовижних теорій та поваленню колишніх теорій».*

*К. Поппер.*

У всесвітньо відомій праці «Відкрите суспільство та його вороги» К. Поппер зазначає, що хоча в науці докладаються всі можливі зусилля, щоб виявити істину, ми усвідомлюємо: ніколи не можна бути впевненим, що виявили її. Минулі невдачі навчили нас не вважати, що ми отримуємо остаточні рішення. Ми навчилися більше не перейматися з приводу краху наших наукових теорій, оскільки здатні в більшості випадків зі значним ступенем впевненості вибрати з двох теорій кращу. Ми можемо, отже, знати, що ми прогресуємо, й саме це знання для більшості з нас компенсує втрату ілюзії остаточності та достовірності наших висновків. Іншими словами, ми знаємо, що наші наукові теорії назавжди повинні залишитися тільки гіпотезами, але в багатьох важливих випадках ми можемо з'ясувати, нова гіпотеза краща старої чи ні. Адже якщо вони різні, то повинні вести до різних прогнозів, які, як правило, можна перевірити експериментально. На основі такого вирішального експерименту іноді можна виявити, що нова теорія приводить до задовільних результатів там, де стара виявилася неспроможною. У результаті можна сказати, що в пошуку істини ми замінили наукову достовірність науковим прогресом. І цей погляд на науковий метод підкріплюється розвитком самої науки. Справа в тому, що наука розвивається не шляхом поступового накопичення енциклопедичної інформації, як думав Арістотель, а рухається значно більш революційним шляхом. Вона прогресує завдяки сміливим ідеям, висуванню нових все більш дивовижних теорій та поваленню колишніх теорій<sup>7</sup>.

Прогрес науки полягає в пробах, в усуненні помилок та в подальших пробах, керованих досвідом, набутим в ході попередніх проб та помилок. Ніяку теорію ніколи не можна вважати абсолютно надійною; будь-яка теорія може стати проблематичною, наскільки б добре підкріпленою вона не здавалася зараз. Жодна наукова теорія не є священною та недоторканою, що стоїть вище критики<sup>8</sup>.

## 3. Критерій прогресу науки. Несумісність із ймовірністю теорій

*«Критерій прогресу науки є надзвичайно простим та інтуїтивно зрозумілим. Він віддає перевагу тій теорії, яка повідомляє нам більше, тобто містить більшу кількість емпіричної інформації, або володіє широким змістом; яка є логічно більш суворою; яка володіє більшою пояснювальною та прогностичною силою; яка, отже, може бути більш строго перевірена за допомогою порівняння передбачуваних фактів зі спостереженнями».*

*«Якщо зростання знання означає, що ми переходимо до теорій із зростаючим змістом, то він повинен також означати, що ми переходимо до теорій із ймовірністю, що зменшується. Таким чином, якщо нашою метою є прогрес, або зростання знання, то висока ймовірність не може при цьому бути нашою метою: ці дві мети несумісні».*

*К. Поппер.*

Історія науки, подібно історії всіх людських ідей, є історією мрій, впертості та помилок. Проте наука є одним із небагатьох видів людської діяльності – можливо, єдиний, – в якому помилки піддаються систематичній критиці та з часом досить часто виправляються. Це дає нам підставу говорити, що в науці ми часто

вчимося на своїх помилках та що прогрес у цій сфері можливий. У більшості інших галузей людської діяльності існує зміна, але рідко зустрічається прогрес. У більшості з них ми навіть не знаємо, як оцінити те, що сталася зміна. У галузі ж науки у нас є критерій прогресу: навіть до того, як теорія буде перевірена досвідом, ми здатні сказати, чи буде ця теорія – за умови, що вона витримає певні специфічні перевірки, – поліпшенням раніше прийнятих нами теорій. Іншими словами, К. Поппер стверджує, що ми знаємо, якою повинна бути хороша наукова теорія, та навіть до її перевірки нам відомо, якого роду теорія буде ще кращою – за умови, що вона витримає певні вирішальні перевірки. Це і є те (метанаукове) знання, яке дає нам можливість говорити про прогрес в науці та про раціональний вибір теорій<sup>9</sup>.

Критерій прогресу науки є надзвичайно простим та інтуїтивно зрозумілим. Він віддає перевагу тій теорії, яка повідомляє нам більше, тобто містить більшу кількість емпіричної інформації, або володіє широким змістом; яка є логічно більш суворою; яка володіє більшою пояснювальною та прогностичною силою; яка, отже, може бути *більш строго перевірена* за допомогою порівняння передбачуваних фактів зі спостереженнями. Коротко кажучи, резюмує К. Поппер, ми надаємо пріоритет цікавій, сміливій та високоінформативній теорії замість тривіальної теорії. Всі ці властивості, наявності яких ми вимагаємо у теорії, рівнозначні одному – більш високому ступеню емпіричного змісту теорії або її перевірюваності. Дослідження К. Поппером змісту теорії (або будь-якого висловлювання) спирається на ту просту та очевидну ідею, що інформативний зміст кон'юнкції будь-яких двох висловлювань  $a$  і  $b$  ( $ab$ ) завжди більше змісту будь-якої із її частин<sup>10</sup>.

Слідуючи логіці К. Поппера можна пояснити цю ідею на близьких правознавцям прикладах\*. Нехай  $a$  – висловлювання «Сьогодні договір буде укладено»,  $b$  – висловлювання «Завтра договір буде виконаний» та  $ab$  – висловлювання «Сьогодні договір буде укладено і завтра договір буде виконаний».

Очевидно, стверджує К. Поппер, що інформативний зміст останнього висловлювання – кон'юнкції  $ab$  – буде перевершувати як зміст  $a$ , так і зміст  $b$ . Також очевидно, заявляє К. Поппер, що ймовірність  $ab$  (або, що те ж саме, ймовірність істинності  $ab$ ) буде меншою ймовірності кожного з його компонентів. Цей тривіальний факт, продовжує К. Поппер, має наступний неминучий наслідок: якщо зростання знання означає, що ми переходимо до теорій із зростаючим змістом, то він повинен також означати, що ми переходимо до теорій із ймовірністю, що зменшується. Таким чином, якщо нашою метою є прогрес, або зростання знання, то висока ймовірність не може при цьому бути нашою метою: *ці дві мети несумісні*. Забобон, що змушує нас прагнути до високої ймовірності, підсумовує К. Поппер, настільки міцно укорінився в свідомості людей, що цей тривіальний результат багато хто все ще вважає «парадоксальним». Незважаючи на існування цього простого результату, думка про те, що високий ступінь ймовірності (в сенсі обчислення ймовірностей) повинна бути чимось дуже бажаним, уявляється більшості людей настільки очевидною, що вони зовсім не схильні оцінити її критично<sup>11</sup> (*курсив К. Поппера. – В.Д.*).

#### 4. Наука – це прогрес від однієї проблеми до іншої

*«Найбільш вагомий внесок в зростання наукового знання, який може зробити теорія, складається з нових, породжуваних нею проблем. Саме тому ми розуміємо науку та зростання знання як таке, що завжди починається з проблем та завжди завершується проблемами – проблемами зростаючої глибини – та характеризується зростаючою здатністю до висунення нових проблем».*

*К. Поппер.*

У лекції на Міжнародному конгресі з логіки, методології та філософії науки (Стенфорд, США, 1960 г.) К. Поппер, зокрема, говорить, що вивчення зростання наукового знання є найбільш плідним способом вивчення зростання знання взагалі, позаяк зростання наукового знання можна вважати зростанням звичайного людського знання, вираженого в ясній та чіткій формі<sup>12</sup>. Далі він пояснює, що поширеним ідеалом науки є аксіоматизована дедуктивна система. Цей ідеал домінує в європейській епістемології, що вбачає кінцеве завдання наукової діяльності в побудові аксіоматизованої дедуктивної системи. На противагу цьому ідеалу К. Поппер вважає, що вражаючи нас дедуктивні системи слід розглядати не як завершення наукової діяльності, а як один із її етапів, як важливий крок на шляху до багатшого та краще перевірюваного наукового знання. Будучи сполучними ланками або перехідними етапами наукової діяльності, дедуктивні системи виявляються зовсім необхідними, оскільки ми змушені розвивати наші теорії саме в формі дедуктивних систем. Якщо ми вимагаємо від наших теорій все кращої перевірюваності, то виявляється неминучою й вимога їх логічної строгості та більшого інформативного змісту. Усі безліч наслідків теорії повинні бути отримані дедуктивно; теорію, як правило, можна перевірити лише шляхом безпосередньої перевірки віддалених її наслідків – таких наслідків, які важко углядіти інтуїтивно. Проте, підкреслює К. Поппер, не це дивовижне за формою дедуктивне розгорнення системи робить теорію раціональною або емпіричною, а те, що ми можемо критично перевірити її, тобто зробити її предметом спростувань, що включають перевірки спостереженням, та те, що в певних випадках теорія здатна витримати цю критику та ці перевірки, причому такі перевірки, яких не змогли витримати її попередниці, та навіть ще більш суворі. Раціональність науки полягає в раціональному виборі нової теорії, а не в дедуктивному

\* Загальнонаукові приклади К. Поппера (див. цитовану працю. – В.Д.).

розвитку теорій. Отже, формалізація та ретельна розробка дедуктивної системи мають значно меншу цінність порівняно із завданням її критики, перевірки та критичного порівняння її з суперницями<sup>13</sup>.

К. Поппер ж пропонує розглядати науку як *прогресуючу від однієї проблеми до іншої* – від менш глибокої до більш глибокої проблеми. Наукова (пояснювальна) теорія, говорить він, є не чим іншим, як спробою вирішити певну наукову проблему, тобто проблему, пов'язану з деяким поясненням. Вважається, що наші очікування та наші теорії історично передують нашим проблемам. *Однак наука починає тільки з проблем.* Проблеми, зокрема, виникають у тих випадках, коли ми розчаруємося в наших очікуваннях або коли наші теорії приводять нас до труднощів та суперечностей. Протиріччя ж можуть виникати або в деякій окремій теорії, або при зіткненні двох різних теорій, або в результаті зіткнення теорії зі спостереженнями. К. Поппер наголошує, що тільки завдяки проблемі ми свідомо приймаємо теорію. Саме проблема змушує нас вчитися, розвивати наше знання, експериментувати та спостерігати. Таким чином, наука починає з проблем, а не зі спостережень, хоча спостереження можуть породити проблему, якщо вони є *несподіваними*, тобто якщо вони приходять в зіткнення з нашими очікуваннями або теоріями. Усвідомленим завданням, що стоїть перед науковцем, завжди є вирішення деякої проблеми за допомогою побудови теорії, яка вирішує цю проблему шляхом, наприклад, пояснення несподіваних або раніше не пояснених спостережень. Разом з тим кожна цікава нова теорія породжує нові проблеми – проблеми узгодження її з наявними теоріями, проблеми, пов'язані з проведенням нових та раніше не мислимих перевірок спостереженням. Її плідність оцінюється головним чином за тими новими проблемами, які вона породжує. Отже, резюмує К. Поппер, **найбільш вагомий внесок в зростання наукового знання, який може зробити теорія, складається з нових, породжуваних нею проблем. Саме тому ми розуміємо науку та зростання знання як таке, що завжди починається з проблем та завжди завершується проблемами – проблемами зростаючої глибини – та характеризується зростаючою здатністю до висунення нових проблем**<sup>14</sup> (*курсив К. Поппера. Нанівжурний шриффт мій. – В.Д.*).

Отже, в цьому дослідженні описано теорію зростання наукового знання, прогресу науки філософії критичного розуму, що принесла її автору К. Попперу світову популярність. У рамках критично-правового мислення ця теорія може сприяти альтернативному розумінню розвитку вітчизняної юридичної науки.

<sup>1</sup> Поппер К. Логика научного исследования / К. Поппер ; [пер. с англ.] / под общ. ред. В. Н. Садовского. – М. : Республика, 2005. – 447 с. – (Мыслители XX века). В анотації до перекладу цієї класичної праці В. Н. Садовський зазначає, що в цій книжці К. Поппер формулює основні засади своєї теорії зростання наукового знання, що принесла йому світову популярність. – В.Д.

<sup>2</sup> Поппер Карл Р. Неадекватный исходный пункт: здравый смысл и его критика / Карл Р. Поппер // Объективное знание. Эволюционный подход ; пер. с англ. Д. Г. Лахути ; отв. ред. В. Н. Садовский. – М. : Эдиториал УРСС, 2002. – С. 41–42.

<sup>3</sup> Там само. – С. 43.

<sup>4</sup> Поппер Карл Р. Сравнение с альтернативными подходами / Карл Р. Поппер // Объективное знание. – С. 43–44.

<sup>5</sup> Поппер К. Предисловие к первому английскому изданию 1959 года / К. Поппер // Логика научного исследования. – С. 15, 18.

<sup>6</sup> Сколимовский Г. Карл Поппер и объективность научного знания / Г. Сколимовский // Эволюционная эпистемология и логика социальных наук. Карл Поппер и его критики. – М. : Эдиториал УРСС, 2000. – С. 245.

<sup>7</sup> Карл Поппер. Аристотелевские корни гегельянства / Карл Поппер // Открытое общество и его враги ; пер. с англ. / Под общ. ред. В. Н. Садовского. – М., 1992. – Т. 2. – С. 19.

<sup>8</sup> Поппер Карл Р. Бадья и прожектор: две теории познания / Карл Р. Поппер // Объективное знание. – С. 335.

<sup>9</sup> Поппер К. Р. Истина, рациональность и рост научного знания / К. Р. Поппер // Рост знания: теории и проблемы // Поппер К. Р. Предположения и опровержения: Рост научного знания ; пер. с англ. – М. : ООО «Издательство АСТ»: ЗАО НПП «Ермак», 2004. – С. 361–362.

<sup>10</sup> Там само. – С. 362–363.

<sup>11</sup> Там само. – С. 364.

<sup>12</sup> Поппер К. Р. Истина, рациональность и рост научного знания / К. Р. Поппер // Рост знания: теории и проблемы // Поппер К. Р. Предположения и опровержения. – С. 361.

<sup>13</sup> Там само. – С. 368–369.

<sup>14</sup> Там само. – С. 370–371.

## Резюме

### Десятник В. О. Критично-правове мислення: прогрес науки.

У цій статті описано теорію зростання наукового знання, прогресу науки філософії критичного розуму, що принесла її автору К. Попперу світову популярність. У рамках критично-правового мислення ця теорія може сприяти альтернативному розумінню розвитку вітчизняної юридичної науки.

**Ключові слова:** теорія зростання наукового знання, теорія прогресу науки, критерій прогресу науки, метод припущень та спростувань, критично-правове мислення, розвиток вітчизняної юридичної науки.

## Резюме

### Десятник В. А. Критически-правовое мышление: прогресс науки.

В этой статье описана теория роста научного знания, прогресса науки философии критического разума, которая принесла ее автору К. Попперу мировую известность. В рамках критически-правового мышления эта теория может способствовать альтернативному пониманию развития отечественной юридической науки.

**Ключевые слова:** теория роста научного знания, теория прогресса науки, критерий прогресса науки, метод предположений и опровержений, критически-правовое мышление, развитие отечественной юридической науки.

Summary

*Desiatnyk V. Critical-legal thinking: the progress of science.*

This article describes the theory of the growth of scientific knowledge, progress of science philosophy of mind, which brought its author K. Popper international fame. Within the critical-legal thinking, this theory can contribute to an alternative understanding of the domestic legal science.

**Key words:** the theory of the growth of scientific knowledge, the theory of the progress of science, the criterion of the progress of science, the method conjectures and refutations, critical - legal thinking, development of domestic jurisprudence.

УДК 347.961.1

**І. П. ЛИХОЛАТ**

*Ірина Петрівна Лихолат, кандидат юридичних наук, приватний нотаріус Київського нотаріально-го округу, докторант Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

**ПРЕВЕНТИВНА ЮСТИЦІЯ – ЕЛЕМЕНТ СИСТЕМИ ОХОРОНИ  
ТА ЗАХИСТУ ПРАВ ОСОБИ**

Актуальність дослідження превентивної юстиції як елементу системи охорони та захисту прав особи зумовлена практичною необхідністю та тенденцією розширення методів та засобів попередження правових спорів, а також їх ефективного вирішення позасудовими методами. Засоби безспірної юрисдикції є тим правовим інструментом, який сьогодні не тільки можливо, а й необхідно використовувати набагато ширше та ефективніше, ніж це зараз відбувається на практиці. Потенціал її не використовується повною мірою практиками, а також системно не досліджується науковцями.

Нині у світі існує чимало різноманітних елементів системи охорони та захисту прав особи: органи судової системи (суди загальної юрисдикції, спеціалізовані суди, органи конституційної юрисдикції), засоби адміністративного захисту, самозахист тощо. Але приблизно з останньої третини минулого століття виникає потреба у формуванні багаторівневої та розгалуженої системи різноманітних засобів вирішення спорів, яка була детермінована змінами в суспільстві, наслідком яких стала еволюція права, що, у свою чергу, спричинило судебізацію суспільних відносин: «Значне зростання кількості судових спорів пов'язане із зростаючим незадоволенням користувачів права, що викликано юридичним середовищем, яке одночасно є складним для розуміння та неможливим для освоєння»<sup>1</sup>.

Ускладнення та урізноманітнення суспільних відносин призвели до збільшення нормативно-правових актів, система яких доволі заплутана, а зміст наповнений колізіями та прогалинами, що й викликало збільшення кількості правових спорів. Судебізація суспільних відносин, у свою чергу, спричинила перенавантаження судів, високу вартість судового процесу та збільшення строків розгляду справ. Так, у традиційних засобах охорони та захисту прав все більше почала проявлятися недосконалість усталених форм, що вимагало пошуку альтернативних (додаткових) засобів вирішення спорів та шляхів їх попередження. Останні, в умовах транспарентності прийняття рішення, спрямованого на припинення спору, стають більш ефективними й зручними, ніж судові засоби, в них неабияку роль починають відігравати самоорганізація та саморегуляція суб'єктів спору. Тому поряд з судовою формою вирішення правових спорів, примат якої ще довго не буде оскаржено жодною іншою, та іншими традиційними засобами, починає формуватися альтернативна (додаткова) система захисту прав особи: арбітраж (третейські суди), міні-суди, окрема та інтегрована медіація, переговори, експертні висновки.

Слід зазначити, що понятійне співвідношення термінів «охорона» та «захист» є дискусійним. При цьому ми дотримуємося позиції, що охорона прав є превентивним заходом та здійснюється тоді, коли відсутнє порушення прав, а захист – коли право вже порушено і має бути відновлене. Також є відмінності між поняттями «охорона» і «захист» прав та «попередження» і «вирішення» спорів: «Форму вирішення спору слід відрізнити від форми захисту права. Хоча дані категорії більшою мірою пересікаються, однак, їх не можна назвати повністю тотожними»<sup>2</sup>. На наш погляд, охорона і захист відображають суть явища, а попередження і вирішення – його форму.

У якості позасудового (безспірного) засобу охорони і захисту суб'єктивних прав виступає безспірна юрисдикція, до якої традиційно відносять нотаріат. За своєю правовою природою нотаріат є органом, який покликаний охороняти та захищати суб'єктивні права. Нерідко висловлюється аргументи, що нотаріальні



засоби неможливо використати для захисту прав, тобто вирішення ситуації, коли спір вже виник, а право – порушено. Мотивується така позиція тим, що нотаріат – це орган безспірної юрисдикції, який оперує лише безспірними правами та фактами. Однак це не означає, що нотаріус завжди має справу виключно з відомостями та документи, що у належний спосіб підтверджують права та факти. Окрім власно встановлення фактів, нотаріусом здійснюється також їх пошук шляхом направлення запитів до підприємств, установ і організацій для витребування відповідних документів та відомостей у компетентних осіб та органів (абзац перший та другий ст. 4 Закону України «Про нотаріат»<sup>3</sup>, далі – ЗУ «Про нотаріат»), або шляхом отримання необхідної інформації та документів за допомогою електронних засобів, користувачем яких є він сам. Пошук може здійснюватися також заінтересованими особами самостійно. Окрім цього, нотаріус і досліджує такі факти.

Отже, встановлення безспірності прав та фактів у нотаріальному процесі – результат пошукового, а іноді й дослідницького процесу, складна та тривала робота з пошуку та дослідження доказів безспірності прав і фактів з метою знаходження оптимального рішення питання або проблеми особи, яка до нього звернулася шляхом вчинення відповідних дій або відмови у їх вчиненні.

Окрім цього, нормою абзацу третього ст. 5 ЗУ «Про нотаріат»<sup>4</sup> на нотаріуса покладено обов'язок сприяти громадянам, підприємствам, установам і організаціям у здійсненні їх прав та захисті законних інтересів. У ній також міститься вимога з роз'яснення прав і обов'язків, попередження про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду. Тому, виконуючи свій обов'язок з попередження негативних правових наслідків для особи та виникнення конфліктів та спорів, він також виконує дуже важливу превентивну функцію.

Отже, нотаріат можливо віднести не тільки до органів безспірної юрисдикції, а й до органів превентивної юстиції, адже діяльність нотаріуса спрямована на охорону та захист суб'єктивних прав шляхом попередження, запобігання виникненню конфліктів і спорів та, у випадку виникнення, їх вирішення у межах своїх повноважень шляхом надання консультацій правового характеру, проведення примирних процедур, вчинення нотаріальних та реєстраційних дій або відмови у їх вчиненні.

Доки правові системи майже всіх розвинених країн задля охорони та захисту прав особи поступово «прирастають» новими засобами вирішення спорів, найкращім інструментом десудібізації є попередження, запобігання та перешкоджання виникненню правових спорів. А ось у виконанні цієї функції нотаріату немає рівних. У латинському світі функція попереднього контролю протягом багатьох століть втілювалася у фігурі нотаріуса, діяльність якого спрямована на попередження судових спорів: «Нотаріат став спільником суверенної держави, здійснюючи ряд його ключових функцій та укріплюючи державницькі основи. Зберігаючи вірність... громадянам та власникам, яких він захищає, обмежує, консультує, він одночасно став служити і суверену»<sup>5</sup>.

Що являє собою превентивна юстиція, які органи її становлять і в чому її особливості порівняно з іншими засобами охорони та захисту прав?

Дослідники превентивної юстиції в якості засобу попередження виникнення спорів та/або їх вирішення засобами безспірної юрисдикції, як головного та єдиного органу превентивного механізму називають нотаріат<sup>6</sup>. Однак така позиція не повною мірою відповідає сучасному фактичному стану речей. Окрім того, що нотаріат – це державні та приватні нотаріуси, до органів превентивної юстиції також можна віднести квазі-нотаріальні органи, тобто неспеціалізовані органи, на які покладений обов'язок у визначених законодавством випадках здійснювати визначені законом нотаріальні дії. Квазінотаріальні органи визначені ст. ст. 37, 38, 40 та 40-1 ЗУ «Про нотаріат»<sup>7</sup>. До них належать, наприклад, посадові особи місцевого самоврядування, консульські установи, голови, їх заступники, капітани судів, керівники експедицій, командири (начальники) частин, з'єднань, установ або військово-начальних закладів, начальниками слідчих ізоляторів тощо.

Також нотаріальна діяльність, в якості попереджувального механізму, майже нерозривно пов'язана з примиренням (медіацією) та реєстрацією. Цей зв'язок не є тотальним: звісно, що в деяких випадках виключно нотаріальними засобами можливо запобігти виникненню спору у майбутньому. Яскравим прикладом є посвідчення шлюбного договору для осіб, які подали заяву про реєстрацію шлюбу (частина перша ст. 92 Сімейного кодексу України – далі СК<sup>8</sup>), предметом якого є встановлення режиму особистої приватної власності на нерухоме майно, що набуватиметься ними під час шлюбу. Встановлення такого режиму майна у майбутньому (на випадок поділу майна, спадкування) унебезпечить заінтересованих осіб від спору щодо права власності на майно (його частку) або зробить його майже безперспективним. Такого роду превентивний захід можливо здійснити шляхом нотаріального посвідчення відповідного договору, тобто виключно за допомогою нотаріального засобу.

Інший приклад демонструє не тільки можливість здійснення попередження виникнення спору за допомогою нотаріальної дії із застосуванням примирної (медіативної) процедури: сприяти примиренню сторін нотаріус може різними методами, у тому числі і з використанням примирної процедури, яка отримала розповсюдження у зарубіжній практиці<sup>9</sup>. Наприклад, до нотаріуса звертаються за видачею свідоцтва про право на спадщину дружина померлого, яка має неповнолітнього сина, та непрацездатні батьки померлого. За загальним правилом кожен із чотирьох спадкоємців, як спадкоєміці першої черги, мають право на спадщину у рівних частках (частина перша ст. 1267 Цивільного кодексу України – далі ЦК)<sup>10</sup>. Однак спадкоємці не погоджуються з принципом рівності часток та претендують кожен на збільшення своєї частки, мотивуючи це необхідністю виховання неповнолітньої дитини, інтересами та потребами самої дитини, фактом непрацездатності, розміром грошових затрат, трудового внеску, витраченого на спадкове майно, що призвело до

його істотного збільшення у вартості тощо. До того ж сторони не влаштовує, що після оформлення своїх спадкових прав вони стануть спільними частковими власниками об'єктів рухомого та нерухомого майна, адже внаслідок тривалих конфліктів дійти згоди щодо спільної реалізації права власності на нього їм би було складно. Це, у свою чергу, призвело б до появи нових конфліктів. Свою позицію кожна зі сторін мала намір відстоювати у суді. Однак після надання нотаріусом роз'яснень щодо вимог чинного законодавства, зокрема, частини першої ст. 1267 ЦК<sup>11</sup>, проведення переговорів, які носили примирний, медіативний характер щодо правового змісту ситуації, що склалася між ними, та, нарешті, надання пояснень з порядку реалізації норм частини другої ст. 1267 ЦК<sup>12</sup>, яка встановлює, що спадкоємці, за усною угодою між собою, якщо це стосується рухомого майна, можуть змінити розмір частки у спадщині когось із них, та частини третьої цієї ж статті про те, що спадкоємці за письмовою угодою між собою, посвідченою нотаріусом, якщо це стосується нерухомого майна або транспортних засобів, можуть змінити розмір частки у спадщині когось із них<sup>13</sup>, та після вчинення відповідних нотаріальних дій, конфлікт між спадкоємцями було вичерпано.

Третій приклад демонструє, як превентивними засобами можуть бути не тільки попереджені та вирішені правові спори, а й здійснено запобігання вчиненню шахрайських дій. Такими запобіжними інструментами є, зокрема, вчинення нотаріальної та проведення державної реєстраційної дії. Під час посвідчення договору купівлі-продажу нерухомого майна з'ясувалося, що правовстановлювальним документом на предмет правочину є рішення суду про визнання права власності на цей об'єкт за продавцем. При цьому первинний правовстановлювальний документ – свідоцтво про право власності, видане органом виконавчої влади, був втрачений. Покупець продемонстрував хвилювання з приводу можливого відчуження об'єкта нерухомого майна на підставі первинного правовстановлювального документа (а така можливість дійсно існувала і використовувалася шахраями до появи електронного механізму державної реєстрації речових прав на нерухоме майно) та висловив намір відмовитися від укладення правочину. Однак нотаріус роз'яснив, що, окрім власне посвідчення правочину з купівлі-продажу нерухомого майна, в день його посвідчення ним буде проведена державна реєстрація відповідних прав покупця як власника у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно (частина перша ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»<sup>14</sup>), що юридично унеможливить здійснення шахрайських дій з першим правовстановлювальним документом на цей об'єкт нерухомого майна.

Медіацію традиційно відносять до засобів альтернативного (додаткового) врегулювання спорів. Однак вважаємо, що можливості медіації є більш широкими: її засоби, за певних умов, її механізми можуть сприяти і попередженню спорів. Так, у процесі проведення примирної процедури може бути здійснено попередження, ще в зародку, інших конфліктних ситуацій. Водночас, коли медіація є інтегрованою у нотаріальний процес, медіативний механізм починає «співпрацювати» із нотаріальним, внаслідок чого створюється можливість для ефективного попередження та/або вирішення спору, а отже, і примирення сторін.

Медіація на сьогодні в Україні не є інституціалізованим самостійним механізмом ні вирішення спорів, ні їх попередження: Закон України «Про медіацію» ще й досі не прийнято. Вона також не інтегрована ні в судовий процес (що доволі поширено в країнах романо-германського правового сім'ї), ані в нотаріальний. Нотаріуси здебільшого не володіють навичками спеціальних медіативних процедур, не мають досвіду ведення медіативного процесу, а медіативна угода не має юридичної сили. Але в нотаріальному процесі вже давно активно використовують примирні процедури при посвідченні окремих договорів, наприклад, аліментного, шлюбного, прощення бору, зміни розміру частки у спадщині, припинення права на утримання взамін набуття права власності на нерухоме майно або одержання одноразової грошової виплати, про припинення права на аліменти для дитини у зв'язку з передачею права власності на нерухоме майно тощо. Ці договори мають специфічний зміст: вже сам факт їх укладання є наслідком вирішення спору. Причому найчастіше при укладанні таких договорів роль посередника та медіатора бере на себе нотаріус, рідше – адвокати або юридичні консультанти, представники сторін.

З 2013 р., коли українські нотаріуси отримали статус державних реєстраторів, реєстраційна діяльність стає інтегрованою в нотаріальну. Тому інтегративну модель реєстраційного процесу також можливо віднести до інструменту превентивної юстиції.

Можливість віднесення державної реєстрації, як окремого та самостійного засобу, до засобів превентивної юстиції потребує додаткового дослідження у зв'язку із реформуванням реєстраційної служби в Україні та змінами, які відбулися у статусі державного реєстратора. Також для відповіді на це питання необхідне ретельне вивчення відповідного досвіду інших країн.

Поряд із традиційними засобами захисту, якими є суди, засоби адміністративного захисту, самозахист, останнім часом активно почали формуватися альтернативні (додаткові) засоби вирішення спорів. Окрім цих елементів системи захисту прав неабиякого значення набувають засоби позасудового (безспірного) захисту прав, а саме – безспірна юрисдикція, ядром якої є нотаріат. Підвищення його захисної ролі пов'язане не тільки з потребами суспільства, а й із процесами, які відбулися у самому нотаріаті: відходом від бюрократичної моделі та розвитком динамічної моделі латинського нотаріату: «...уявлення про діяльність нотаріуса як механічного проставленні печатки, «просто штампування документів... «тут буває нотаріус» вже нікого не влаштовує»<sup>15</sup>.

Отже, на базі нотаріату починає формуватися ще одна ланка системи охорони та захисту прав, а саме – превентивна юстиція, яка стає повноцінним позасудовим засобом не тільки захисту вже порушених прав, але спрямована на попередження, запобігання виникненню спорів та, у випадку виникнення, їх вирішення влас-

ними засобами. Превентивна юстиція – це комплексна та системна діяльність, яка, окрім нотаріальної, включає в себе примирну (медіативну) та реєстраційну діяльність, а здійснюють її не тільки нотаріуси, а й квазі-нотаріальні органи, медіатори, державні реєстратори.

Окрім цього, превентивна юстиція є не тільки засобом попередження конфліктів, а й надійним та ефективним засобом запобігання вчиненню шахрайських дій.

<sup>1</sup> Декор Жан-Поль. Современные вызовы в праве / Жан-Поль Декор // Сборник материалов и статей к 10-летию Центра Нотариальных исследований. – М. : Риза-Принт, 2012. Центр нотариальных исследований (ЦНИ). – С. 7. – 216 с.

<sup>2</sup> Зарубина М. Н. Альтернативные способы разрешения экономических споров : учеб. / М. Н. Зарубина, Е. Г. Потапенко. – М.: Изд-во «Проспект», 2015. – С. 3. – 197 с.

<sup>3</sup> Про нотаріат : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/print1433821168249669>

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Матеи Уго. Нотариат и поиск новой мировой законности / Матеи Уго // Сборник материалов и статей к 10-летию Центра Нотариальных исследований. – М. : Риза-Принт, 2012. Центр нотариальных исследований (ЦНИ). – С. 13. – 216 с.

<sup>6</sup> Жуйков В. Нотариат как институт превентивного правосудия / В. Жуйков // Нотариальный вестник. – 1998. – № 9; Жуйков В. Нотариат как институт превентивного правосудия: Общие цели, принципы и полномочия / В. Жуйков // Российская юстиция. – 1998. – №№ 6, 7; Москаленко И. В. Нотариат: модель юрисдикции. Превентивный правоохранный механизм реализации гражданского (частного права) : моногр. / И. В. Москаленко. – М. : ФРПК, 2007. – 128 с.; Черемных Г. Г. Развитие нотариата как системы органов превентивного правосудия / Г. Г. Черемных // Нотариальный вестник. – 1998. – №12; Ярик А. К вопросу о превентивном правосудии в деятельности российского нотариата / А. Ярик // Арбитражный и гражданский процесс. – 2006. – № 6.

<sup>7</sup> Про нотаріат : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3425-12/print1433821168249669>

<sup>8</sup> Сімейний Кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2947-14/print1452672633821113>

<sup>9</sup> Загайнова С. К. Примирительные процедуры в практике российского нотариата: современное состояние и перспективы развития / С. К. Загайнова // Сборник материалов и статей к 10-летию Центра Нотариальных исследований. – М. : Риза-Принт, 2012. Центр нотариальных исследований (ЦНИ). – С. 79–80. – С. 216.

<sup>10</sup> Цивільний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print1446840806117950>

<sup>11</sup> Там само.

<sup>12</sup> Там само.

<sup>13</sup> Там само.

<sup>14</sup> Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1952-15/print1443427112609906>

<sup>15</sup> Медведев И. Г. Некоторые тенденции эволюции нотариата и нотариальной формы в мире / И. Г. Медведев : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://notariat.ru/publ/zhurnal-notarialnyj-vestnik/archive/11176/11178/>

#### Резюме

##### **Лихолат І. П. Превентивна юстиція – елемент системи охорони та захисту прав особи.**

Стаття присвячена дослідженню превентивної юстиції як засобу охорони і захисту прав. Визначено місце органів превентивної юстиції в системі засобів охорони та захисту. До органів превентивної юстиції, окрім нотаріусів, віднесено також квазінотаріальні органи, медіаторів та державних реєстраторів.

**Ключові слова:** превентивна юстиція, нотаріат, медіація, реєстрація, охорона, захист.

#### Резюме

##### **Лихолат И. П. Превентивная юстиция – элемент системы охраны и защиты прав личности.**

Статья посвящена исследованию превентивной юстиции как средству охраны и защиты прав. Определено место органов превентивной юстиции в системе средств охраны и защиты. К органам превентивной юстиции, кроме нотариусов, отнесены также квазинотариальные органы, медиаторы и государственные регистраторы.

**Ключевые слова:** превентивная юстиция, нотариат, медиация, регистрация, охрана, защита.

#### Summary

##### **Lykholat I. Preventive justice is the element of the defense and protection of individual rights.**

The article is devoted to the study of preventive justice as a means of preservation and protection of individual rights. It was defined the place of preventive justice in the system of means of protection and defense. The organs of preventive justice (besides notaries) also attributed quasi notary authorities, mediators and state registrars.

**Key words:** preventive justice, notaries, mediation, registration, protection.

**О. В. МИНЬКОВИЧ-СЛОБОДЯНИК**

*Олена Василівна Минькович-Слободяник, кандидат юридичних наук, доцент МІП Національного університету «Одеська юридична академія»*

**ПРАВОВА І ПОЛІТИЧНА КУЛЬТУРА В УМОВАХ ПОЛІТИКО-ПРАВОВОЇ  
ТРАНСФОРМАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА**

Буремні події в Україні 2014–2015 рр. привели до значного збурення громадянського суспільства, що втомилася від безвідповідальної влади, захмарної корупції, постійного придушення малого і середнього бізнесу, неможливості реальної реалізації громадянами своїх конституційних прав. Результатом даної ситуації постав Майдан, за яким прослідували зміна влади і початок війни між Україною та Росією. Всі ці події змінили не тільки ставлення активної частини громадянського суспільства до влади, її інститутів, а й до дотримання законів у нашій державі, принципу верховенства права і до політики взагалі. Відтак, сьогодні Україна проходить ще один трансформаційний щабель, але, на відміну від попередніх 24 років свого незалежного існування, він є найбільш революційним та болочим. З огляду на зазначене, **метою** даної статті є спроба окреслити процес зміни правової та політичної культури суспільства та орієнтації правлячої еліти держави в період політико-правової трансформації нашої країни.

У дослідженні трансформацій політико-правових процесів в Україні варто спиратися на потенціал українських науковців, які присвятили свої праці означеній проблемі. Йдеться про наукові здобутки таких вчених, як Ю. Шемшученко, О. Ющик, О. Бабкіна, В. Горбатенко, Ю. Битяк, В. Яковюк та ін.

Будь-яке суспільство, незалежно від рівня свого розвитку, проходить певний ступінь політичної та правової трансформації. Це характерно як для високорозвинутого суспільства (громадянського) так і для малорозвинутого (родового). Україна в цьому ряду не є винятком. Тривалий час розвиток нашого суспільства був окреслений радянськими політико-ідеологічними рамками та законодавством. Лише з 1991 р. ми стали незалежними, прийняли власне законодавство, започаткували нові політичні еліти, почали розбудову демократичної, правової держави. Однак оглядаючись на пройдені 24 роки незалежності, задаємо собі питання: «А чи дійсно відбулися реальні зміни в політичній та правовій площині? Наскільки вони реальні? Можливо, це все фантом, спроба видати бажане за дійсне?»

Після «революції гідності» і стримування агресії сусідньої держави в нашому суспільстві стали найпоширенішими такі гасла: «творимо нову державу», «живемо по-новому», «проводимо децентралізацію і люстрацію» та ін. Але, як не дивно, ні нові-старі політичні еліти, ні ті ж таки нові-старі представники органів правосуддя не звернули увагу на той факт, що бажання до перетворення суспільства і його реальне перетворення – це зовсім різні речі. Говорячи про це, ми наголошуємо передусім на готовності самого суспільства до змін, які сьогодні повинні відбутися радикально, революційно, безповоротно. Ми говоримо про готовність правової та політичної свідомості пересічного українця до даних змін, про готовність правлячих еліт, про готовність громадськості. На нашу думку, це спірний факт.

Нещодавно в залі Верховної Ради взяли під варту народного депутата від однієї з партій. При цьому дане затримання було проведено з порушенням вимог Конституції України, Законів України «Про статус народного депутата України»<sup>1</sup>, «Про регламент Верховної Ради України»<sup>2</sup>. І те, що дані порушення допускає правляча еліта стосовно одного депутата, є зовсім неприпустимим щодо інших парламентарів, як показує практика. В чому ж проблема, чому маємо вибірковий підхід як з боку парламентарів до своїх колег, так і з боку Генеральної прокуратури?

18 вересня 2015 р. у вечірньому ефірі каналу «112 Україна» в політичному ток-шоу «Шустер live» було висвітлено думку одного з керівників обласної державної адміністрації та запрошеного народного депутата про те, що з огляду на оприлюднені ГПУ факти про народного депутата дане затримання було цілком виправданим, логічним і правильним. У цьому контексті, вбачається, що відоме українське прислів'я «закон, що дишло – як повернеш, так і вийшло» є сьогодні не просто усною народною творчістю, а безпосередньо реальністю нашого життя. Дивлячись на таку поведінку парламентарів, на їх ставлення до Конституції України та прийнятих ними ж законів пересічний громадянин усвідомлює дві речі: 1) нічого в нашій країні крім риторики не змінюється; 2) ми не отримуємо обіцяних реформ, натомість маємо правову вакханалію та політичну демагогію з боку осіб, яких самі ж «благословили на владу». Виходячи з вищевказаного, на нашу думку, однією з перших проблем у нашій державі на шляху політико-правової трансформації суспільства, в тому числі й анонсованих Президентом України змін до Конституції України, повинно стати внесення таких змін, які суспільством будуть сприйматися на рівні правової і політичної свідомості, змін, які зможуть стати органічною частиною правової і політичної культури суспільства, будуть реально відображати його існуючий рівень, а не ефемерне прагнення певного рівня, якого, можливо, ще й немає.

Цілком слушними є зауваження професора Ю. Тодики, зроблені ще в 2007 р.: «У громадській думці ще не повною мірою сформувалося усвідомлення реальної ролі і цінності Конституції як найважливішого політико-правового документа, її значущості для розвитку правової системи України, становлення соціально-економічних і політичних процесів на демократичних началах. Це безпосередньо пов'язано з питанням легітимності Конституції, з її сприйняттям населенням, політичною елітою. Підтримка народом конституційних новацій має істотне значення для ефективності функціонування як норм Конституції, так і поточного законодавства. При цьому слід враховувати, що політична значущість Конституції ширше її юридичного змісту, оскільки саме Конституція України на даному етапі розвитку країни нормативно на вищому рівні закріплює суспільну згоду щодо демократичних цінностей (народовладдя, прав людини, політичного і ідеологічного плюралізму, верховенства права, принципів і механізмів взаємодії держави і громадянського суспільства, функціонування державних органів).

Стрижень Конституції України – права людини, що визначають демократичну спрямованість усієї правової системи держави. Мова йде не лише про законодавство, але і про такі блоки правової системи, як теоретичні і світоглядні компоненти (правосвідомість, правова політика, правова теорія), а також про юридичну практику. На сучасному етапі важливо забезпечити конституціоналізацію законодавства, під якою ми розуміємо відповідність норм поточного законодавства конституційним приписам. Це важливо як для нормотворчої, так і для правозастосовної діяльності<sup>3</sup>. Актуальність даного твердження сьогодні не втрачена. Ми говоримо про зміни до Конституції України, про широку децентралізацію, про збільшення повноважень територіальних громад і т.д. При цьому вже в передвиборчій гонці, яка стартувала в рамках місцевих виборів, ми не спостерігаємо нових сил, які могли і хотіли б змінити ситуацію в державі. Так, є нові назви партій, навіть нові прізвиська подекуди, а по суті правляча еліта має міцну вертикаль, якої не бажає позбутися. За таких обставин виникає питання: чи потрібна сьогодні децентралізація в державі, яка знаходиться фактично в стадії війни та має правову, політичну й економічну кризу. Що вирішить децентралізація сьогодні, що вирішить запропонована адміністративно-територіальна реформа? Хіба вони змінять свідомість пересічних громадян, політичних еліт? Хіба відбудуться зміни у судовій системі і всі почнуть довіряти судам? Ні, цього не відбудеться, оскільки немає змін у правовій та політичній свідомості перерахованих суб'єктів, немає в державі чітких рис правової політики, немає реального дотримання прав громадян (будь то депутат чи ветеран АТО). З огляду на це, в Конституцію можна вносити багато змін, прийняти ще безліч законів, але це не змінить кардинально ситуацію в нашій державі. Чому? На це питання вже давно відповіли відомі вчені й мислителі, а саме: Ш. Монтеск'є зазначав, що закони «повинні знаходитись у тісній відповідності з особливостями народу, для якого вони встановлені, що тільки в надзвичайно рідкісних випадках закони одного народу можуть виявитись придатними для іншого народу»<sup>4</sup>. Співзвучна думка ще в давні часи висловлювалася Аристотелем: потрібно створювати закони, пристосовані до умов конкретної держави, а не підганяти державу під придумані закони<sup>5</sup>. «Кожна правова система, – пише японський компаративіст І. Нода, – будучи невід'ємним елементом культури, детермінована історичними і географічними факторами. Звідси і виникають її специфічні риси»<sup>6</sup>. Тобто, переймаючи, копіюючи досвід західних країн, ба навіть тієї ж Польщі, наші законотворці не замислюються над таким: те, що є нормальним для пересічного німця чи поляка, буде зовсім не сприйнято пересічним українцем. Саме тому, не зважаючи на те, що люстрація, антикорупційна діяльність у державі є абсолютно правильними і необхідними кроками, але через неготовність до цього політико-правової свідомості більшості суспільства в нашій державі вона перетворюється на театр абсурду, коли ми «ловимо» пішаків, залишаючи за кадром основні шахові фігури.

Це саме можна говорити і про процес зміни Конституції України. Ми вирішили змінювати Основний Закон у той час, коли в країні йде війна, народ зневірений та розділений у своїх поглядах на процес державотворення. Ми маємо проблеми з політичними елітами, оскільки ініційовані місцеві вибори яскраво демонструють той факт, що змінилися обличчя і назви партій, але незмінними залишаються пріоритети, гра основних промислово-фінансових груп за сфери впливу один з одним і повне ігнорування потреб народу. Влучно зазначив з цього приводу М. Оніщук: «Парадокс українського конституціоналізму полягає також у тому, що, з одного боку, Конституція визначає правила гри, довгострокову політичну кон'юнктуру, а з іншого – саме політики, котрі конкурують за владу, приймають рішення, якою має бути Конституція. Звідси Конституція залишається продуктом, по суті, елітних домовленостей. Саме «політичні війни» еліт знижують якість політичних інститутів, що встановлюються Конституцією. Тому одним із головних фокусів конституційного процесу має бути конституційне творення сучасного парламентаризму та відповідального урядування»<sup>7</sup>. І тому з приходом кожного нового Президента ми якщо й не змінюємо всю Конституцію, то хоча б її частину, заздалегідь розуміючи, що ці зміни є лише маскуванням реального процесу реформ, яких життєво потребує сьогодні держава. Нова зміна Конституції не призведе до головного – зміни політико-правової свідомості, політико-правової культури. Нарешті вона не змінить основні олігархічні схеми узурпації влади, а, можливо, ще більше їх закріпить. В Україні відбувається особливий варіант суспільних трансформацій – формування новітнього транзитного (перехідного) політичного режиму, авторитаризму, що виріс за фасадом слабко виражених демократичних інститутів<sup>8</sup>.

Остання революція – Революція гідності – показала лише бажання соціально активної частини населення до змін, вона висвітила ті сфери, що потребують змін негайно, але, на жаль, не змогла привести на політичну арену нових лідерів, їх просто сьогодні немає. Одна з найактуальніших проблем функціонування політичної системи України полягає у неповній відповідності ознак політико-правової культури суспільства тому

її типу, котрий є необхідним для повноцінного утвердження демократії. У сучасних умовах становлення незалежної Української держави назріла необхідність оновлення політико-правової культури населення, її трансформації з перехідної у демократичну<sup>9</sup>.

Ми сьогодні спостерігаємо лише невеличкий паросток суспільного замовлення на справедливу судову систему, на боротьбу з корупцією і т.д. Чому це так? Та тому, що більшість населення говорить про це, але воно ще не готове за кожен факт корупції звертатися в правоохоронні органи, які в свою чергу не готові порушувати кримінальні справи проти «своїх» товаришів або господарів. І найжахливіше, що сама влада використовує це бажання народу лише як передвиборче гасло, спекулюючи на ньому, виборюючи собі бали в рейтингах.

Низький рівень політичної та правової культури фіксується і в перебігу місцевих виборів в Україні. Знову ми бачимо ті ж самі підкупи виборців у регіонах, каруселі, підвезення до дільниць кимось із кандидатів. У Маріуполі вибори зовсім не відбулися, спостерігається маргінальне ставлення до виборів з боку населення (наприклад, на півдні України, де голосували в основному пенсіонери). Чому так відбувається? На нашу думку, мало оголосити про те, що ми створюємо нове життя, мало навіть змінити лідера, необхідно змінити ставлення суспільства до проблем, що є в державі. Наше суспільство сьогодні знаходиться на роздоріжжі. Чинна влада отримала від нього величезний карт-бланш, але, прийшовши на крові «небесної сотні» до влади, вона так і не змогла переконати основну частину громадянського суспільства в тому, що реформи, які вона здійснює, є необхідними, що люди повинні існувати на мізерні зарплати і пенсії заради «світлого майбутнього». Не покарані всі ті, хто прямо був винен у подіях на Майдані, у війні, що за ними прослідувала, у розрусі економіки, яку спостерігаємо сьогодні. Не додав віри і процес очищення влади, бо він перетворився на «половання на відьом», а не на реальні жорсткі й безкомпромісні дії влади. Особливо помітно це на місцевому рівні. Враховуючи викладене вище, можна запропонувати наступні кроки, які можуть закласти канву, що може змінити правову та політичну свідомість населення, а звідси – і правову та політичну культуру в цілому.

По-перше, оскільки серцевиною політичної і правової культури виступає правова та політична свідомість, необхідно змінити систему виховання дітей і молоді в нашій державі, адже саме виховання формує свідомість особи. Політичну еліту треба не запозичувати, а виховувати самостійно. Законотворчих громадян також треба виховувати відповідним чином, не тільки декларуючи в законодавстві той факт, наприклад, що підкуп виборця – це порушення законодавства, а й реально карати як тих, хто цей підкуп здійснює, так і тих, хто його приймає, тоді ми отримаємо переважну більшість законотворчих громадян. Крім того, основний акцент у правовому й політичному вихованні повинен змінюватись залежно від регіону, області, міста нашої держави, оскільки такі поняття, як «націоналізм», «патріотизм» по-різному сприймаються на Заході, Півдні, Центрі, Сході України – а сприйняття повинно бути однаковим (уніфікованим), отже, і акценти у вихованні повинні бути зроблені саме з урахуванням ментальних і історичних особливостей кожного регіону України для того, щоб у підсумку треті особи не могли спекулювати цими поняттями для досягнення власних цілей, як це сталося в Криму й на частині Донбасу. Іншими словами, патріотами держави не народжуються – ними стають.

Досить важливою частиною виховання є широка просвітницька діяльність, що є обов'язковою умовою підвищення, якісної зміни та усвідомлення правової й політичної культури. Біда нашого суспільства в тому, що сьогодні просвітництво у сфері права та політики відбувається шляхом якихось заходів, які здійснюються в основному ситуативно, безсистемно, «для галочки». У той час, як дана діяльність повинна бути системною, постійною, професійною, орієнтованою на конкретні соціальні групи та прошарки населення з тим, щоб отримані знання приживалися не «з-під палки», а усвідомлювались громадянами підсвідомо.

По-друге, пропонується для депутатів усіх рівнів прийняти Дисциплінарний статут депутата. Даний документ буде містити норми, що відображатимуть вимоги правової та політичної культури як окремого депутата, так і депутатської фракції, партії, коаліції та опозиції. Відповідно, визначатимуть ті вчинки, які не можуть бути прийнятними і допустимими для особи, наділеної даним правовим статусом, а також відповідальність у вигляді позбавлення даного статусу за порушення Дисциплінарного статуту депутата, а також самої можливості бути обраним до представницьких органів держави в подальшому. Звичайно, можна говорити про те, що держава не має права унормувати культуру, у тому числі й правову та політичну, що так не прийнято в демократичному суспільстві, але ж депутат, – це не просто пересічний громадянин держави Україна, а публічна особа, якій певна частина виборців делегувала свої права представництва в державних органах, а тому дана особа повинна бути виразником, в тому числі й політичної та правової культури тієї групи, що її обрала, а надто в тому суспільстві, де рівень фальсифікацій на виборах є завжди високим, довіра населення до кандидатів опускається весь час до нуля, а правосуддя залишає бажати кращого (місцеві вибори 2015 р. є тому яскравим прикладом). У такому випадку всі дії, які порочать звання «депутат», повинні бути покарані шляхом позбавлення даної особи відповідного статусу, незалежно від того, депутатом якої ради вона є.

По-третє, Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання і протидії політичній корупції» від 8 жовтня 2015 р. № 2123а, який міг би вважатися певним наближенням до більш високого рівня правової та політичної культури виборців і кандидатів. Також його можна було б вважати і серйозним кроком до подолання корупційних схем у даній сфері. Але не так сталося, як гадалося. Даний закон фактично не просто зберігає існуючі сьогодні в політичному просторі України партії, більш того, – він їх консервує. У законі передбачається, що бюджетне фінансування отримають тільки ті політичні партії, які на останніх виборах народних депутатів набрали не менше 2 % голосів. Тобто, даний закон фактично зберігає постійне життя для так званих «топових» політичних партій,

при цьому унеможливаючи розвиток реальної політичної конкуренції між ними, яку можуть забезпечити тільки «молоді» партії, ще не відомі своїми «вчинками» електорату.

Так, фінансування партій з бюджету – це загальноприйнята політична практика, але світова практика зосереджена не на тому, щоб консервувати вже існуючі партії, а на тому, щоб розвивати і давати змогу поборотися за виборця новим партіям. Тому двовідсотковий поріг є неприйнятним з цієї точки зору, наприклад, в ФРН він становить лише 0,5 %, або зовсім не визначається якоюсь конкретною цифрою (наприклад, Республіка Австрія, Королівства Швеція і Бельгія). Є країни, які окрему увагу приділяють саме новоствореним партіям (партіям «молодіжного крила») або тим, у яких сформовані і успішно функціонують дослідницькі інститути з питань парламентаризму (наприклад, Королівство Нідерланди). Виходячи з викладеного вище, сьогодні виникає необхідність у перегляді прийнятого закону в бік надання більш широких можливостей саме для молодих партій, оскільки в основному саме вони є яскравими виразниками правової і політичної культури суспільства, а також політико-правових трансформацій у державі.

<sup>1</sup> Про статус народного депутата України : Закон України від 17 листопада 1992 р. // Голос України. – 1992. – 23 грудня.

<sup>2</sup> Про регламент Верховної Ради України : Закон України від 10 лютого 2010 р. // Голос України від 23.12.1992 Ради України: Закон України від 10.02.2010 р. // Голос України від 17.02.2010. – № 28. – Глава 35.

<sup>3</sup> Правова культура в умовах становлення громадянського суспільства : моногр. / за ред. проф. Ю. П. Битяка та доц. І. В. Яковюка. – Х. : Право, 2007. – С. 116–117.

<sup>4</sup> *Монтескьє Ш.* Избранные произведения / Ш. Монтескьє. – М., 1995. – С. 168.

<sup>5</sup> Правова культура в умовах становлення громадянського суспільства : моногр. / за ред. проф. Ю. П. Битяка та доц. І. В. Яковюка. – Х. : Право, 2007. – С. 122.

<sup>6</sup> *Нода И.* Сравнительное правоведение в Японии: прошлое и настоящее / И. Нода // Очерки сравнительного права. – М., 1981. – С. 247.

<sup>7</sup> *Онiщук М.* Український конституціоналізм: від кризи – до ладу / М. Онiщук // Дзеркало тижня. Україна. – 2013. – № 17 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://gazeta.dt.ua/LAW/ukrayinskiy-konstitucionalizm-vid-krizi-do-ladu-.html>

<sup>8</sup> *Бабкіна О. В.* Деякі методологічні проблеми аналізу політичних трансформацій та політичного розвитку / О. В. Бабкіна // Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. – 2013. – Вип. 11. – С. 7.

<sup>9</sup> Там само. – С. 8.

#### Резюме

##### **Минькович-Слободяник О. В. Правова та політична культура в умовах політико-правової трансформації суспільства.**

У даній статті зроблено спробу проаналізувати політико-правові зміни, що відбулися в нашій державі за останні два роки. Як ці зміни відобразилися на правовій та політичній культурі громадянського суспільства, наскільки вони посприяли чи навпаки виявили недоліки в правовій та політичній системі України. Визначити, чи змогли ми сьогодні сформувані якісно нову правову й політичну культуру суспільстві. На якому рівні сьогодні знаходиться правова і політична свідомість громадян і чим вона відрізняється від правової та політичної свідомості правлячої еліти, представників судової та правоохоронної системи. Також у статті автор надає деякі пропозиції, що, на його думку, можуть допомогти і дещо змінити правову й політичну свідомість суспільства, а відтак і підвищити рівень правової та політичної культури, що в свою чергу позитивно вплине на процес політико-правової трансформації суспільства.

**Ключові слова:** правова культура, політична культура, політико-правова трансформація суспільства, громадянське суспільство, правова система, політична система.

#### Резюме

##### **Минькович-Слободяник Е. В. Правовая и политическая культура в условиях политико-правовой трансформации общества.**

В данной статье предпринята попытка проанализировать политико-правовые изменения, произошедшие в нашем государстве за последние два года. Как эти изменения отобразились на правовой и политической культуре гражданского общества, насколько они способствовали или наоборот выявили недостатки в правовой и политической системе нашего государства. Определить, смогли ли мы сегодня сформировать качественно новую правовую и политическую культуру общества. На каком уровне сегодня находится правовое и политическое сознание правящей элиты, представителей судебной и правоохранительной системы. Также в статье автор предоставляет некоторые предложения, которые могут помочь и в чем-то изменить правовое и политическое сознание общества, а, следовательно, повысить и качественно улучшить уровень правовой и политической культуры, что в свою очередь позитивно повлияет на процесс политико-правовой трансформации общества в целом.

**Ключевые слова:** правовая культура, политическая культура, политико-правовая трансформация общества, гражданское общество, правовая система, политическая система.

#### Summary

##### **Mynkovych-Slobodyanyk O. Legal and political culture under conditions of political and legal transformation of society.**

The present article is an attempt to analyze the transformational processes in our state since its independence (particularly in the last two years); to define whether we are able to form a brand new legal and political culture of the society; to discover the level of legal and political awareness among citizens, and its difference from the legal and political awareness of the ruling elite, the representatives of judicial and law enforcement systems. The author also offers certain propositions that, in the author's opinion, may help and partially change legal and political awareness of the society, thus increasing the level of legal and political culture, which, in its turn, will positively affect the process of political and legal transformation of the society.

**Key words:** political culture, legal culture, legal system, political system, civil society, political and legal transformation of society.

**Н. М. ПАВЛУСІВ**

*Надія Михайлівна Павлусів, кандидат філософських наук, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ*

**ПАРАДИГМА КОНСТРУЮВАННЯ ОБРАЗІВ ПРАВОВОГО  
В УКРАЇНСЬКІЙ ХУДОЖНІЙ ЛІТЕРАТУРІ  
(НА ПРИКЛАДІ ПОВІСТІ І. ФРАНКА «ПЕРЕХРЕСНІ СТЕЖКИ»)**

Український народ упродовж своєї історії виробив оригінальну правову культуру, розвинувши всі основні правові феномени – свідомість, звичаї, уявлення про справедливість. На жаль, сьогодні доводиться стикатися з позиціями вчених, в яких недооцінюються вітчизняні правові здобутки. Пояснюється це не в останню чергу тривалими періодами втрати національної державності, внаслідок чого правова культура українського народу опинялася поза увагою офіційної науки. Ось як оцінював історико-правову спадщину українського народу вчений-правознавець, історик права, професор Таємного Українського університету (Львів, 20 рр. ХХ ст.) М. Чубатий: «Український нарід може бути гордий на свою світлу юридичну минувшину більше чим кождий другий славянський нарід. Перші, що найкращі правові твори Східної Європи повстали творчими силами якраз сього народу, що до нині ще не добув свого права на державність»<sup>1</sup>. З болем пояснює таке становище цей вчений: «Не було у нас своїх університетів, які плекали б науку свого національного права, який то предмет на правничих виділах всіх університетів займає передове місце»<sup>2</sup>. Відтак цю місію виконала українська література.

Як засвідчує навіть поверховий огляд класичної української художньої літератури, вона буквально «насичена» правовими сюжетами. Варто лише згадати новели та оповідання Л. Мартовича, В. Стефаніка, Г. Хоткевича... Відомі спроби також і художньо-документальної реконструкції, здійснені у зазначений період, зокрема оповідання Ореста Левицького, в яких майстерно відтворено правове життя українського суспільства на матеріалах практики козацьких судів другої половини ХVІІ століття. Отже, українська художня література є невичерпним джерелом відомостей про правову культуру українського народу, його складний шлях у боротьбі за свої права та пошуки справедливості.

Окремо виділяється творчість І. Франка. Цьому сприяла його енциклопедична обізнаність з економічними, політичними та правовими проблемами тогочасного суспільства, реальними соціальним та правовим становищем різних верств та прошарків, професійних груп українського народу на західноукраїнських землях під владою австрійської корони, активна участь у громадському житті, публіцистична діяльність. З цієї точки зору І. Франка без перебільшення називають «українським Бальзаком».

Вивченню соціально-філософських поглядів та особливостей літературного методу та стилю І. Франка присвячені праці Т. Космеда. Наше дослідження спрямоване на розкриття особливостей відтворення художніми засобами саме правових реалій суспільства Галичини кінця ХІХ ст., ця проблема дотепер саме у площині правової парадигми не розроблялася. Гадаємо, що обраний нами напрям дослідження – до певної міри на стику літературознавства і юриспруденції – буде корисним і для потреб формування культури ділового мовлення українських правників, на актуальності якого наголошує, зокрема, А. Токарська: «Ділове мовлення працівників правоохоронних органів буде досконалим за умови точності, правильності, чіткості і ясності викладу, який переважно ґрунтується на знаннях з юриспруденції»<sup>3</sup>. Очевидно, що розгляд під «правовим» кутом зору текстів таких класиків української літератури, як І. Франко, залучення літературної спадщини у коло професійної культури правників сприятимуть розвитку як юридичної термінології, так і правової свідомості українського суспільства.

Пропоноване дослідження здійснене нами за наступними двома основними методологічними принципами:

– жанрова приналежність аналізованої повісті до реалізму, який прийнято характеризувати тим, що «він інтенційований на емпіричну дійсність і йде шляхом спостережень, вивчень та аналізів її феноменів; творчість реаліста базується на цих спостереженнях та вивченнях, на досвідному знанні й мислиться як їх художнє узагальнення»<sup>4</sup>. За цієї ознакою метод художньої реконструкції правових феноменів І. Франком наближається до соціологічного їх пізнання, однак особливими засобами, властивими художній літературі, парадигма застосування яких і становить безпосередній предмет нашого дослідження. Як зазначає Ц. Тодоров, розглядаючи природу жанрів та їх походження, «через інституціоналізацію жанри пов'язані з суспільством, в якому вони існують. Саме цим аспектом вони найбільше цікавлять етнологів та істориків»<sup>5</sup>. Таким чином, звернення І. Франка до проблем професії українського правника не було випадковим, а засвідчує певну жанрову спрямованість літературного процесу на відображення цієї сфери суспільного життя;

– аналіз досліджуваного твору як складової частини історико-літературного процесу: «літературний твір становить діалектичну значеннєву цілість, яка змінює сенс залежно від контексту. Сам контекст також має структуральний характер: його творять вищі літературні цілості, такі як течія, епоха, жанр, а також



нерозривно пов'язані з ними норми та очікування реципієнта»<sup>6</sup>. Відтак, мета написання повісті невіддільна від громадсько-політичної позиції І. Франка, котра, своєю чергою, визначалася домінуючими на той час настроями та очікуваннями передової української інтелігенції.

Поряд із зазначеними застосовано й деякі інші літературознавчі методологічні підходи.

Правові проблеми ґрунтовно розкриті засобами художньої реконструкції у багатьох творах І. Франка, зокрема таких як «Борислав сміється», «Украдене щастя». Проте найбільш «правовою» є повість «Перехресні стежки»<sup>7</sup>.

Історія написання цієї повісті достатньо досліджена у літературознавчих джерелах, тому предметом нашої наукової розвідки є безпосередній змістовний аналіз методів художньої реконструкції правової дійсності (парадигми).

Характер відображення життя та побуту провінційного українського адвоката засвідчує ґрунтовну обізнаність І. Франка з предметом в усій його повноті (правова освіта, кар'єрні перспективи, адвокатська практика, взаємовідносини з клієнтами, судом тощо), настільки ґрунтовну, що можна вважати її наслідком близького знайомства з тогочасним середовищем українських правників у Галичині.

Проведений аналіз дає підстави виокремити основні напрями такої реконструкції.

*Образи правників.* Центральною постаттю є Євген Рафалович – український (за тогочасним слововжитком – «русинський») правник. Образ цього персонажу розкривається у двох аспектах: по-перше, через його людську долю і, по-друге, через його професійну діяльність. Таким чином, особистість Євгена Рафаловича розкривається в органічній цілісності його життя та професії. Національна приналежність цього персонажу до українського народу істотним чином вплинула на його професійні погляди. Зауважимо, що для етнічного українця за тогочасних умов практично єдиною кар'єрою у сфері права була адвокатура, оскільки за національним цензом доступ до посад в органах влади, управління та правоохоронних органах (суді, прокуратурі, на керівних посадах у поліції та жандармерії) був суттєво обмеженим. Загалом в образі цього правника можна вбачати той «збірний» образ славної плеяди українських правників – сучасників та колег І. Франка, які брали активну участь у процесах національного розвитку, зокрема К. Левицького, Є. Петрушевича, В. Старосольського і віддавали всю свою професійну майстерність громадській справі.

Виділимо основні риси, якими І. Франка наділяє образ Євгена Рафаловича:

– особиста заінтересованість життям інших людей, здатність до співчуття: «Дрібниця ... мучила і боліла, мов тернина, вбита в живе м'ясо»<sup>8</sup>; «а вже таке дурне серце в чоловіка, тішиться чужим щастям, сумує чужим смутком так, як своїм власним»<sup>9</sup>;

– життєлюбність, внутрішня сила: «Молодий адвокат, здавна привичний до міського шуму ... вся ця музика многолюдного рухливого міста настроювала його на якусь добродушність, розвивала в його душі чуття якоїсь повноти буття»<sup>10</sup>; «видно, що доля хоче мене загартувати, хоче виробити мої духовні сили»<sup>11</sup>;

– професійна майстерність, впевненість у своїх силах як складова частина професіоналізму: «Слава Богу, я знаю закони настільки, скільки мені треба. І хоч як наші панове тискають на мене кулаки і закусують зуби, але законами нічого мені не вдіють. Вони знають один закон, а я знаю десять способів, щоб обійти той закон... Я знаю їх слабкі сторони, їх привички, їх непрактичність, непорядність, негосподарність, лінивість і все те – мої помічники»<sup>12</sup>;

– опертя на життєвий досвід, життєва спостережливість: «Ні, книжкова освіта ще не дає життєвої освіти. Неписьменний торговець може бути в життєвих справах освіченішим чоловіком від доктора філософії... Почуття солідарності між людьми – се мета тої школи... Треба провести їх через школу життєвої освіти, збудити в них громадського духа, а там побачимо»<sup>13</sup>;

– прагнення до досягнення високих цілей, ідеалів: «І скажіть по правді, чи сама та праця чимдалі не робилась вам дорожчою, не набирала ідеальнішої подоби, не робилась вам метою життя, вищою святішою, ніж усе те, що ви могли би бути знайти зо мною?... Адже ж у своїй праці ви знайшли собі мету життя... Ви русин, а русини вперті на своїому. Ви – чоловік з чуттям, значить – ідеаліст. Я певна, що ви маєте вищі цілі перед собою, силкуєтесь іти вгору і вести інших за собою...»<sup>14</sup> (Регіна про Рафаловича. – Н.П.); «Ти ж адвокат. Ти оборонець покривджених»<sup>15</sup>; «адвокат і лікар не вибирають собі клієнтів»<sup>16</sup>.

Протистоять Євгену Рафаловичу постаті двох інших персонажів: основний – Стальського, та другого плану – образ судді. Вказані образи характеризуються гіршими рисами тодішнього чиновництва, судової бюрократії: пристосуванство, безпринципність, зверхність у ставленні до потреб простих українських селян, особиста непорядність; Характеристика Стальського: «Стальський мучив kota найрізнішими способами: бив його в мішку наосліп, вішав за шию, прищемивши хвіст розколотим з одного кінця поліном, виривав пазури, випікав очі, колов шилом, напихав у ніс товченого перцю і скла... Стальський робив свої катівські операції в садівницькій будці, що стояла далеко від людських хат»<sup>17</sup>; «Що воно значить, що на вступі в нове життя мені перебігає дорогу оця скотина в людській подобі (про Стальського. – Н.П.)»<sup>18</sup>; «тісна та невисока освіта наших суддів, прокураторів та адвокатів... що не дає такому функціонеру нічогоісінко, крім знання параграфів, не торкаючи ані психології, ані суспільних відносин, ані історії, ані етики, присипляючи ще в університеті його душу і серце і випускаючи його в світ машиною, яка й працює так, як її наведуть переможні обставини»<sup>19</sup>.

*Образи непрофесійних юристів – учасників чи жертв правового життя:* «але рад би своїм секретним говоренням з адвокатом наполохати селянина, посягти в його душі недовір'я до адвоката, а се в усякім разі можна буде потім використати...»<sup>20</sup>; «Ані у пана, ані у попа, ані у старости, ані в суді нема вашої правди.

Там усюди купована правда, усюди фальшивство, всюди кривда»<sup>21</sup>; «Адже в кожній справі, яка є в суді, все бодай один мусить програти. А хто програє звичайно? Хто слабший, хто не вмє боронитися, хто не має чим мастити»<sup>22</sup>; «самовільно, не порозумівши свою інструкцію, заковували в кайдани селян, визваних до суду в характері свідків. ... сього пана, за весь час навіть не кликано до суду для переслуху, він з поля судівництва перейшов на інші поля публічного життя в Галичині»<sup>23</sup>; «Він в супроводі своїх гайдуків сам пішов до оскарженого і, заставши його на подвір'ю, велів простягти його і власноручно вліпив йому двадцять і п'ять канчуків. Може, й се було б увійшло графові насухо, бо селяни в його селі були загукані і знеохочені до судової правди, та трафилосся так, що в ту саму пору нагодився в селі Шнадельський. Сей відразу зрозумів, що з тої справи «можна щось зробити», написав іменем побитого донесення...»<sup>24</sup>.

*Образи суду та судочинства:* «прийшло до розправи, все розібрали чистенько, свідки позізнавали, протоколи повідчитували, прокуратор гримить, домагається найтяжчої кари; адвокат, визначений з уряду, промирив щось там собі під ніс, пан президент устругнув резюме таке, що й на двох прокураторів могло б вислати, – присяглі по чвертьгодинній нараді всіма голосами: на перше, головне питання – винен Прокуратор жадає шибениці, трибунал виходить і за чверть години виносить присуд: смерть через повішення» (про злочин Барана. – Н.П.)<sup>25</sup>; «Пан суддя Страхоцький взявся робити справедливість у повіті... Суддя був «острий» ... і Бог приказав, щоб усі судді були «острі», щоб ляляли обвинуваченого, веліли приставляти жандармами, грозили тюрмою і шибеницею. Які були їх вироки, наскільки відповідали законові, про се селяни здавен-давна не знали й не думали; вони знали одно, що судового вироку ніколи не можна зміркувати наперед так, як тяжко вгадати нумери, які вийдуть на лотерію»<sup>26</sup>; «Той мертвий шаблон, та ремісницька буденність вимірювання справедливості, повна зневага до провідних ідей законодавства і панування мертвої букви, та ще в сполученні з повною безцеремонністю людей, отупілих або й зовсім хворих духом, – тут доведені були до справжньої карикатури на всяке судівництво. До якої байдужості на закон і на людську кривду треба було дійти, щоб не тільки видавати подібні вироки, як їх видає Страхоцький, але толерувати їх!»<sup>27</sup>; «Якою ж іронією супроти сього бриніли в Євгенієвих вуха пишні фрази про незалежність судівництва, про непідкупність суддів, про строгу легальність їх поступування і про високе почуття справедливості різних пресвітлих трибуналів, до якого так часто в своїх промовах люблять відкликатися адвокати... Адже важніші слідства робляться скрізь по Галичині по вказівках прокурора, а через нього звичайно по вказівках політичної власті. Адже ж кождий трибунал у Галичині має суддів, – вони не раз становлять більшість, – що, так само як Страхоцький, ховають сумління у жменю, а зате наострюють ухо як найпильніше на те, що говорить прокуратор. Розділ між судівництвом і адміністрацією – перша основа справді незалежного судівництва – у нас існує тільки на папері, а на ділі се ідеал, до якого нам дуже далеко»<sup>28</sup>; «Погляди селян на суди і судівництво, ті їх чуття, з якими вони ходять до судового будинку, се ж усе око в око те саме, що було перед 1848 роком. Змінилися форми, але дух, суть патримоніального судівництва живе й досі. Той сам, хто гнав хлопа на панщину, брав у рекрути, стягав з нього податки, виганяв його з хати за «ліниство» і при кожній з тих нагод міг тисячними способами кривдити його, той сам був і його суддею, мав судити про його кривди. Закони, патенти та інтимати були надруковані в великих книгах, мовою чужою і незрозумілою для народа; але й суддям вони були здалі тільки на те, щоб їх параграфами прикривати свою самоволно, городити собі з них пліт, що забезпечував би їм безкарність кривдження і визискування народа. «Завдати когось до суду», се в народному поняттю була страшна погроза, більша як коли би хтось похвалявся: «Ось я розіб'ю тобі каменем голову»... Хто йшов до суду, хоч би правда була сто раз по його боці, тремтів і вважав себе нещасливим, бо «панського суду ніхто не певен». Виграти справу в суді значило таке саме щастя, як трафити на лотерію; чи справедливо, чи несправедливо виграна справа, про се питати нікому і в голову не приходило»<sup>29</sup>;

«... Хлоп приходить до мене зі скаргою, я вислухую його і бачу, що справа ясна, як сонце...

– справа зовсім не така ясна, а головно, пан граф не мали ніякого права права судити її.

– ... що там мені ваші писані права!

– ... дискусія зійшла на невластиву дорогу. Шановний пан президент сказав, що справа могла б бути залагоджена. ... мені, як і загалом усьому обивательству, безмірно залежить на тім, аби ся справа була залагоджена без скандалу...»<sup>30</sup>;

«Так, як би ніколи не був у суді і не знав, як в таких разях робляться слідства... Але коли маршалок тут і там конфіденційно шепне слово – ... то все може робитися так, що нам і волос з голови не злетить»<sup>31</sup>;

*Абстрактні, узагальнені образи таких правових понять, як справедливість, вина тощо:* «Демагогічні юдження, підбурювання, чорнення і підкопування всякої поваги і власті – все те, що досі шириться у нас тільки по краплині, по закутках, потаємно, тепер вилізе на трибуну, зареве, як дзвін, одержить, так сказати, санкцію законності»<sup>32</sup>; «... я маю також обов'язок уреспектувати закон... закон – се теорія, що в книжці, на папері виглядає дуже гарно, а практика, жива дійсність має свої спеціальні закони, далеко не такі гладкі та заокруглені, а зате повні розгалужень, закарлюк, та різnorodності. Тому паперовому законові я не уймаю ані честі, ані поваги... Нехай він собі здоров жие і сидить у ваших кодексах на многа літа»<sup>33</sup>; «... тут багато залежати буде від того, чи самі власті незаконними поступками і навмисною провокацією не зіпхнуть людей із законної дороги»<sup>34</sup>; «Ми то знаємо, що по закону не належиться. Але закон не говорить також про простуду, духоту і всяку нечисть, якої можна набратися на таким зібранню»<sup>35</sup>; «... в рішучій хвилі збилася з дороги, не знайшла в душі компаса, не знайшла сильної волі, щоб піти за голосом серця. Невже ж се справедлива кара? Кара – нехай і так! Але вимір! Ні, против такого нелюдського виміру кари я рекурсию, рекурсию і протестую всіма силами душі»<sup>36</sup>.

Проведений нами аналіз засвідчує, що ряд образів та метафор, за допомогою яких І. Франко відтворив правове життя сучасного йому суспільства, зберігають актуальність і сьогодні. Так, цікаво було б відтворити особистість сучасного українського адвоката на основі офіційного документа – Правил адвокатської етики. Адже на основі систематизації вимог до особи адвоката та його відносин з клієнтами й судом можна спробувати відшукати певний «збірний» образ: офіційний документ також може бути джерелом літературознавчого дослідження остільки, оскільки відтворює певні риси людської особистості. Відповідно до ст. 5 Правил адвокат повинен бути «мужнім і принциповим у виконанні своїх професійних обов'язків»; відповідно до ст. 11 – чесним і порядним, до ст. 13 – поводити себе гідно, стримано, тактовно. У ст. 51 Правил прямо визначено, що «у своїй професійній діяльності адвокат повинен завжди враховувати, що професія адвоката є не тільки джерелом заробітку для нього, а й має важливе соціальне значення, є однією з головних гарантій належного рівня захисту прав та свобод громадян і вимагає від своїх представників відданості цьому призначенню професії, благородства та людяності»<sup>37</sup>.

Якщо зіставити той образ українського адвоката, який випливає з Правил адвокатської етики (до речі, офіційного документа, обов'язкового до виконання) та образ Євгена Рафаловича, то виявиться, що він є конкретизацією у творі художньої літератури того образу правника, до якого продовжує прагнути українське суспільство. Судження, вкладені в уста різних персонажів повісті, про недоліки юридичної освіти, судової системи, її зневажливого ставлення до людей, потреб та страждань пересічних громадян ніби взяті зі сторінок сучасної громадсько-політичної чи фахової юридичної преси. У цьому ми схильні вбачати черговий доказ сили невмирущого слова Великого Каменяря.

Отже, можемо зробити такі висновки. Українська художня література є важливим джерелом знань про правову культуру українського народу. Особливе значення має літературний аналіз парадигми художньої реконструкції правової дійсності у творчості І. Франка, зокрема на прикладі повісті «Перехресні стежки». Проведений аналіз дає підстави виділити наступні основні напрями відображення сфери правового: образи правників, образи непрофесійних юристів – учасників чи жертв правового життя, образи суду та судочинства, абстрактні, узагальнені образи таких правових понять, як справедливість, вина тощо. Наступними напрямками дослідження порушеної у даній статті проблеми можуть бути: узагальнення методології відображення образів правового у творчості українських письменників – сучасників І. Франка; подальша конкретизація уявлень про правову культуру та правову свідомість українців на західноукраїнських землях кінця ХІХ – початку ХХ ст.; опрацювання методики використання образів правового у класичній українській художній літературі у викладанні курсів філософії права, юридичної деонтології, теорії держави і права, історії держави і права України з метою збагачення їх джерельною базою та прикладами на основі української правової традиції.

<sup>1</sup> Чубатий М. Огляд історії українського права по запискам за викладами проф. М. Чубатого на Тайнім Українським Університеті у Львові в рр. 1920–1923. II. Поширене видання. – С. 10.

<sup>2</sup> Там само. – С. 10.

<sup>3</sup> Токарська А. Ділове мовлення юристів: стан і проблеми / А. Токарська // Наукове видання «Мовознавчі студії» (Матеріали конференцій). НТШ у Львові. Філологічна секція. Праці сесій, конференцій, симпозіумів, «круглих столів» НТШ. – Л., 2002. – Т. 13. – С. 21–27.

<sup>4</sup> Наливайко Д. Теорія літератури й компаративістика. – К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2006. – 347 с. – С. 267.

<sup>5</sup> Тодоров Ц. Поняття літератури та інші есе / Цветан Тодоров; перекл. з франц. Є. Марічева. – К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2006. – 162 с. – С. 29.

<sup>6</sup> Література. Теорія. Методологія; пер. з польськ. С. Яковенка / упор. і наук. ред. Д. Уліцької. – К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2006. – 543 с. – С. 209.

<sup>7</sup> Франко І. Я. Перехресні стежки / І. Я. Франко // Украдене щастя. – Х.: Фоліо, 2007. – С. 153–410.

<sup>8</sup> Там само. – С. 169.

<sup>9</sup> Там само. – С. 159.

<sup>10</sup> Там само. – С. 162.

<sup>11</sup> Там само. – С. 207.

<sup>12</sup> Там само. – С. 198.

<sup>13</sup> Там само. – С. 225.

<sup>14</sup> Там само. – С. 246.

<sup>15</sup> Там само. – С. 363.

<sup>16</sup> Там само. – С. 173.

<sup>17</sup> Там само. – С. 1.

<sup>18</sup> Там само. – С. 159.

<sup>19</sup> Там само. – С. 285.

<sup>20</sup> Там само. – С. 280.

<sup>21</sup> Там само. – С. 292.

<sup>22</sup> Там само. – С. 292.

<sup>23</sup> Там само. – С. 295.

<sup>24</sup> Там само. – С. 302.

<sup>25</sup> Там само. – С. 175–176.

<sup>26</sup> Там само. – С. 277.

<sup>27</sup> Там само. – С. 185.

<sup>28</sup> Там само. – С. 285–286.

<sup>29</sup> Там само. – С. 286.

<sup>30</sup> Там само. – С. 310.

<sup>31</sup> Там само. – С. 325.

<sup>32</sup> Там само. – С. 337.

<sup>33</sup> Там само. – С. 338.

<sup>34</sup> Там само. – С. 341.

<sup>35</sup> Там само. – С. 357.

<sup>36</sup> Там само. – С. 263.

<sup>37</sup> Правила адвокатської етики. Схвалені Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабінеті Міністрів України 1 жовтня 1999 р.; протокол № 6/VI від 1–2 жовтня 1999 р.

#### Резюме

**Павлусів Н. М. Парадигма конструювання образів правового в українській художній літературі (на прикладі повісті І. Франка «Перехресні стежки»).**

У статті зроблено філософсько-правовий аналіз образів правової дійсності на прикладі повісті І. Франка «Перехресні стежки». Виділено основні напрями відображення сфери правового: образи правників, образи непрофесійних юристів, образи суду та судочинства, абстрактні образи правових понять.

**Ключові слова:** справедливість, адвокат, особистість, злочин.

#### Резюме

**Павлусив Н. М. Парадигма конструирования образов правового в украинской художественной литературе (на примере повести И. Франко «Пути-дороги»).**

В статье осуществлен философско-правовой анализ образов правовой действительности на примере повести И. Франко «Пути-дороги». Выделены основные направления отображения сферы правового: образы юристов, образы непрофессиональных юристов, оскорбления суда и судопроизводства, абстрактные образы правовых понятий.

**Ключевые слова:** справедливость, адвокат, личность, преступление.

#### Summary

**Pavlusiv N. Design paradigm legal recognition in Ukrainian literature (for example, the story of Ivan Franko «Cross-stitches»).**

In the article the philosophical and legal analysis of legal reality images as an example the story of Ivan Franko «Cross paths». The main scope of legal areas display: images of lawyers, lawyers images unprofessional, images and court proceedings, the images of abstract legal concepts.

**Key words:** justice, lawyer, identity crime.

УДК 340.1

### **Т. І. ТАРАХОНИЧ**

*Тетяна Іванівна Тарахонич, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## **ЮРИДИЧНІ ФАКТИ ТА ЇХ МІСЦЕ В СТРУКТУРІ МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ**

Проблема дії механізму правового регулювання є ключовим питанням у вітчизняній та зарубіжній літературі. Важливе місце в структурі механізму правового регулювання належить сукупності засобів, які забезпечують його функціонування. Структура механізму правового регулювання виявляється у певній послідовності підключення до правового регулювання зазначених юридичних засобів, у тій чи іншій черговості його обов'язкових (тобто таких, за яких цей процес перебігає кожен раз) та факультативних (в яких виникає потреба при впорядкуванні лише деяких суспільних відносин) стадій<sup>1</sup>. Поряд із цим залишається дискусійними питання щодо належності тих чи інших елементів у структурі механізму правового регулювання до основних чи факультативних засобів. Досить невизначеним залишається питання щодо структури та складу механізму правового регулювання.

Поряд із цим, соціально значимі поняття, у тому числі механізм правового регулювання, засоби правового регулювання мають розглядатися в контексті їх методологічних та практичних аспектів, що надасть можливість охарактеризувати їх сутність, зміст, функціональне призначення, шляхи підвищення ефектив-

ності функціонування та інші аспекти. Методологічною основою загальнотеоретичного дослідження зазначених категорій є загальні теоретичні принципи наукового пізнання, дослідницькі підходи, система методів, способів.

Зазначене свідчить про актуальність теми дослідження та необхідність подальшого опрацювання концептуальних теоретичних та методологічних засад дії механізму правового регулювання.

Метою даної статті є необхідність подальшого опрацювання особливостей механізму правового регулювання та визначення місця юридичних фактів у його структурі.

Дослідженню поняття правового регулювання, механізму правового регулювання присвячені фундаментальні праці С. С. Алексєєва, В. Д. Бабкіна, С. В. Бобровник, Є. В. Бурлай, А. М. Вітченко, В. М. Горшенєва, С. Д. Гусарева, С. А. Зінченко, Д. А. Керімова, М. І. Козюбри, Г. В. Кикотя, Ю. В. Кривицького, М. І. Матузова, О. М. Мельник, О. І. Левченкова, В. С. Нерсесянца, Н. М. Оніщенко, Е. М. Пенькова, П. М. Рабіновича, О. Д. Тихомирова, Н. Н. Тарасова, В. Д. Сорокіна, В. М. Сирих, В. М. Селіванова, О. І. Ющика тощо.

Виокремлюючи інструментальну складову механізму правового регулювання як сукупність правових засобів, виникає можливість прив'язати елементний склад механізму правового регулювання до стадій правового регулювання, кожній з яких притаманний свій інструментарій, свої засоби регулятивного впливу. Логічна послідовність у розташуванні правових засобів у механізмі правового регулювання, надає можливість виокремити ключові та факультативні елементи на різних стадіях дії механізму правового регулювання.

Вітчизняні науковці А. С. Васильєв, В. В. Іванов підкреслюють, що механізм правового регулювання – це сукупність правових засобів, що використовуються в процесі правового регулювання суспільних відносин, які в комплексі складають правотворчу, правореалізаційну процедуру та процедуру притягнення до юридичної відповідальності<sup>2</sup>. Виокремлення зазначених процедур свідчить про наявність відповідних стадій у механізмі правового регулювання та ключового елемента на цих стадіях, який має відношення до тієї чи іншої процедури.

О. Ф. Скакун, виокремлює елементи механізму правового регулювання, які діють на відповідних стадіях регулювання (норми права, нормативно-правові акти, юридичні факти, правовідносини, акти безпосередньої реалізації суб'єктивних юридичних прав і обов'язків); які діють протягом усього регулювання (правова законність, правосвідомість, правова культура); ті, що мають факультативний характер (інтерпретаційно-правові акти, акти застосування норм права)<sup>3</sup>.

Дану думку поділяє Ю. В. Кривицький, який аналізуючи елементний склад механізму правового регулювання в межах інструментального підходу до його розуміння, підкреслює, що критерієм виокремлення елементів механізму правового регулювання є стадії правового регулювання; до елементів механізму правового регулювання належать не всі явища правової системи, а лише ті, які є правовими засобами; кожній стадії правового регулювання відповідає один ключовий елемент, до якого можуть приєднуватись інші правові засоби, що пов'язані з ним, утворюючи підсистеми механізму правового регулювання; аналіз структури механізму правового регулювання передбачає фокусування уваги на основних засобах правового регулювання, що дозволить зробити висновок про функціональне призначення механізму правового регулювання<sup>4</sup>.

Аналіз механізму правового регулювання з точки зору структурного аспекту надає можливість виокремити та охарактеризувати певну сукупність засобів регулятивного впливу, які можна поділити основні та факультативні. Функціональний аспект механізму правового регулювання дозволяє показати динаміку, дію кожного із компонентів механізму правового регулювання на тій чи іншій стадії його функціонування, їх роль та значення у процесі впорядкування суспільних відносин, показати взаємозв'язок між правовими засобами різного рівня (ряду). Тому механізм правового регулювання слід розглядати не лише в статичній як сукупність певним чином організованих правових засобів, а і з точки зору їх дії, функціонування, як динамічну систему.

Важливе місце в структурі механізму правового регулювання належить юридичним фактам. Аналізуючи його структуру, ряд вчених розглядають юридичні факти або як основний елемент даної структури, або відводять їм факультативну роль, що певною мірою залежить і від їх галузевої приналежності та видової характеристики.

В юридичній літературі існують різні підходи до визначення юридичних фактів, проте переважна більшість науковців схильні до думки, що юридичні факти – це життєві обставини, з якими закон пов'язує виникнення, зміну чи припинення правовідносин<sup>5</sup>.

Визначаючи зміст поняття правовідносин, С. М. Легуша підкреслював, що норма права, юридичний факт, правова діяльність, правовідносини перебувають у діалектичному взаємозв'язку. Вчений в один ряд з правовідносинами ставить правову діяльність, підкреслюючи, що норма права закріплює суб'єктивні права та юридичні обов'язки, які реалізуються, передусім через правову діяльність суб'єктів права, формою і результатом якої є правові відносини, що виникають, змінюються та припиняються на підставі юридичних фактів<sup>6</sup>.

Таким чином, вступаючи в правові відносини на основі певних юридичних норм, які є абстрактною моделлю поведінки, суб'єкти набувають суб'єктивних прав та юридичних обов'язків за власним бажанням (активна форма реалізації суб'єктивних прав та юридичних обов'язків) чи на основі правозастосовчого акту (складна форма реалізації суб'єктивних прав та юридичних обов'язків).

У контексті викладеного конструктивною є точка зору В. Б. Ісакова, який розглядає юридичні факти як конкретні соціальні обставини (події, дії), що викликають у відповідності до норми права настання певних правових наслідків – виникнення, зміна чи припинення правових відносин<sup>7</sup>.

Таким чином, слід зазначити, що юридичні факти – це умова реалізації норм права, що визначається як конкретна життєва обставина, настання якої є необхідним для поширення дії права на певну сферу суспільних відносин.

Юридичним фактам властиві певні особливості: вони передбачені нормами права; тягнуть за собою юридичні наслідки; вони змінюють чи викликають дію норми на певну ситуацію чи суб'єкта; визначають зміст прав та обов'язків суб'єктів з врахуванням особливостей певної ситуації; є основною умовою, що забезпечує можливість реалізації правого припису.

Розглядаючи взаємозв'язок юридичних фактів з правовідносинами, які є підставою виникнення, зміни чи припинення правовідносин, можна виокремити ті функції, які їм властиві, а саме: функція залучення суб'єкта права до правовідносин; функція породження правосуб'єктності, її придбання та виникнення.

Водночас ряд вчених функції юридичних фактів поділяють на основні та додаткові та характеризують їх як узагальнену характеристику їх ролі та завдань в механізмі правового регулювання. Серед основних функцій виокремлюють функцію забезпечення виникнення, зміни, припинення правовідносин. Вони сприяють переходу від абстрактної моделі поведінки, що міститься в правовій нормі до конкретної. Серед додаткових функцій важливе місце відводиться функції забезпечення законності, інша пов'язана з попереднім впливом норм права на суспільні відносини<sup>8</sup>.

Поряд із цим, у юридичній літературі існують різні підходи щодо місця юридичних фактів у структурі механізму правового регулювання. Так, О. І. Левченков, аналізуючи механізм правового регулювання, підкреслює, що це нормативно-організований, послідовно здійснюваний комплексний процес, спрямований на результативне втілення правових норм у життя за допомогою адекватних правових засобів<sup>9</sup>. Тим самим вчений вказуючи на процедурний характер даного процесу, виокремлює серед компонентів механізму правового регулювання і юридичні факти, надаючи їм самостійного значення в його структурі. Дану думку поділяє Є. О. Гіда, підкреслюючи, що юридичні факти – це не пасивний елемент механізму правового регулювання, встановлення тих чи інших юридичних фактів використовується законодавцем як засіб впливу на поведінку суб'єктів<sup>10</sup>. Тобто мова йде про відносну самостійність юридичних фактів.

Ряд вітчизняних вчених указують на їх факультативний характер, підкреслюючи, що юридичні факти створюють перехід від загальної інтелектуально-духовної моделі поведінки суб'єктів, встановлений правовою нормою, до конкретної поведінки конкретних суб'єктів<sup>11</sup>. Обстоюючи дану позицію, Г. В. Кикоть зауважує, що юридичні факти в механізмі правового регулювання виконують свою головну роль – забезпечують виникнення, зміну та припинення правовідносин. Вони створюють перехід від загальної моделі прав і обов'язків, зафіксованої в юридичній нормі, до конкретної, що втілюється у правовідносинах. Розвиваючи власну думку, вчений розглядає юридичні факти як обставини, що зумовлюють виникнення, зміну або припинення правового відношення та відносить їх до його структури поряд із суб'єктом, об'єктом та змістом<sup>12</sup>.

Своєрідну точку зору щодо місця та ролі юридичних фактів у механізмі правового регулювання висловлює С. А. Зінченко, підкреслюючи, що юридичні факти в якості вольових актів входять як елементи до кожної стадії механізму правового регулювання, зумовлюючи їх сутнісну основу<sup>13</sup>.

На нашу думку, юридичні факти є різновидом правових засобів, інструментальною складовою механізму правового регулювання, вони діють на певній стадії механізму правового регулювання та поряд із цим мають факультативний, рівневий характер. Як вважають А. М. Вітченко та Ю. К. Толстой, норма права починає регулювати поведінку суб'єктів не з моменту видання норми права, а з часу настання юридичних фактів, передбачених даною нормою<sup>14</sup>. На цьому етапі настає друга стадія дії механізму правового регулювання, що пов'язана з правовими відносинами, які забезпечують можливість реалізації суб'єктивних прав та юридичних обов'язків та за допомогою яких норми права набувають персоніфікованого характеру, стосуються конкретного суб'єкта та безпосередньо впливають на процес правореалізації. Залежно від характеру правових норм виникають різні види правових відносин, серед яких важливе місце належить регулятивним, що формуються на основі норм цивільного, адміністративного, земельного й інших галузей права, та охоронним, що виникають в результаті здійснення правопорушення.

Узагальнюючи сказане, слід наголосити, що:

– формування цілісного уявлення щодо механізму правового регулювання є закономірним результатом попередньої пізнавальної діяльності, узагальненням існуючих ідей, поглядів, концепцій тощо.

– механізм правового регулювання включає різноманітний правовий інструментарій, який характеризується логічною послідовністю, цілісністю, функціональною спрямованістю та відображає більш глибоке якісне розуміння сутності механізму правового регулювання;

– виокремлення інструментальної складової механізму правового регулювання, як сукупності правових засобів, надає можливість прив'язати елементний склад механізму правового регулювання до стадій правового регулювання, кожній з яких притаманний свій інструментарій, свої засоби регулятивного впливу.

– юридичні факти є різновидом правових засобів, інструментальною складовою механізму правового регулювання, діють на певній стадії механізму правового регулювання та мають рівневий характер.

<sup>1</sup> Загальна теорія держави і права : [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – 584 с. – С. 220.

- <sup>2</sup> Теория права и государства: Учебник. – Х.: ООО «Одиссей», – 2006. – С. 283.
- <sup>3</sup> Скакун О. Ф. Теория права и государства: Пособие. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 520 с. – С. 266.
- <sup>4</sup> Кривицький Ю. В. Механізм правового регулювання в сучасній теорії права // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 4. – С. 74–79.
- <sup>5</sup> Общая теория права и государства: учебник / под ред. В. В. Лазарева. – М.: Норма: ИНФА-М, 2014. – 592 с. – С. 320.
- <sup>6</sup> Легуша С. М. Правові відносини і правовий зв'язок: проблеми співвідношення // Правова держава. – Вип. 19. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2008. – С. 90–99.
- <sup>7</sup> Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах / отв. ред. М. Н. Марченко. – 3-изд. перераб. и доп. – Т. 2: Право. – М.: Норма, 2007. – 816 с. – С. 675.
- <sup>8</sup> Там само.
- <sup>9</sup> Левченко О. І. Проблеми правового регулювання суспільних відносин: загальнотеоретичні аспекти: [монографія] / О. І. Левченко; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка, 2012. – 528 с. – С. 373.
- <sup>10</sup> Актуальні проблеми теорії держави та права: [навчальний посібник] / [С. В. Білозьоров, Є. О. Гіда, А. М. Завальний та ін.]; за заг. ред. Є. О. Гіди. – К.: ФОП О. С. Ліпкан, 2010. – 260 с. – С. 116.
- <sup>11</sup> Проблеми реалізації прав та свобод людини та громадянина в Україні: Монографія / Кол. авторів; за ред., Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчука. – К.: Видавництво «Юридична думка», 2007. – 424 с. – С. 236.
- <sup>12</sup> Кикоть Г. В. Юридичні факти в системі правовідносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – К., 2006. – 19 с. – С. 8–9.
- <sup>13</sup> Зинченко С. А. Юридические факты в механизме правового регулирования / С. А. Зинченко. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 152 с. – С. 25.
- <sup>14</sup> Витченко А. М. Механизм правового регулирования социалистических общественных отношений, его понятие и структура // Вопросы государства и права. – Саратов, 1968. – С. 92; Толстой Ю. К. К теории правоотношений. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1959. – С. 7.

#### Резюме

##### **Тарахонич Т. І. Юридичні факти та їх місце в структурі механізму правового регулювання.**

У статті охарактеризовано підходи до розуміння таких важливих категорій юридичної науки, як «механізм правового регулювання», «стадії механізму правового регулювання». Виокремлено інструментальну складову механізму правового регулювання як сукупності правових засобів. Підслідковано взаємозв'язок елементного складу механізму правового регулювання у відповідності до стадій функціонування механізму правового регулювання. На загальнотеоретичному й методологічному рівні виокремлено та охарактеризовано поняття й особливості юридичних фактів, а також визначено їх місце на певній стадії функціонування механізму правового регулювання.

**Ключові слова:** правове регулювання, механізм правового регулювання, юридичний інструментарій механізму правового регулювання, стадії механізму правового регулювання, юридичні факти.

#### Резюме

##### **Тарахонич Т. І. Юридические факты и их место в структуре механизма правового регулирования.**

В статье охарактеризованы подходы к пониманию таких категорий юридической науки, как «механизм правового регулирования», «стадии механизма правового регулирования». Выделено инструментальную составляющую механизма правового регулирования как совокупности правовых средств. Дана характеристика взаимосвязи элементного состава механизма правового регулирования на определенных стадиях функционирования механизма правового регулирования. На общетеоретическом и методологическом уровне выделено и охарактеризовано понятие и особенности юридических фактов, а также определено их место в структуре механизма правового регулирования.

**Ключевые слова:** правовое регулирование, механизм правового регулирования, юридический инструментальный механизм правового регулирования, стадии механизма правового регулирования, юридические факты.

#### Summary

##### **Tarakhonych T. Legal facts and their place in the structure of legal regulation mechanism.**

Approaches to understanding of such important categories of legal science as “mechanism of regulation” and “stages of legal regulation mechanism” are described in this article. The instrumental component of legal regulation mechanism is highlighted. The interconnection of elementary composition of legal regulation mechanism according to the stages of functioning of legal regulation mechanism has been determined. The essence and specific features of legal facts have been characterized and highlighted, its place on particular stage of functioning of legal regulation mechanism has been defined.

**Key words:** legal regulation, legal regulation mechanism, legal tools of legal regulation mechanism, stages of legal regulation mechanism, legal facts.

**О. А. ХАЛАБУДЕНКО**

*Олег Анатольевич Халабуденко, доктор права,  
доцент Международного свободного университе-  
та Молдовы (ULIM), г. Кишинев*

## **ЧАСТНОПРАВОВЫЕ АКТЫ, ФАКТЫ И ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ: НЕКОТОРЫЕ МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ЗАМЕЧАНИЯ**

В научной методологии понятие «факт» используется в двух основных значениях: во-первых, как предположение, фиксирующее эмпирическое знание (форма эмпирического знания), во-вторых, как синоним истины. В сфере правовой действительности фактом признается произошедшее в виде явления или процесса обстоятельство. Факт как предмет науки и факт, значимый для участников правового общения – юридический факт, представляют формы эмпирического знания. Однако если в классической логике истинность вывода верифицируется соответствием его действительности, то в правовой действительности истинность нормативной прескрипции сама по себе не может быть выведена из какого-либо жизненного обстоятельства. Другими словами, дескриптивное (связка «есть») и нормативное (связка «должно быть») не находятся в причинной связи: «из того, что есть, нельзя сказать, что мы должны делать»<sup>1</sup>.

По нашему мнению, последовательное разрешение вопроса о соотношении сущего и должного позволяет критически пересмотреть позиции ученых, сложившиеся в отношении юридических актов и фактов<sup>2</sup>, и вывести новое знание, отвечающее цели настоящей работы.

Цель статьи состоит в демонстрации результатов, полученных в результате исследования частнопровых юридических актов и фактов с применением приемов и подходов, выработанных современной деонтической логикой и юридическим конструктивизмом.

Юридический факт – понятие нормативное; он порождает правовые последствия, потому что правопорядок признает за ним свойства (реквизиты), сообщающие такие последствия. В силу этого явления и процессы действительности подразделяются на юридически безразличные и юридически значимые факты. С юридико-догматической точки зрения юридические факты представляют собой фрагменты действительности, определенные гипотезой правовой нормы. Следовательно, модельные признаки юридического факта закрепляются в гипотезе правовой нормы. Модель поведения, зафиксированная в правовой норме, выражается в форме высказывания о нем (высказывание о норме). Последнее (норма-суждение) представляет собой разработанную и действующую в рамках определенного правопорядка «модель разрешенного или запрещенного поведения, посредством закрепления которой <...> государственная власть оповещает лиц о возможных положительных или отрицательных последствиях поведения, предусмотренного той или иной правовой нормой»<sup>3</sup>.

В самом деле, «...когда говорят, что права возникают, изменяются и прекращаются, то хотят сказать только то, что наступают те реальные события или факты, с которыми объективный правопорядок соединяет в каждом конкретном случае представления о возникновении, изменении и прекращении прав. Но эти факты и связанные с ними юридические последствия стоят не в отношении причинности друг к другу»<sup>4</sup>. Таким образом, логическую связь имплицативного типа, установленную между гипотезой и диспозицией (санкцией) правовой нормы, не следует отождествлять со связью, которую участники правового общения признают между наступившим фактом и признаваемыми правопорядком правовыми последствиями. Связь между фактическими обстоятельствами и правовыми последствиями признается в силу существования самой правовой нормы, независимо от формы выражения последней. В гипотезе правовой нормы закрепляется модель (структура) юридического факта. При наличии соответствующих модельных признаков конкретный факт признается условием возникновения соответствующих правовых последствий. В этой связи следует согласиться с точкой зрения М. А. Рожковой, отметившей, что «... юридическим фактом может считаться только тот жизненный факт, с абстрактной моделью которого норма права связывает наступление последствий...»<sup>5</sup>.

Сам факт как единичное, конкретное явление или процесс становится юридически значимым с момента своего наступления, и лишь с этого момента возникают определенные правовые последствия, определенные нормой права. И только в этом смысле юридический факт как факт реальной действительности может быть «отнесен к разряду конечных, неделимых (не разложимых на составные части) субстанций...»<sup>6</sup>.

Однако «факт-гипотезу» (логический антецедент) нельзя объяснить, не обратившись к базису объяснения – множеству явлений действительности, предшествующих или сопутствующих «факту-основанию» возникновения определенных правовых последствий<sup>7</sup>. Юридический факт как основание определенных правовых последствий с точки зрения логики – это «подобласть, которой придаются каузальные объяснения»<sup>8</sup>, но которая охватывается более широкой областью действительности. Объяснение факта как явления или процесса, влекущего определенные последствия, может быть осуществлено при помощи «практического силлогизма». Большая посылка сообщает нам сведения о цели действия (отражает социальную закономерность),



меньшая (норма права) – связывает определенное действие (факт) с целью действия (эффектом действия), рассматривая его как средство достижения такой цели, заключение – правовая ситуация сообщает об использовании этого средства для достижения цели<sup>9</sup>.

«Как подводящая модель является моделью каузального объяснения и объяснения в естественных науках, так, – по мнению Г. Х. фон Вригта, – практический силлогизм является моделью телеологического объяснения в <...> социальных науках»<sup>10</sup>. Если каузальное объяснение указывает на прошлое и в нем предполагается номическая связь между причинным фактором и фактором-следствием (*потому что, quia*), от наличия которой зависит справедливость каузального объяснения, то телеологическое объяснение указывает на будущее (*для того чтобы, ut*), номическая связь в таком случае не является решающим фактором в определении справедливости телеологического объяснения<sup>11</sup>.

Следовательно, функциональный (инвариантный) подход к объяснению правовых явлений не может быть признан достаточным; применимый для этого практический силлогизм предполагает выяснение определенной цели совершившегося факта: объект телеологического объяснения (экспланандум) описывает некоторый результат поведения, который субъект интенционально достиг. По справедливому замечанию Р. фон Иеринга: «Действовать – и действовать ради какой-либо цели – значит одно и то же; деяние без цели – такая же бессмыслица, как следствие без причины»<sup>12</sup>.

Определив юридические факты как явления или процессы, в действительности имевшие место быть, следует ответить на вопрос о природе такой действительности (реальности): является ли она, применительно к юридическим фактам, объективной или субъективной. Известно, что сознание индивида подразделяет все явление на те, которые зависят от собственных поведенческих актов, и на те, которые не зависят от его осознанного поведения. Таким образом, субъективной (лат. *subiectum* – предмет, подлежащее) признается та действительность, которая подчинена воле лица, объективной – все то, что находится за пределами его волевого поведения. Очевидно, отнесение юридических фактов к явлениям исключительно объективной действительности входит в противоречие с пониманием факта как основания возникновения определенных правовых последствий, поскольку к числу таковых, прежде всего, относятся субъективные права, приобретение, осуществление и защита которых связаны с совершением волевых (подчиненных воле лица) поведенческих актов. Само понятие «субъективное право» при этом рассматривается как социальная ценность, поскольку обеспечивает легитимное присвоение объекта присвоения. Оценка этой ценности зависит от признания ее обществом и защищенности правопорядком. Вне правовой формы легитимное, социально-ценностное присвоение благ не может быть осуществлено. Отсюда следует, что действительную полную ценность объекту присвоения придают не его потребительские свойства, а права, возникшие у субъекта в отношении объекта на должном основании<sup>13</sup>.

В самом деле, само понятие «факт» происходит от латинского слова *factum*, что означает «сделанное» и в этом смысле, с одной стороны, доступно объективно для других лиц, а с другой – подчиненное лицу, принявшему участие в «сделанном». Отсюда – предположение, что все явления, с которыми связываются правовые последствия, следует делить на акты волеизъявлений и собственно факты, которые в свою очередь могут иметь антропогенный или природный генезис. Акты и факты выступают центральными элементами соответствующих юридических конструкций, сообщающих действию ожидаемые правовые эффекты.

Частноправовой юридический акт (от лат. *agere* – действовать) представляет собой волевое поведение лица, направленное на определенный правовой результат, признаваемый и защищаемый правопорядком. Акт допустимо рассматривать как внешне проявленный аспект сознания действующего субъекта права, опирающийся на его волю и интеллект и сообщающий определенные правовые последствия, поскольку таковые признаются правопорядком. Акт, совершаемый лицом, оценивается им как субъективно переживаемая действительность. Другими участниками правового общения акт воспринимается как факт объективной действительности. Дифференциация внутреннего и внешнего аспекта актов важна, прежде всего, с точки зрения их толкования.

Поскольку в задачу права входит «оценочное решение о взаимосталкивающихся интересах, а не дескриптивная фиксация действительности»<sup>14</sup>, при толковании договора приоритет в правопорядках, следующих европейской правовой традиции, отдается согласно воле сторон. Обусловлено это тем, что знание о правовых состояниях и правовых ситуациях относится к классу валуатативных; оно относится к компетенции ценностного восприятия и описывает мир должного в прескрипциях<sup>15</sup>. Оценочное решение может быть принято сторонами или юрисдикционным органом посредством анализа действительной воли, изъявленной ими.

Однако, очевидно, что не следует отождествлять психологическую волю, общую для всех явлений человеческого духа, с юридически значимой волей. Поскольку постигнуть волю возможно лишь посредством анализа заявления, оценка волевого акта представляется проблематичной. Следовательно, анализ воли и волеизъявления становится единственно возможным, если обратиться к договору как к юридической (а не фактической) конструкции. Другими словами, акты волеизъявлений следует толковать по правилам толкования самого договора, принимая во внимание его эффекты, а не наоборот. Ведь юридически значимая воля объективирует свой результат исключительно по тем правилам, которые установлены для ее изъявления, и ограничивается «теми значениями, которые были доступны для понимания стороной-адресатом»<sup>16</sup> договора.

Выделение внутреннего и внешнего аспектов действия актов важно также с точки зрения их классификации, которую следует осуществлять в зависимости от того, на какой правовой результат они направлены. В этой связи принципиальное значение приобретает доктрина распорядительного акта, цель совершения

которого состоит в выведении субъективного имущественного права из состава имущества лица, ее совершившего, либо обременение имущества одного лица имущественным правом, принадлежащим другому лицу. Дело в том, что автономная квалификация действий, направленных на перенос вещного права, исключает возможность истребовать вещь, безосновательно оказавшуюся у другого лица вследствие совершения недействительного распорядительного акта, неправомочным на то лицом. Другими словами, притязания, вытекающие из эффективно оспоренного распорядительного акта, могут быть заявлены только правомочным лицом и только в пользу того лица, которое совершило такой акт. Игнорирование же распорядительных актов умаляет абсолютный эффект действия субъективного права, приводя к разрушению соответствующих конструкций.

Следует учитывать, что посредством акта может быть установлено, осуществлено, передано только субъективное право, но не фактическое состояние. Поэтому, в частности, не является юридическим актом передача вещи во владение по договору имущественного найма или по договору безвозмездного пользования имуществом, поскольку владение (фактическое состояние) здесь служит пользованию вещью. В этой связи представляется неверным широко принятая в специальной литературе классификация договорных типов, объединяющая в одну группу договорные обязательства, исполнение по которым влечет отчуждение права, и договоры, устанавливающие обязанность по передачи вещи в пользование<sup>17</sup>.

Определенные сложности вызывает оценка передачи движимой вещи во владение, когда с данным действием правопорядок связывает переход права собственности от традента к реципиенту. Известно, что правопорядки стран Восточной Европы в решении этого вопроса в целом придерживаются каузальной традиции. Передача вещи во владение в этой системе оценивается в контексте конструкции, обеспечивающей производный способ приобретения права собственности; по сделкам *inter vivos* это – конструкция договора. При этом сама передача представляет собой юридический факт, влекущий правовые последствия в виде перехода права собственности, поскольку она каузально связана с наличием действительного обязательственного договора. Итак, исследование основания приобретения права собственности в силу исполнения договорного обязательства позволяет сделать следующие выводы: во-первых, акт, направленный на передачу вещи, не лишен основания, его вещный эффект связан с соответствующим обязательственным договором (такая связь осуществляется в рамках обязательственно-правовой конструкции, согласно природе которой возникновение вещного права обусловлено существованием действительного обязательственного договора); во-вторых, этот акт направлен на отчуждение права собственности, а значит, к нему соответствующим образом применимы положения о распорядительной сделке, защитное действие которой связано с охраной прав традента (с учетом *animus domini transferendi*); в-третьих, акт, опосредующий установления обязательства по передаче вещи в собственность, и эффекты действия по передаче находятся в правовой связи (действительность обязательственного договора обуславливает эффективность действий по передаче вещи, однако недействительность действий по передаче не влечет недействительности обязательственного договора); в-четвертых, действия по передаче вещи опосредуют сингулярное транслятивное правопреемство и рассматриваются в контексте производного способа приобретения права собственности; в-пятых, добросовестное приобретение вещи (соответствующая владельческая ситуация) рассматривается как самостоятельный факт-состояние, оцениваемый в конструкции давностного владения, совпадающего с моментом передачи вещи (первоначальный способ приобретения права собственности).

Фактические обстоятельства, иные чем акты (поступки, противоправные факты, факты-состояния и события), признаются правопорядком достаточным правовым основанием для установления субъективного права при условии, что юридически значимая воля лица либо непосредственно выражена в действии, с которым связывается их возникновение, либо предполагается выраженной, и это предположение предусмотрено законом в качестве опровержимой презумпции. Именно поэтому владение вещью сообщает фактической ситуации правовой характер при условии, что лицо не только обладает вещью, но и выражает намерение (волю) владеть вещью от своего имени.

В отличие от актов не все факты имеют в своем составе волевое содержание. Так, лишены волевого эффекта события (например, наступление или истечение срока), действия (обстоятельства), находящиеся за пределами контроля стороны отношения. Факты, лишённые волевой составляющей, сами по себе не способны служить основанием приобретения субъективного права, поскольку оно присваивается лицом лишь по его воле (выраженной или предполагаемой). Такие факты следует рассматривать как предпосылки (факты-предпосылки) возникновения определенных правовых последствий.

Исходя из презумпции добросовестности лиц, вступающих в гражданско-правовые отношения, акты, направленные на определенный правовой результат, достойный с точки зрения правопорядка защиты, предполагаются правомерными. Акт признается правомерным, поскольку он не противоречит закону, основам правопорядка и нравственности (в этом проявляется объективная *causa* акта). В случае совершения лицом неправомерного деяния поведение действующего (бездействующего) представляет собой противоправный факт, дающий основание заявить правопритязание. Так, ничтожная сделка дает право притязать на применение последствий ее недействительности, оспоримая сделка – требование ее недействительности и применение последствий ее недействительности, безосновательное обогащение – право требовать возврата имущества, полученного *sine causa*, причинение вреда – право требовать его возмещения. Во всех случаях названные действия являются фактами, наличие которых позволяет заявить предусмотренные соответствующей конструкцией правопритязания, реализация которого осуществляется в форме охранительного право-

отношения. Очевидно, что оценку категорий «акт» и «факт» следует осуществлять не просто с позиции лица действующего, а только лица, действующего правомерно.

Итак, юридические факты представляют собой форму эмпирического знания об обстоятельствах, с которыми нормы права связывают определенные правовые последствия. Факты и правовые последствия не находятся в отношениях причинности. Факты-гипотезы можно объяснить, обратившись к базису объяснения – правовому результату, отражающему *causa* факта. Факты, с которыми правопорядок связывает возникновение прав, представляют собой субъективную действительность (реальность). Факты выступают центральными элементами соответствующих юридических конструкций, в контексте которых они как их элементы и оцениваются. Акты и факты не следует отождествлять с соответствующими юридическими конструкциями.

<sup>1</sup> Юрьев Р. А. «Гильотина Юма» и теория действия в аналитической и феноменологической философии [Текст] / Р. А. Юрьев // Вестник Томского государственного университета. – 2014. – № 2 (26). – С. 180–189. – С. 180. – (Серия «Философия. Социология. Политология».)

<sup>2</sup> См., в частности: Савиньи Ф. К. фон. Система римского права : в 8 т. / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Куталадзе, В. Зубаря. – М. : Статут, Одесса: Центр Исследования права им. Савиньи, 2012. – Т. II. – 573 с. – С. 215–221; Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков // Категории науки гражданского права. Избранные труды : в 2 т. – М. : Статут, 2005. – Т. 2. – 494 с. – С. 49–241; Рожкова М. А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения / М. А. Рожкова // Исслед. центр частного права. – М. : Статут, 2009. – 332 с. – С. 4–126.

<sup>3</sup> Маньковский И. А. Нормы и источники гражданского права: теоретические основы формирования и применения : моногр. / И. А. Маньковский. – Минск : Междунар. ун-т «МИТСО», 2013. – 288 с. – С. 19.

<sup>4</sup> Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Ю. С. Гамбаров; под ред. и с предисловием В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – 816 с. – С. 643–644.

<sup>5</sup> Рожкова М. А. Цит. соч. – С. 18.

<sup>6</sup> Белов В. А. Гражданское право. Общая часть : учеб. / В. А. Белов. – М. : Изд-во Юрайт, 2011. – Т. II. Лица, блага, факты. – 1093 с. – С. 464.

<sup>7</sup> Там же. – С. 458–459.

<sup>8</sup> Вригт Г. Х. фон. Логико-философские исследования / Г. Х. фон Вригт // Изб. тр. ; пер. с англ. / Под общ. ред. Г. И. Рузавина и В. А. Смирнова. – М. : Прогресс, 1986. – 600 с. – С. 53.

<sup>9</sup> Большой юридический словарь [Текст] / В. А. Белов [и др.] ; ред. А. Я. Сухарев, В. Е. Крутских. – М. : ИНФРА-М, 2002. – 704 с. – С. 64.

<sup>10</sup> Вригт Г. Х. фон. Цит. соч. – С. 64.

<sup>11</sup> Там же. – С. 116.

<sup>12</sup> Иеринг Рудольф фон. Цель в праве / Рудольф фон Иеринг. – Санкт-Петербург : Издание Н. В. Муравьева, 1881. – Первый том. – 412 с. – С. 9.

<sup>13</sup> Халабуденко О. А. Имущественные права / О. А. Халабуденко. – Кишинев, 2011. – Кн. 1. Вещное право. – 305 с. – С. 27.

<sup>14</sup> Шапп Я. Система германского гражданского права : учеб. / Ян Шапп ; пер. с нем. С. В. Королева. – М. : Междунар. отношения, 2006. – 306 с. – С. 210.

<sup>15</sup> Момджян К. Х. Социальная философия. Деятельный подход к анализу человека, общества, истории / К. Х. Момджян. – М., 2013. – Ч. 1. – 399 с. – С. 56; Хмелевская С. А. Норма права в ракурсе рефлексивного знания / С. А. Хмелевская, Д. Н. Ермаков // Государство и право. – 2015. – № 10. – С. 107–111. – С. 107.

<sup>16</sup> Байрамкулов А. К. Основы учения о толковании гражданско-правового договора / А. К. Байрамкулов // Вестник гражданского права. – 2013. – № 6. – С. 5–40. – С. 21.

<sup>17</sup> См., например: Брагинский М. И. Договорное право: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 1999. – 848 с. – С. 399–400.

## Резюме

### **Халабуденко О. А. Приватноправові акти, факти і юридичні конструкції: деякі методологічні зауваження.**

Стаття присвячена деяким питанням теорії юридичних актів і фактів. Автор зазначає нормативний характер юридичних фактів і стверджує, що логічний зв'язок між гіпотезою і диспозицією (санкцією) правової норми не слід ототожнювати зі зв'язком, який учасники правового спілкування визнають між фактом, що відбувся, і визнаними правопорядком правовими наслідками. На думку автора, факти-гіпотези можна пояснити, звернувшись до базису пояснення – правового результату. Факти, з якими правопорядок пов'язує виникнення правового результату, являють собою суб'єктивну дійсність (реальність). Факти виступають центральними елементами відповідних юридичних конструкцій, у контексті яких вони як їх елементи і оцінюються. Акти і факти не слід ототожнювати з відповідними юридичними конструкціями.

**Ключові слова:** акти, факти, юридичні конструкції, розпорядчий акт, методологія.

## Резюме

### **Халабуденко О. А. Частноправовые акты, факты и юридические конструкции: некоторые методологические замечания.**

Статья посвящена некоторым вопросам теории юридических актов и фактов. Автор отмечает нормативный характер юридических фактов и утверждает, что логическую связь между гипотезой и диспозицией (санкцией) правовой нормы не следует отождествлять со связью, которую участники правового общения признают между наступившим фактом и признаваемыми правопорядком правовыми последствиями. По мнению автора, факты-гипотезы можно объяснить, обратившись к базису

об'яснення – правовому результату. Факти, с которыми порядок связывает возникновение правового результата, представляют собой субъективную действительность (реальность). Факты выступают центральными элементами соответствующих юридических конструкций, в контексте которых они как их элементы и оцениваются. Акты и факты не следует отождествлять с соответствующими юридическими конструкциями.

**Ключевые слова:** акты, факты, юридические конструкции, распорядительный акт, методология.

#### Summary

**Halabudenko O. Legal acts, facts and juridical construction in private law: some methodological remarks.**

The paper is devoted to some issues of the theory of legal acts and facts. The author notes the normative character of legal facts and argues that the logical correlation between the hypothesis and disposition (sanction) of the legal norm should not be identified with a correlation between the matured fact and legal consequences admitted by the legal order that are recognized by the participants of legal communication. According to the author, the facts-hypothesis can be explained by referring to the basis of explanation – the legal result. The facts the legal order associates with the initiation of rights constitute a subjective reality. Facts are the central elements of the relevant legal constructions whereby they are evaluated as their elements. Acts and facts should not be identified with the appropriate legal constructions.

**Key words:** acts, facts, legal construction, act on disposition, methodology.

УДК 34(091):347(091):929(092)

#### Д. Д. БУЯДЖИ

*Дмитро Дмитрович Буйджи, аспірант Національного університету «Одеська юридична академія»*

### «ХАРКІВСЬКИЙ» ПЕРІОД В ІНТЕЛЕКТУАЛЬНІЙ БІОГРАФІЇ ПРОФЕСОРА О. І. ЗАГОРОВСЬКОГО

Останніми десятиріччями майже синхронно у різних галузях соціогуманітарного знання відбувся «антропологічний поворот», що актуалізував питання людського виміру в історії ідей, або інтелектуальній історії. Водночас наприкінці 80-х рр. минулого століття у західному науковому дискурсі навколо проблеми біографічного аналізу сформувалися дві платформи: представники першої заперечували пізнавальну цінність біографічної інформації, розглядаючи її лише як «ілюстрацію»; представники другої наголошували на тому, що без звернення до «особистої ментальної історії» вченого неможливо досягнути його творчості, генезис його ідей, особливості сприйняття його науковою спільнотою<sup>1</sup>. Тоді ж, завдяки представникам другої «платформи», виник новий напрям біографічних досліджень – *інтелектуальна біографія*, – який набув поширення і в сучасній українській науковій біографістиці.

Не залишилась осторонь зазначених процесів і юридична біографістика, завданням якої, серед іншого, є виявлення нових та повернення несправедливо забутих імен правознавців, чий внесок у вітчизняну і світову юриспруденцію з тих чи інших причин не був належно оцінений. Саме до незаслужено забутих належить ім'я *Олександра Івановича Загорівського* (1849–1919 рр.) – вченого-цивіліста, історика права та одного з перших на вітчизняних теренах ювеналіста.

Непересічна постаць цього вченого та юриста, без сумнівів, заслуговує на біографічне дослідження: доктор цивільного права, заслужений ординарний професор, дійсний статський радник, володар низки державних нагород та орденів за професійні здобутки, у тому числі Уваровської премії Імператорської академії наук за дослідження «О разводе по русскому праву». На працях цього вченого, які й сьогодні є вельми цікавими та зберігають своє наукове значення, виховалось не одне покоління юристів.

Аналіз публікацій засвідчив, що до цього часу єдиним джерелом відомостей про життя та наукову і викладацько-педагогічну діяльність О. І. Загорівського слугують дорадянські й сучасні навчально-довідкові видання, присвячені історії вітчизняної цивілістики і невеликий за обсягом біографічний нарис В. О. Томсінова. Єдиний автобіографічний нарис правознавця було надруковано у «Біографічному словнику професорів та викладачів юридичного факультету Імператорського Харківського університету», де він зазначив віхи й напрями своєї діяльності та головні праці.

Застосований нами концепт інтелектуальної біографії вимагає розширення джерельної бази біографічного дослідження, зокрема, за можливості, включення до неї усіх опублікованих матеріалів вченого; наративних джерел (щоденники, спогади сучасників, листування); періодики; документації установ, організацій та корпорацій, що відбиває буденне життя і професійну діяльність вченого; рецензій та посилань на його праці тощо.

**Метою цієї статті** є реконструкція «харківського» періоду наукової, викладацько-педагогічної та професійно-юридичної діяльності О. І. Загорівського в контексті сучасних підходів у юридичній біографістиці.

Істотна роль у започаткуванні нового напрямку біографічних досліджень – інтелектуальної біографії – належала головно представникам історії економічної думки. Один з найвідоміших серед них – Дональд

Уокер – на початку 1980-х рр. розробив популярну і тепер своєрідну модель інтелектуальної біографії, що складається з сукупності чотирьох типів біографії: біографії особистості, професійної біографії, бібліографічної біографії та ситуаційної біографії, або біографії середовища. Зазначена модель дає змогу, на нашу думку, поєднувати в юридико-біографічних дослідженнях різні типи біографічного аналізу, традиційне наведення певного мінімуму конкретних біографічних відомостей – із дослідженням соціокультурних умов та інтелектуального середовища, в яких відбувалась наукова діяльність вченого-юриста.

За допомогою прийому історичної періодизації, критерієм якої послугувало місце розташування університетів, з якими у той чи інший час була пов'язана основна наукова та викладацька діяльність О. І. Загоровського, в інтелектуальній біографії вченого нами були виділені три періоди: «київський» (1867–1879 рр.), «харківський» (1880–1891 рр.) та «одеський» (1892–1919 рр.). «Київський» період розглядався нами у попередніх публікаціях, тож у пропонованій статті досліджується другий, «харківський» період.

Точкою відліку «харківського» періоду в біографії професора Загоровського є момент зайняття ним посади штатного доцента на вакантній кафедрі цивільного права та судочинства в Імператорському Харківському університеті. Обрання Загоровського доцентом кафедри, яку свого часу обіймали імениті професори – С. В. Пахман (1862–1866 рр.) та П. П. Цитович (1867–1873 рр.), – значною мірою залежало від схвальної рецензії О. Ф. Кістяківського, наданої на прохання не менш знаного А. М. Стоянова, – тодішнього декана юридичного факультету Харківського університету, доктора державного права на кафедрі римського права. Власне, можливість доручення кафедри доцентом (не більше, ніж на три роки) була передбачена діючим тоді ліберальним університетським статутом 1863 року.

Примітно, що пропозиція запросити О. І. Загоровського на кафедру цивільного права належала Леонтію Миколайовичу Загурському (1847–1912 рр.)<sup>2</sup>, тоді доценту кафедри римського права, який у той час на рівні докторської дисертації розробляв проблематику правового становища дітей, у тому числі позашлюбних, за римським і французьким правом. Та попри близькість тематики наукових студій двох вчених, варто зазначити, що саме у магістерському дослідженні Загоровського питання правового статусу позашлюбних дітей вперше вирішувалось принципово і було відокремлено від суто цивілістичних проблем. 1881 р. тоді ще у ступені магістра О. І. Загоровський рецензував твір Загурського та виступив опонентом при захисті його докторської дисертації<sup>3</sup>.

У Харківському університеті Загоровський відступає від ювенально-правових студій та починає працювати над докторською дисертацією на тему «*О разводе по русскому праву*». Приступаючи до розроблення такої «непочатої ниви», як проблема розлучення, вчений звертає увагу на вкрай незадовільне вирішення цього питання в законодавстві та літературі. Відтак у рецензії на працю О. Способіна (очевидно, магістранта Московського університету), присвячену історії та догмі шлюбнорозлучного права в Росії, Загоровський, явно натякаючи на себе, заявляв, що серйозне вивчення зазначеної теми ще не розпочато і чекає на свого дослідника<sup>4</sup>. При цьому сам Способін дуже скромно поставився до свого дослідження, завданням якого було тільки зібрати та узагальнити матеріали з досліджуваного питання, з огляду на що, писав він, не можна пред'являти до його твору надто суворих вимог<sup>5</sup>.

Головну мету своєї капітальної праці, як зазначено у передмові до неї, Загоровський вбачав у тому, щоб простежити «історію російської правосвідомості в інституті розлучення». Оскільки народна правосвідомість відбивається не лише у законодавчих актах, а й у юридичних діях самого народу, автор намагався вивчити обране ним питання з точки зору офіційної та неофіційної правосвідомості. Дослідження певного юридичного інституту, що ґрунтується лише на одних юридичних даних, не підтверджених побутовими явищами, Загоровський вважав слабким відображенням дійсності, надто, якщо йдеться про інститути сімейного права, де більшість норм запозичені, вироблені іншою нацією<sup>6</sup>. Водночас професор М. С. Суворов, якому належить ґрунтовна рецензія на твір Загоровського, дорікав автору, що при зображенні явищ юридичного побуту той не завжди переймався, чи дійсно у них відбито власне «правні переконання народу»<sup>7</sup>. Формулюючи загальні підсумки своєї праці, Загоровський у заключній частині дисертації намагався представити розвиток російської правосвідомості у питанні про розірвання шлюбу впродовж понад десяти століть – від найдавніших часів до епохи Петра I, а відтак до другої половини XIX ст. – та передрікав близьку реформу шлюбнорозлучного права.

За своє дослідження, що 1884 р. принесло йому ступінь доктора цивільного права (захист відбувся у Московському університеті), О. І. Загоровський того ж таки року був удостоєний *Уваровської премії* – академічної нагороди, що присуджувалась авторам кращих історичних праць (у послужному списку роком присудження премії зазначено 1886 р.<sup>8</sup>). У 1884 р. Загоровський був обраний екстраординарним, а за два роки – ординарним професором кафедри, яку обіймав.

Подальше визнання фундаментальний твір Загоровського «*О разводе по русскому праву*» отримав 1892 р.<sup>\*</sup>, коли вчений уже працював у Новоросійському університеті. Того року, з нагоди проведення Всесвітньої художньо-промислової («Колумбової») виставки 1893 р. в Чикаго за участю Російської імперії, професорам імператорських університетів через ректорів було доручено подати на їхній розсуд до міністерства народної освіти найбільш видатні твори, а надто витончено видані праці, які б відповідали цілям виставки<sup>9</sup>. Авторами чотирьох з семи творів, надісланих до міністерства з Новоросійського університету для

\* Незаперечним є інтерес до праці Загоровського і в наш час: у 2012 р. в Москві під назвою «*О разводе по русскому праву. Исследование бракоразводного права в России. От эпохи древних славян до второй половины XIX века*» вийшов її передрук.

участі у виставці, стали викладачі юридичного факультету. Серед них – О. І. Загоровський, а також ординарний професор кафедри торгового права і судочинства О. Ф. Федоров та приват-доцент кафедри фінансового права С. І. Іловайський<sup>10</sup>.

На хвилі «контрреформ» 80–90-х років XIX ст. у галузі освіти був затверджений університетський статут 1884 р., яким ліквідовувались автономія та виборне начало в устрої університетів, відновлені статутом 1863 р., натомість останні були поставлені у повну залежність від міністерства. Воно опікувалось усіма, навіть найбільш дрібними питаннями діяльності університетів – від призначення, підвищення й звільнення професорів (причому з огляду на їх політичну благонадійність та «образ думок»), обрання ректора та формування іспитових комісій до регламентації порядку складання огляду викладання та розподілу лекцій. Компетенція рад була звужена настільки, що без дозволу міністерства вони не могли вирішити, наприклад, питання про перенесення професорських лекцій з однієї години на іншу. Університетами прокотились незаслужені звільнення ліберальної професури, під які потрапили й відомі вчені-юристи М. М. Ковалевський та С. А. Муромцев. Звинувачений у тому, що він нібито потурає протиурядовим настроям студентів, намагається набути популярності серед них, тримаючись особно від інших викладачів, бере участь у зборах студентів, обідає з ними, збирає у себе вдома, 1887 р. був змушений подати у відставку дійсно популярний серед молоді професор Харківського університету, чудовий лектор та добрий знавець історії російського права І. І. Дитятін<sup>11</sup>.

Однак, починаючи з 1888 р., ставлення уряду до університетів дещо пом'якшилося, чому сприяла певна зневіра в доцільність нових порядків, запроваджених статутом. Значний вплив на відновлення довіри до вищої школи мало відвідування університетських клінік в Харкові Олександром III після аварії імператорського поїзду 17 жовтня 1888 р., коли Харківський університет, насамперед в особі професора Грубе та студентів медичного факультету, взяв активну участь в наданні допомоги пораненим у цій катастрофі<sup>12</sup>.

Ліберальний дух, що запанував у Харківському університеті, не дозволяв проникати до професорського корпусу вченим-консерваторам. Так, юридичний факультет з політичних міркувань усіляко перешкоджав захисту магістерської дисертації (і навіть складанню магістерського іспиту) В. Д. Каткова, палкого прихильника самодержавства і при цьому непересічного та плодovitого (на момент захисту він був автором чотирьох великих монографій) вченого, згодом одного з провідних теоретиків юридичного позитивізму в Російській імперії. Цікаво, що раніше, при вирішенні питання про залишення Каткова стипендіатом на кафедрі торгового права, проти цього висловився лише О. І. Загоровський, посилаючись на те, що кандидатіві бракує знань з предмета та старанності<sup>13</sup>. Звідси можна зробити висновок, що Загоровський, який за своїми політичними переконаннями був консерватор і належав радше до правого табору професорів (хоча й не був чорносотенцем), на освітянській ниві виявляв принциповість та високий професіоналізм.

В умовах засилля *римського права* на юридичних факультетах О. І. Загоровський піддав критиці керівні настанови міністерства народної освіти щодо перебудови викладання юридичних дисциплін, сформульовані у виданих 1885 р. «Іспитових вимогах, яким повинні задовольняти іспитники в комісії юридичній». Останніми на вивчення римського права передбачалося 36 годин щотижня, тобто більше, ніж на цивільне право та процес, торгове право, кримінальне право та процес разом (34 години), – нечувана цифра навіть для Німеччини, де наприкінці XIX ст. склалася концепція, за якою римське право має бути пропедевтичним курсом щодо курсу діючого національного права, внаслідок чого кількість годин на його вивчення скоротилась до 8–10 на тиждень<sup>14</sup>. Критикуючи апологію римського права у міністерських правилах, що була сконцентрована в тезі про визнання його загальною теорією права, Загоровський зазначав, що попри усі здобутки римського права сучасна юриспруденція не може задовольнятися і не задовольняється лише його «теорією»<sup>15</sup>.

Педагогічна діяльність О. І. Загоровського базувалась на принципі органічного зв'язку між викладанням теоретичного курсу та проведенням *практичних занять* з юридичних дисциплін. Опонуючи тим російським юристам, які практичне вивчення права в університеті вважали небажаним і недоцільним, Загоровський наполягав на тому, що студентів-юристів вкрай необхідно привчати застосовувати теоретичні знання до практичних випадків, причому взятих з реального життя, і ще задовго до визнання міністерством обов'язковості практичних занять використовував їх у своїй педагогічній практиці.

Симптоматично, що університетський статут 1884 р. та згадані вище міністерські правила, регламентуючи розвиток практичних занять, мали далеко не лише наукові цілі – міністерство розглядало ці заняття як один із засобів боротьби зі студентськими рухами та заворушеннями. Однак, попри численні старання міністерства у напрямі розширення практичних занять та значні асигнування на їх організацію, політичну функцію такі заняття все ж не виконували, оскільки, проводячи їх, викладачі здебільшого не дозволяли собі торкатися питань ненаукового характеру та політики<sup>16</sup>.

О. І. Загоровський дотримувався думки, що практичні заняття необхідно проводити паралельно з викладанням теоретичного курсу для забезпечення між ними максимальної взаємодії: викладене теоретично роз'яснюється практично; розглянуте на практичному прикладі супроводжується теоретичними висновками<sup>17</sup>. Практичним заняттям вчений приділяв дві години на тиждень, тобто третину шестигодинної норми викладання професора; вони включали розгляд і критичний аналіз вирішених цивільним судом справ та читання й обговорення рефератів на задану тему<sup>18</sup>. Не довіряючи судовій практиці, що ґрунтується на прецедентах касаційного департаменту, а не на законі, Загоровський волів, аби під час практичних занять студенти якомога раніше та детальніше знайомились з текстом законів.

Водночас суперечливі судові рішення з одного і того ж юридичного питання правознавець вважав добрим педагогічним засобом, а іноді пропонував для критичного розбору рішення, в яких виявлялась заста-

рілість закону і які давали привід порушити питання про його реформування, або, зрідка, рішення іноземних судів, що являли собою приклад зразкової юридичної техніки, чи в яких містились відповіді на питання, не вирішені у вітчизняному законодавстві<sup>19</sup>. Окрім критики судових рішень, студентам пропонувалось також завдання самостійно розв'язати казус, на підставі наданих судові матеріалів постановити рішення, – яке, однак, не зводилось до моделювання судового процесу («юриспруденції в особах») або «драматизування юридичних випадків», запропонованих проф. Д. І. Мейером).

На переконання Загоровського, викликати жвавий інтерес до практичних занять здатен лише той вчений-юрист, який знає юридичну практику не з розповідей чи вирішуваних касаційним департаментом справ, а насамперед з власного досвіду<sup>20</sup>. Тож, підбираючи матеріали для своїх занять, він виходив з того, що це мають бути живі юридичні випадки, оскільки вправи на вирішення казусів в усій їхній «побутовій обстановці» слугуватимуть, з одного боку, тим «мостом», який у судовій діяльності допоможе юристові примирити різні інтереси, а з іншого, – сприятимуть більшому розвитку юридичного мислення, ніж простий, «очищений» від життєвих реалій випадок<sup>21</sup>.

Використовуючи на практичних заняттях офіційні збірки судових рішень, звіти про судові процеси з преси, матеріали з архівів судових установ, Загоровський пропонував для розгляду також випадки з власної юридичної практики. У Харкові правознавець побудував доволі успішну кар'єру *практикуючого юриста* – 1884 р. він здобув доступне для професора звання помічника присяжного повіреного, а за рік до того у своїй статті на сторінках «Юридичного вісника» обстоював право професорів, принаймні цивільного та кримінального права, на заняття адвокатурою, від чого однаково вигравали б інтереси науки й адвокатської корпорації.

У сфері практичної юриспруденції О. І. Загоровський, надто у «харківський» період, проявив себе здебільшого як юрисконсульт та представник міністерства народної освіти в судових справах. Зокрема, збереглися відомості про дві такі справи 1886 та 1890 рр. за позовами міністерства до приватних осіб: в першій з них, наприклад, Загоровський домігся стягнення з пані Новохацької 150 000 рублів на користь Санкт-Петербурзького практичного технологічного інституту (за що отримав винагороду 800 рублів)<sup>22</sup>.

Надаючи особливе значення практичним заняттям, Загоровський, однак, сповідував правило «практика для теорії, а не теорія для практики». Університет, наголошував вчений, не є практичною школою, що має випускати готових практиків, «які могли б прямо пересісти зі студентської лави до суддівського крісла», – мета університету як навчального закладу (та разом з тим наукової установи) у тому, щоб надати студентам знання з різних юридичних дисциплін і навчити їх прийомам наукового дослідження. Водночас добре засвоєна завдяки практичним заняттям теорія є ключем до свідомої та розумної практики<sup>23</sup>.

Можна припустити, що, починаючи з 1889 р. взаємини О. І. Загоровського з юридичним факультетом погіршилися. Того року факультет, розглядаючи питання про надання відгуку міністрові юстиції на проект закону про неплатоспроможність, доручив цю справу Загоровському з огляду на те, що наукові заняття вченого обіймали проблематику банкрутства (протягом шістьох навчальних років (з 1884 по 1890 рр.), окрім свого предмета, він читав лекції на вакантній кафедрі торгового права)<sup>24</sup>. Проте аж до 1891 р., незважаючи на заклики попечителя пришвидшити надання відгуку, Загоровський зволікав з цим, посилаючись на брак часу, а відтак взагалі відмовився, рапортувавши про те, що він не зобов'язаний надавати цей відгук<sup>25</sup>. Далі надійшла пропозиція міністра звільнити проф. Загоровського від покладеного на нього факультетом обов'язку. Тож, ймовірно, саме загострення відносин з юридичним факультетом, а не стан здоров'я вченого, що потребував більш м'якого клімату, як стверджують офіційні джерела (і сам Загоровський в автобіографічній довідці), послугувало головною причиною його переходу до Новоросійського університету.

Оцінюючи значення «харківського» періоду в інтелектуальній біографії О. І. Загоровського, звернімо увагу на деякі його ключові моменти, як-от: зайняття вченим вагомої позиції в академічній системі та у професійно-юридичній діяльності; переорієнтація вектору наукових пошуків з ювенально-правових та цивілістичних студій на дослідження у галузі переважно сімейного права; встановлення наукових зв'язків на ґрунті спільної проблематики досліджень («дитячого» права); продовження педагогічної традиції поєднання теорії з практикою у викладанні курсу цивільного права. Саме в Харкові Загоровський сформувався як авторитетний знавець цивільного права. Упродовж 11 років вчений репрезентував кафедру цивільного права та судочинства Харківського юрфаку. В історії останньої цей період – один з найбільш стабільних у сенсі цілісності та неперервності викладання дисциплін, що його забезпечувала кафедра. Своєрідним підсумком діяльності Загоровського у Харкові стало нагородження його орденом Св. Анни «за відмінну старанність та особливі праці».

<sup>1</sup> Нейман А. М. Биография в истории экономической мысли: опыт интеллектуальной биографии Дж. М. Кейнса / А. М. Нейман // История через личность: историческая биография сегодня. – С. 330–332.

<sup>2</sup> Юридический факультет Харьковского университета за первые сто лет его существования (1805–1905) / под ред. проф. М. П. Чубинского и проф. Д. И. Багалея. – Х. : Изд. ун-та, 1908. – С. 70.

<sup>3</sup> Там само. – С. 95.

<sup>4</sup> Загоровский А. И. Новая книга о разводе: А. Д. Способин. О разводе в России. М., 1881 / А. И. Загоровский // Юридический вестник. – 1881. – Год тринадцатый второго десятилетия, № 11, ноябрь. – С. 528.

<sup>5</sup> Способин А. Д. О разводе в России / А. Д. Способин. – М. : Тип. М. Н. Лаврова и Ко, 1881. – С. 2.

<sup>6</sup> Загоровский А. И. Вказана праця. – С. 517.

<sup>7</sup> «А се грехи злые, смертные...»: Русская семейная и сексуальная культура глазами историков, этнографов, литераторов, фольклористов, правоведов и богословов XIX – начала XX века : в 3 кн. Кн. 3 / Изд. подгот. Н. Л. Пушкарева, Л. В. Бессмертных. – М.: Ладомир, 2004. – С. 382.

<sup>8</sup> Державний архів Одеської області (далі – ДАОО). – Ф. 45 (Новоросійський університет). – Оп. 4. – Спр. 1279 (Формулярний список о службе заслуженного ординарного професора действительного статского советника ИНУ А. И. Загоровского). – Арк. 5.

<sup>9</sup> Там само. – Оп. 8. – Спр. 59. – Арк. 1.

<sup>10</sup> Там само. – Арк. 7.

<sup>11</sup> Бузескул В. История Харьковского университета при действии устава 1884 г. (с 1884 до 1905 г.) / В. Бузескул. – Х. : Тип. Адольфа Дарре, 1905. – С. 12.

<sup>12</sup> Там само. – С. 15, 81.

<sup>13</sup> Юридический факультет Харьковского университета... – С. 132.

<sup>14</sup> Загоровский А. И. О преподавании и изучении гражданского права, в связи с некоторыми другими, сюда относящимися, вопросами. Глава III. О преподавании гражданского права / А. И. Загоровский // Журнал Министерства народного просвещения. – 1900. – Седьмое десятилетие. Часть CCCXXVIII, март. – С. 108.

<sup>15</sup> Там само. – С. 114–115.

<sup>16</sup> Юридический факультет Харьковского университета за первые сто лет его существования... – С. 48.

<sup>17</sup> Загоровский А. И. О преподавании и изучении гражданского права, в связи с некоторыми другими, сюда относящимися, вопросами. Глава VI. Общее заключение о практических занятиях / А. И. Загоровский // Журнал Министерства народного просвещения. – 1900. – Седьмое десятилетие. Часть CCCXXX, июль – август. – С. 8–9.

<sup>18</sup> Юридический факультет Харьковского университета... – С. 116.

<sup>19</sup> Загоровский А. И. О преподавании... / А. И. Загоровский // Журнал Министерства народного просвещения. – 1900. – Седьмое десятилетие. Часть CCCXXX, июль – август. – С. 11–12.

<sup>20</sup> Загоровский А. И. О праве профессором на занятие адвокатурой: к вопросу об отношении между юридической наукой и юридической практикой / А. И. Загоровский // Юридический вестник. – 1883. – Т. 12. – С. 504.

<sup>21</sup> Загоровский А. И. О преподавании... / А. И. Загоровский // Журнал Министерства народного просвещения. – 1900. – Седьмое десятилетие. Часть CCCXXX, июль – август. – С. 13.

<sup>22</sup> ДАОО. – Ф. 45. – Оп. 4. – Спр. 1279. – Арк. 5–7.

<sup>23</sup> Загоровский А. И. О преподавании... / А. И. Загоровский // Журнал Министерства народного просвещения. – 1900. – Седьмое десятилетие. Часть CCCXXX, июль – август. – С. 7–8.

<sup>24</sup> Юридический факультет Харьковского университета... – С. 152.

<sup>25</sup> Там само. – С. 153.

### Резюме

#### **Буяджи Д. Д. «Харківський» період в інтелектуальній біографії професора О. І. Загоровського.**

У статті розглядається один із малодосліджених періодів у науковій, викладацькій та професійно-юридичній діяльності незаслужено забутого правознавця другої половини XIX – початку XX ст. ст. О. І. Загоровського. У дослідженні застосовано концепт «інтелектуальна біографія», що дало змогу відтворити й проаналізувати історичний та соціокультурний контекст, в якому жив і працював вчений. Особливу увагу приділено педагогічній спадщині юриста, який був прихильником поєднання теорії з практикою у викладанні юридичних дисциплін. Використано архівні матеріали з фонду Новоросійського університету в Державному архіві Одеської області, які вперше запроваджуються до наукового обігу.

**Ключові слова:** вітчизняна цивілістика, історія ювенального права, сімейне право, Імператорський Харківський університет, інтелектуальна біографія, О. І. Загоровський, практичні заняття.

### Резюме

#### **Буяджи Д. Д. «Харьковский» период в интеллектуальной биографии профессора А. И. Загоровского.**

В статье рассматривается один из малоисследованных периодов в научной, преподавательской и профессионально-юридической деятельности незаслуженно забытого правоведа второй половины XIX – начала XX ст. ст. А. И. Загоровского. В исследовании применен концепт «интеллектуальная биография», позволивший воссоздать и проанализировать исторический и социокультурный контекст, в котором жил и работал ученый. Особое внимание уделено педагогическому наследию юриста, сторонника сочетания теории с практикой в преподавании юридических дисциплин. Использованы архивные материалы из фонда Новоросийского университета в Государственном архиве Одесской области, которые впервые вводятся в научный оборот.

**Ключевые слова:** отечественная цивилистика, история ювенального права, семейное право, Императорский Харьковский университет, интеллектуальная биография, А. И. Загоровский, практические занятия.

### Summary

#### **Buyadgie D. The «Kharkiv» period in the intellectual biography of the professor A. Zagorovsky.**

The article deals with one of the unexplored period in the scientific, teaching and professional law activities of wrongly forgotten legal scholar A. Zagorovsky (the second half of XIX – early XX centuries). Using the concept of «intellectual biography» in research we managed to reconstruct and analyze historical and socio-cultural context in which scientist lived and worked. The special attention is given to the pedagogical ideas of the lawyer who was a proponent of theory-and-practice synthesis in the teaching of legal disciplines. The archival records from the Novorossiysk University fund in the State Archive of Odessa region are for the first time introduced into academic use.

**Key words:** domestic science of civil law, history of juvenile law, family law, the Imperial University of Kharkiv, an intellectual biography, A. Zagorovsky, practical exercises.



## Б. І. ГУТІВ

*Богдан Ігорович Гутів, магістр права юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка*

### ФУЕРО СЕПУЛЬВЕДИ (1300 Р.) – ЗБІРНИК НОРМ ПРАВА СЕРЕДНЬОВІЧНОЇ ІСПАНІЇ

Значний інтерес для сучасної історико-правової науки становлять маловивчені середньовічні зводи законів, у тому числі судебники (фуерос) королівств, що входили до складу середньовічної Іспанії, зокрема королівства Кастилії, серед яких особливе місце займає Фуеро Сепульведи.

Слово «фуеро» має низку подібних значень. Так, ще відомий іспанський енциклопедист ХІХ ст. Мартінес Маріна виділяв чотири із них: звичай; грамота або привілей, що звільняє від податків або повинностей; грамота про поселення; нотаріальний документ про дарування чи володіння приватноправового характеру. Однак докладне фуеро, до типу якого належить текст Сепульведи, – це звід матеріального і процесуального права, що достатньо повно регулює відповідні інститути<sup>1</sup>. Вчений С. Д. Червонов називав фуерос кодексами звичаєвого права міст Центральної Іспанії<sup>2</sup>, а також наголошував на тому, що фуеро – це передусім судебник<sup>3</sup>.

Кастилія означає «країна замків», «країна фортець». Тут було багато міст з відмінною від європейської структурою. Ці міста були укріпленими пунктами-фортецями, головне призначення яких – оборона та дальше просування на південь. Відтак населення цих міст повинно було передусім нести військовій повинності, утворюючи військові загони – піхоти та кавалерії. Причому керівна роль належала рицарській кавалерії. Міста отримали право самоврядування, і їм доводилося вести військові операції, розраховуючи тільки на себе. Кожне місто мало свої права, звичаї та привілеї – *fueros* (фуерос). Ці фуерос були збірниками законів даного міста, а також зібранням привілеїв, якими це місто користувалося в силу свого права на самоврядування<sup>4</sup>.

Фортеця Сепульведа першою із поселень на південь від ріки Дуеро, яка тривалий час слугувала кордоном між мусульманським півднем та християнською північчю, отримала ще в 1076 р. грамоту, яка поклала початок праву Естремадури – земель від ріки Дуеро до гір Гредос та Гвадаррама, які будучи «нічийними», розділяли Астуро-Леонське королівство та мавританські князівства-тайфи. Це право гарантувало колоністам, які приходили з півночі Іспанії та півдня Франції, різні податкові пільги та свободи<sup>5</sup>.

Перша згадка про Сепульведу міститься у хроніці Сампіро за 940 р. і в Перших кастильських анналах. Кастильський граф за дорученням леонського короля Раміро II (930–955 рр.) заселив руїни фортеці<sup>6</sup>, а Фернан Гонсалес включив до складу королівства Кастилії Сепульведу.

Король Альфонсо VI 17 листопада 1076 р. пожалував Сепульведі грамоту, якою подарував фортеці велику округу і зазначив її межі. Також вона містила норми, котрі регулювали судові позови, судові рішення (вироки), звичаї та інше.

Фуеро Сепульведи датований 1300 р., а відтак у ньому враховано всі зміни, які пройшли у суспільстві за понад як двісті років, зокрема, зміни політичних, суспільних та військових умов, що відбулися внаслідок великих завоювань кастильських королів Альфонсо VIII, Фернандо III, Альфонсо X. Міста Естремадури та міське рицарство перетворились на потужну фінансово-військову силу та були представлені в кортесах (станово-представницьких зборах). Засідання кортесів вперше було скликано у королівстві Леон 1188 р. У ХІІІ ст. після об'єднання Леону з Кастилією виникли Генеральні кортеси. До їх складу постійно входили представники міст, роль і значення яких в даний час значно зросли. Міста виступали сконсолідовано та згуртовано. Це дало їм змогу стати впливовою і сильною структурою не лише економічного, а й державно-політичного життя<sup>6</sup>.

Фуеро Сепульведи складалися з 254 титулів (статей), що відображали розвиток муніципії та її права впродовж ХІІ та ХІІІ століть.

Відповідно до титулу 254 Фуеро Сепульведи (FS, t. 254) король дон Альфонсо і його дружина донья Інес повеліли зробити книгу цього фуеро і «слухали, як його читали, і пожалували його». Про це також йдеться у титулі 1 Фуеро Сепульведи: «Насамперед даю і жалую тим, хто живе в Сепульведі і тим, хто буде жити в майбутньому, Сепульведу зі всією її округою, з горами і джерелами, вигонами і пасовищами, ріками, покладами солі, срібла, заліза та іншого металу».

Відтак, вже у першому титулі судебногоника йшлося про громадську общину з центром у місті Сепульведі, до якої входила вся округа. Громадська община включала в себе сільські общини (села), парафії, податкові округи та міський центр. Однак у цій структурі громадської общини головним елементом було місто. Рада –

© Б. І. Гутів, 2015

\* Такі пільги передбачені в титулі 12 Фуеро Сепульведи: «Такі покращення (*mejoria*) жалую також всім поселенцям в Сепульведі: хто прийшов з-за віри (*de creencia*), чи це буде християнин, чи мавр, чи єврей, вільний чи раб, хай приходить без побоювання і не відповідає ні за воровство, ні за борг, ні за поруку, на за віру (*creencia*), ні за будь-яке інше діяння, скоєне ним до поселення в Сепульведі».

консехо остаточно сформувалася як орган управління і як міська община. Консехо складалась із двох видів зборів. Перші – це збори, які до XIII ст. включали всіх «сусідів»-громадян і називались «весь консехо» (*todo el concejo*). Необхідно зазначити, що в Кастилії міське населення позначалось такими термінами: «громадяни міста» (*cives cibdadanos*), «сусіди» (*vesinos*), «добрі люди» (*omes buenos*). Набуття прав міського громадянства здійснювалось в Кастилії значно простіше, ніж у більшості країн Європи. Для набуття таких прав не вимагалось перебування в місті певний термін (наприклад, звичний для Європи термін один рік і один день), а достатньо було поселитися у місті<sup>7</sup>. Поряд із цією великою радою існувала й більш обмежена за складом рада, яка включала тільки магістрати і частину «сусідів», яким решту громадяни довіряли розгляд окремих питань. У фуеро Сепульведи вона називалася *cabildo* (збори посадових осіб). Про це, зокрема, йдеться у титулах 46 (збори присяжних або алькальдів), 93 (збори посадових осіб), 208 (збори посадових осіб) FS.

Збори великої ради проходили кожну неділю після богослужіння. Велика рада вирішувала питання нормотворчості для врегулювання господарських проблем, а також питання управління, судові та економічні, у т.ч. щодо податків і зборів. Зокрема, велика рада вирішувала питання про заселення округи і умови цього заселення, про участь у військових компаніях або за свій кошт, або як виконання зобов'язань перед королем. Тут також урочисто вчинялись юридичні акти: дарування, продаж, оголошувались заповіти; приймались очисні присяги у випадку підозри у вбивстві, оголошувалось про початок або припинення кровної помсти, про введення нових податків. Так, титул 7 FS встановлював компетенцію ради щодо поселень в округі: «також всі поселення, які будуть засновані у вашій округі проти волі ради Сепульведи, не повинні бути постійними, але хай руйнує їх (*echelas*) рада без будь-якого судового штрафу за це».

Мала рада, що складалась в основному з магістратів, міських рицарів і «добрих людей» розширювала свої повноваження за рахунок звуження повноважень загальних зборів всіх громадян общини. Це було пов'язано, зокрема, з перетворенням нерозподілених володінь общини громадян на муніципальну власність<sup>8</sup>.

Про наявність муніципальної власності свідчать, зокрема, титули 166 та 167 FS. У них йдеться про заборону відчуження земельних володінь, що належать раді (у випадку порушення цієї заборони той, хто продав, платить раді подвійно володінням такої ж вартості і такої ж якості, а хто придбав – втрачає гроші, які заплатив, та зобов'язаний повернути землеволодіння) та обов'язок продати раді за подвійну ціну володіння, в якому будуть виявлені поклади каміння або гіпсу, або воно буде придатне для виготовлення жорен або черепиці, оскільки таке володіння має належати раді.

До посадових осіб консехо необхідно віднести вищі та нижчі магістрати. До вищих належать суддя, алькальди та секретар. До речі, повноваження суддів і алькальдів дуже близькі: алькальди як і судді мали право отримувати штрафи (FS, t.t. 16, 183), вести судові справи (FS, t. 195), приймати апеляції (FS, t.33), затримувати злочинців (FS, t. 50), брати майно у заставу (FS, t. 88). Проте між суддею та алькальдами існувала відмінність: суддя був один, а алькальдів було декілька; до судді можна було апелювати у тих випадках, коли учасник процесу був незадоволений рішенням алькальдів; алькальди брали участь у відносно менш важливих юридичних процедурах. Незважаючи на важливіше становище судді, алькальди володіли засобами контролю за його діяльністю. Так, у випадку, якщо хто-небудь подавав позов судді та алькальдам у справі, за якою суддя повинен направити судового виконавця, але він не направляв його до наступного дня, то позивач заявляв про це перед алькальдами, і суддя повинен був заплатити п'ять мараведі алькальдам і позивачу подвійно за позовом (FS, t. 182).

Із нижчих магістратів у Фуеро Сепульведи згадували наступні: сайон – на вимогу судді та алькальдів оголошував про засідання ради та судові засідання, оголошував про всі пропажі, брав участь у продажі військової здобичі; судовий виконавець – виконував доручення судді та алькальдів; альмутасаф – періодично оглядав усі міри і ваги, якими користувались громадяни<sup>9</sup>.

В округу громадської общини включались села, які могли утворювати свої ради-консехо, до повноважень якої входили питання розорювання цілини, виділення земельних ділянок, розміщення нових поселенців. Титулом 196 FS було передбачено, що всі поселенці, які прийдуть у Сепульведу або в її села, повинні будувати будинки там, де рада поселення відведе їм місце, а не в іншому місці, а якщо рада села не захоче цього зробити, то суддя і алькальди міста мають самі виділити поселенцю місце для зведення будинку.

Міські поселення в Естремадурі були сукупністю парафій (*collaciones*), що формувались за територіальною ознакою або етнічним походженням. Зокрема, в Сепульведі налічувалось 14 парафій. Центром парафії була церква. Парафія – це територіальний підрозділ церковної адміністрації, а в міському центрі – адміністративний район. Всі члени парафії вносились у список мешканців і платників податків парафії. З часом у парафії виникла власна юрисдикція і вона стала податковим округом<sup>10</sup>. Головними податками, які платили парафії, були церковна десятина та королівська третина – 2/9 десятини. Із кожної парафії Сепульведи, як міста, так і села, призначали збирачів третин, щоб стягувати десятину. Вони повинні були призначатися завжди за п'ятнадцять днів до свята святого Іоанна. Призначали їх «добрі люди» з парафій разом з кліриками. Збирачі приносили присягу на вірність (FS, t. 205). Фуеро Сепульведи визнавала незаконним проживання в місті осіб, які відповідно до права не платили десятину (FS, t. 248a).

Згідно із титулом 175 FS у парафіях також обирали суддю, алькальдів, секретаря. Такі вибори проводились в першу неділю після свята святого Михайла щорічно. Ніхто не міг займати посаду чи нести службу в раді більше року без згоди всієї ради. У цю неділю парафія, де була передбачена посада судді, мала висунути претендента, до якого висувалися певні вимоги: розумного, проникливого, знаючого, який міг би розрізнити

право і свавілля, правду і брехню, також він повинен був мати будинок в місті і коня. Не могла претендувати на посаду судді особа, яка в попередній рік не мала заселеного будинку в місті і коня, а також хотіла отримати посаду судді силою. На таких умовах обирався також алькальд. Після того, як вибори були підтвержені і погоджені всім народом, суддя складав присягу на Євангелії, а потім присягу складали також алькальди, секретар, альмутасаф, сайон (FS, t. 178).

Також було передбачено відповідальність судді та алькальдів за обман, підлог, затаювання правди в суді (FS, t. t. 179, 180) та визначено розмір винагороди судді – 20 менкалів за службу, які виплачує рада, та 1/7 із п'ятих та з того, що рада дає королю або сеньйору міста за своєю волею (FS, t. 184).

Оцінюючи обсяг міської автономії, необхідно враховувати, що міста в Кастилії ніколи не добивалися повної незалежності від королівської адміністрації. Фуєрос не звільняли міста від обов'язку допускати на свою територію королівських посадових осіб<sup>11</sup>.

У Фуєро Сепульведи низка норм регулює правовідносини, учасниками яких є знать, рицарі (кабальєрос), ремісники, міщани, селяни та інші категорії населення. Аналізуючи окремі норми, можна дійти висновку, що знать і кабальєрос займали значно вигідніше становище, ніж інші представники кастильського суспільства. Так, відповідно до титулу 42 FS, «щоб створити благо і милість кабальєро, і знатним жінкам, і щитоносцям, і знатним дівицям (*donzellas*) із Сепульведи, тим, хто живе сьогодні і хто буде жити в майбутньому, велью і вважаю за благо (*tengo por bien*), щоб вони були звільненими (*escusados*), [особисто] вільними і звільненими від всіх податків, і зборів, і петідо (*pedido*) ... при цьому вільними і недоторканими ... ми робимо їх [самих], і їх слуг, і їх васалів...». Проте закон не звільняв васалів від їх обов'язку платити своєму пану. Інші норми регулювали, зокрема, участь кабальєрос в походах (FS, t. 75), їх відносини з сеньйором та захист кабальєрос королем (FS, t. 76).

Група норм була присвячена кримінальним злочинам – вбивствам, згвалтуванню, крадіжкам, підпалам, каліцтвам, образам та іншим. У цих нормах зустрічалася очисна присяга, що, як і випробування розпеченим залізом та судовий поєдинок, належала до ордалій – «божих судів». Використовувалась у випадку недостатності доказів і була засобом встановлення істини та набувала статусу доказу. Порядок складання присяги був регламентований відповідними нормами.

Зокрема, титул 32 FS встановлював такий порядок у випадку вбивства: «якщо хтось подасть позов про вбивство свого родича, то хай найближчий родич приходить в раду у неділю і приносить присягу з двома родичами або з двома весно, що того, кого він викликає на божий суд (*que desaffa*), він викликає на божий суд справедливо, і хай викликає на божий суд до восьми [підозрюваних], але не більше восьми. І якщо викличе на божий суд більше восьми [підозрюваних], тратить право [викликати] той родич, який викликає на божий суд. І хай алькальди кличуть тих викликаних на божий суд три п'ятниці, і скільки визваних не з'явиться в останню п'ятницю до алькальдів, стільки із них повинні стати ворогами і платити сто мараведі віри (*omezillo*); а із цього штрафу отримує позивач третину, і алькальди другу третину, і сеньйор з суддею останню третину, а із цієї третьої частини суддя отримує третину; і скільки з'явиться до алькальдів в останню п'ятницю визваних на божий суд, [стільки із них] дають поручителів, що виконають вони фуєро, і викликані на божий суд або б'ються на поєдинку або очищаються, чому віддасть перевагу позивач, якщо буде позивач і захисники із округи. І [якщо] збереться одна рада з іншою [на судові збори], хай ставлять в коло всіх разом (*en yunta*), і хай приносить присягу той, хто викликав на божий суд з двома родичами, і якщо не буде у нього родичів, з двома весно, що ні через любов, ні через обіцянку, ні за проханням, ні через неприязнь називає його [(підозрюваного)] ворогом, а тільки тому, що він вбив його родича; і хай назве одного з них ворогом назавжди і платить той віру, якщо буде чим, а якщо не буде, то вбивають його за це; і хай назве другого із викликаних на божий суд ворогом, щоб обезчестити (*a desonra*) на один рік; і інші повинні очиститись з дванадцятьма: п'ятьма родичами, і він шостий, і з шістьма весінос; а якщо не буде у нього родичів, то з одинадцятьма весінос і з ним буде дванадцять; і всі, хто не очиститься, платять віру. І якщо захочуть подати апеляцію королю, то передають її алькальди».

Отже, при відсутності доказів у позивача відповідач використовував присягу, яка його повністю оправдувала. Присягу приносили сам підозрюваний із співприсяжниками, яких разом із звинуваченим мало бути дванадцять. Така кількість співприсяжників вимагалась у разі скоєння тяжких злочинів, зокрема: вбивстві (FS, t. 32), згвалтуванні жінки (FS, t. t. 35, 51), каліцтві (FS, t. 45), у випадку порушення миру однієї ради з іншою з приводу меж, що призвело до вбивства (FS, t. 47), киданні каменю в будинок вночі (FS, t. 48), у випадку каліцтва при переслідуванні ворога (FS, t. 50), підпалу будинку (FS, t. 52), крадіжці (FS, t. 51), у випадку, якщо відріжуть пальці або виб'ють зуби (FS, t. 59), у випадку, якщо виллють воду через вікно або плюнуть на людину (фізична образа) (FS, t. 160), у випадку поранення людини в раді (FS, t. 240). При менш значних злочинах або проступках вимагалось від одного до п'яти співприсяжників, зокрема: у випадку, коли весіно прийме ворога свого сусіда у своєму домі (FS, t. 16a), при пораненнях (FS, t. 57), у випадку, якщо хтось насильно ввійде в дім (FS, t. 81), у випадку поранення коня або робочої худоби (FS, t. 100).

У Фуєро Сепульведи зберігся давній інститут таліону – «око за око». Це право, зокрема, закріплено у титулі 58 FS, яким встановлено, що у випадку, якщо хтось вилірє чужу бороду і буде заперечувати, а заявник докаже це з трьома добрими людьми – з одним родичем і двома неродичами або з трьома родичами, то відповідач хай дасть такого ж з бородою у відшкодування, якщо не дасть свою власну для цього. А якщо не буде у нього бороди, то хай відріжуть кусок шкіри на бороді (там, де росте борода) і стане ворогом потерпілого назавжди за безчестя.

Доволі детально регламентований у Фуеро Сепульведи інститут поруки за безпеку, оскільки всяка людина (позивач), яка боїться іншої, має вимагати в неї поручителів за безпеку перед присяжними або алькальдами. У випадку ненадання поручителів суддя має взяти заставу у відповідача. Цьому інституту присвячений значний за обсягом титул 46 FS, який регламентує процес відповідальності сторін і поручителів, зокрема у випадку вбивства позивача.

Основними санкціями, які застосовувались за злочини, зокрема, були: за підготовку або скоєння злочину під час ярмарку (вісім днів до Пасхи і вісім днів після неї) злочинець платить королю тисячу мараведі і подвійну шкоду позивачу, а якщо не може заплатити – його скидають; того, хто вб'є під час ярмарку – хоронять заживо з померлим, а якщо поранить – відрубують руку (FS, t. 22); у випадку вбивства – оголошення ворогом та 100 мараведі віри, вбивство (FS, t. 32); за згвалтування жінки – штраф 50 мараведі та оголошення ворогом (FS, t. 35); у випадку вбивства євреєм християнина – страта з конфіскацією всього майна на користь родини вбитого, короля та судді, алькальдів (FS, t. 38); у випадку спричинення каліцтва (за вибите око, відрізану руку чи ногу, вухо) – штраф 25 мараведі, але якщо потерпілий кабальєро або щитоносець – додатково штраф 500 солідів, всі штрафи на користь потерпілого (FS, t. 45); за підпал будинку – відшкодовується потерпілому подвійна вартість будинку і сплачується віра – 27 мараведі сеньйору і судді (FS, t. 52); у випадку крадіжки вартістю більше 1 мараведі – відшкодування потерпілому збитків у подвійному розмірі і сплата сьомої частини алькальдам та сеньйору і судді (FS, t. 53).

Значна частина норм регламентували роботу та відповідальність за недотримання приписів у роботі ремісників та селян: м'ясників (FS, t. 97), мельників (FS, t. 98), загоничів худоби (FS, t. 101), пекарів (FS, t. 110), польового сторожа (FS, t. 112, 113, 115, 124), орачів (FS, t. 131) тощо. Так, зокрема, хто бажав стати польовим сторожем, мав скласти присягу на вірність, що буде добросовісно охороняти засіяне поле з початку березня до середини липня і за це йому належить оплата від кожного, хто засіє більше кафіса (666 літрів) пшениці один алмуд (FS, t. 112). Проте, якщо власник посівів виявляв нанесену їм шкоду, то платив за неї сторож, якщо не назвав зловмисника (FS, t. 113).

У Фуеро Сепульведи були також включені норми, що регулювали цивільні правовідносини. Законодавчо закріплене право власності на земельне володіння та повноваження власника: «Жалую вам також, щоб той, хто буде мати земельне володіння, володів ним міцно і постійно... і хай для нього навечно буде в силі таким чином, щоб він з ним і на ньому робив все, що побажає, і щоб мав владу його подарувати, і продати, і заповісти, чи обміняти, чи позичити, і відказати на спомин душі, чи він здоровий, чи хворий, чи буде жити в Сепульведі, чи захоче піти» (FS, t. 23). Проте наступним титулом 24 заборонялося продавати і дарувати земельне володіння монахам, мотивуючи тим, що їх орден забороняє продавати і дарувати земельні володіння громадянам. Встановлено також, що у випадку подання позову про витребування володіння позивач мав дати поручителя відповідачу в забезпечення того, що він заплатить штраф у розмірі 10 мараведі, якщо програє справу (FS, t. 26). Порядок купівлі-продажу володіння в Сепульведі встановлений у титулі 204 FS. Для набрання угодою купівлі-продажу законної сили продавець має підтвердити укладення її перед радою у Сепульведі у встановлені дні: у неділю або у вівторок Різдвяного тижня, вівторок Пасхального тижня, вівторок тижня П'ятидесятниці. Покупцем та продавцем мали бути лише весінос (громадяни) із Сепульведи або її округи.

Сімейні відносини у Сепульведі, як і в Кастилії в цілому, ґрунтувались на тому, що чоловік був главою сім'ї і жінка була йому підпорядкована у всьому. Будь-які укладені угоди повинні були підтверджуватись чоловіком<sup>12</sup>. Нормами права встановлено також, що жодна заміжня жінка, незаміжня дівчина або вдова, яка буде жити зі своїм батьком або з матір'ю чи з родичем в його будинку, не має права прийняти на себе борг більше одного мараведі чи продати щось, якщо на це не буде згоди родича, з яким вона проживає (FS, t. 64).

Як чоловік дружині, так і дружина чоловікові при складенні заповіту може подарувати будь-яке рухоме майно, проте нерухоме майно можна відказати лише у довічне користування, щоб потім ця нерухомість повернулася до тих спадкоємців, звідки прийшло володіння нерухомістю (FS, t. 66).

Порядок спадкування був встановлений титулом 61 FS: спочатку спадкує найближчий родич, який має законні права і який народжений не у позашлюбному співжитті і з визнання родичів, яким мали спадкувати батько і мати, звідки походить володіння. Внуки спадкують з іншими братами батька чи матері частку, яку мали б одержати їх батько чи мати; і племінники, діти братів, також спадкують нарівні із своїми дядьками так, як спадкував би їх батько чи мати. Титулом 62 FS встановлено необмежений розмір заповідального відказу на спомин душі і відповідальність за його невиконання.

На підставі дослідження однієї з видатних пам'яток права середньовічної Іспанії – Зводу законів королівства Кастилії Фуеро Сепульведи можна зробити висновок, що Фуеро Сепульведи є зводом матеріального та процесуального права, що достатньо повно регулює правовий статус громадської общини з центром у місті-фортеці Сепульведі, до якої входили сільські общини (села), парафії, податкові округи та міський центр, а також порядок утворення ради общини (консехо) та її компетенцію; порядок обрання і повноваження вищих та нижчих магістратів. Регулюючи правове становище різних суспільних верств населення, Фуеро Сепульведи наділяв значно вищим положенням і привілеями знать та рицарство порівняно з іншими представниками кастильського суспільства. Ця ж відмінність зберігалась у здійсненні кримінального та цивільного судочинства.

<sup>1</sup> Памятники права средневековой Испании: Фуэро Куэнки. Фуэро Сепульведы / Предисловие, перевод со старокастильского и комментарий канд. юрид. наук Г. В. Савенко ; под ред. доктора юрид. наук, проф. В. А. Томсинова. – М. : ИКД «Зерцало-М», 2004. – 528 с. – С. 293.

<sup>2</sup> Червонов С. Д. Ремесло и ремесленники в городах Центральной Испании на рубеже XII–XIII веков / С. Д. Червонов // Социально-политическое развитие стран Пиренейского полуострова при феодализме ; Академия наук СССР. – М., 1985. – С. 27–44. – С. 27.

<sup>3</sup> Там само. – С. 28.

<sup>4</sup> Италия XIII–XV вв. Испания XI–XV вв. Великие географические открытия. Курс всеобщей истории. Средние века. Стенограмма лекции проф. Е. А. Косминского, прочитанной 26 марта 1938 г. ; Высшая школа пропагандистов имени Я. М. Свердлова при ЦК ВКП (б). – М., 1938. – 34 с. – С. 19.

<sup>5</sup> Памятники права средневековой Испании: Фуэро Куэнки. Фуэро Сепульведы / Предисловие, перевод со старокастильского и комментарий канд. юрид. наук Г. В. Савенко ; под ред. доктора юрид. наук, проф. В. А. Томсинова. – М. : ИКД «Зерцало-М», 2004. – 528 с. – С. 293.

<sup>6</sup> Історія держави і права зарубіжних країн (Середні віки та ранній новий час): навч. посіб. / за ред. проф. Б. Й. Тищика. – Л. : Світ, 2006. – 696 с. – С. 344.

<sup>7</sup> Корсунский А. Р. История Испании IX–XIII веков (Социально-экономические отношения и политический строй Астури-Леонского и Леона-Кастильского королевства) : учеб. пособ. / А. Р. Корсунский. – М. : Высшая школа, 1976. – 239 с. – С. 159.

<sup>8</sup> Памятники права средневековой Испании: Фуэро Куэнки. Фуэро Сепульведы / Предисловие, перевод со старокастильского и комментарий канд. юрид. наук Г. В. Савенко ; под ред. доктора юрид. наук, проф. В. А. Томсинова. – М. : ИКД «Зерцало-М», 2004. – 528 с. – С. 293.

<sup>9</sup> Там само. – С. 55.

<sup>10</sup> Там само. – С. 60.

<sup>11</sup> Корсунский А. Р. Вказана праця. – С. 166.

<sup>12</sup> Альтамира-и-Кревеа Рафаэль. История Испании / Альтамира-и-Кревеа Рафаэль. – М. : Изд-во иностранной литературы, 1951. – 519 с. – С. 201.

#### Резюме

**Гутів Б. І. Фуэро Сепульведи (1300 р.) – визначна пам'ятка права середньовічної Іспанії.**

У статті на підставі аналізу пам'ятки права середньовічної Іспанії Фуэро Сепульведи 1300 р. та спеціальної наукової літератури здійснено аналіз правових засад діяльності та організації управління громадської (територіальної) общини Сепульведе у Кастилії, порядок здійснення судочинства, а також огляд норм матеріального та процесуального права.

**Ключові слова:** Фуэро Сепульведи, громадська (територіальна) община, судочинство.

#### Резюме

**Гутів Б. И. Фуэро Сепульведы – выдающийся памятник права средневековой Испании.**

В статье на основании анализа памятника права Средневековой Испании Фуэро Сепульведы 1300 г. и научной литературы проведен анализ правовых оснований деятельности и организации управления гражданской (территориальной) общины Сепульведы в Кастилии, порядок осуществления судопроизводства, а также обзор норм материального и процессуального права.

**Ключевые слова:** Фуэро Сепульведы, гражданская (территориальная) община, судопроизводство.

#### Summary

**Hutiv B. Fuero Sepulveda – landmark law medieval Spain.**

The article based on an analysis of the monument of Medieval Spain, right Fuero 1300 Sepulveda and scientific literature analysis of the legal basis for the organization and management of civil (territorial) community Sepulveda in Castile, the order of proceedings, a review of substantive and procedural law.

**Key words:** Fuero Sepulveda, civic (territorial) community, the legal proceedings.

УДК 340.1

**Я. М. ДУПАЙ**

*Ярина Миколаївна Дупай, аспірантка Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## ПРАВОВА ІНФОРМОВАНІСТЬ СУСПІЛЬСТВА ЯК НЕОБХІДНА УМОВА ФУНКЦІОНУВАННЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Право на інформацію є одним із найважливіших прав людини і громадянина. Реалізація цього права та забезпечення вільного доступу до інформації має надзвичайно велике суспільне значення, оскільки забезпечує не тільки формальну, а й реальну участь громадян у житті держави.

Основоположний принцип права громадян на інформацію отримав своє закріплення в найважливіших міжнародно-правових документах. Статтею 19 Загальної декларації прав людини<sup>1</sup> проголошено основне

інформаційне право громадян – право вільно шукати, одержувати і поширювати інформацію будь-якими засобами й незалежно від державних кордонів.

Рекомендація Ради Європи «Про захист даних і свободу інформації»<sup>2</sup> встановлює, що інформаційні права, закріплені Європейською конвенцією про захист прав людини та її основоположних свобод, повинні трактуватися максимально широко, враховуючи свободу пошуку інформації та обов'язок влади забезпечувати доступність інформації, що має суспільне значення (з урахуванням відповідних обмежень).

Правова інформація як така, що відображає зміст правового регулювання суспільних відносин, посідає особливе місце в сучасному інформаційному просторі. Важливість правової інформації як системи нормативно-правових актів і реалізація громадянами свого конституційного права на інформацію обґрунтовують необхідність забезпечення її реальної загальнодоступності.

Інформованість громадян про чинне законодавство є необхідною передумовою знання ними законів. З огляду на те, що стан гласності в сфері правового регулювання безпосередньо зачіпає права і законні інтереси громадян та інших суб'єктів права, вельми важливим аспектом оприлюднення нормативно-правових актів стає інформаційно-правовий.

Історично проблема доступності, а відтак і інформаційної відкритості права постала перед творцями правових приписів разом із появою самого права. Необхідність забезпечення доступності права закладено у філософському розумінні категорії «право», яка являє собою нормативну форму виразу принципу формальної рівності людей у суспільних відносинах<sup>3</sup>.

Саме це вказує на необхідність існування механізмів інформування суспільства про правові приписи. Така теза може обґрунтовуватись і тим, що, як відомо, найбільш значимою характеристикою сутності права є пізнання. З огляду на це, якщо існує процес пізнання – можна говорити про наявність права, немає пізнання – немає права<sup>4</sup>. Відтак, пізнавальний аспект права є його основною змістовою ознакою. Право окремої особистості на знання закону було обґрунтовано ще Г. Гегелем. Ним і було висунуто тезу про обов'язкове оприлюднення законів з метою доведення їх до загального відома.

Це обумовлюється тим, що високий рівень правової поінформованості суспільства створює для всіх його членів можливість користуватися юридичними приписами на основі їх знання, а це в свою чергу знаходить свій вираз у здатності керуватися ними у своїй поведінці і безпосередній діяльності.

На сучасному етапі розвитку української держави проблема правового інформування, доведення до відома суспільства змісту правових приписів обумовлена низкою причин, які, на нашу думку, суттєво гальмують процес втілення в державі правових приписів у свідомо вольових діях членів суспільства. Аналіз юридичної літератури дає можливість віднести до них наступні: відсутність належної пропаганди прийнятих законів та інших правових актів серед суб'єктів суспільства, відсутність ефективних правових механізмів участі людини, громадських організацій, соціальних груп, інших суб'єктів суспільства у розробленні й обговоренні законів та правових актів тощо<sup>5</sup>.

І. Жаровська зазначає, що від характеру, інтенсивності і цілеспрямованості правової інформації суттєво залежать рівень державно-правової організації соціальних систем, ефективність закону, повага до нього або ж ігнорування його вимог<sup>6</sup>.

Умови, які визначають рівень правової поінформованості суспільства, безпосередньо пов'язані з удосконаленням діяльності держави на шляху побудови сучасного інформаційного простору, підвищення ефективності функціонування системи державних органів, що створюють законодавство, підтримують його в дієвому стані, а також інформують про зміст його приписів. Цілком очевидно є необхідність створення сучасної системи інформаційно-аналітичного забезпечення законотворчої, нормотворчої, правозастосовної діяльності, що безперечно позначиться на ефективності дії законодавства загалом, рівні усвідомлення його приписів членами суспільства.

Побудова демократичної, правової держави, становлення ринкової економіки актуалізують питання необхідності формування єдиного інформаційно-правового простору, що забезпечить зростання рівня ефективності права за рахунок більш повної правової інформованості суспільства і кожного громадянина зокрема. Очевидно, що правова інформованість громадян повинна розглядатись як необхідна умова функціонування правової системи нашої держави. У зв'язку з цим неабиякого значення набувають питання здійснення правової інформатизації, розвитку відкритого, сучасного інформаційного суспільства, визначення його стратегічних цілей та завдань, спрямованих на їх досягнення тощо.

Інформатизація – сукупність взаємозв'язаних організаційних, правових, політичних, соціально-економічних, науково-технічних, виробничих процесів, що мають на меті створити умови для задоволення інформаційних потреб громадян і суспільства завдяки розробці, розвитку й використанню інформаційних систем, мереж, ресурсів та технологій, які базуються на застосуванні сучасної обчислювальної й комунікаційної техніки. Часто термін «інформатизація» вживається разом із терміном «комп'ютеризація», який позначає процес розвитку та впровадження комп'ютерів, що забезпечують автоматизацію інформаційних процесів і технологій у різних сферах людської діяльності<sup>7,8</sup>.

Правова інформатизація – це процес створення оптимальних умов для максимально повного задоволення в інформаційно-правових проблемах різних суб'єктів на основі використання інформаційних ресурсів із застосуванням прогресивних технологій.

Досліджуючи питання ефективності оприлюднення нормативно-правових актів, можемо припустити, що правова інформатизація повинна відповідати наступним основним принципам: відкритості, офіційності,

оперативності та взаємодії державного і недержавного секторів. Всі ці принципи взаємопов'язані і взаємодоповнюючі. Спробуємо розглянути кожен із них.

Принцип відкритості правової інформації означає реальну доступність населення до всіх нормативно-правових актів, що приймаються державою і регулюють суспільні відносини. Кожній особі повинен бути забезпечений вільний доступ до таких актів. Вважаємо, що в даному контексті важливою є доступність не лише до чинної редакції того чи іншого нормативно-правового акта, а й до попередніх його редакцій. Винятком з цього правила може бути лише інформація, що містить державну таємницю або інші відомості, розголошення яких може мати негативні наслідки.

Принцип офіційності правової інформації передбачає використання тільки офіційних джерел правової інформації для задоволення інформаційно-правових потреб громадян та суспільства в цілому, що, як ми раніше зазначали, повинно підтримуватися технологічними і технічними засобами її ефективного доведення до користувачів у незмінному вигляді. Доцільність реалізації даного принципу є досить важливою, виходячи з того, що неофіційна правова інформація допускає можливість неправильного трактування нормативно-правового акта. Як результат, це призведе до неправильного розуміння його змісту, застосування і реалізації.

Що стосується принципу оперативності доведення правової інформації, то, на нашу думку, він покликаний забезпечити своєчасне доведення текстів нормативно-правових актів до своїх адресатів. Тобто, оперативність виступає певною запорукою вчасного оприлюднення нормативно-правових актів та доведення їх до населення. Вважаємо, що даний принцип повною мірою може бути реалізований лише за допомогою поєднання двох способів офіційного оприлюднення – в друкованому і електронному вигляді.

Принцип взаємодії державного і недержавного секторів припускає участь у роботі з правової інформатизації поряд з державними структурами організацій і підприємств різних форм власності, які володіють відповідним науково-технічним, технологічним і юридичним потенціалом. Значна увага при цьому повинна приділятися доступності правової інформації. Як вказує В. Тарасенко, роль правових знань в упорядкуванні свідомої діяльності особи в правовій сфері досить значна, адже вся ця діяльність передбачає не тільки знання, а й розуміння тих вимог, які пред'являє держава до громадянина засобами законодавства<sup>9</sup>.

У контексті забезпечення ефективності, вдосконалення процедури оприлюднення нормативно-правових актів та побудови дієвої системи правової інформатизації особливої актуальності набувають питання реформування державних правових інформаційних ресурсів. Відповідальність за забезпечення суспільства необхідною правовою інформацією повинна бути покладена на відповідні органи державної влади, що виступатимуть державними замовниками систем інформатизації. Саме вони повинні відповідати за організацію їх формування, ведення, функціонування та забезпечення доступу до них. Як слушно зазначає І. Жаровська, виходячи зі структури органів державної влади, доцільно директивно закріпити за компетентними органами відповідальність щодо формування і ведення правових інформаційних ресурсів, які призначені для забезпечення діяльності відповідних рівнів державної влади<sup>10</sup>. Ці правові інформаційні ресурси, створюючи інформаційні сектори органів державної влади, повинні розвиватися у взаємному поєднанні з іншими секторами єдиного правового інформаційного простору. Один із органів державної влади варто наділити правами координації, формування й розвитку всіх видів державних правових інформаційних ресурсів і включення в єдиний правовий інформаційний простір недержавних інформаційних ресурсів. Порядок і правила взаємодії органів державної влади при формуванні і використанні державних правових інформаційних ресурсів повинні бути регламентовані законодавчими актами, що встановлюють, зокрема, ступінь відповідальності за приховування, суперечливість і невірогідність інформації.

Додатково одним із перспективних напрямів забезпечення дієвості правової інформатизації може стати поступове реформування галузі формування й використання інформаційних ресурсів державних і недержавних секторів. На нашу думку, для поліпшення та забезпечення висвітлення правової інформації державна політика повинна сприяти включенню недержавних організацій-виробників інформаційних ресурсів у єдиний правовий інформаційний простір, як повноправних суб'єктів інформаційних відносин, надання можливості недержавним структурам санкціонованого доступу в установленому порядку до офіційних правових інформаційних ресурсів тощо. При цьому особливу підтримку держава повинна надавати тим недержавним структурам, які орієнтовані на масове правове інформаційне обслуговування користувача.

Складовою процесу реформування державних та недержавних правових інформаційних ресурсів є те, що вони повинні створювати єдину систему правових інформаційних ресурсів, що використовують як традиційні носії інформації, так і автоматизовані бази та банки даних, на що справедливо звертає увагу І. Арістова<sup>11</sup>. Ми переконані, що така система дасть змогу якісно підвищити ефективність доступу нормативно-правових актів до своїх кінцевих споживачів.

Отже, правова інформатизація є важливим чинником, який безпосередньо впливає на правову систему в таких формах, як: пряме вираження в нормах права певних концепцій і створення таких правових норм, що фактично є відповіддю на ту чи іншу ідеологічну настанову; розробка і втілення в життя певних юридичних доктрин тощо. Тому правова інформованість членів суспільства виступає необхідною умовою функціонування правової системи, оскільки є певним якісним показником, що характеризує процес засвоєння правової інформації всіма членами суспільства.

Всі ці та інші проблеми актуалізують питання створення цілісної і ефективної стратегії щодо адаптації українського законодавства до міжнародної практики в сфері правового інформування. Беручи до уваги викладене, вважаємо, що цілком очевидною є необхідність створення сучасної, високотехнологічної, іннова-

ційної системи інформаційно-аналітичного забезпечення законотворчої, нормотворчої, правозастосовної діяльності, що безперечно позначиться на ефективності оприлюднення нормативно-правових актів та досягненні його основної мети.

<sup>1</sup> Всеобщая Декларация прав человека, принята Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций от 10 декабря 1948 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_015)

<sup>2</sup> Parliamentary Assembly. Recommendation 1037 (1986) on Data Protection and Freedom of Information : [Electronic resource]. – Mode of access: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta86/EREC1037.htm> – Date of access: 12.07.2012.

<sup>3</sup> Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / Ч. Беккариа. – М. : Фирма «Стелс», 1995. – С. 354–355. – 303 с.

<sup>4</sup> Монтескье Ш. Л. О духе законов / Ш. Л. Монтескье ; сост., пер. и коммент. А. В. Матешук. – М. : Мысль, 1999. – С. 8. – 672 с.

<sup>5</sup> Бекон Ф. О достоинстве и приумножении наук / Ф. Бекон // Сочинения. – М., 1977. – Т. I. – С. 9–10. – 545 с.

<sup>6</sup> Жаровська І. М. Доступність права: теоретико-правові проблеми : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / І. М. Жаровська. – Х., 2006. – 20 с.

<sup>7</sup> Денісова О. О. Інформаційні системи і технології в юридичній діяльності : навч. посіб. / О. О. Денісова. – К.: КНЕУ, 2003. – С. 5. – 315 с.

<sup>8</sup> Трубін І. О. Правові засади функціонування електронних грошей у сфері електронної комерції : моногр. / І. О. Трубін. – К. : Алерта, 2013. – С. 9. – 136 с.

<sup>9</sup> Тарасенко В. В. Парадигма управління в інформаційно-комунікативній культурі. Синкретическое и социальное управление / В. В. Тарасенко. – М., 1998. – С. 61–63.

<sup>10</sup> Жаровська І. М. Вказана праця.

<sup>11</sup> Арістова І. В. Державна інформаційна політика: органічно-правові аспекти / І. В. Арістова ; за заг. ред. О. М. Бандурки. – Х. : Університет внутрішніх справ, 2000. – С. 120. – 368 с.

#### Резюме

**Дупай Я. М. Правова інформованість суспільства як необхідна умова функціонування правової системи.**

Статтю присвячено дослідженню правової інформованості суспільства як необхідної умови функціонування правової системи сучасної, демократичної держави. Розглядається поняття правової інформатизації, проаналізовано її основні принципи. На основі чого зроблено висновок про необхідність здійснення правової інформатизації, розвитку відкритого, сучасного інформаційного суспільства, визначення його стратегічних цілей та завдань, спрямованих на їх досягнення.

**Ключові слова:** правова система, правова інформація, правова інформатизація.

#### Резюме

**Дупай Я. М. Правовая информированность общества как необходимое условие функционирования правовой системы.**

Статья посвящена исследованию правовой информированности общества как необходимого условия функционирования правовой системы современного, демократического государства. Рассматривается понятие правовой информатизации, проанализированы ее основные принципы. На основе чего сделан вывод о необходимости осуществления правовой информатизации, развития открытого, современного информационного общества, определения его стратегических целей и задач, направленных на их достижения.

**Ключевые слова:** правовая система, правовая информация, правовая информатизация.

#### Summary

**Dupai Y. Legal awareness of society as a necessary condition for the legal system functioning.**

The article studies the legal awareness of society as a prerequisite for the functioning of the legal system of a modern, democratic state. The concept of legal informatization is being described, its basic principles analyzed. On the basis of the findings the author concluded the need for the legal awareness promotion, development of an open, modern informational society, defining its strategic objectives and tasks aimed at achieving them.

**Key words:** legal system, legal information, legal informatization.



УДК 342:316.285(477)

**О. В. БАТАНОВ**

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

### **КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ КОНФЛІКТНОСТІ МІЖ ГРОМАДЯНСЬКИМ СУСПІЛЬСТВОМ ТА ДЕРЖАВОЮ В УКРАЇНІ**

Сучасна Україна перебуває на черговому витку модернізації політичної системи суспільства. Сучасні інновації та ініціативи у сфері державної влади та формування громадянського суспільства об'єктивно мають бути спрямовані на пошук адекватних відповідей на системні протиріччя і конфлікти, народжені як у рамках радянської політичної системи, так і в перші десятиліття незалежності України.

За роки становлення суверенної державності України питання про рішення подібних протиріч і конфліктів часом ставали дуже актуальними. І самі суб'єкти конституційних правовідносин, і теоретики конституційного права не мали необхідного досвіду у вирішенні проблем такого характеру. Це пояснюється, насамперед, тим фактом, що радянська ідеологія не визнавала навіть можливості існування конфліктів у «розвинутому соціалістичному суспільстві». Вважалося, що державно-правові конфлікти виключаються самим суспільним ладом. Водночас, конфлікти існували завжди і радянська державно-правова практика, як правило, не використовувала демократичних методів вирішення конфліктів, віддаючи перевагу насильницьким формам ліквідації протиріч, що виникають. Така державна політика продемонструвала свою помилковість подіями 1989–1991 рр., коли влада вже не могла подолати ту колосальну кількість конфліктів, назрілих навколо неї і в ній самій, призвівши до того, що сама влада зі стабілізуючого суспільно-політичного чинника перетворилася на дестабілізуючий фактор нестабільності. Без перебільшення можна стверджувати, що цілковите ігнорування зарубіжного та вітчизняного досвіду розв'язання конституційних конфліктів і протиріч у процесі взаємовідносин громадянського суспільства і держави стало першопричиною як Помаранчевої революції 2004 р., так і, особливо, Революції Гідності 2013–2014 рр.

Слід констатувати, що спроби розв'язати подібні протиріччя і запобігти породжуваним ним конфліктним ситуаціям конституційного характеру, у період підготовки і прийняття чинної Конституції України призвели до того, що глобальні конституційні перетворення середини 90-х років минулого століття не тільки не нівелювали старих, а й породили значну кількість нових конституційних протиріч, більшість з яких не тільки зачепили засади конституційного ладу України, а й створили певні передумови для порушення його цілісності, насамперед в аспекті взаємовідносин громадянського суспільства і держави. Істотно посилила ситуацію модернізація конституційної матерії у 2004 та 2010 роках, що дозволяє експертам у галузі конституційного права не тільки вказувати на протиріччя Конституції, а й взагалі говорити про конфліктогенність Основного Закону та конституційної реформи, тобто їх здатність детермінувати соціально-політичні конфлікти і суперечності між громадянським суспільством і державою.

Водночас, слід визнати, що сама постановка в конституційній доктрині проблеми аномалій, прогалин, дефектів і конфліктів у конституційному праві і правовій системі в цілому є свідченням того, що ми позбулися необґрунтованих надій і ілюзорних очікувань, пов'язаних із самою наявністю такого політико-правового явища, нехай навіть унікального, як Конституція і конституційне законодавство. Конституцію необхідно сприймати у всіх її реальних, а не ідеалізованих якостях, які відображають глибоку суперечливість її онтологічних, а відповідно і нормативно-правових характеристик. У світлі досягнень сучасного конституціоналізму очевидним є той факт, що ефективність конституційного регулювання, ступінь реальності проголошуваних Конституцією демократичних цінностей та принципів багато в чому визначається глибиною її проникнення в природу соціальних конфліктів і протиріч сучасного громадянського суспільства і держави.

Важливо врахувати, що Конституція – за всієї космополітичності даного поняття і самого по собі терміна – є конкретно-історичним, соціокультурним і вже в цьому сенсі завжди – національно-специфічним

явищем. У цьому плані на перший план висувається дослідження Конституції як документа, що увібрав у себе все різноманіття соціальних протиріччя в умовах політичних та економічних перетворень і покликаного конституційно-правовими засобами сприяти – як реально діючий правовий акт, що діє з метою вирішення відповідних протиріччя. Історія конституційного розвитку багатьох держав підтверджує той незаперечний факт, що конституція, в силу самої сутності даного явища, є політико-правовим відображенням і породженням соціальних протиріччя суспільства в їх історичному розвитку<sup>1</sup>.

Порушуючи питання щодо конфліктності в системі конституційного ладу та протиріччя між громадянським суспільством і державою ми, насамперед, ведемо мову про те, що в юридичній науці прийнято називати порушенням правонаступництва або континуїтету, тобто безперервності державно-правового розвитку. правонаступність насамперед означає забезпечення стійкості основ правової системи в процесі її розвитку. Проблема континуїтету виникає при зміні політичного режиму в державі під час соціальної революції, при виникненні нових держав або припиненні їх існування, при територіальних змінах у державі тощо. Тим самим підтримуються головні параметри еволюційного державно-правового процесу, що не міняють системи влади та її конституційні інститути, основи конституційного ладу і законодавства.

Конституційний розвиток більшості держав світу носить циклічний характер. Україна у своїй конституційній історії також зазнала кілька циклів розвитку, які, як правило, супроводжувалися або катастрофічними переходами від однієї моделі політичної системи до іншої, або черговою конституційною, або політичною кризою. Тому згадка про правонаступництво і її так звані «розриви» в аспекті конституційного права пов'язані виключно з його провідною роллю в побудові й функціонуванні правової системи. Її «перерви», «розриви» пов'язані або з формуванням нової влади, або корінними реформами конституції і законодавства.

У зв'язку з цим питання про те, що є першопричиною нестійкості конституційного розвитку політичної системи України, є досить цікавим у доктринально-пізнавальному плані і, на жаль, злободенним з погляду сучасної конституційної ситуації в Україні.

Вагому, хоча далеко не детермінуючу, роль в подібній нестійкості конституційного розвитку України відіграють системні протиріччя і конфлікти, що існують в механізмі взаємовідносин громадянського суспільства і держави. Причому йдеться не тільки і не стільки про можливу суперечливість Конституції як документа, що володіє вищою юридичною силою, а про реалістичність конституційних положень, їх реалізованості та фактичної складової, тобто про те, що прийнято називати фактичною конституцією.

Можливо, саме тому, в числі основних чинників, що руйнують основи конституційного ладу або являють потенційну небезпеку для нього, дослідники відзначають не тільки наявність суперечностей та прогалин у нормативних правових актах різного рівня, а й недоліки механізму реалізації прийнятих нормативних правових і правозастосовних актів, а також відповідальності за їх невиконання; відсутність ефективного механізму притягнення до відповідальності органів державної влади, посадових осіб за дії, що порушують засади конституційного ладу або являють потенційну небезпеку їх порушення; антиконституційні цілі діяльності громадських об'єднань; зростання злочинності, системне проникнення організованої злочинності в публічно-владні структури; політичний, національний, релігійний екстремізм і тероризм як вищі форми їх прояву; економічне розшарування населення, відсутність соціального партнерства між державною владою і громадянським суспільством тощо.

Бурхливі й суперечливі події нашого життя з усією очевидністю ілюструють роль Конституції як його правового фундаменту. І зрозуміло, чому вищим обов'язком всіх органів і посадових осіб державної влади є дотримання духу і букви Конституції. Разом із тим треба усвідомлювати, що виконання Конституції – складний і тривалий процес, з безліччю учасників.

Дії державних і громадських організацій, підприємств та установ у руслі Конституції означають дотримання правових умов. Мова, насамперед, йде про вірне розумінні конституційних ідей, принципів, правильне тлумачення норм Конституції, пряме застосування конституційних норм не час від часу, а систематично, повсякденно, не шукаючи їх компенсації в підзаконних актах. Необхідні як чітка функціонально-орієнтована діяльність органів усіх гілок державної влади, усіх ланок державного апарату, спрямована на вирішення господарсько-економічних, соціально-культурних та інших завдань, так і встановлення ділових взаємовідносин законодавчої, виконавчої та судової влади. Тим самим реалізація конституційних положень сприяє ефективності й високому авторитетові державної влади, запобігає державним, політичним, міжнаціональним конфліктам, нарешті, забезпечує стабільність у суспільстві.

Слід зазначити, що існують певні відмінності між конституційними протиріччями і конфліктами. Їх доцільно розглядати як причину і наслідок. Протиріччя найчастіше носять статичний характер і зводяться, як правило, до певних колізій, невідповідностей, неузгоджень і різночитань в конституційній регламентації суспільних відносин, абстрактності і неконкретності конституційних формулювань і приписів тощо. Не випадково саме суперечності між нормами в конституційному праві називають конституційними колізіями, наслідком яких можуть бути конституційні конфлікти і кризи, небажані для будь-якої влади<sup>2</sup>. Тобто протиріччя – це ще не конфлікт, а свого роду мінлива рівновага протилежностей, яка потенційно містить можливість переходу в конфліктний стан. У той же час факт наявності будь-якого протиріччя є фундаментальною ознакою конфлікту<sup>3</sup>.

Конфлікт, будучи наслідком подібних протиріччя і колізій у конституційній матерії, носить функціонально-динамічний характер. Не випадково в науковій літературі, під конфліктом розуміється «... специфічний спосіб взаємодії двох і більше систем або компонентів однієї системи в ході їх спільного функціонування,

який породжується ресурсно-комунікаційними протиріччями між ними, розвиває ці протиріччя до рівня протиборства, дозволяє виниклі суперечності кризовим або безкризовим шляхом і породжує нові протиріччя»<sup>4</sup>. Конфлікт є такою ж характеристикою системи, як і цілісність, взаємозалежність елементів, структурність, ієрархічність. Його динаміка значною мірою залежить від стратегії поведінки його учасників (співробітництво, суперництво, компроміс, поступливість, уникання)<sup>5</sup>.

Найчастіше як конституційні суперечності, так і конституційні конфлікти носять яскраво виражений політичний характер або є тісно пов'язаними з політикою. Традиційно подібні політичні протиріччя і конфлікти визначаються дослідниками як різновид соціальних протиріч і конфліктів, ядром яких є проблема публічної влади. Саме конфлікти влади або конфлікти з владою абсолютно справедливо відносять до числа найбільш важких конфліктів. Орієнтація на публічну владу імпліцитно припускає зіткнення і розв'язання протиріччя чи конфлікту за допомогою панування однієї сторони колізійного відношення над іншою. Публічна влада в суспільстві є свого роду центром соціального тяжіння.

Доречно в даному зв'язку підкреслити: в конституціях цілого ряду держав закріплено принцип непопорушності влади і непорушності конституційного ладу. Частина третя і четверта ст. 5 Конституції України свідчать: «Право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Ніхто не може узурпувати державну владу». Такі діяння караються законом і, насамперед, відповідно до КК України.

Суспільно-політична практика дає іншу картину. Це і незабезпечення повноважень органу публічної влади матеріальними та іншими ресурсами, зловживання повноваженнями або обмеження деяких повноважень органу, втручання в діяльність, блокування діяльності органу, фактичне привласнення чужих повноважень, перебудова системно-владних відносин, незаконне призупинення діяльності, створення паралельних, часто неконституційних, нелегальних структур, заборона і розпуск органу, відкрите протиборство.

Функціональний поділ державної влади на три гілки, настільки швидко сприйнятий вітчизняною конституційною доктриною і практикою останніх десятиліть, не повинен породжувати ілюзію щодо наявності протиріч тільки у межах цієї системи координат. Відповідні органи державної влади дійсно перебувають на очах у всіх. Тим часом державна влада є лише одним із елементів держави, яка являє собою складну соціальну систему. Вона складається з таких елементів, як влада, громадяни, територія й кордони, законодавство, бюджет, податки, функції та компетенція, офіційне представництво в світовому співтоваристві тощо. Ці елементи синергетично взаємопов'язані між собою і перебувають у вельми рухомому співвідношенні.

Тому, існує відособлена група протиріч і конфліктів, яку можна визначити як системні конституційні протиріччя і конфлікти, причиною виникнення більшості з них, які, на перший погляд, представляють собою колізію функцій і компетенції окремих органів публічної влади чи просте зіткнення інтересів партій та їх об'єднань, груп впливу, громадських об'єднань, стає не тільки характер політичної системи, що має прояв в особливостях її організації, а й сама конфігурація всього конституційного ладу і, насамперед, засад взаємодії громадянського суспільства та державної влади. Такі конфлікти найчастіше породжують питання не про завоювання або узурпацію влади, не про зміну суб'єкта публічної влади, а, скоріше, питання про зміни засад організації політичної системи або навіть засад конституційного ладу.

Ось чому, говорячи про суперечності й конфлікти в процесі взаємовідносин громадянського суспільства і держави, слід враховувати, що це, насамперед, юридичні протиріччя і конфлікти, що виникають у сфері конституційного права. Їх особливостями, як і більшості юридичних конфліктів, є зв'язаність конфлікту правовими відносинами, наявність правових ознак суб'єктів та об'єктів конфлікту, можливість розв'язання правовими методами, галузева визначеність, наявність юридичних наслідків, можливість застосування примусових заходів у процесі вирішення, наявність спеціальної юридичної процедури дозволу тощо<sup>6</sup>.

Водночас конституційні суперечності і конфлікти між громадянським суспільством і державою мають специфічні характеристики. Адже їх учасниками є народ, територіальні громади, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, громадські об'єднання, політичні партії, опозиція. Об'єктами і предметами, з приводу яких виникає конфлікт, є права та вольності людини, суверенітет, територія, публічна влада, функції та компетенція органів публічної влади. Тому, наявність системних конституційних протиріч і конфліктів загрожує існуванню конституційного ладу в цілому. З іншого боку, цей фактор виявляє те істотне протиріччя, яке є джерелом конституційного розвитку суспільства та його систем (політичної, економічної, духовної тощо), насамперед, політичної системи.

Політичні системи поділяються на два основних типи: демократичні та недемократичні системи. Демократичні системи, як правило, відкрито визнають конфлікт інтересів у боротьбі за владу, за участь в ній з метою утвердження власної інтерпретації та більш повної реалізації спільної для всіх системи цінностей справедливості і свободи. Політична свобода розуміється як ідеал «правового громадського стану», що розрізняє в собі моменти свободи, рівності, самостійності. Моральна дійсність політичної системи, історично здійснювана як вільне самовизначення індивідів до системи, містить у собі в якості цілей та цінностей суверенітет, рівність прав та вольностей, справедливість, утверджує тотожність моральності і політики.

Недемократичні системи заперечують конфлікт інтересів і розглядають суспільство як цілісну систему на рівні його сутності. Суспільні протиріччя розглядаються як визначеність історичної фази розвитку суспільства. Однак, нестабільність інститутів і структур, гострота конфліктних ситуацій і криза влади, яка породжується ними, характеризується як іманентна властивість політичних систем, що функціонують в недемократичних країнах<sup>7</sup>.

Тому, системні протиріччя і конфлікти між громадянським суспільством і державою можуть носити і системоутворюючий характер, якщо вони продукують форми, що сприяють їх виникненню і сприяють стійкості їх перебігу. Іноді вони можуть виконувати і позитивну функцію. Негативним фактором може бути відсутність конституційно передбачених механізмів їх уникнення і подолання, небажання гасити такі протиріччя і шукати шляхи виходу з конфлікту, його свідоме розпалювання. Безперечно, в цьому виявляється негативна функція конфлікту.

Виходячи з цього, під системними конституційними конфліктами слід розуміти гостру форму відкритого протистояння в політико-правовій взаємодії пріоритетних суб'єктів конституційно-правових відносин (народ, держава, органи державної влади, територіальні громади), що виражаються в їх діях (бездіяльності) відносно найвищих конституційних цінностей (людське життя, свобода, права людини, влада, суверенітет), їх визнання, гарантування, захисту тощо. Як правило, причиною таких конфліктів є істотні суперечності в системі конституційного ладу в результаті взаємовідносин громадянського суспільства і держави.

Мабуть, найголовніше протиріччя в системі конституційного ладу України полягає в тому, що в Конституції України, з одного боку, закріпленій досить високий рівень конституційних прав і свобод людини і громадянина, з іншого – визначена в ній система організації публічної влади не спроможна забезпечити і гарантувати більшість з цих прав. Розв'язання цієї суперечності, безперечно, має знаходити своє втілення не в звуженні прав та вольностей, а в зміні організації публічної влади, її послідовної демократизації.

Саме існування даного протиріччя, сутність якого в основному полягає в «розриві» між конституційно проголошеною системою прав і свобод та практикою їх реалізації, є причиною більшості конфліктів у системі конституційного ладу сучасної України. Насамперед, йдеться про конфліктність відносин у системі координат «людина» – «громадянське суспільство» – «держава», тобто конституційно-правових відносин, що характеризують, в першу чергу, людський і політичний вимір засад конституційного ладу.

Подібна конфронтація людини, громадянського суспільства і держави – це один з основних системних конфліктів, що виникає в процесі інституціоналізації конституційного ладу, структурування політичної системи та найбільш значущих інститутів громадянського суспільства, що свідчать про демократизм Конституції України: державна влада, функціонує на принципах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову (ст. 6), визнання і гарантування місцевого самоврядування (ст. 7), визнання і дія принципу верховенства права (ст. 8), політичний плюралізм, свобода політичної діяльності та багатопартійність (ст. 15, 36–37) тощо, а також інших систем (економічної, соціальної, духовної), в основі яких ідеологічне різноманіття і заборона цезури (ст. 15), соціальна спрямованість економіки, рівність усіх суб'єктів права власності перед законом (ст. 13) і свобода підприємницької діяльності (ст. 42) тощо.

Найчастіше, протиріччя і конфлікти в процесі конституційних взаємовідносин громадянського суспільства і держави породжують стереотипи конституційного неслухняності або супроводжуються такими формами патології конституційної поведінки і негативної конституційно-правової активності, як конституційний цинізм, конституційний нігілізм, конституційний скепсис, конституційний інфантилізм тощо. Такого роду аномалії в конституційному праві ще мають стати предметом ретельної уваги в конституційній доктрині. Носіями подібної негативної «конституційної енергії» можуть бути як окремі громадяни, так і посадові особи держави.

Наслідком цього може стати не тільки конституційна криза, а й повне відчуження громадян від влади або її окремих інститутів, що, з одного боку, загрожує руйнуванням засад конституційного ладу і державності, а, з іншого – здатністю породити зворотну реакцію, «запустивши» в дію конституційний інститут «народного захисту» конституційного ладу. Підставою його легального застосування є реальна і масштабна загроза стабільності влади та її інститутів, правам і свободам людини і громадянина, коли інших засобів вже немає. Події Революції Гідності є тому вагомим доказом.

Знову процитуємо частини третю і четверту ст. 5 Конституції України, згідно яких: «Право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Ніхто не може узурпувати державну владу». Адже дані норми перебувають у прямому зв'язку з частиною другою цієї статті Конституції, згідно якої: «Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ», отже, їх можна і слід трактувати і як інститут «народної самозахисту». Події Помаранчевої революції і Революції Гідності в Україні, як і інших «оксамитових» революцій, показали силу народного обурення.

Зміна, відповідно, може носити як еволюційний, так і революційний характер, часто пов'язаний не тільки з перестановкою або кардинальною зміною політично пануючих еліт або серйозними змінами в конституційному законодавстві. Перш за все, йдеться про зміну світогляду і стереотипів конституційної поведінки всіх суб'єктів конституційних правовідносин, їх переорієнтації на фундаментальні конституційні цінності, передусім – права та вольності людини, верховенство права, формування на їх основі конституційної культури та конституційної правосвідомості, відсутність яких руйнує цілісну матерію конституційного ладу і сучасного конституціоналізму.

По суті, перед суспільством і державою постає завдання формувати, розвивати, зміцнювати те, що Р. С. Байніязов називає конституційним духом суспільства. Без нього не приживеться жодна конституція. Бо він є духовним джерелом конституційного облаштування, розвитку, функціонування державності, прищеплення громадянину конституційно-юридичних устремлінь<sup>8</sup>.

Розуміння політико-правової природи протиріч та конфліктів між громадянським суспільством і державою, їх понятійна, сутнісна, змістовна та видова характеристика несе особливе навантаження і означає не

просто фіксацію юридичного та фактичного стану конституційного ладу, а також політичної, соціальної та інших систем суспільства, а є ключовою умовою стабілізації всіх конституційно-правових явищ і процесів.

Конституційна практика, яка ґрунтується на спрощеному розумінні протиріч і конфліктів між громадянським суспільством і державою, наприклад, їх зведення до базових складових політичної системи суспільства, створює умови для виникнення подібних протиріч і деструктивного перебігу відповідних конфліктів. Навпаки, політичні режими, які прагнуть до виявлення існуючих протиріч і конфліктів у системі конституційного ладу і легітимації їх через створення посередницьких структур, які забезпечують простір політичної свободи, створюють стабілізуючі передумови позитивного розвитку існуючої політичної системи та громадянського суспільства.

<sup>1</sup> Бондарь Н. С. Конституционные пробелы и конфликты как отражение социальных противоречий: в контексте практики Конституционного Суда РФ / Н. С. Бондарь // Экономический вестник Ростовского государственного университета. Тегга Economicus. – 2010. – Том 8. – № 1. – С. 70–71.

<sup>2</sup> Шульженко Ю. Л. Конституционные коллизии / Ю. Л. Шульженко // Юридическая энциклопедия / отв. ред. Б. Н. Топорнин. – М. : Юристъ, 2001. – С. 447.

<sup>3</sup> Єзеров А. Конституційний конфлікт як феномен та процес в Україні : монографія / А. Єзеров. – Одеса : Юрид. л-ра, 2008. – С. 20–22.

<sup>4</sup> Новосельцев В. И. Системный анализ: современные концепции / В. И. Новосельцев. – Воронеж : Кварта, 2001. – С. 320.

<sup>5</sup> Казміренко В. П. Конфлікт / В. П. Казміренко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (гол. редкол.) [та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998–2004. – Т. 3 : К–М. – 2001. – С. 335.

<sup>6</sup> Ішмуратов А. Т. Конфліктологія юридична / А. Т. Ішмуратов, С. В. Бобровник // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (гол. редкол.) [та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998–2004. – Т. 3 : К–М. – 2001. – С. 336.

<sup>7</sup> Васецкий А. А. Системные конфликты в процессе становления современной политической системы России : автореф. дисс. ... д-ра полит. наук : спец. 23.00.02 «Политические институты, этнополитическая конфликтология, национальные и политические процессы и технологии (политические науки)» / А. А. Васецкий. – СПб., 2008. – С. 9–10.

<sup>8</sup> Байниязов Р. С. Правосознание и правовой менталитет в России : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства ; история правовых учений» / Р. С. Байниязов. – Саратов, 2006. – 53 с.

#### Резюме

**Батанов О. В. Конституційно-правові проблеми конфліктності між громадянським суспільством та державою в Україні.**

Статтю присвячено дослідженню проблем конфліктності взаємовідносин громадянського суспільства та державної влади. Розглянуто сутнісні та змістовні характеристики конфліктів та протиріч у процесі взаємодії громадянського суспільства та держави, визначено їх роль у контексті стабільності конституційного ладу й розвитку конституціоналізму в Україні. Проаналізовано основні причини виникнення конфліктів та протиріч у процесах функціонування державної влади в умовах формування громадянського суспільства.

**Ключові слова:** громадянське суспільство, державна влада, конституційний конфлікт, конституційний лад.

#### Резюме

**Батанов А. В. Конституционно-правовые проблемы конфликтности между гражданским обществом и государством в Украине.**

Статья посвящена исследованию проблем конфликтности взаимоотношений гражданского общества и государственной власти. Рассмотрены сущностные и содержательные характеристики конфликтов и противоречий в процессе взаимодействия гражданского общества и государства, определены их роль в контексте стабильности конституционного строя и развития конституционализма в Украине. Проанализированы основные причины возникновения конфликтов и противоречий в процессах функционирования государственной власти в условиях формирования гражданского общества.

**Ключевые слова:** гражданское общество, государственная власть, конституционный конфликт, конституционный строй.

#### Summary

**Batanov O. Constitutional and legal problems of conflict between civil society and the state in Ukraine.**

The article investigates the problem of conflict relations of civil society and public authorities. Are considered essential and substantial characteristics of conflicts and contradictions in the process of interaction between civil society and the state, defined by their role in the context of the stability of the constitutional system and the development of constitutionalism in Ukraine. Analyzed the root causes of conflicts and contradictions in the functioning of the government in terms of formation of civil society.

**Key words:** civil society, the government, the constitutional conflict, the constitutional system.

**Б. В. КАЛИНОВСЬКИЙ**

*Богдан Валерійович Калиновський, кандидат юридичних наук, доцент, начальник кафедри Національної академії внутрішніх справ*

**МІСЦЕВА ПУБЛІЧНА ВЛАДА В УКРАЇНІ: ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ  
ТА КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ**

Конституція України у ст. 1 визначає Україну як суверенну, незалежну, демократичну, соціальну, правову державу<sup>1</sup>. Отже, і Україні визнається верховенство права та верховенство Основного Закону, при цьому Конституція України є основою формування правової системи нашої держави та її національного законодавства. Крім того, Основний Закон встановлює загальні засади конституційного ладу України, серед яких і засади місцевої публічної влади. На сьогоднішньому етапі розвитку Української держави питання організації здійснення місцевої публічної влади мають велике значення для досягнення євроінтеграційних цілей і виведення держави із політичної та економічної кризи.

Комплексна розробка конституційно-правових засад виникнення, функціонування та розвитку місцевої публічної влади в Україні, зокрема її теоретико-методологічна основа та правова регламентація статусу, генеза, конституційно-правова система та статус, порядок формування і статус службовців органів місцевої публічної влади, гарантії та відповідальність місцевої публічної влади, а також визначення й обґрунтування напрямів удосконалення статусу та діяльності органів місцевої публічної влади в Україні проведена не була, а тому обрана нами тема сприймається як своєчасна та необхідна. Окрім цього, вагомим аргументом на користь актуальності теми є недостатня представленість комплексними теоретичними дослідженнями юридичної природи та функціонування місцевої публічної влади і фрагментарність висвітлення її в публікаціях.

Сучасні вітчизняні вчені тією чи іншою мірою торкалися елементів конституційно-правової системи місцевої публічної влади, але здебільшого їх дослідження присвячені проблемам реалізації місцевого самоврядування, взаємодії органів державної влади та органів місцевого самоврядування, співвідношенню державної й муніципальної влади. Так, у сфері теорії держави та права проблемами децентралізації влади, місцевого самоврядування займалися Ю. Ю. Бисяга, Р. А. Колишко, Л. Г. Удовик, Г. В. Чапала, у сфері адміністративно-правових відносин – С. В. Березовська, В. О. Верхогляд, Ю. В. Делія, І. І. Литвин, В. В. Мамочка, О. С. Продаєвич, І. П. Сторожук, А. В. Щерба, І. Ю. Хомишин, Л. О. Ємець, у сфері конституційного права – О. В. Батанов, І. О. Бондаренко, В. І. Борденюк, О. М. Бориславська, Т. М. Буряк, Є. І. Джумурат, Н. В. Заяць, Т. О. Калиновська, Т. О. Карабін, В. Ф. Нестерович, В. В. Писаренко, С. Ю. Русанова, С. О. Семко, О. М. Солоненко, І. Д. Софінська, М. О. Теплюк, Ю. З. Торохтій, М. П. Хонда. Також у площині науки державного управління та політології автори розглядають питання діяльності органів місцевого самоврядування, місцевих державних адміністрацій, публічної природи самоврядної влади. Серед них: Т. О. Астапова, В. М. Бабаєв, І. Б. Гарькавий, І. М. Грищенко, І. О. Дробот, В. П. Збукач, М. М. Кононенко, Х. М. Кохалик, М. С. Куйбіда, А. О. Лазор, О. Д. Лазор, С. В. Павленко, В. В. Попович, Л. Я. Самойленко, О. Д. Скопич, А. Л. Сухорукова, І. Д. Шумляєва, В. Б. Яловий, Є. І. Камчатський, К. В. Михайловська, С. В. Рибалка, А. М. Шаповалова.

**Метою** статті є загальна характеристика теоретичних основ та конституційно-правова регламентація місцевої публічної влади в Україні. Завданням є з'ясування змісту поняття місцевої публічної влади, її сутності та конституційного регулювання її статусу.

Конституція України стосовно влади містить дві ключові норми: «Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування» (ч. 1 ст. 5); «державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову» (ч. 1 ст. 6)<sup>2</sup>.

При цьому необхідно зазначити, якщо «владна діяльність усіх державних органів більшою або меншою мірою спрямована на захист всенародних інтересів, то влада окремої ланки місцевого самоврядування здійснюється в інтересах місцевої територіальної громади, в межах певної адміністративно-територіальної одиниці»<sup>3</sup>.

Щодо принципу поділу влади, то він «лежить в основі діяльності усієї системи центральних органів і, безумовно, впливає на роботу відомчих та місцевих органів, які їй підпорядковані»<sup>4</sup>.

Виходячи з цього місцева публічна влада та державна влада мають один виток – воля народу, а різняться передусім територією та об'єктом, на які спрямовані.

Що стосується гілок влади, то законодавча влада в Україні здійснюється єдиним вищим представницьким органом законодавчої влади – Верховною Радою України, виконавча влада – системою виконавчих органів на чолі з Кабінетом Міністрів України, судова – Конституційним Судом України та системою судів загальної юрисдикції.

Першою групою суб'єктів, які здійснюють місцеву публічну в Україні, є місцеві органи виконавчої влади, вони мають повноваження, передбачені законодавством у визначених сферах суспільного життя на відповідній території. Судова влада здійснюється також системою судових органів, в тому числі й місцевих, але в основі побудови даної системи лежить необхідність забезпечення доступу до правосуддя кожного громадянина України. Так, відповідно до ч. 1 ст. 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» система судів загальної юрисдикції згідно з Конституцією України будується за принципами територіальності, спеціалізації та інстанційності<sup>5</sup>. Місцеву публічну владу, тобто управління на певній території, суди не здійснюють, Конституційний Суд України та суди загальної юрисдикції будь-якої інстанції здійснюють судочинство.

Конституція України у ч. 1 ст. 140 визначає, що місцеве самоврядування є правом територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста – самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України. Тобто, йдеться про те, що територіальна громада наділена владою самостійно вирішувати питання місцевого значення.

Реалізовувати цю владу територіальна громада може безпосередньо та через органи місцевого самоврядування. Ключова відмінність цієї складової місцевої публічної влади в тому, що вона спрямована на особливий об'єкт – питання місцевого значення, тобто ті сфери суспільного життя, які забезпечують життєдіяльність, побут та функціонування територій.

Отже, другою групою суб'єктів, які здійснюють місцеву публічну в Україні, є органи місцевого самоврядування.

Більшість вітчизняних авторів (А. А. Коваленко, В. В. Кравченко, М. Ф. Орзіх, С. О. Телешун, В. М. Шаповал, О. Н. Ярмиш та ін.) визнають владу місцевого самоврядування частиною системи публічного управління, а органи місцевого самоврядування – частиною системи органів публічної влади, на які можуть покладатися деякі державні функції<sup>6</sup>.

Крім того, при закладенні основ конституційного ладу України в 1990-х роках Л. М. Кравчук писав: «Органи місцевого самоврядування мають власну суверенну компетенцію і права тільки у сфері неполітичних відносин, у місцевих господарських і громадських справах. До цих місцевих справ держава не втручається і вони вирішуються органами самоврядування самостійно. В питаннях політичних, загальнодержавних ці органи діють як представники держави»<sup>7</sup>.

Ми також підтримуємо позицію, згідно з якою в основі здійснення місцевої публічної влади в Україні лежить «теорія муніципального дуалізму». Так, єдиним джерелом влади в Україні є народ, визнається і гарантується місцеве самоврядування, владу народ здійснює через органи державної влади та органи місцевого самоврядування, основним принципом їх діяльності є те, що вони діють на підставі, в порядку, в межах та у спосіб, передбачений Конституцією та законами України. І норми Конституції України, Законів України «Про місцеві державні адміністрації» від 9 квітня 1999 р. та «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р. містять положення щодо можливості делегування повноважень місцевими органами державної влади та органами місцевого самоврядування.

Питання здійснення місцевої публічної влади, те, наскільки ефективно буде побудована та функціонувати система місцевої публічної влади в Україні, привертають увагу і теоретиків, і практиків. Багато проблем залишається невирішеними, а ефективна модель не побудована. Зазначеній проблематиці присвячені праці вчених з теорії держави і права, конституційного та адміністративного права, державного будівництва.

Побудова демократичної, правової, соціальної держави з розвинутою економікою, налагодженою інфраструктурою, ефективним механізмом держави є можливою лише за умови нормального функціонування та розвитку кожної території. Такого висновку доходили вчені задовго до наших днів. Наприклад, Нікколо Макіавеллі у XVI ст. у своєму творі «Державець» зазначав: «... державцю належить зміцнювати та споряджати всім необхідним місто ... Якщо державець добре зміцнить місто і буде поводитись із підданими так ... то сусіди побоятся на нього нападати. ... кому здасться легким напад на державця, чиє місто гарно зміцнене, а народ не озлоблений»<sup>8</sup>.

Так, О. В. Батанов у своєму дисертаційному дослідженні об'єктом визначає суспільні відносини, які виникають у процесі усунення, становлення, організації та функціонування місцевого самоврядування в Україні, він пропонує використовувати поняття «муніципальна влада» для позначення місцевого самоврядування як виду публічної влади, як таке, що найбільш оптимально розкриває її сутнісні, змістовні, функціональні та інші атрибути<sup>9</sup>. При цьому автором сформульовано визначення поняття муніципальної влади як легітимного, визнаного та гарантованого державою публічно-самоврядного волевиявлення територіальної громади щодо здійснення її функцій і повноважень, спрямованих на реалізацію прав та свобод людини і громадянина та вирішення питань місцевого значення шляхом прийняття і реалізації правових актів у порядку, передбаченому Конституцією і законами України, а також нормативними актами місцевого самоврядування<sup>10</sup>.

Дослідник обґрунтовує авторську концепцію муніципальної влади та її гуманістичної ролі у сучасному суспільстві, згідно з якою соціальна, конституційно-правова та муніципально-правова сутність її первинного суб'єкта – територіальної громади проявляється в тому, що саме в ній починають формуватися основи розуміння соціальної природи людських відносин, оптимально розкриває свою природу соціогенез особи та публічної влади, а через те закладаються ознаки муніципальної демократії та громадянського суспільства, які мають принципове значення для з'ясування конституційно-правової природи муніципальної влади<sup>11</sup>.

Ми підтримуємо думку щодо того, що «муніципальна влада» є легітимним, визнаним та гарантованим державою публічно-самоврядним волевиявленням територіальної громади, але вважаємо, що територіальна

група, яка відповідно до ст. 1 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р. – це жителі, об'єднані постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, що мають єдиний адміністративний центр<sup>12</sup> не може бути наділена повноваженнями. Такий суб'єкт, як територіальна громада, може бути наділений правами та обов'язками, навіть виконувати певні функції стосовно організації суспільного життя та управління на певній території; термін повноваження, ми вважаємо, може застосовуватись стосовно суб'єктів, які мають певну організаційну структуру, є юридичними особами і виконують функції держави або місцевого самоврядування.

Також, на наш погляд, у реаліях Українського державного будівництва більш актуальним та корисним є розгляд такого інституту конституційного права, як місцева публічна влада, оскільки муніципальна влада не існує виокремлено, її реалізація тісно пов'язана із здійсненням державної виконавчої влади на місцях.

У своєму дослідженні Г. В. Чапала обґрунтовує класифікацію підсистем публічної влади залежно від видів соціальних спільностей, що утворюються навколо окремих інтересів. Підсистему публічної влади утворює кожний рівень соціальної інтеграції, що має певні механізми виявлення і реалізації волі індивідів, які його становлять. Відповідно вирізняються: влада світового співтовариства, державна влада, муніципальна влада, влада в об'єднаннях громадян, сімейна влада. Такий підхід до класифікації підсистем публічної влади є максимально наближеним до зовнішньо-інституціонального рівня їх втілення, що робить подібну класифікацію найбільш юридично значущою. Наголошується, що спосіб утворення структур владної регуляції – ззовні або за власною ініціативою членів соціальної спільності, на відміну від наявності або відсутності спільного інтересу, не є формоутворюючою ознакою тієї чи іншої підсистеми публічної влади<sup>13</sup>.

А. М. Шаповалова в дисертації, яка має назву «Еволюції публічної природи самоврядної влади в Україні в умовах впливу глобального громадянського суспільства», робить висновок про те, що соціальну природу влади можна розкрити за допомогою онтологічної науки. Це дасть змогу розкрити сутність влади та її соціальну природу і публічну форму прояву з урахуванням змісту кожного компонента. Зроблено висновок, що публічна влада має практичний вимір свого прояву, зафіксований в успішних суспільних змінах. Запропоновано класифікацію публічних форм функціонування регіональних органів влади шляхом формування представницьких органів самоврядування, обмежених територією відповідних адміністративних утворень та використовуючи три різновиди територіальних громад: місто, село, селище; район та область; наявність інститутів територіального владарювання та відповідного апарату управління; підконтрольність і відкритість владних структур місцевим мешканцям<sup>14</sup>.

Такі теоретичні висновки, безумовно, мають бути враховані при аналізі поняття, ознак та системи місцевої публічної влади в Україні.

Для визначення основних напрямів та етапів реформування місцевої публічної влади в Україні одним із ключових питань, які потребують з'ясування, є визначення, до якої форми децентралізації тяжіє наша держава.

Сучасні фахівці права схиляються до виокремлення таких сучасних систем управління на місцях, а отже, і децентралізації влади, як англосаксонська, континентальна, іберійська. Також деякі дослідники вважають принципи та норми, затверджені у Європейській хартії місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р., основою окремої системи місцевого управління.

Англосаксонська (англійська) система характеризується тим, що на всіх субнаціональних рівнях управління функціонують органи місцевого самоврядування, а місцеві органи виконавчої влади загальної компетенції не створюються (наприклад, Великобританія, США, Канада, Австралія, близька до подібної системи організація влади на місцях і в Росії). Специфічними рисами цієї системи, на думку правознавців, є: значна автономія органів місцевого самоврядування відносно держави – вони формально виступають як такі, що діють автономно в межах наданих їм повноважень, а пряме підпорядкування органів різного територіального рівня відсутнє; відсутність на місцях повноважних представників центральної влади, які опікали б органи місцевого самоврядування; контроль за діяльністю органів місцевого самоврядування здійснюється переважно непрямым шляхом – через центральні міністерства; жорсткий судовий контроль; виборність ряду посадових осіб місцевого самоврядування територіальною громадою; функціонування органів місцевого самоврядування в межах своєї компетенції, закріпленої в законі, і заборона їх виходу поза межі цієї компетенції. Інакше кажучи, повноваження органів місцевого самоврядування визначаються згідно з позитивним принципом правового регулювання (органи місцевого самоврядування можуть робити лише те, що безпосередньо передбачено законом)<sup>15</sup>.

Континентальна (французька) система будується на поєднанні місцевого самоврядування та місцевого управління і виходить з різного тлумачення «природних» та «штучних» адміністративно-територіальних одиниць. Сучасна континентальна модель організації влади на місцях є результатом тривалої еволюції римської системи права, і свого остаточного вигляду вона набула у Франції із прийняттям Закону Французької Республіки «Про права і свободи місцевих колективів» від 1982 року. Ця система характеризується: більш високим (порівняно з англосаксонською) ступенем централізації, наявністю вертикальної підпорядкованості; поєднанням місцевого самоврядування і прямого державного управління на місцях. Це знаходить свій прояв у функціонуванні на одному територіальному рівні обраних територіальною громадою органів місцевого самоврядування та призначених центральною владою уповноважених представників (префектів, комісарів тощо), які здійснюють адміністративний нагляд за діяльністю органів місцевого самоврядування;



визначенням повноважень місцевого самоврядування згідно з негативним принципом правового регулювання (органам місцевого самоврядування дозволяється робити все, що не заборонено законом)<sup>16</sup>.

Іберійська система (усталена в Бразилії, Португалії, Мексиці, з певними особливостями – в Іспанії), яка передбачає, що управління на всіх субнаціональних рівнях здійснюють обрані населенням представницькі органи місцевого самоврядування (ради) та відповідні головні посадові особи місцевого самоврядування (мери, регідори, префекти, алькади тощо). Ці посадові особи стають головами відповідних рад і одночасно затверджуються центральними органами державної влади як представники державної влади в адміністративно-територіальних одиницях<sup>17</sup>.

Модель місцевого самоврядування, що побудована на основі зафіксованих в Європейській хартії місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р. положеннях, яку деякі дослідники вважають юридично оформленою і прийнятою до виконання всіма державами Європи, має за мету проголошення і проведення у життя загальних для європейських країн стандартів у місцевого і регіональному самоврядуванні. У ній робиться наголос на тому, що органи місцевого самоврядування являють собою одну з основ демократичного ладу, що існування наділений владою органів місцевого самоврядування забезпечує ефективно й водночас наближене до громадянина управління. У цій Хартії особлива увага звертається на необхідність конституційного і законодавчого фундаменту для здійснення місцевого самоврядування, встановлюються принципи закріплення компетенції самоврядування, важливість збереження і захисту територіальних меж місцевого самоврядування, гарантування їх автономії щодо адміністративних структур. Відповідно до Європейської хартії місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р. у механізмі здійснення місцевого самоврядування на перше місце поставлені представницькі органи місцевого самоврядування й лише на друге – територіальна громада<sup>18</sup>.

Щодо останньої думки, зауважимо, що вона не є достатньо обґрунтованою, оскільки норми та принципи, встановлені у Хартії, сформульовані спільно об'єднаними в союз європейськими країнами, як певний еталон та стандарт, до якого вони всі погодились прагнути. По суті, це є результат та напрям подальшого функціонування континентальної системи, вона так би мовити еволюціонує в систему місцевого управління (децентралізації) Європейського Союзу.

Україні, яка прагне до євроінтеграції, безумовно, потрібно не тільки шляхом ратифікації Європейської хартії місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р.<sup>19</sup>, яка відбулась 15 липня 1997 р., а шляхом реального впровадження європейських стандартів місцевого самоврядування здійснювати реформування місцевої публічної влади.

Для з'ясування сутності поняття місцевої публічної влади в Україні необхідним є врахування багатьох аспектів організації здійснення місцевого управління, а саме: системи місцевих органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх нормативної та організаційної основи та особливостей функціонування, особливостей, правових підстав та форм і видів взаємодії цих органів тощо.

Отже, ми вважаємо, що роботи науковців як у межах загальної теорії права, так і в окремих галузях права й управління, зокрема в конституційному та адміністративному праві, не зосереджують своєї уваги на загальному розумінні та комплексному дослідженні місцевої публічної влади в Україні.

Виходячи з філософського розуміння цього поняття та використовуючи ідеї й думки, висловлені в роботах зазначених вище авторів, ми вважаємо, що місцева публічна влада в Україні – це здатність і можливість, шляхом прийняття легітимних рішень вирішувати справи суспільного значення, з метою забезпечення реалізації прав та свобод людини і громадянина, функціонування та розвитку території.

Конституційно-правове регулювання статусу місцевої публічної влади в Україні являє собою систему норм і принципів, які встановлені у прийнятих уповноваженими на те органами публічної влади актах, і регулюють суспільні відносини, пов'язані зі здійсненням місцевої публічної влади в Україні, визначають зміст цієї влади, її статус, суб'єктний склад, об'єкти, на які вона спрямована, та територіальну основу.

<sup>1</sup> Конституція України : чинне законодавство станом на 3 берез. 2014 р. : (офіц. текст). – К. : ПАЛИВОДА А. В., 2014. – 64 с.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Конституція України : наук.-практ. коментар / [В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін.] ; ред. кол. : В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевой [та ін.]. – Х. : Право ; К. : Ін Юре, 2003. – С. 30.

<sup>4</sup> Там само. – С. 37.

<sup>5</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41 / № 41–42; № 43; № 44–45 – Ст. 1468.

<sup>6</sup> Коваленко А. А. Конституційно-правове регулювання місцевого самоврядування в Україні: питання теорії та практики : моногр. / А. А. Коваленко. – К. : Довіра, 1997. – С. 9; Орзіх М. Ф. Втілення конституційних засад в галузях законодавства щодо функціонування публічної влади в Україні / М. Ф. Орзіх // Юридический вестник. – 1997. – № 4. – С. 54–56; Шаповал В. М. Категорія «орган державної влади» у конституційній теорії і практиці / В. М. Шаповал // Ідеологія державотворення в Україні: історія і сучасність. – К., 1997. – С. 59; Телешун С. Структурні елементи вертикалі політичної влади і державного управління та органи місцевого самоврядування / С. Телешун // Право України. – 2001. – № 6. – С. 29; Ярмиш О. Н. Державне будівництво та місцеве самоврядування в Україні : навч. посіб. / О. Н. Ярмиш, В. О. Сergyгін ; за заг. ред. Ю. М. Тодики. – Х. : Нац. ун-т внут. справ, 2002. – С. 178; Кравченко В. В. Муніципальне право України : підруч. / В. В. Кравченко, М. В. Пітцик. – К. : Атіка, 2003. – С. 42.

<sup>7</sup> Кравчук Л. М. Управління територіями в умовах розбудови демократичної правової держави // Актуальні проблеми управління територіями в Україні. – К., 1993. – С. 11.

<sup>8</sup> *Макиавелли Н.* Государь: Сочинения исторические и политические. Сочинения художественные : сб. / Никколо Макиавелли; [пер. с итал. Г. Муравьевой, Н. Томашевского, Е. Солоновича и др., примеч. А. Андреева, Р. Светлова]. – М. : Эксмо, 2008. – С. 67.

<sup>9</sup> *Батанов О. В.* Муніципальна влада в Україні: конституційно-правові проблеми організації та функціонування : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / О. В. Батанов. – К., 2011. – С. 4.

<sup>10</sup> Там само. – С. 8.

<sup>11</sup> Там само.

<sup>12</sup> Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

<sup>13</sup> *Чапала Г. В.* Місцеве самоврядування в системі публічної влади : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Г. В. Чапала. – К., 2004. – С. 9.

<sup>14</sup> *Шаповалова А. М.* Еволюції публічної природи самоврядної влади в Україні в умовах впливу глобального громадянського суспільства : автореф. дис. ... канд. політ. наук : спец. 23.00.02 «Політичні інститути та процеси» / А. М. Шаповалова. – Луганськ, 2009. – С. 8–9.

<sup>15</sup> *Агранофф Р.* Розбудова місцевих Рад в Україні : матеріали до нових програм / Р. Агранофф, Г. Краун, А. Ткачук ; Програма сприяння Парламентові України. – К., 2000. – С. 30.

<sup>16</sup> Там само. – С. 32.

<sup>17</sup> Загальні засади місцевого самоврядування в Україні : підруч. / [авт.-упоряд. : О. В. Батанов, Н. М. Батанова, В. М. Вакуленко та ін.] ; за заг. ред. В. М. Вакуленка, М. К. Орлатого. – К. : НАДУ, 2010. – С. 47–48.

<sup>18</sup> Там само. – С. 48.

<sup>19</sup> Європейська хартія місцевого самоврядування : підпис. м. Страсбург, 15 жовт. 1985 р. // Офіційний вісник України. – 2013. – № 39. – Ст. 1418.

### Резюме

#### **Калиновський Б. В. Місцева публічна влада в Україні: теоретичні основи та конституційно-правова регламентація.**

В даній статті здійснено характеристику теоретичних основ та конституційно-правової регламентації місцевої публічної влади в Україні, з'ясовано зміст та сутність поняття місцевої публічної влади, а також поняття конституційного регулювання статусу місцевої публічної влади.

**Ключові слова:** місцева публічна влада, місцеве управління, адміністративно-територіальний устрій, місцеве самоврядування, орган місцевого самоврядування, місцевий орган державної влади.

### Резюме

#### **Калиновский Б. В. Местная публичная власть в Украине: теоретические основы и конституционно-правовая регламентация.**

В данной статье осуществлена характеристика теоретических основ и конституционно-правовой регламентации местной публичной власти в Украине, выяснены содержание и сущность понятия местной публичной власти, а также понятие конституционного регулирования статуса местной публичной власти.

**Ключевые слова:** местная публичная власть, местное управление, административно-территориальное устройство, местное самоуправление, орган местного самоуправления, местный орган государственной власти.

### Summary

#### **Kalinovsky B. The local public authority in Ukraine: the theoretical foundations of the constitutional and legal regulations.**

In this article the characterization of theoretical foundations of the constitutional and legal regulation of local public authority in Ukraine are held, meaning of local public authority, its essence and concept of the constitutional regulation of the status of local public authority are found.

**Key words:** local public authority, local management, administrative and territorial division, local government, the local authority, local government authority.

**О. В. АНДРІЄВСЬКА**

*Олена Владиславівна Андрієвська, аспірантка  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького  
НАН України*

**ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ  
ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА**

Формування ефективної моделі конституційно-правового регулювання обмеження прав і свобод людини і громадянина є однією з найактуальніших в науці конституційного права. При цьому наявність діаметрально протилежних наукових поглядів щодо даного поняття, а також відсутність в Конституції України та в нормах чинного законодавства визначення поняття конституційно-правові обмеження прав і свобод людини і громадянина зумовлюють виникнення ситуацій, за яких встановлені державою обмеження прав людини, з одного боку, визнаються легітимними та не суперечать чинному законодавству, а з іншого боку, – такі обмеження будуть суперечити правовій природі людини, а також створювати перешкоди в реалізації нею своїх основних прав та відповідно свідчити про перевищення органами державної влади своїх повноважень щодо встановлення тих чи інших обмежень.

Разом із тим, для формування найбільш оптимальної концепції легітимності конституційно-правових обмежень прав і свобод людини і громадянина з максимальним врахуванням інтересів людини як найвищої соціальної цінності, а також для подальшого розвитку доктринальних уявлень даного конституційно-правового інституту, обов'язковим є аналіз зарубіжного досвіду конституційно-правового регулювання обмежень прав людини. У зв'язку з цим доцільним є дослідження норм конституцій зарубіжних держав, які встановлюють обмеження прав і свобод людини і громадянина. При цьому найбільш результативним таке дослідження буде за умови врахування норм конституцій держав з різним конституційним ладом та регламентацією правового статусу людини, з огляду на різноманітність врегулювання встановлених обмежень прав і свобод людини і громадянина кожною державою, що в свою чергу сприятиме формуванню нових поглядів щодо встановлення конституційно-правових обмежень, вивчення позитивних та негативних моментів встановлення обмеження прав та свобод людини і громадянина, а також можливості подальшого запровадження окремих найбільш вдалих аспектів такого регулювання в законодавство України.

Окремі аспекти конституційно-правових обмежень в Україні були об'єктом дослідження таких українських науковців, як Ю. Дика, К. Зубова, А. Колодій, С. Магда, О. Нестеренко, О. Осинська, П. Рабінович, А. Стрекалов, Ю. Тодика та ін., а в зарубіжній літературі названі питання стали предметом уваги, зокрема, В. Агєєва, О. Жилиної, О. Должикова, Г. Майстренка, К. Малкарова, С. Новожилова, А. Переверзева, О. Подмарєва, С. Пчелинцева, Є. Рассолової. Однак у сучасній вітчизняній науці конституційного права відсутнє комплексне дослідження зарубіжного досвіду конституційно-правового регулювання обмежень прав і свобод людини і громадянина, зокрема норм іноземних конституцій, які встановлюють такі обмеження. При цьому окремі спроби дослідження питання закріплення обмеження основних прав і свобод були зроблені А. Стрекаловим, який визначив три основні способи закріплення обмежень основних прав і свобод: а) спосіб «генеральної клаузули»; б) відсильний спосіб (спосіб конкретних застережень); в) комбінований спосіб, тобто поєднання «генеральної клаузули» і конкретних застережень<sup>1</sup>.

Між іншим, стрімкий розвиток конституціоналізму та встановлення принципу пріоритетності прав і свобод людини і громадянина інтересам держави зумовлюють створення єдиної концепції прийняття конституційно-правових норм, які встановлюють обмеження прав. На сьогоднішній день в конституції майже кожної держава, виходячи з тих чи інших критеріїв, встановлюються обмеження прав та свобод людини.

**Метою** даної статті є дослідження норм конституцій іноземних держав, якими встановлюються обмеження прав і свобод людини і громадянина. Визначення в якості об'єкта дослідження саме конституційно-правових норм зумовлене тим, що саме нормами конституцій визначається допустимість обмеження прав людини та регулюється поведінка суб'єктів конституційно-правових відносин щодо встановлення таких обмежень.

Аналіз конституцій зарубіжних держав у частині встановлення обмеження прав допомагає виокремити певні категорії норм, що регулюють обмеження прав і свобод людини і громадянина та наявні в досліджуваних основних законах. Найбільш доцільним буде розділення конституційних норм, що регулюють обмеження прав і свобод людини і громадянина, на такі категорії:

1. Узагальнюючі норми, знаходячись в одній чи декількох статтях основних законів зарубіжних держав, містять загальні положення щодо встановлення обмеження прав і свобод людини, зазвичай встановлюючи мету та механізм обмеження, а також співмірність з обставинами, що зумовлюють їх встановлення. Так, у Конституції Молдови<sup>2</sup> міститься спеціальна стаття, що має назву «Обмеження здійснення прав чи свобод» (ст. 54), в якій відслідковуються наступні позитивні моменти: наявність окремої статті, що регулює питання

встановлення обмеження прав і свобод людини і громадянина; визначення об'єкта обмеження – права людини, визначення чіткого переліку підстав для їх обмежень, встановлення переліку прав людини, які неможливо обмежувати за будь-яких умов.

Вищевикладене в свою чергу свідчить про чітке врегулювання питання встановлення обмеження прав і свобод людини і громадянина, а також про неможливість держави встановлювати обмеження, які суперечать її основному закону.

Слід звернути увагу на врегулювання питання встановлення обмеження прав людини і громадянина в Конституції Південно-Африканської республіки<sup>3</sup>, ст. 36 якої визначено всі загальні параметри для встановлення обмеження прав та свобод людини і громадянина (суб'єкт конституційно-правових відносин – людина, механізм обмеження – спеціальний закон, співмірність, мета та підстави обмеження), що відповідно є досить ефективною при реалізації державою свого права щодо встановлення обмежень прав та свобод людини.

Досить цікавим є формулювання п. 13 розділу 3 Конституції Індії<sup>4</sup>, якою встановлено, що держава не повинна видавати закони, які скасовують чи обмежують права, надані цією Конституцією, а будь-який закон, прийнятий в порушення цієї норми, є недійсний в частині, в якій він його порушує.

Доцільним буде також врахування серії норм Конституції Турецької Республіки<sup>4</sup> щодо врегулювання встановлення обмеження прав і свобод людини і громадянина, ст. 5 якої визначено, що основним напрямком діяльності держави є забезпечення неможливості встановлення незаконних обмежень прав і свобод людини. Однак ми вважаємо вказану норму декларативною, оскільки саме держава буде визначати межі та підстави для встановлення обмежень, а також критерії, які визначатимуть їх законність. Між іншим, особливістю Конституції Турецької Республіки є наявність окремого розділу «Обмеження основних прав і свобод», яким досить вдало визначено порядок встановлення обмежень прав і свобод людини і громадянина, чітко встановлено підстави всіх обмежень, хоча деякі з них є досить абстрагованими, що унеможливує їх застосування в практичній діяльності.

2. Норми-принципи встановлюють обмеження тих чи інших прав та свобод людини і громадянина, виходячи з основних засад та ідей конституції, якими визначається конституційний лад держави. Основною метою та призначеннями норм-принципів, які встановлюють обмеження прав та свобод людини, є деталізація основних ідей, визначених конституцією щодо конституційно-правового регулювання прав та свобод людини і громадянина.

Найпоширенішим принципом, у контексті якого встановлюються норми, якими обмежуються права та свободи людини і громадянина, є принцип недискримінації. Так, ч. 3 ст. 1 Конституції Мексики<sup>5</sup> встановлено, що будь-яка дискримінація на ґрунті етнічної чи національної приналежності, статі, віку, інвалідності, соціального становища, здоров'я, релігії, поглядів та переконань, сімейного стану або інша дискримінація проти людської гідності, що має на меті обмеження чи зменшення обсягу прав, забороняється.

Частиною 3 ст. 54 Конституції Республіки Македонія<sup>6</sup> також встановлено, що обмеження свобод і прав не може бути дискримінаційним на підставі статі, расової приналежності, кольору шкіри, мови, релігії, національного чи соціального походження, майнового чи соціального походження. Обмеження свобод і прав не може стосуватись права на життя, заборони тортур, а також принижуючу людську гідність поведінку, свободи думки, совісті, публічного висловлювання думки й віросповідання.

Аналогічні положення стосовно принципу недискримінації щодо встановлення обмеження прав містяться в п. 15 ч. 3 Конституції Індії<sup>7</sup>, якою передбачено, що ні один громадянин не може бути обмежений в правах з мотивів релігійної, расової, кастової приналежності, статі, місця народження тощо, а також не повинен мати особливих обов'язків та не може піддаватись особливим обмеженням відносно доступу в магазини, ресторани, готелі та інші місця загального користування та користування колодязями, водоймами, купальнями, дорогами і місцями загального відпочинку, що утримуються повністю чи частково за рахунок державних коштів і є відкритими для загального користування.

Досить цікавою є закріплена ст. 18 Конституції Португальської Республіки<sup>8</sup> норма, якою визначається принцип незворотності дії в часі під час встановлення обмежень прав та свобод, відповідно до якої закони, що обмежують права і свободи та їх гарантії, повинні мати загальний і абстрактний характер та не мати зворотної сили при збереженні обсягу і незмінної сутності конституційних положень.

3. Конкретизуючі норми встановлюють порядок та особливості обмеження окремих прав і свобод людини і громадянина, в тому числі й за умов особливих правових режимів. Згідно з досліджуваними конституціями обмеженню підлягають: право на свободу і особисту недоторканність (ст. 19 Конституції Турецької Республіки), право на вільний вибір місця проживання (ст. 23 Конституції Турецької Республіки, ст. 22 Конституції Грузії<sup>9</sup>), право на інформацію (ст. 24 Конституції Грузії, ст. 34 Конституції Молдови), право на свободу думки і висловлювання (ст. 26 Конституції Турецької Республіки, ст. 24 Конституції Грузії), право на свободу публікації (ст. 7 Конституції Мексики), право на мирні збори (ст. 9 Конституції Мексики), право на створення громадських організацій (ст. 8 Конституції Нідерландів<sup>10</sup>), право власності (ст. 27 Конституції Мексики, ст. 30 Конституції Республіки Македонія, ст. 21 Конституції Грузії) право свободи ринкових відносин (ст. 55 Конституції Республіки Македонія), право на судовий захист (ст. 20 Конституції Молдови).

Крім того, аналіз досліджуваних конституцій свідчить про наявність спеціальних норм, якими встановлюються обмеження прав та свобод людини і громадянина за особливих правових режимів. Зокрема, ст. 37 Конституції Південно-Африканської Республіки визначено підстави обмеження прав людини у зв'язку з введенням надзвичайного стану: сувора обумовленість такого обмеження самим надзвичайним станом, відповідність

законодавства, що встановлює обмеження прав людини, нормам міжнародного права, яке застосовується при надзвичайних ситуаціях; офіційне оприлюднення законодавства, що стосується обмежень прав і свобод людини і громадянина в засобах масової інформації; неможливість обмеження прав (на рівність усіх людей, незалежно від раси, кольору шкіри, етнічного чи соціального походження, статі, релігії чи мови; на повагу до людської гідності; на життя; на свободу і безпеку), заборона рабської праці, заборона обмеження прав дітей віком до 15 років.

4. Спеціальні конституційно-правові норми встановлюють обмеження прав і свобод окремих суб'єктів конституційно-правових відносин. Так, відповідно до ст. 9 Конституції Мексики встановлено обмеження права осіб, які не є громадянами Мексики, на мирні зібрання, що стосуються політичних справ держави. Аналогічні положення щодо обмеження політичних прав та свобод закріплені ст. 27 Конституції Грузії, якою передбачено можливість встановлення державою обмежень політичної діяльності іноземців та осіб без громадянства та ст. 16 Конституції Турецької Республіки, якою визначено, що права і свободи іноземців можуть бути обмежені на підставі закону згідно з нормами міжнародного права.

Крім того, як вбачається з досліджуваних конституцій зарубіжних держав, обмеження встановлюються також для таких суб'єктів конституційно-правових відносин, як громадяни. Зокрема, ст. 19 Конституції Нідерландів визначено підстави обмеження права громадян на вільний вибір місця роботи, а ст. 27 Конституції Республіки Македонія – обмеження права громадян Македонії на вільне пересування по території республіки та вільний вибір місця проживання.

Досить цікавою є встановлене п. 211 ч. 3 Конституції Індії обмеження права окремого суб'єкта конституційно-правових відносин Легіслатури Штату щодо обговорення поведінки будь-якого судді Верховного суду чи Вищого суду в зв'язку з виконанням його посадових обов'язків.

5. Неординарні конституційно-правові норми, обумовлені особливостями конституційного ладу тієї чи іншої держави, що містять нехарактерні обмеження прав і свобод людини і громадянина. Підставами створення таких норм є конкретизація суспільних відносин, передбачених Основним Законом і законами, прийнятими на його основі та відповідно до нього або виникненням нових конституційно-правових відносин. Наприклад, ст. 18 Конституції Молдови з назвою «Обмеження громадянства і захист громадян» визначено, що громадяни Молдови не можуть бути громадянами інших держав, за винятком випадків, передбачених міжнародними угодами, в яких стороною є Молдова. Відповідно до ст. 11 Конституції Мексики кожен має право в'їзду в республіку і виїзду з неї, право пересування по її території і зміни місця проживання без пропуску, паспорта, посвідчення особи чи іншого подібного документа. Використання цього права буде предметом регулювання судової влади, якщо буде йтися про кримінальну чи цивільну відповідальність, і органів виконавчої влади щодо обмежень, які встановлені законами про імміграцію, еміграцію, загальну охорону здоров'я держави чи стосовно іноземців, які проживають на території держави. Статтею 37 Конституції Південно-Африканської Республіки встановлено можливість арешту та тримання під вартою людини без рішення суду під час надзвичайного стану за наступних умов: повнолітній член родини такої людини повинен якнайшвидше бути повідомлений про її затримання, повідомлення про затримання має бути опубліковане в загальнодержавних засобах масової інформації протягом п'яти днів з дня затримання та містити прізвище затриманого і посилання на підстави затримання, надання затриманому права на вільний вибір лікаря, надання затриманому права на вибір адвоката та його відвідування, обов'язковість судового перегляду протягом 10 днів з моменту затримання, право на особисту присутність затриманого під час вирішення судом питання щодо затримання особи і оскарження продовження затримання.

Статтею 26 Конституції Португальської Республіки проголошено, що позбавлення громадянства і обмеження громадянської дієздатності може проводитись лише у випадках та межах, передбачених законом. При цьому не можна в якості підстав для цього використовувати політичні мотиви.

Відповідно до ст. 7 Конституції Грузії народ і держава обмежені цими правами і свободами як безпосередньо діючим правом, а ст. 19 зазначеної Конституції забороняє обмеження права на свободу слова, думки, віросповідання і поглядів, якщо їх реалізація не порушує права і свободи інших людей.

Аналіз вищевказаних положень конституцій зарубіжних держав щодо встановлення обмежень прав і свобод людини і громадянина дає змогу зробити висновок про багатогранність вказаних норм, що пов'язано передусім з принципами конституційного ладу, а також наявністю певної системи його гарантій – загальних і спеціальних (нормативно- та організаційно-правових) умов і засобі забезпечення існування та дієвості основних інститутів суспільства і держави<sup>1</sup>. При цьому, незважаючи на різноманітність норм, що встановлюють обмеження прав і свобод людини і громадянина, обов'язковою умовою їх правомірного застосування є наявність ефективного механізму держави щодо їх реалізації.

<sup>1</sup> Стрекалов А. С. Обмеження основних прав та свобод людини і громадянина як інститут конституційного права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Стрекалов Андрій Євгенович ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2010. – 20 с. – С. 7.

<sup>2</sup> Конституція Молдови від 27 серпня 1994 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lex.justice.md/viewdoc.php?id=311496&lang=2>

<sup>3</sup> Конституція Південно-Африканської Республіки від 11 жовтня 1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>

<sup>4</sup> Конституція Турецької Республіки Електронний від 7 листопада 1982 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution\\_en.pdf](https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf)

<sup>5</sup> Конституція Мексики від 5 лютого 1917 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://historicaltextarchive.com/sections.php?action=read&artid=93>

<sup>6</sup> Конституція Македонії від 17 листопада 1991 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://makedonija.name/government/constitution-of-macedonia\](http://makedonija.name/government/constitution-of-macedonia/)

<sup>7</sup> Конституція Індії від 26 листопада 1949 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://india.gov.in/my-government/constitution-india/constitution-india-full-text>

<sup>8</sup> Конституція Португальської Республіки від 2 квітня 1976 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.concourt.am/armenian/legal\\_resources/world\\_constitutions/constit/portugal/portug-e](http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/portugal/portug-e)

<sup>9</sup> Конституція Грузії від 24 серпня 1995 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://nbuviap.gov.ua/asambleya/constitutions.php>

<sup>10</sup> Конституція Нідерландів від 17 лютого 1983 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>

<sup>11</sup> Конституція України: текст Основного Закону з офіц. тлумаченнями Конституційного Суду. Огляд і коментарі / НАН України. – К. : Наукова думка, 2006. – 210 с. – С. 103.

### Резюме

**Андрієвська О. В. Про деякі питання зарубіжного досвіду конституційно-правового регулювання обмеження прав і свобод людини і громадянина.**

Досліджується конституційно-правовий досвід встановлення обмеження прав та свобод людини і громадянина. Виокремлено та проаналізовано види конституційно-правових норм, якими встановлюються обмеження прав та свобод людини і громадянина.

**Ключові слова:** права та свободи людини і громадянина, обмеження прав та свобод людини і громадянина, конституційно-правові обмеження.

### Резюме

**Андрієвская Е. В. О некоторых вопросах зарубежного опыта конституционно-правового регулирования ограничения прав и свобод человека.**

Исследуется конституционно-правовой опыт установления ограничения прав и свобод. Выделены и проанализированы виды конституционно-правовых норм, которыми устанавливаются ограничения прав и свобод человека.

**Ключевые слова:** права и свободы человека, ограничения прав и свобод человека и гражданина, конституционно-правовые ограничения.

### Summary

**Andriiivska O. International experience of constitutional and regulation of restricting of rights and freedoms.**

The international experience of constitutional and regulation restriction of rights and freedoms are studied. Kinds of constitutional and legal norms establishing restrictions of rights and freedoms are analyzed.

**Key words:** restrictions of rights and freedoms, constitutional restrictions of rights and freedoms.

УДК 346.543.1

**С. О. ВІХРОВ**

*Сергій Олександрович Віхров, кандидат юридичних наук, доцент Навчально-наукового інституту історії, етнології та правознавства імені О. М. Лазаревського Чернігівського національного педагогічного університету імені Т. Г. Шевченка*

## ПРО ПОНЯТТЯ ТА ЗАГАЛЬНІ ОЗНАКИ ІНСТИТУЦІЙНИХ ІНВЕТОРІВ НА РИНКУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ

Перед економікою сучасної України гостро стоїть проблема збільшення обсягів інвестиційних ресурсів. Істотний внесок у вирішення цієї проблеми здатні зробити інституційні інвестори, функціональним призначенням яких є залучення через цінні папери та інші фондові цінності тимчасово вільних грошових коштів інвесторів індивідуальних, безпосередніх (окремих підприємств і населення) та їхній перерозподіл у формі інвестицій на розвиток економіки. Інституційні інвестори забезпечують функціонування нової для нашої держави, ринкової моделі інвестиційного процесу, доступ суб'єктів господарювання до більш дешевого порівняно з банківськими кредитами капіталу, перелив заощаджень в інвестиції за взаємно прийнятною ціною. За даними Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку на початок 2015 р. загальна сума активів інституційних інвесторів в Україні становила понад 215 млрд грн.<sup>1</sup> Все це зумовлює значення й актуальність питань правового регулювання організації та діяльності вказаних інвесторів на ринку цінних паперів як важливого наукового і практичного завдання, у тому числі й питання про загальні ознаки таких інвесторів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій показує, що різні аспекти статусу інституційних інвесторів висвітлюються в навчальних і наукових виданнях таких авторів, як О. М. Вінник<sup>2</sup>, О. В. Кологойда<sup>3</sup>, В. І. Полухович<sup>4</sup> та інших<sup>5</sup>, у вітчизняних і зарубіжних юридичних та економічних дисертаційних дослідженнях<sup>6</sup>. Водночас правовий аналіз характерних ознак названих інвесторів у науковій літературі практично залишено без уваги.

Зважаючи на сказане метою цієї статті є виявлення й аналіз загальних характерних ознак інституційних інвесторів, формулювання на основі цього аналізу доктринального юридичного визначення таких інвесторів.

Легальне визначення інституційних інвесторів міститься у ст. 2 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р. і охоплює інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди), інвестиційні фонди, взаємні фонди інвестиційних компаній, недержавні пенсійні фонди, фонди банківського управління, страхові компанії, інші фінансові установи, які здійснюють операції з фінансовими активами в інтересах третіх осіб з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів. Це визначення може бути взяте за основу при окресленні суб'єктного складу інституційних інвесторів. Разом із тим воно потребує вдосконалення, оскільки побудовано на перерахуванні таких інвесторів, а не на виявленні й узагальненні їхніх характерних ознак.

Класифікація інституційних інвесторів здійснюється виходячи з їх наведеного легального визначення за критерієм місця, яке займає для кожної з окремих груп цих інвесторів їхня інвестиційна діяльність на ринку цінних паперів щодо основної статутної діяльності. За цим критерієм інституційні інвестори поділяються на дві групи<sup>7</sup>: 1) інститути спільного інвестування (далі – ІСІ) – пайові інвестиційні фонди (далі – ПФ) та корпоративні інвестиційні фонди (далі – КІФ), які спеціально створюються для здійснення інвестиційної діяльності на ринку цінних паперів, і ця діяльність є для них основною та виключною; 2) фінансові установи, які основну свою діяльність здійснюють на ринках інших фінансових послуг – недержавні пенсійні фонди (далі – НПФ), фонди банківського управління (далі – ФБУ), страхові компанії, кредитні спілки та інші, інвестиційна діяльність для яких є не основною, а слугує легальним додатковим джерелом фінансування основної діяльності, засобом капіталізації, який забезпечує таку діяльність.

Слід зазначити, що подібний поділ інституційних інвесторів залежно від предмета діяльності використовується і в зарубіжній науці. Так, російський дослідник М. С. Черепанов серед названих інвесторів виділяє

дві групи: універсальних інституційних інвесторів, які здійснюють крім інвестиційної ще й інші види діяльності, та спеціалізованих, які не здійснюють крім інвестиційної жодних інших видів діяльності<sup>8</sup>.

В економічній теорії поняття інституційних інвесторів ґрунтується на їх економічній функціональній характеристиці<sup>9</sup>. Зокрема, П. А. Правдивцев визначає інституційних інвесторів із застосуванням синергетичного методу як систему фінансових установ, що самоорганізується, метою функціонування якої є акумулювання грошових коштів з подальшим вкладенням їх у активи, що приносять прибуток<sup>10</sup>. Подібне поняття пропонується і в юридичній науці. Так, М. С. Черепанов визначає інституційних інвесторів як фінансових посередників, що є кваліфікованими інвесторами, які акумулюють капітали, у тому числі й кошти індивідуальних інвесторів, як правило, на тривалий термін і вкладають їх в акції та інші фінансові інструменти<sup>11</sup>.

Метою ж, поставленою у цій роботі, є надання юридичного визначення інституційних інвесторів, яке відображає не тільки економічну сутність цієї категорії, а й її організаційно-правову форму, юридичну кваліфікацію здійснюваної діяльності, зв'язок з нормативно-правовою базою, що існує, та інші юридичні ознаки, і яке може бути закріплено у вітчизняному законодавстві.

Характеризуючи загальні ознаки інституційних інвесторів насамперед слід підкреслити, що всі вони є суб'єктами господарювання – господарськими організаціями, які здійснюють відповідний вид господарської діяльності. Адже інвестиційна діяльність інституційних інвесторів здійснюється у сфері суспільного виробництва і полягає у наданні відповідного виду фінансових послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. Здійснюється вона для досягнення економічних і соціальних результатів та, як правило, з метою одержання прибутку, тобто переважно є підприємницькою діяльністю. Вказана діяльність підпадає під ознаки господарської діяльності, визначені у ст. 3 Господарського кодексу (далі – ГК) України та відображені у господарсько-правовій теорії. Разом з тим ця ознака потребує уточнення стосовно окремих з таких інвесторів, зокрема, стосовно ПФ, ФБУ та НПФ.

ПФ згідно зі ст. 41 Закону України «Про інститути спільного інвестування» від 5 липня 2012 р. не наділений правами юридичної особи, а являє собою активи, що належать інвесторам на праві спільної часткової власності, перебувають в управлінні компанії з управління активами та обліковуються останньою окремо від результатів її господарської діяльності. Саме вказана компанія є господарською організацією (суб'єктом господарювання) і доповнює неповну (часткову) правосуб'єктність ПФ, юридично виступаючи в якості інвестора у відповідних відносинах за участю ПФ. ФБУ також не є юридичною особою. Управління цим фондом в інтересах його учасників здійснює за договором уповноважений банк, який доповнює неповну (часткову) правосуб'єктність ФБУ і виступає як інституційний інвестор у відносинах інвестування коштів фонду в іпотечні цінні папери.

Стосовно НПФ на перший погляд може викликати сумнів належність цих фондів до господарських організацій (суб'єктів господарювання) виходячи з їхнього соціального цільового призначення. Але НПФ поряд з діяльністю у соціальній сфері формують пенсійні активи з подальшим управлінням ними, здійснюють господарські операції з цими активами, розміщуючи (інвестуючи) їх та отримуючи дохід на користь учасників фонду як результат такого інвестування. Отже, НПФ, щонайменше в частині здійснення ними інвестиційної, господарської за своєю природою, діяльності (а саме інвестиційна діяльність є визначальною для них в аспекті, що досліджується), виступають як суб'єкти господарювання.

Наступна загальна ознака інституційних інвесторів обумовлена характером діяльності, яку здійснюють ці інвестори на ринку цінних паперів. За видовою ознакою ця діяльність належить до фінансової діяльності й переважною мірою виступає як фінансове посередництво (ст. 333 ГК України), зокрема, як посередництво, пов'язане з випуском та обігом цінних паперів (ст. 356 ГК України).

У теорії господарського права під посередництвом розуміється господарська діяльність, що забезпечує встановлення та реалізацію господарських зв'язків між виробниками і споживачами товарів, робіт, послуг. Фінансове посередництво як вид посередницької діяльності являє собою систему опосередкованого фінансування, що полягає в залученні фінансових ресурсів з метою їх подальшого розміщення у фінансові активи<sup>12</sup>. Стосовно ринку цінних паперів під фінансовим посередництвом розуміється господарська діяльність з перерозподілу фінансових ресурсів шляхом здійснення операцій з цінними паперами<sup>13</sup>. У такому ж розумінні ця діяльність трактується і в офіційних документах<sup>14</sup>.

Діяльність інституційних інвесторів, які виступають посередниками між інвесторами та споживачами фінансових ресурсів, належить до одного з основних видів фінансового посередництва, що виділяються у світовій практиці, – інвестиційного посередництва<sup>15</sup>. У спеціальній літературі з питань правового забезпечення інвестиційної діяльності таке посередництво розуміється як здійснюване на професійній основі інвестування отриманих за договором від інвестора цінностей<sup>16</sup>. У згадуваній вище Концепції функціонування та розвитку фондового ринку України ця діяльність позначена як інвестиційний менеджмент.

Слід зазначити, що у науковій літературі виділяють і такі характерні риси інституційних інвесторів, як здійснення ними портфельних інвестицій, диверсифікація ризиків та кваліфіковане управління інвестиціями<sup>17</sup>. Повністю погоджуючись зі змістом вкладеного, вважається доречним зауважити, що ці риси скоріше характеризують не самих інституційних інвесторів, а діяльність, яка ними здійснюється. В аспекті, що розглядається, викладені характерні риси мають значення для відображення специфіки зазначеної діяльності.

Юридичний зміст діяльності з фінансового, зокрема інвестиційного, посередництва полягає у наданні певного виду фінансових послуг згідно із Законом України «Про фінансові послуги та державне регулюван-



ня ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 року. Зазначені послуги надаються фінансовими установами, які діють відповідно до цього Закону з урахуванням інших законів, що встановлюють особливості їх діяльності. Згідно з названим Законом фінансові послуги – це операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів. У спеціальній літературі фінансова послуга розглядається як результат діяльності відповідного суб'єкта господарювання, який надає послугу. Фінансова послуга супроводжується відповідним рухом фінансових активів (грошових коштів, цінних паперів тощо), і цей рух передбачає здійснення учасниками таких послуг відповідної фінансової операції. Для фінансової послуги характерна наявність професійного складу суб'єктів, які надають таку послугу і здійснюють функцію фінансового посередництва<sup>18</sup>.

Разом з тим слід зауважити, що не завжди інвестиційна діяльність інституційних інвесторів являє собою безпосереднє надання послуг. Така діяльність може здійснюватися і переважно з метою нарощення власного капіталу самих інституційних інвесторів. Зокрема, страхові компанії згідно із Законом України «Про страхування» в редакції від 4 жовтня 2001 р. предметом своєї безпосередньої діяльності, крім страхування і перестрахування, мають фінансову діяльність з формування, розміщення страхових резервів та управління ними. Розміщення страхових резервів є інвестиційною діяльністю страхової компанії, що здійснюється насамперед в її власних інтересах, для забезпечення стабільного фінансового стану, а вже потім з метою забезпечення інтересів її клієнтів, тобто, не є безпосереднім наданням фінансових послуг. Аналогічним чином може бути охарактеризована й інвестиційна діяльність НПФ, спрямована на формування пенсійних активів, інвестиційна діяльність ФБУ, кредитних спілок та інших подібних інституційних інвесторів, яка здійснюється в інтересах третіх осіб не безпосередньо, а віддалено у часі. Наданням фінансових послуг її можна вважати лише з урахуванням зазначених особливостей. Для інвестиційної ж діяльності таких інституційних інвесторів, як ІСІ, характерне безпосереднє надання фінансових послуг.

Фінансові послуги згідно із Законом «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» надаються фінансовими установами – юридичними особами, що відповідно до закону надають одну чи декілька фінансових послуг та внесені до відповідного реєстру. Цей Закон відносить до фінансових установ, зокрема, банки, кредитні спілки, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди та інших юридичних осіб, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг.

Отже, наступною загальною ознакою інституційних інвесторів слід вважати наявність у них статусу фінансової установи, у тому числі наявність притаманного їм особливого порядку створення та діяльності як такої установи згідно із названим та іншими відповідними законами.

Виділяючи характерні ознаки інституційних інвесторів, правомірно виникає питання, чи є їхня інвестиційна діяльність на ринку цінних паперів професійною та чи належать самі ці інвестори до професійних учасників вказаного ринку. Від правильного вирішення цього питання залежить зміст правового статусу таких інвесторів, наявність чи відсутність потреби законодавчого встановлення для них особливого, відмінного від інших учасників ринку правового режиму організації й діяльності, обумовленого специфікою виконуваних ними функцій.

У численних наукових джерелах відзначається професійний характер діяльності інституційних інвесторів. Фінансова послуга вважається вчиненою на професійних засадах, якщо вона надається систематично або з наміром її постійного вчинення з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів<sup>19</sup>. Хоча є й інші точки зору, що ґрунтуються на чинному законодавстві<sup>20</sup>.

У спеціальній літературі наголошується на необхідності розрізнення професійної інвестиційної діяльності та професійної діяльності на ринку цінних паперів<sup>21</sup>. З цим не можна не погодитися, адже поняття «професійна діяльність на ринку цінних паперів» має легально визначений зміст, що зафіксований у законодавчому визначенні такої діяльності.

Проте виходить, що інвестиційна діяльність інституційних інвесторів здійснюється ними професійно, оскільки вони саме спеціалізуються на здійсненні такої діяльності, і здійснюється вона на ринку цінних паперів, але ця діяльність не є «професійною діяльністю на ринку цінних паперів», як це розуміється у законодавстві та правореалізаційній практиці.

Як уявляється, таке ставлення щодо інвестиційної діяльності інституційних інвесторів не відповідає дійсності. Чинне законодавство та практичний зміст цієї діяльності дають підстави для твердження, що вона здійснюється інституційними інвесторами або принаймні першою з наведених основних груп таких інвесторів (ІСІ – ПФ та КІФ, для яких вона є основною та виключною) як професійна. Враховуючи сказане, вважаємо за необхідне ще раз підкреслити доцільність відображення у законодавстві фактично професійного характеру інвестиційної діяльності інституційних інвесторів на ринку цінних паперів<sup>22</sup>.

Про підтвердження необхідності й своєчасності реалізації такої пропозиції свідчить, зокрема, і світовий досвід поділу інвесторів на некваліфікованих та кваліфікованих (непрофесійних і професійних), який широко використовується на розвинених фінансових ринках. При цьому в міжнародній практиці кваліфікованими інвесторами визнаються такі, досвід і кваліфікація яких дають їм змогу адекватно оцінювати ризики, пов'язані з інвестиціями в ті або інші фондові інструменти, і самостійно здійснювати операції з цінними паперами на основі таких оцінок. Кваліфікованими інвесторами визнаються, зокрема, професійні учасники

ринку цінних паперів, а також інвестори, що представили за письмовою заявою необхідні обґрунтування і докази того, що вони можуть вважатися кваліфікованими. Відповідно, решта інвесторів є некваліфікованими, до них належать індивідуальні інвестори – юридичні і фізичні особи. Інституційні ж інвестори завжди є кваліфікованими, тобто професійними. До речі, поняття «кваліфікований інвестор» було введено у 2007 р. і в російське законодавство про фондовий ринок, чим фактично було запроваджено поділ інвесторів, що здійснюють інвестиції в цінні папери, на дві категорії: некваліфіковані і кваліфіковані<sup>23</sup>.

Отже, враховуючи вищевикладене, може бути виділена ще одна загальна характерна ознака інституційних інвесторів на ринку цінних паперів – здійснення ними інвестиційної діяльності на вказаному ринку на професійних засадах.

Розглядаючи характерні ознаки інституційних інвесторів, вважаємо за необхідне окремо підкреслити, що інвестиційну діяльність ці інвестори здійснюють саме на ринку цінних паперів. Для характеристики вітчизняних інституційних інвесторів ця ознака є істотною. Якщо в західній теорії і практиці під поняттям «інвестор» зазвичай розуміється інвестор у цінні папери, то в Україні це поняття трактується ширше, охоплює інвестування у різні цінності. Це дає підстави окремим науковцям-економістам вкладати в поняття інституційних інвесторів більш широкий зміст, ніж закладений у легальному визначенні таких інвесторів у ст. 2 Закону України про «Про цінні папери та фондовий ринок», відносячи до їх числа також банки, які акумулюють кошти дрібних інвесторів і вкладають ці кошти в інвестиційні програми, інші подібні установи<sup>24</sup>, і навіть холдингові компанії та акціонерні товариства<sup>25</sup>. Така точка зору вважається помилковою, оскільки не враховує нормативний характер ст. 2 названого Закону. Не можуть бути віднесені до інституційних інвесторів у розумінні цього Закону також, зокрема, банки та небанківські фінансові установи, що здійснюють емісію іпотечних облігацій та іпотечних сертифікатів (Закони України «Про іпотечні облігації» від 22 грудня 2005 р. та «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 р.), фонди фінансування будівництва та фонди операцій з нерухомістю (Закон України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19 червня 2003 р.), які виступають на фондовому ринку як емітенти, але здійснюють інвестування не в цінні папери. Як слушно зазначає М. С. Черепанов, інституційні інвестори є суб'єктами ринку *цінних паперів*, для яких вкладення певних коштів у цінні папери є одним з основних видів діяльності<sup>26</sup>. Термін «інституційні інвестори» використовується саме в такому значенні і в світовій практиці. Так, експерти Організації з економічного співробітництва та розвитку (далі – ОЕСР) до інституційних інвесторів відносять передусім пенсійні фонди, страхові компанії, закриті та відкриті інвестиційні фонди, які за обсягами фінансових активів займають домінуюче становище щодо інших установ<sup>27</sup>. У цьому плані слід погодитися з В. І. Полуховичем, що розширене тлумачення категорії інституційних інвесторів, включення до неї інших близьких інститутів розмиватиме зміст правового регулювання організації та діяльності цих інвесторів<sup>28</sup>. Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок», надаючи визначення інституційних інвесторів, має на увазі, що вони діють на ринку цінних паперів як інвестори, здійснюючи інвестиції саме у цінні папери. У названому Законі пряма вказівка на це відсутня, але вказана обставина впливає із назви й тексту Закону. При характеристиці ж інституційних інвесторів у теорії вона, як уявляється, повинна відзначатися окремо.

Підсумовуючи аналіз загальних ознак інституційних інвесторів на ринку цінних паперів, що притаманні усім групам таких інвесторів, можна зробити висновок, що до числа вказаних ознак належать такі:

- 1) інституційні інвестори є суб'єктами господарювання – господарськими організаціями і здійснюють відповідний вид господарської діяльності, отже, володіють спеціальною господарською правосуб'єктністю;
- 2) інституційні інвестори мають спеціальний статус фінансової установи, що проявляється у підпорядкованості їх спеціально встановленому особливому порядку організації та діяльності в якості названої установи;
- 3) інвестиційна діяльність інституційних інвесторів є господарською діяльністю – фінансовим інвестиційним посередництвом, здійснюваним на ринку цінних паперів, яке полягає у прямому або опосередкованому наданні певного виду фінансових послуг, а саме в залученні фінансових ресурсів індивідуальних інвесторів та їх подальшому розміщенні у фінансові активи (у перерозподілі фінансових ресурсів шляхом здійснення операцій з цінними паперами) з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів. Для зазначеної діяльності характерними є здійснення портфельних інвестицій, диверсифікація ризиків та кваліфіковане, професійне управління інвестиціями;
- 4) інвестиційна діяльність інституційних інвесторів здійснюється ними на професійних засадах;
- 5) інвестиційна діяльність інституційних інвесторів здійснюється на ринку цінних паперів.

Отже, ґрунтуючись на наведених ознаках інституційних інвесторів на ринку цінних паперів і використовуючи викладене вище легальне розуміння цієї категорії, сформульоване у ст. 2 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок», вважається можливим запропонувати наступне загальне визначення таких інвесторів, яке може бути закріплено у законодавстві.

Інституційні інвестори на ринку цінних паперів – це господарські організації зі статусом фінансової установи, які на професійних засадах здійснюють на вказаному ринку господарську діяльність з фінансового інвестиційного посередництва, що полягає у залученні фінансових активів індивідуальних інвесторів та їх подальшому розміщенні у цінні папери та інші фінансові активи з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

Подальші дослідження у цьому напрямі пов'язані, як уявляється, з більш глибоким і всебічним аналізом правового статусу інституційних інвесторів на ринку цінних паперів.

- <sup>1</sup> Річний звіт НКЦПФР за 2014 рік : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.nssmc.gov.ua/user\\_files/content/58/1434454281.pdf](http://www.nssmc.gov.ua/user_files/content/58/1434454281.pdf)
- <sup>2</sup> *Вінник О. М.* Інвестиційне право : навч. посіб. 2-ге вид., перероб. та доп. / О. М. Вінник. – К. : Правова єдність, 2009. – С. 553.
- <sup>3</sup> *Кологойда О. В.* Господарсько-правове регулювання фондкових відносин в Україні : моногр. / О. В. Кологойда. – К. : Ліра-К. – 2015. – С. 266–277.
- <sup>4</sup> *Полухович В. І.* Державне регулювання фондового ринку України: господарсько-правовий механізм : моногр. / В. І. Полухович. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – С. 185–208.
- <sup>5</sup> Правове регулювання ринку цінних паперів України : навч. посіб.; за ред. О. П. Віхрова. – К. : Видавничий дім «Слово», 2014. – С. 151–184.
- <sup>6</sup> *Попова А. В.* Правове становище професійних учасників ринку цінних паперів в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / А. В. Попова. – К., 2006. – 18 с.; *Правдивцев П. А.* Інституціональні інвестори – специфічна система фінансування сучасної ринкової економіки : автореф. дис. ... канд. екон. наук : спец. 08.01.01 «Економічна теорія» / П. А. Правдивцев. – Донецьк, 2003. – 20 с.; *Черепанов Н. С.* Правовое регулирование деятельности институциональных инвесторов : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Н. С. Черепанов. – М., 2009. – 39 с.; *Белый В. А.* Развитие системы институциональных инвесторов как фактор ускорения трансформации сбережений в инвестиции : дисс. ... канд. екон. наук : спец. 08.00.10 «Финансы, денежное обращение и кредит» / В. А. Белый. – М., 2006, – 132 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dslib.net/finansy/razvitie-sistemy-institucionalnyh-investorov-kak-faktor-uskoreniya-transformacii.html>
- <sup>7</sup> Правове регулювання ринку цінних паперів України : навч. посіб.; за ред. О. П. Віхрова. – К. : Видавничий дім «Слово», 2014. – С. 157–158.
- <sup>8</sup> *Черепанов Н. С.* Вказана праця. – С. 9.
- <sup>9</sup> *Белый В. А.* Вказана праця. – С. 11–19.
- <sup>10</sup> *Правдивцев П. А.* Вказана праця. – С. 5–6.
- <sup>11</sup> *Черепанов Н. С.* Вказана праця. – С. 8.
- <sup>12</sup> *Резнікова В. В.* Правове регулювання посередництва у сфері господарювання (теоретичні аспекти) : моногр. / В. В. Резнікова. – Хмельницький : Хмельницький ун-т управління та права, 2010. – С. 124.
- <sup>13</sup> *Калина А. В.* Рынок ценных бумаг (теория и практика) : учеб. пособ. / А. В. Калина, В. В. Корнеев, А. А. Кошечев. – К. : МАУП, 1997. – С. 168.
- <sup>14</sup> Про Концепцію функціонування та розвитку фондового ринку України : постанова Верховної Ради України від 22 вересня 1995 р. № 342/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 33. – Ст. 257 та ін.
- <sup>15</sup> *Резнікова В. В.* Вказана праця. – С. 463.
- <sup>16</sup> *Кібенко О. Р.* Інвестиційна діяльність: визначення, суб'єкти, класифікація та співвідношення з підприємницькою діяльністю / О. Р. Кібенко // Вісник університету внутрішніх справ. – 1999. – № 6. – С. 220.
- <sup>17</sup> Хозяйственное право : учеб. ; под ред. В. К. Мамутова. – К. : Юриком Інтер, 2002. – С. 462.
- <sup>18</sup> *Дроздова Н. В.* Договір про надання фінансових послуг у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Н. В. Дроздова. – К., 2005. – 24 с.
- <sup>19</sup> *Дроздова Н. В.* Вказана праця. – С. 5.
- <sup>20</sup> *Попова А. В.* Вказана праця.
- <sup>21</sup> Хозяйственное право : учеб. ; под ред. В. К. Мамутова. – С. 462.
- <sup>22</sup> *Віхров С. О.* Види інституційних інвесторів на ринку цінних паперів / С. О. Віхров // Економіка та право. – 2010. – № 3 (28). – С. 116–121.
- <sup>23</sup> *Черепанов Н. С.* Вказана праця. – С. 24–25.
- <sup>24</sup> *Правдивцев П. А.* Вказана праця. – С. 9.
- <sup>25</sup> *Дацій Н. В.* Інституційні інвестори як ланка фінансової системи і корпоративного сектора / Н. В. Дацій : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dsfa.mybb3.net/viewtopic.php?t=444>
- <sup>26</sup> *Черепанов Н. С.* Вказана праця. – С. 19.
- <sup>27</sup> *Правдивцев П. А.* Вказана праця. – С. 6.
- <sup>28</sup> *Полухович В.* Особливості правового змісту інститутів спільного інвестування / В. Полухович // Юридична Україна. – 2011. – № 8. – С. 73–76.

#### Резюме

##### **Віхров С. О. Про поняття та загальні ознаки інституційних інвесторів на ринку цінних паперів.**

Інституційні інвестори на ринку цінних паперів характеризуються як господарські організації зі статусом фінансової установи, що на професійних засадах здійснюють на вказаному ринку господарську діяльність з фінансового інвестиційного посередництва, яка полягає у залученні фінансових активів індивідуальних інвесторів та їх подальшому розміщенні у цінні папери й інші фінансові активи з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів.

**Ключові слова:** інституційний інвестор, суб'єкт господарювання, фінансова установа, фінансове інвестиційне посередництво, ринок цінних паперів.

#### Резюме

##### **Віхров С. А. О понятии и общих признаках институциональных инвесторов на рынке ценных бумаг.**

Институциональные инвесторы на рынке ценных бумаг характеризуются как хозяйственные организации со статусом финансового учреждения, которые на профессиональной основе осуществляют на указанном рынке хозяйственную деятельность по финансовому инвестиционному посредничеству. Эта деятельность состоит в привлечении финансовых активов индивидуальных инвесторов и их дальнейшем размещении в ценные бумаги и другие финансовые активы с целью получения прибыли или сохранения реальной стоимости финансовых активов.

**Ключевые слова:** институциональный инвестор, субъект хозяйствования, финансовое учреждение, финансовое инвестиционное посредничество, рынок ценных бумаг.

Summary

**Vikhrov S. On the concept and general signs of institutional investors in the securities market.**

Institutional investors in the securities market characterized as the commercial organization with the status of financial institutions as professional in the securities market carry out economic activities of financial intermediation investment that is attracting financial assets of individual investors and their subsequent placement of securities and other financial assets for profit or maintaining the real value of financial assets.

**Key words:** institutional investor, subject of manage, financial institution, financial investment intermediation, securities market.

УДК 342.9

**Н. П. КАМЕНСКАЯ**

*Нина Петровна Каменская, кандидат юридических наук, доцент Киевского университета права НАН Украины*

**СУБЪЕКТЫ ПРАВА НА ОБРАЩЕНИЯ К ПУБЛИЧНОЙ АДМИНИСТРАЦИИ:  
АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВ И ОБЯЗАННОСТЕЙ**

Постоянное развитие общества и государства постепенно изменяет особенности субъектов права и правоотношений, вызывает появление новых участников регулируемых правом общественных связей, обуславливает приведение теоретических взглядов предшественников на данные явления к уровню объективных условий сегодняшнего дня. Вопрос о субъектах отрасли права принадлежит к числу наиболее важных и сложных в юридической науке<sup>1</sup>, привлекающих внимание исследователей как общетеоретической (В. Б. Аверьянов, А. А. Алексеев, В. М. Горшенев, Н. И. Матузов, О. О. Миронов и др.), так и отраслевой проблематики (Д. Н. Бахрах А. И. Берлач, И. Л. Бородин, М. А. Бояринцева, М. Ю. Вихляев, И. П. Грешников, С. Т. Гончарук, Т. А. Гуржий, Т. А. Колмоец, В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко, С. Г. Стеценко, П. С. Лютиков, Н. Н. Тищенко, И. Е. Фарбер, О. М. Якуба, Ц. А. Ямпольская и др.).

Вместе с тем, в теории административного права почти не принимается во внимание способность административно-правовых отношений определять уровень реального использования теми или другими невластными субъектами административного права собственных прав и свобод<sup>2</sup>. Поэтому актуально в процессе материально-правовой характеристики субъектов права на обращения к публичной администрации в этой статье определить не только их общую административную правосубъектность, но и реальный объем прав и обязанностей в производствах по обращениям к публичной администрации.

Учитывая тесную связь общетеоретических категорий «субъект права» и «правоотношения», необходимо признать, что успешное определение круга носителей права на обращения к публичной администрации невозможно без анализа качественных особенностей административных правоотношений, в том числе возникающих в процессе реализации таких инициатив. К тому же, отраслевые связи отображают потенциальные правовые возможности субъектов права на обращения в административном порядке, а инициированные в указанный способ заявителями (жалобщиками и т.д.) правоотношения очерчивают реальные пределы возможного поведения последних.

Диапазон административных правоотношений достаточно широкий, что объясняется колоссальным разнообразием связей в управленческой сфере. Однако среди специалистов отсутствуют существенные разногласия во взглядах на следующие ключевые признаки общественных отношений, регламентированных нормами административного права:

- возникают преимущественно в сфере публичного управления;
- имеют обязательного участника: носителя исполнительно-распорядительных полномочий государства;
- возникают по инициативе какого-либо субъекта административного права, согласие или желание другой стороны правоотношения не является обязательным условием их возникновения;
- споры между сторонами решаются как в судебном, так и в административном порядке;
- участники административных правоотношений, в случае нарушения норм административного законодательства, несут юридическую ответственность перед государством в лице его уполномоченных органов. Наибольшая группа указанных правоотношений характеризуется вертикальными связями, отличающимися неравенством сторон: односторонним управленческим влиянием публичной администрации на частных лиц (субъектов административного права).

В тоже время, общественные отношения, возникающие в результате инициирования обращений к публичной администрации, параллельно с общими признаками, свойственными всем административным правоотношениям, имеют специфические качества:

– являются особенными связями между сторонами, одна из которых, обращаясь в административном порядке к другой, требует от нее законного поведения для удовлетворения тех или иных индивидуально определенных потребностей;

– касаются реализации или защиты прав, охраняемых законом свобод, законных интересов авторов обращений в публичную администрацию (в отдельных случаях третьих лиц. – Н.К.), исполнением возложенных на них законом обязанностей;

– объективизируются с возникновением юридического факта: инициирования обращения субъектом административного права, не имеющим властных полномочий, который аналогично публичной администрации является обязательным участником таких правоотношений;

– конструируется в пределах административно-процессуального законодательства об обращениях к публичной администрации. В отличие от большинства административных правоотношений, по характеру связей рассматриваемые отношения горизонтальные (до принятия субъектом властных полномочий решения в деле. – Н.К.), поскольку права и обязанности между сторонами распределяются приблизительно симметрично.

Учитывая специфические качества административного права, следует согласиться с мнением административистов<sup>3</sup>, что субъектами административного права необходимо признавать участников общественных отношений, наделенных административно-правовыми нормами правами и обязанностями, возможностями вступить в административно-правовые отношения.

Относительно распределения субъектов административного права на виды в специальной литературе единой точки зрения нет. По нашему мнению, в качестве группирования субъектов административного права необходимо выбрать не только субъектный состав, но и характер связей между сторонами таких отношений. Предложенное распределение способно объективно отобразить как разновидности субъектов административного права, так и относительную полярность частных и публичных интересов в сфере публичного управления.

Принимая во внимание специфику административных правоотношений (подчинение одной стороны другой. – Н.К.), существование некоторой диалектической связи между юридической природой административной и гражданской правосубъектности, субъектов административного права целесообразно распределить на две большие группы: частные (физические и юридические) лица и публичная администрация (органы исполнительной власти, местного самоуправления и т.п.). Использование термина «частное лицо» для обозначения физических и юридических лиц, как носителей частных интересов, имело место в юридической литературе еще начала XX столетия. Именно такой подход кажется нам теоретически оправданным.

Детальное изложение ряда общих положений относительно субъектов административного права позволяет дифференцировать субъектов права на обращения к публичной администрации на: физических и юридических лиц, которые не обладают властными полномочиями и не имеют служебных отношений с публичной администрацией. В рассматриваемом аспекте понятия «физическое лицо» и «юридическое лицо» являются субстратами, унифицировано характеризующими наличие у тех или других индивидуумов обязательного условия признания их субъектами административного права – административной правосубъектности. Надеемся, с дальнейшим реформированием административного права, в котором будут доминировать не субординационные, а реординационные связи, комплекс ограничения сферы использования названных терминов только гражданским оборотом отойдет в прошлое.

Определяя правосубъектность, мы оцениваем возможность тех или иных лиц быть субъектами права. Большинство источников указывает на выделение таких элементов административной правосубъектности, как административная правоспособность и административная дееспособность.

Конечно, административная правосубъектность обладателей права на обращения к публичной администрации реализуется в административных правоотношениях. Автор обращения к публичной администрации, опираясь на действующую правовую норму декларирующую право на такую инициативу, выступает стороной, выдвигающей требования осуществить ряд мероприятий для удовлетворения собственных потребностей, а публичная администрация – стороной, удовлетворяющей или не удовлетворяющей в определенном законом порядке его запрос. В рамках очерченных связей ярко проявляется юридическая корреляция прав и обязанностей сторон. Лицо с момента отправки обращения приобретает статус его автора и оказывается в объективных условиях органично влияющим на реализацию его потенциальных прав и обязанностей в пределах инициированного им административного производства. Поэтому естественно, что обращения в административном порядке не только порождают соответствующие административные правоотношения, но и осуществляют непосредственное влияние на формирование моделей последних.

Конкретное содержание, объем прав и обязанностей субъектов права на обращения к публичной администрации в инициированном административном производстве составляет их административно-процессуальный статус (составляющая административно-правового статуса настоящего лица как субъекта административного права. – Н.К.). Учитывая то, что правосубъектность выступает условием приобретения правового статуса, разделение административно-процессуального статуса названных лиц (как явления производного от административной правосубъектности. – Н.К.) на общий и специальный представляется нам полностью закономерным. При этом авторы обращений, направленных к публичной администрации в общем порядке, в инициированных ими производствах имеют общий административно-процессуальный статус. Лица, иницировавшие рассмотрение обращения по специальной форме, в административном процессе имеют соответственно специальный административно-процессуальный статус.

Административно-процессуальный статус субъекта права на обращения к публичной администрации свидетельствует о правовых возможностях последнего в открытом по его обращению производстве. Необходимо признать, что эффективность использования указанным субъектом предоставленных ему процессуальных возможностей напрямую зависит от сбалансированности между собой административно-процессуальных статусов других участников соответствующего дела. На основании изложенных теоретических положений, приходим к выводу, что *административно-процессуальный статус субъекта права на обращение в публичную администрацию – это система урегулированных административно-процессуальными нормами субъективных прав и обязанностей автора обращения к органу исполнительной власти, местного самоуправления как участника индивидуально-конкретного дела, открытого по его обращению в административном порядке.*

Как известно, с точки зрения материалистической диалектики, материальное право имеет свои, свойственные ему, процессуальные формы. В этой связи административно-процессуальные нормы, как одна из форм организации применения норм материального права, выполняет функцию регламентирования порядка реализации материальных норм административного права. Таким образом, реализация права на обращения к публичной администрации возможна благодаря специальному процессуальному механизму определенному рядом корреспондирующих административно-процессуальных норм. Вне соответствующих процедурных рамок реализация права на обращения к публичной администрации объективно невозможна.

Соответственно, определение правовых возможностей субъектов права на обращения к публичной администрации в открытых по их инициативе производствах обуславливает необходимость предметного анализа их административно-процессуальных прав и обязанностей. Они имеют производную от прав на обращения к публичной администрации юридическую природу и обслуживающий реализацию такого права характер.

По предметности административно-процессуальные права и обязанности субъектов права на обращения к публичной администрации, на наш взгляд, целесообразно охарактеризовать сквозь призму принципов, изложенных в Резолюции Комитета Министров Совета Европы от 28 сентября 1977 г. № (77) 31 «О защите лица от актов административных органов»<sup>4</sup> (далее – Резолюция). К таким принципам Резолюция относит: право быть выслушанным, доступ к информации, помощь и представительство, изложение мотивов, указание способов правовой защиты.

Резолюция носит рекомендационный характер относительно «административных процедур» (на уровне Совета Европы термином обозначается деятельность административных органов в отношениях с физическими и юридическими лицами. – Н.К.) стран-членов Совета Европы, а также любых индивидуальных мероприятий или решений, принятых во время осуществления публичной власти, которые по своему характеру непосредственно влияют на права, свободы или интересы физических и юридических лиц, то есть административные акты.

Фактически речь идет о категориях, которые имеют систематизирующее и обобщающее значение для административно-процессуальных обязанностей публичной администрации в указанных процессуальных отношениях. Поскольку права и обязанности являются взаимообуславливающими парными категориями (это ярко проявляется в отношениях органов исполнительной власти, местного самоуправления и частных лиц. – Н.К.), то названные фундаментальные принципы – это зеркальное отображение синтезирующих начал, которые являются определяющими для административно-процессуальных прав и обязанностей, в нашем случае, субъектов права на обращения к публичной администрации в инициированных ими административных производствах. В связи с принятием Украины в Совет Европы рекомендации Резолюции непосредственно касаются и ее.

Принцип I – право быть выслушанным – предусматривает, что соответствующему лицу предоставляется возможность быть выслушанным в процессе административной процедуры, то есть оно может представлять факты и аргументы, и там где это принято, предъявлять доказательства.

Эта ключевая идея проявляется в административно-процессуальных правах авторов обращений к публичной администрации на представление (в случае необходимости. – Н.К.) собственной позиции в устной или письменной форме относительно решения вопросов, поставленных в обращении. К соответствующим правам принадлежат: право лично давать объяснения по предмету обращения; право представлять доказательства в деле; право заявлять ходатайства, в том числе относительно процедурных особенностей рассмотрения обращений в административном порядке; принимать участие в проверке поданного обращения и другие административно-процессуальные права, обеспечивающие возможности заявителя влиять на результаты рассмотрения его обращения. Естественно, такие права имеют смысл, если решение в административной процедуре может негативно повлиять на интересы ее инициатора. Вероятно, поэтому в производствах по предложениям, информационным запросам, запросам о разъяснении законодательства авторы таких обращений соответствующими административно-процессуальными правами не обладают.

Принцип II – доступ к информации – направлен на обеспечение лицу возможности эффективно использовать свое право быть выслушанным путем предоставления ему административным органом доступа к соответствующим документам, материалам и т.п., о которых идет речь в административном акте.

К административно-процессуальным правам субъектов права на обращения к публичной администрации, обеспечивающим реализацию названного принципа, относятся:

– право на ознакомление с материалами дела; право на подачу запроса на информацию или право ходатайствовать о направлении такого запроса публичной администрации. Эти права действительны в тех случаях, когда лицо использует процессуальные возможности доступа к информации до вынесения публичной адми-

нистрацией решения в деле, как правило, касаются административных производств, инициированных по заявлениям и жалобам;

– право получить письменный ответ о результатах рассмотрения обращения в административном порядке. Касается всех разновидностей рассматриваемых производств без исключения.

Принцип III – помощь и представительство – определяет возможности заинтересованного лица получить помощь или быть представленным в административной процедуре.

Фактически соответствующим принципом охватываются административно-процессуальные права инициатора обращения к публичной администрации: иметь законного представителя его интересов, пользоваться консультативной помощью специалистов и переводчиков, использовать в пределах открытой процедуры административно-процессуальные права лично или делегировать их третьим лицам (законным представителям). Изложенные права, аналогично сгруппированным вокруг принципа «право быть выслушанным», касаются административных производств, возникших на основании заявлений и жалоб в публичную администрацию.

Принцип IV – изложение мотивов – указывает на необходимость мотивации в случае принятия административного акта, по своему характеру негативно влияющего на права, свободы и интересы определенных лиц.

Сквозь призму меры дозволенного поведения субъекта права на обращения к публичной администрации указанный принцип может быть интерпретирован двояко.

С одной стороны, как административно-процессуальная обязанность инициатора обращения изложить причины подачи обращения в публичную администрацию. Эта обязанность распространяется на всех инициаторов обращений в административном порядке, за исключением авторов информационных запросов. С другой стороны, как административно-процессуальное право автора обращения на получение мотивированных письменных пояснений от органа публичной администрации по результатам рассмотрения соответствующего индивидуально-конкретного дела. Таким правом обладают инициаторы любых обращений к публичной администрации.

Принцип V – указание средств правовой защиты – предусматривает необходимость изложения в административном акте информации о существующих средствах правовой защиты в случае, если административный акт по своему характеру негативно влияет на права, свободы и интересы определенных лиц.

Закрепление права на обжалование окончательного решения органа публичной администрации принятого в пределах соответствующей административной процедуры является существенной гарантией защиты законных интересов инициаторов обращений в административном порядке. Эффективность реализации такого процессуального механизма напрямую зависит от осознания потенциальным жалобщиком его права на такое обжалование. Поэтому автор обращения имеет право знать порядок и способы обжалования решения публичной администрации об оставлении без рассмотрения его требования, в первую очередь, непосредственно с этого решения.

Это административно-процессуальное право относительно рассматриваемой категории субъектов, к сожалению, в законодательстве прямо не закреплено. Гипотетически это следует из административно-процессуальной обязанности публичной администрации информировать заявителя, жалобщика, автора запроса о порядке и сроках обжалования решения, негативно влияющего на их законные интересы, а также права на обжалование любых решений, действий, бездействия публичной администрации, гарантированном в конституционном порядке.

Следовательно, правовой статус субъектов права на обращения к публичной администрации в Украине обуславливается спецификой отношений, возникающих вследствие инициирования обращений в административном порядке, характеризуется неодинаковым объемом административно-процессуальных прав, обязанностей этих лиц, которые напрямую зависят от вида обращения, адресованного публичной администрации. В свою очередь, тот или иной вид обращения оказывает влияние на реальное правовое положение указанных субъектов в открытых по их инициативе производствах.

<sup>1</sup> Административное право и административный процесс: актуальные проблемы / отв. ред. Л. Л. Попов и М. С. Студеникина. – М. : Юристъ, 2004. – 302 с. – С. 72.

<sup>2</sup> Колпаков В. К. Адміністративне право України : підруч. / В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 544 с. – С. 63.

<sup>3</sup> Гуржій Т. О. Адміністративне право України : навч. посіб. / Т. О. Гуржій. – К. : КНТ; Х. : Бурун і К, 2011. – 680 с. – С. 149.

<sup>4</sup> Resolution № (77) 31 «On the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities», adopted by the Committee of Ministers on 28 September 1977 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=763881&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>

## Резюме

### **Каменська Н. П. Суб'єкти права на звернення до публічної адміністрації: актуальні проблеми прав і обов'язків.**

Автор за допомогою адміністративно-правових категорій «адміністративні правовідносини», «суб'єкт адміністративних правовідносин», «адміністративна правосуб'єктність» намагається охарактеризувати з матеріально-правової точки зору суб'єктів права на звернення до публічної адміністрації в Україні, конкретизувати обсяг прав і обов'язків цих осіб у провадженні за їх зверненнями до відповідних органів влади.

**Ключові слова:** суб'єкт права, суб'єкт адміністративного права, адміністративні правовідносини, адміністративна правосуб'єктність, звернення, інститут звернень, публічна адміністрація, пропозиція, заява, скарга, запит.

Резюме

**Каменская Н. П. Субъекты права на обращения к публичной администрации: актуальные проблемы прав и обязанностей.**

Автор с помощью административно-правовых категорий «административные правоотношения», «субъект административных правоотношений», «административная правосубъектность» пытается охарактеризовать с материально-правовой точки зрения субъектов права на обращения к публичной администрации в Украине, конкретизировать объем прав и обязанностей этих лиц в производствах по их обращениям к указанным органам власти.

**Ключевые слова:** субъект права, субъект административного права, административные правоотношения, административная правосубъектность, обращения, институт обращений, публичная администрация, предложение, заявление, жалоба, запрос.

Summary

**Kamenskaya N. Subjects of rights for appealing to the public administration: actual problems of rights and duties.**

The author with the help of legal and administrative categories: “Administrative legality”, “Subject of administrative relations”, “Administrative legal personality” is trying to characterize from a substantive point of view of the subjects of the right to appeal to the public administration in Ukraine, to specify the scope of rights and obligations of the parties in the proceedings on their appeals to these organs of authorities.

**Key words:** subject of right, the subject of administrative law, administrative legality, administrative legal personality, appeals, Institute of appeals, public administration, proposal, request, complaint, inquiry.

УДК 342.9

**Д. Д. КОССЕ**

*Дмитро Дмитрович Коссе, кандидат юридичних наук, доцент ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»*

## ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ НАЙБІЛЬШОГО СПРИЯННЯ В ЕКОНОМІЦІ УКРАЇНИ

Правовий режим найбільшого сприяння в економіці – це комплексна категорія, яка визначає та впливає на ті відносини, які повинні бути врегульовані або/та врегулювання яких потребує суб’єкт (учасник) та держава в сфері економіки. Існування й розвиток категорії правового режиму найбільшого сприяння пов’язано із необхідністю врегулювання та забезпечення практичної реалізації ряду важливих комплексних відносин, що стосуються здебільшого сфери міжнародної та внутрідержавної безпеки, в тому числі й економічної.

Правовий режим найбільшого сприяння в сфері економіки може включати будь-які способи, методи і типи правового регулювання, але при цьому в різному їх сполученні, при домінуючій ролі одних і допоміжній ролі інших. Саме тому неможливо привести категорію правового режиму найбільшого сприяння до якоїсь однієї галузі права, визначити окремим предметом та методом правового регулювання. В цілому правовий режим впливає на зміст правовідносин, тобто на коло прав і обов’язків учасників таких відносин, в тому числі й процесуальних, безпосередньо визначає коло учасників, які можуть застосовувати той чи інший правовий режим найбільшого сприяння здійснення господарської діяльності, процеси застосування таких норм, забезпечення стабільності прийнятих норм протягом тривалого часу, забезпечення та гарантування виконання чинного законодавства і захисту прав та інтересів учасників правовідносин, і особливо гарантування й забезпечення права власності.

Причому не обов’язково, що до одного суб’єкта господарювання може застосовуватися лише один правовий режим найбільшого сприяння. З цього приводу дуже важливим постає питання щодо застосування в економіці країни різних правових режимів найбільшого сприяння щодо окремих галузей господарських відносин, окремих напрямів діяльності суб’єктів господарювання та держави, розвитку окремих територій в межах України.

Актуальність вивчення проблеми правових режимів та правових режимів найбільшого сприяння в економіці визначається науковцями та практиками І. С. Розановим<sup>1</sup>, С. С. Алексеевим<sup>2</sup>, А. В. Мицкевичем<sup>3</sup>, Л. С. Явичем, В. К. Рейхером, В. К. Мамутовим. Але в більшості науковий аналіз, пропозиції стосуються безпосередньо правової категорії, змісту, ознак правового режиму та режиму найбільшого сприяння (матеріального права), але поза зоною особливої уваги залишаються питання процесуального забезпечення реалізації того чи іншого правового режиму, процесу набрання ними чинності й припинення, стабільності існування, гарантування такої стабільності, можливостей застосування, зміни та юридичного забезпечення виконання встановлених норм щодо зазначених процедур (процесуальні норми). Також не розглядається комплексно питання економіки та інтеграції їх у правову форму.



Хоча саме одночасна стабільність матеріальних і процесуальних норм, виражена, розрахована та спланована економічна позиція, яка закріплена в законодавчих нормах, забезпечує умови щодо розвитку економіки в цілому, позитивно впливає на застосування режиму, отримання позитивного результату для бізнесу, держави, збільшує можливості зайнятості населення та життєзабезпечення населення на відповідній території.

**Правовий режим – це комплексна категорія.** У науці існують погляди, що правовий режим навіть можна ототожнювати із правовою системою в державі в цілому. Але в будь-якому разі зміст та ознаки категорії правового режиму в економіці, визначає або комплексно всі особливі умови здійснення господарської діяльності, або окремі напрями особливого правового регулювання<sup>4</sup>. По суті, найбільш важливими елементами змісту правового режиму в економіці можуть бути:

– **особливості правового статусу**, його набуття та припинення такого статусу щодо суб'єктів господарювання, в тому числі в процесі реєстрації, здійснення, припинення господарської діяльності на конкретних територіях, сферах господарської діяльності;

– особливості здійснення господарської діяльності на конкретних територіях та/або сферах господарської діяльності;

– особливі умови правового забезпечення фінансово-правового режиму (публічних фінансів);

– особливості руху та моніторингу руху капіталів (приватні фінанси) і товарів;

– особливості правового забезпечення руху фізичних осіб, працевлаштування, освіти фізичних осіб.

У випадку із Україною та особливостями набуття Україною правового статусу асоційованого учасника Європейського співтовариства зазначені вище елементи змісту правового режиму змінюються, адаптуються та імплементуються в разі застосування особливих правових режимів щодо певних суб'єктів господарювання, видів господарської діяльності, визначених територій.

Інструментарій та механізми застосування особливих правових режимів загальновідомий в юридичній науці, сьогодні фактично отримує новий подих, за допомогою побудування законодавцем, правозастосовними органами конструкцій, які виходять за межі конкретно визначених галузей права, можуть об'єднувати окремі механізми, методи правового регулювання різних за сутністю галузей права, наприклад, включає для визначених суб'єктів особливий режим оподаткування певних господарських операцій, визначених суб'єктів, особливий режим найму іноземних спеціалістів, спрощення для них візових обмежень та дозволів, особливості укладання, реєстрації окремих видів правочинів.

Такий підхід у правовому регулюванні фактично може виконувати декілька функцій. По-перше, це комплексний підхід до врегулювання відповідних суспільних відносин, по-друге, своєрідна систематизація в одному нормативному акті єдиного комплексного підходу до суб'єктів, територій та/або напрямів господарської діяльності, по-третє, стає інструментом спрощення застосування вже вкрай складного та заплутаного чинного законодавства, по-четверте, дає змогу державі та суб'єктам господарювання визначати першочергові напрями розвитку бізнесу, стратегічні пріоритети та місце національних компаній в міжнародному розподілі праці.

Одним із таких ефективних інструментів постає **режим найбільшого сприяння**, який держава встановлює в певних взаємовідносинах із суб'єктами з конкретно визначених країн або в конкретно визначених сферах господарювання.

Умовами такого режиму є наявність найбільшого обсягу прав, преференцій і пільг щодо мита, податків і зборів, якими користуються або будуть користуватися визначені суб'єкти (за різними параметрами, наприклад, місцем реєстрації).

При цьому в міжнародному публічному та приватному праві розглядається здебільшого режим, що стосується особливого фінансового режиму (режиму оподаткування), особливого митного режиму перетину митного та державного кордону товарами, послугами, фінансами та особами (адміністративне та митне право) тощо.

В Україні режим найбільшого сприяння встановлюється, змінюється та припиняється на основі відповідних договорів нашої країни з іншими державами і застосовується в сфері зовнішньої торгівлі до відповідних суб'єктів господарської діяльності (право СОТ<sup>5</sup>, право ЕС). Хоча існують і правові режими, які визначають сприяння в розвитку конкретних галузей економіки, економічних процесів та правовідносин.

Головним при цьому, як правило, буде мета – створення сприятливих умов щодо зовнішніх економічних взаємовідносин відповідної держави із суб'єктами або територіями, які є пріоритетними або стратегічними для відповідної держави. При цьому режим найбільшого сприяння в економічній сфері може застосовуватися і до резидентів країни задля розвитку тієї чи іншої сфери господарської діяльності.

Режим найбільшого сприяння може бути розглянутий у декількох аспектах. Так, багато десятиріч режим найбільшого сприяння вважають одним із найважливіших юридичних інструментів нормального здійснення міжнародних торгово-економічних зв'язків. Держави, зацікавлені в рівноправному і взаємовигідному економічному співробітництві, прагнуть будувати його на основі взаємності.

Принцип найбільшого сприяння означає, що одна договірна держава надає іншій державі (його юридичним та фізичним особам) в тій чи іншій сфері їх економічного співробітництва та взаємовідносин настільки ж сприятливий режим, як і той, що вона надає або надасть у майбутньому будь-якій третій державі, її юридичним і фізичним особам.

Найбільше сприяння, договірний режим і визначення його обсягу – справа саме договірних сторін. Сторони можуть поширити дію цього режиму на сферу економічних відносин або обмежити його дію лише питаннями торгівлі, мореплавства, визначеної сфери взаємодії тощо, можуть домовитися про його застосу-

вання тільки в окремих галузях регулювання економічних відносин (наприклад, до митного оподаткування або митного режиму в цілому).

Поряд із винятками обмежувального характеру чинне законодавство передбачає і виключення стимулюючого характеру у вигляді пільг для іноземних інвесторів, що можуть бути встановлені в інтересах соціально-економічного розвитку Української держави або суспільства. Види пільг і порядок їх надання встановлюються внутрішнім законодавством країни (наприклад, податковим).

У міжнародній торгівлі режим найбільшого сприяння означає порядок, при якому рівень мита та інших зборів, стягнутих при імпорті товарів із країни, що користується таким режимом, не повинен бути вище аналогічних митних платежів та зборів, що накладаються на товари будь-якої іншої країни. Те ж стосується і різних формальностей і процедур, пов'язаних з торгівлею. Іншими словами, режим найбільшого сприяння передбачає лише рівний з іншими торговими партнерами (не дискримінаційний) статус, а не будь-які особливі претензії чи пільги.

Як правило, рівні митного оподаткування всіх країн не залишаються незмінними, а змінюються залежно від ступеня міжнародного поділу праці, інтеграційних процесів тощо. У цілому ж характерна тенденція (для розвинутих країн, як приклад у розвитку) до поступового зниження митних податків. Так за останні 40 років їх рівень знизився більш ніж на 3/4. Хоча у зв'язку зі зміною економічної політики частини держав застосування санкцій до Російської Федерації, зміни економічних відносин із азійськими країнами фактично економічні відносини переходять до іншої фази регулювання, що саме і відображає підхід щодо застосування правових режимів як комплексних заходів міжнародного правового регулювання. При чому цей процес здійснюється як у двосторонньому порядку (договірний), так і в односторонньому, коли застосовуються санкції окремими державами до інших держав.

**Режим повного найбільшого сприяння** припускає надання іншій стороні за договором додаткових переваг шляхом перенесення пільг за угодами із третіми державами на контрагента за договором про режим найбільшого сприяння. На відміну від попереднього виду режиму тут маються на увазі переваги, надані конкретним іншим державам. Таким чином, за першим видом режиму сторона може претендувати тільки на пільги, надані для всіх іноземців, а в другому випадку – і на приватні пільги, надані будь-якій державі за двосторонньою торговельною або інвестиційною угодою.

Слід зазначити, що взаємність є одним із основних принципів міжнародного торговельного й інвестиційного співробітництва. Однак багато актів міжнародно-правового характеру передбачають порушення даного принципу, насамперед для країн, що розвиваються. Подібні положення містяться, наприклад, у ст. 19 Хартії економічних прав і обов'язків держав ООН, що встановлює стосовно країн, які розвиваються, преференційний, невзаємний і недискримінаційний режим. У минулому такий режим надавався торгівлі між колоніальними країнами і їх метрополіями. СРСР та інші соціалістичні країни надавали особливі преференції для підтримки національної економіки країн що розвиваються. Таким чином, іноземним інвестиціям може надаватися й особливий вид режиму – преференційний.

Отже, режим найбільшого сприяння також може надаватися як на умовах взаємності між державами, так і без неї. У тому випадку, коли режим найбільшого сприяння надається без умови взаємності, йдеться про абсолютне найбільше сприяння. Саме такий режим, його стабільність дає змогу окремим територіям отримати інвестиції в розвиток економіки за умови підтримки державною інфраструктурних проектів: транспорту, зв'язку тощо на належному рівні, достатньому для розвитку бізнесу.

Значення принципу найбільшого сприяння варто показати на прикладі американських торгово-економічних відносин. 18 жовтня 1972 р. між СРСР і США було підписано угоду про торгівлю, що передбачала надання сторонами один одному режиму найбільшого сприяння в питаннях митного обкладання, зборів та інших формальностей при імпорті й експорті товарів. Застосування в торгівлі з СРСР цього принципу могло б спричинити значні збитки, і саме тому й не застосовувалося в повному обсязі.

Таким чином, держава Україна в цьому випадку може визначати та застосовувати особливий правовий режим найбільшого сприяння для розвитку відповідної території або розвитку відповідної галузі економіки, сфери господарювання в тому числі, але не виключно шляхом застосування чинного українського законодавства з питань публічно-комерційного партнерства.

При цьому процесуальний бік застосування буде здійснюватися шляхом відпрацювання конкретних питань щодо регулювання або, навпаки, звільнення від регулювання конкретних господарських процесів.

По суті економісти повинні виробити модель і сутність економічного впливу на суб'єктів господарювання у визначеній сфері, а юристи – створити правову конструкцію, яка забезпечить розуміння загальних та спеціальних правил і однакове їх застосування у будь-яких випадках.

З юридичного боку найбільш важливими напрямками обґрунтування та фіксування процесів буде врегулювання в правовому режимі найбільшого сприяння таких питань:

- забезпечення можливості реалізації спеціального статусу окремих суб'єктів, на яких буде розповсюджуватися правовий режим, зміст їх правосуб'єктності, виникнення, зміни та припинення такого статусу та відповідальності за зловживання й порушення тим же суб'єктом, які надає статус;
- забезпечення процесуальних можливостей захисту суб'єкта господарювання від держави та відповідальності держави у разі порушення заздалегідь встановлених прав суб'єкта господарювання;
- з'ясування суті та відповідних обов'язкових умов існування режиму найбільшого сприяння в економіці, забезпечення однакового розуміння цих норм та однакового застосування;

– визначення юридичної відповідальності за ефективне виконання встановлених економістами КРІ показників щодо реалізації окреслених правових режимів в економіці країни.

Саме така близька і спільна робота економістів та юристів задля встановлення й існування ефективних правових режимів в економіці зможе забезпечити ефективний розвиток України в подальшому у визначенні її місця в системі глобального розподілу праці.

Так, урядом України створено програму розвитку України 2050, але її реалізація, особливо в частині економічних реформ, можлива лише у разі юридичного фіксування відповідальних осіб, юридичної відповідальності посадових осіб держави, що здійснюють реалізацію цієї програми, їх правосуб'єктності, можливої участі недержавних підприємств у її реалізації, визначення можливостей самостійної реалізації суб'єктами господарювання умов цієї програми тощо.

Саме такий підхід використовується в багатьох країнах світу, саме такий досвід реалізації фактично комплексного підходу до вирішення економічних проблем є позитивним.

**Отже, можна зробити такі висновки:**

1. Встановлення правового режиму найбільшого сприяння може бути здійснено в односторонньому порядку законодавчим органом країни щодо визначених суб'єктів або територій.

2. Застосування норм матеріального та процесуального права в процесі встановлення, зміни правового режиму в окремих галузях економіки можливо за умови встановлення чіткої стратегії перспективного розвитку держави та визначення місця в системі глобального розподілу праці.

3. Режим найбільшого сприяння може застосовуватися як до окремо визначених груп суб'єктів господарювання (наприклад, за сферою діяльності або місцем реєстрації), так і до відповідних територій в частині розміщення на них виробничих процесів, офісу, найму працівників із відповідної території.

4. Обов'язковим вимогами до змісту режиму найбільшого сприяння повинні бути:

– забезпечення можливості реалізації спеціального статусу окремих суб'єктів, на яких буде розповсюджуватися правовий режим, зміст їх правосуб'єктності, виникнення, зміни та припинення такого статусу для суб'єктів господарювання та відповідальність за зловживання й порушення тими можливостями, які надає статус;

– забезпечення процесуальних можливостей захисту суб'єкта господарювання від держави та відповідальності держави у разі порушення заздалегідь встановлених прав суб'єкта господарювання;

– визначення суті та відповідних обов'язкових умов існування режиму найбільшого сприяння в економіці, забезпечення однакового розуміння цих норм та однакового застосування;

– визначення юридичної відповідальності за ефективне виконання встановлених економістами КРІ показників щодо реалізації визначених правових режимів в економіці країни.

<sup>1</sup> Див.: Розанов И. С. Административно-правовые режимы по законодательству Российской Федерации, их назначение и структура / И. С. Розанов // Государство и право. – 1996. – № 6. – С. 84.

<sup>2</sup> Алексеев С. С. Теория права. – 2-е изд. / С. С. Алексеев – М., 1995. – С. 243.

<sup>3</sup> Мицкевич А. В. Соотношение системы советского права с системой советского законодательства / А. В. Мицкевич // Ученые записки ВНИИСЗ. – М., 1967. – Вып. 11. – С. 11.

<sup>4</sup> Коссе Д. Д. Правовий режим та права система (ознаки та співвідношення) / Д. Д. Коссе // Актуальні проблеми юридичної науки : зб. тез Міжнародної науково-практичної конференції молодих вчених «Сьомі осінні юридичні читання». – Хмельницький, ХУУП, 2008. – Ч. 2. – С. 81–83.

<sup>5</sup> Генеральна угода про торгівлю послугами між країнами СОТ // Офіційний вісник України. – 2010. – № 84. – 12 листопада. – С. 482. – Ст. 2989.

**Резюме**

**Коссе Д. Д. Особливості застосування правового режиму найбільшого сприяння в економіці України.**

Застосування правового режиму найбільшого сприяння характеризується різними підходами до врегулювання.

По-перше, встановлення правового режиму найбільшого сприяння може бути здійснено в односторонньому порядку законодавчим органом країни стосовно визначених суб'єктів або територій.

По-друге, застосування норм матеріального та процесуального права в процесі встановлення, зміни правового режиму в окремих галузях економіки можливо за умови встановлення чіткої стратегії перспективного розвитку держави та визначення місця в системі глобального розподілу праці.

По-третє, режим найбільшого сприяння може застосовуватися як до окремо визначених груп суб'єктів господарювання (наприклад, за сферою діяльності або місцем реєстрації) або до відповідних територій в частині розміщення на них виробничих процесів, офісу, найма працівників із відповідної території.

По-четверте, обов'язковим вимогами до змісту режиму найбільшого сприяння повинні бути:

– забезпечення можливості реалізації спеціального статусу окремих суб'єктів, на яких буде розповсюджуватися правовий режим, зміст їх правосуб'єктності, виникнення, зміни та припинення такого статусу для суб'єктів господарювання та відповідальність за зловживання й порушення тими можливостями, які надає статус;

– забезпечення процесуальних можливостей захисту суб'єкта господарювання від держави та відповідальності держави у разі порушення заздалегідь встановлених прав суб'єкта господарювання;

– визначення суті та відповідних обов'язкових умов існування режиму найбільшого сприяння в економіці, забезпечення однакового розуміння цих норм та однакового застосування;

– визначення юридичної відповідальності за ефективне виконання встановлених економістами КРІ показників щодо реалізації визначених правових режимів в економіці країни.

**Ключові слова:** правовий режим, режим найбільшого сприяння, стратегія перспективного розвитку держави, правовий режим підтримки національно товаровиробника.

### Резюме

**Коссе Д. Д. Особенности применения правового режима наибольшего благоприятствования в экономике Украины.**

Применение правового режима наибольшего благоприятствования характеризуется различными подходами к урегулированию.

Во-первых, установление правового режима наибольшего благоприятствования может быть осуществлено в одностороннем порядке законодательным органом страны по отношению к определенным субъектам либо территориям.

Во-вторых, применение норм материального и процессуального права в процессе установления, изменения правового режима в отдельных отраслях экономики возможно при определении четкой стратегии перспективного развития государства и места страны в системе глобального разделения труда.

В-третьих, режим наибольшего благоприятствования может применяться как к отдельным группам субъектов хозяйствования (например, по сфере деятельности или месту регистрации), так и на соответствующих территориях в части размещения на них производств, офиса, найма сотрудников с соответствующей территорией.

В-четвертых, обязательным требованиям к содержанию режима наибольшего благоприятствования должны быть:

– обеспечение возможности реализации специального статуса отдельных субъектов, на которых будет распространяться правовой режим, содержание их правосубъектности, возникновение, изменение и прекращение такого статуса для субъектов хозяйствования и ответственность за злоупотребления и нарушения тех возможностей, которые предоставляет статус;

– обеспечение процессуальных возможностей защиты субъекта хозяйствования от государства, и ответственности в случае нарушения заранее установленных прав предприятия;

– определение сущности и соответствующих обязательных условий существования режима наибольшего благоприятствования в экономике, обеспечение единообразного понимания этих норм и одинакового применения;

– определение юридической ответственности за эффективное выполнение установленных экономистами KPI показателей по реализации определенных правовых режимов в экономике страны.

**Ключевые слова:** правовой режим, режим наибольшего благоприятствования, стратегия перспективного развития государства, правовой режим поддержки национально товаропроизводителя.

### Summary

**Kosse D. Features of legal MFN in the economy of Ukraine.**

Application of legal MFN characterized by different approaches to regulation.

First, the establishment of the legal MFN can be done unilaterally by parliament of the country in relation to specific subjects or areas.

Second, application of substantive and procedural rights during the installation, change the legal regime in certain sectors of the economy of the state is subject to the establishment of a clear strategy for future development of the state and determining place in the global division of labor.

Thirdly, MFN can be applied to separate certain groups of entities (eg, business or place of residence) or in the respective territories of the placing on their production processes, office, hiring employees with the territory.

Fourth, mandatory requirements for the content of MFN should be:

– to ensure the feasibility of the special status of individual subjects, which will extend the legal regime of legal content, emergence, change and termination of such status for business, and responsible for the abuse and violation of the opportunities offered by the status;

– ensuring procedural protection capabilities entity from the state, and state responsibility for violations of established entity;

– determination of the merits and relevant mandatory conditions of existence of the most favored in the economy, to ensure uniform understanding of these rules and uniform application;

– determination of legal responsibility for the effective implementation from economists set KPI indicators of implementation of these legal regimes in the economy.

**Key words:** legal regime, MFN, most favored nation treatment, the strategy of future development of the state, the legal regime support national producers.

**С. Я. РАБОВСЬКА**

*Світлана Янієна Рабовська, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**СТАТУС ВІДДІЛУ ПРИМУСОВОГО ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ**

Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави відповідно до ст. 3 Конституції України. Згідно зі ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України завданням адміністративного судочинства є захист, в тому числі прав, свобод та інтересів фізичних осіб від порушень з боку органів державної влади, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства шляхом справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду адміністративних справ. У свою чергу, принциповим є питання процесуальної неврегульованості на законодавчому рівні ситуації, коли право позивача є порушеним, що вбачається адміністративним судом, але позов залишається без задоволення в силу процесуального законодавства. Така ситуація суперечить природі правової держави та завданню адміністративного судочинства.

Підкреслимо, що зазначена проблема українськими науковцями не досліджувалась, оскільки є відносно новою та вузькоспеціалізованою.

Отже, **метою** статті є висвітлення проблеми процесуального закону в адміністративному судочинстві в частині неможливості здійснення заміни неналежного відповідача на належного на стадії апеляційного розгляду.

Процесуальна правоздатність – це здатність мати процесуальні права та обов'язки в будь-якому судочинстві, в тому числі, адміністративному.

Ця правоздатність визнається за громадянами України, іноземцями, особами без громадянства, органами державної влади, іншими державними органами, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими і службовими особами, підприємствами, установами, організаціями (юридичними особами).

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про Державну виконавчу службу України» від 24 березня 1998 р. № 202/98-ВР (із змінами і доповненнями)<sup>1</sup> органами державної виконавчої служби є: Департамент державної виконавчої служби Міністерства юстиції України, до складу якого входить відділ примусового виконання рішень; управління державної виконавчої служби Головного управління юстиції Міністерства юстиції України в Автономній Республіці Крим, головних управлінь юстиції в областях, містах Києві та Севастополі, до складу яких входять відділи примусового виконання рішень; районні, районні у містах, міські (міст обласного значення), міськрайонні відділи державної виконавчої служби відповідних управлінь юстиції.

Також вказана стаття містить перелік органів державної виконавчої служби, які є юридичними особами, до якого відділ примусового виконання рішень не входить.

Цілков зрозумілим у розрізі вказаної норми є відсутність у відділів примусового виконання рішень процесуальної правоздатності.

Разом із тим у статті буде йтися про пересічних громадян України, для яких термін «правоздатність» не більший ніж «ніщо».

Помилка громадян у визначенні відповідачем відділів примусового виконання рішень виникає, на нашу думку, через те, що із заявою про примусове виконання рішення особа звертається саме до цих відділів.

Відповідно до Інструкції з організації примусового виконання рішень, затвердженої наказом Міністерства юстиції України 2 квітня 2012 р. № 512/5, зареєстрованої в Міністерстві юстиції України 2 квітня 2012 р. за № 489/20802<sup>2</sup>, примусове виконання рішень здійснюють державні виконавці. Безпосередній контроль за діями державного виконавця покладається на начальників відділів примусового виконання рішень та начальників відділів державної виконавчої служби районних, районних у містах, міських (міст обласного значення), міськрайонних та міжрайонних управлінь юстиції.

З огляду на це в приміщеннях органів виконавчої служби, зазвичай, на інформаційному стенді знаходиться зразок заяви про примусове виконання рішення, адресований саме відділу примусового виконання рішень.

У подальшому державний виконавець веде листування зі стягувачем на бланку саме відділу примусового виконання рішень.

Таким чином, особа, оскаржуючи рішення, дію чи бездіяльність органу ДВС в особі відділу примусового виконання рішень, навіть не здогадується, що цей орган є неналежним відповідачем.

Такий феномен для українського процесуального законодавства не новий і чітко врегульований ст. 52 Кодексу адміністративного судочинства України.

Так, відповідно до вказаної норми суд першої інстанції, встановивши, що з адміністративним позовом звернулася не та особа, якій належить право вимоги, або не до тієї особи, яка повинна відповідати за адміністративним позовом, може за згодою позивача допустити заміну первинного позивача або відповідача належним позивачем або відповідачем, якщо це не потягне за собою зміни підсудності адміністративної справи.

Якщо позивач не згоден на заміну відповідача іншою особою, суд може залучити цю особу як другого відповідача. У разі відмови у задоволенні адміністративного позову до такого відповідача понесені позивачем витрати відносять на рахунок держави.

Після заміни сторони, вступу третьої особи, що заявляє самостійні вимоги на предмет спору, залучення другого відповідача розгляд адміністративної справи починається спочатку.

Даною нормою законодавець максимально захищає необізнаного в тонкощах розподілу повноважень між суб'єктами влади позивача від позбавлення його доступу до правосуддя, покладаючи тягар визначення належного відповідача, після відкриття провадження у справі, на суд першої інстанції.

Вищий адміністративний суд України в п. 11 постанови Пленуму від 13 грудня 2010 р. № 3 (з відповідними змінами)<sup>3</sup> зазначив, що судам, у разі подання позовної заяви до державних виконавців або інших посадових осіб органів державної виконавчої служби чи до відділу примусового виконання рішень Державної виконавчої служби України, управління державної виконавчої служби Головного управління юстиції Міністерства юстиції України в Автономній Республіці Крим, головних управлінь юстиції в областях, містах Києві та Севастополі, необхідно за правилами ст. 52 Кодексу адміністративного судочинства України здійснювати заміну первинного відповідача на належного – відповідно Державну виконавчу службу України, управління державної виконавчої служби Головного управління юстиції Міністерства юстиції України в Автономній Республіці Крим, головного управління юстиції в областях, містах Києві та Севастополі, або, у разі наявності заперечень позивача, залучати вказаний орган як другого відповідача.

Однак у Єдиному державному реєстрі судових рішень безліч судових рішень, ухвалених судами першої інстанції за результатами розгляду спору по суті позовних вимог до відділів примусового виконання рішень.

Характер такої підсвідомої впевненості у відсутності необхідності перевірки належності відповідача, на наш погляд, аналогічний вищезазначеному: позиціонування суддею відділів примусового виконання рішень як юридичних осіб, органів державної виконавчої служби.

На прикладі найпоширенішої категорії спорів спробуємо описати модельну ситуацію.

Складність законодавчого регулювання соціального захисту громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, зокрема щодо визначення різних розмірів одних і тих самих виплат одночасно законом та підзаконним нормативно-правовим актом, призвели до масового виникнення судових спорів у цій сфері.

Вирішуючи такі спори, суди надавали пріоритет нормам закону і задовольняли позови громадян про здійснення перерахунку соціальних виплат з урахуванням розмірів, визначених у ньому, а не постановках Кабінету Міністрів України.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 р. № 606-XIV (з відповідними змінами та доповненнями)<sup>4</sup> виконавче провадження як завершальна стадія судового провадження та примусове виконання рішень інших органів (посадових осіб) – це сукупність дій органів і посадових осіб, визначених у цьому Законі, що спрямовані на примусове виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), які провадяться на підставах, у межах повноважень та у спосіб, визначених цим Законом, іншими нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до цього Закону та інших законів, а також рішеннями, що відповідно до цього Закону підлягають примусовому виконанню.

Статтею 21 вказаного Закону визначено підвідомчість виконавчих проваджень відділам примусового виконання рішень.

Таким чином, стягувачі за вказаними категоріями справ звертались до відділів примусового виконання рішень із заявами про порушення виконавчого провадження і, як наслідок, часто оскаржували до суду рішення, дії чи бездіяльність саме цих відділів.

Відповідно до ч. 6 ст. 181 КАС України адміністративні справи з приводу рішень, дій або бездіяльності державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби щодо виконання ними рішень судів у справах, передбачених пунктами 1–4 частини першої ст. 18 цього Кодексу, розглядаються місцевим загальним судом як адміністративним судом, який видав виконавчий лист.

У переважній більшості таких судових справ суд першої інстанції вирішував справу по суті, не зваживши на необхідність здійснити заміну відповідача.

Зрозуміло, що держава гарантує захист сторін судового процесу від порушень норм матеріального та/або процесуального права судами першої інстанції, визначивши право оскарження їх рішень у судах апеляційної і касаційної інстанції.

Однак, що робити адміністративним судам на стадії апеляційного провадження у тому випадку, коли позовні вимоги судом першої інстанції задоволені не до належного відповідача, адже ч. 1 ст. 52 КАС України наділяє правом здійснення заміни неналежного відповідача виключно суд першої інстанції?

Фактично ж у даному випадку має місце грубе порушення судом першої інстанції норми процесуального права, оскільки ним задовольняються вимоги зобов'язального характеру до органу, якого в правовій природі не існує.

У такому випадку, відповідно до ст. 202 КАС України, підставою для скасування постанови або ухвали суду першої інстанції та ухвалення нового рішення є, в тому числі, порушення норм матеріального або процесуального права, що призвело до неправильного вирішення справи або питання.

У мотивувальних частинах рішень апеляційні суди зазначають, що позбавлені процесуального права здійснювати заміну неналежного відповідача, а тому в рамках процесуального закону зобов'язані відмовити у задоволенні такого позову, скасувавши постанову суду першої інстанції, ухвалена з порушенням процесуальних норм, та відмовивши у задоволенні позову.

Таким чином, суд апеляційної інстанції, не досліджуючи правильності застосування судом першої інстанції норм матеріального права, відмовляє у задоволенні позовних вимог виключно з огляду на порушення процесуальної норми: невирішення судом першої інстанції питання про заміну неналежної сторони на належну.

Виникає колізія: право позивача, ймовірно, є порушеним, однак, його позовні вимоги залишаються без задоволення через процесуальні помилки суду першої інстанції при ухваленні рішення.

Водночас відповідно до постанови Пленуму ВАС України від 20 травня 2013 р. № 8<sup>5</sup> постанова – письмове рішення суду в адміністративній справі, у якому вирішуються вимоги адміністративного позову, тобто є вирішенням судом спору по суті.

Натомість ухвала – письмове або усне рішення суду в адміністративній справі, яким вирішуються питання, пов'язані з процедурою розгляду адміністративної справи, та інші процесуальні питання.

Заміна неналежної сторони на належну викладається у формі ухвали і є вирішенням процедурного питання.

Хочемо зауважити, що для суду апеляційної інстанції при скасуванні рішення суду першої інстанції поняття «задоволення позову», «відмова у задоволенні позову» є результатом розгляду справи по суті, а поняття «залишення позову без розгляду», «закриття провадження у справі», «направлення справи на продовження розгляду» тощо – результатом встановлення порушень судом першої інстанції норм процесуального права при вирішенні процедурних питань.

Таким чином, ухвалюючи судові рішення у формі постанови, суд апеляційної інстанції змушений констатувати відсутність допущених порушень з боку саме того відповідача, до якого пред'явлено позов.

Проте згідно з п. 9 ст. 3 КАС України відповідач – суб'єкт владних повноважень, а у випадках, передбачених законом, й інші особи, до яких звернена вимога позивача.

У вказаній же категорії справ відділ примусового виконання рішень не має процесуальної правоздатності в судовому процесі, тобто, фактично, не існує.

Проте на стадії апеляційного розгляду процесуальний закон не визначає повноважень судів апеляційної інстанції при виникненні такої ситуації.

Вищеописана прогалина процесуального законодавства, як бачимо, спонукає суди апеляційної інстанції відновлювати попередній стан відділів примусового виконання рішень, до яких задоволені позовні вимоги, шляхом відмови у задоволенні позовних вимог до цих відділів у повному обсязі.

Однак, на жаль, за цих умов порушення прав позивача також відновлюється з прямою пропорційністю.

Вказаний наслідок суперечить ст. 55 Конституції України, відповідно до якої права і свободи людини і громадянина захищаються судом.

Така процесуальна колізія має досить негативний вплив у сфері відправлення правосуддя, адже форма ухваленого судом апеляційної інстанції рішення є не тільки суперечливою за змістом, а й позбавляє особу захисту її порушеного права.

Єдиним вирішенням проблеми у вказаній ситуації, на наш погляд, є врегулювання даного питання шляхом внесення змін до Кодексу адміністративного судочинства України.

Звичайно, суди апеляційної інстанції можна наділити повноваженнями щодо заміни неналежного відповідача на стадії апеляційного розгляду. Але в такому випадку апеляційна інстанція перебере на себе повноваження першої інстанції, що є не зовсім доречним.

Між тим, більш вдалим кроком для законодавця, як свідчить еволюція Кодексу адміністративного судочинства України, є наділення судів апеляційної інстанції повноваженнями направляти справу на новий розгляд до суду першої інстанції.

У такому випадку для позивача, права якого порушені, єдиним негативним наслідком буде збільшення строку розгляду справи за його позовом.

Втім, у існуючій на даний час редакції Кодексу право суду касаційної інстанції направляти справу на новий розгляд провокує значно більші строки розгляду справи, ніж у запропонованій нами новелі.

Кодекс адміністративного судочинства України визначає, що суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого людина, зокрема її права та свободи, визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Водночас недоліки процесуального закону у вигляді невизначеності дій суду апеляційної інстанції при задоволенні судом першої інстанції позовних вимог до неналежного відповідача у зв'язку з відсутністю у останнього процесуальної правоздатності суперечать зазначеній нормі і нівелюють завдання адміністративного судочинства – захист порушених прав.

З огляду на це тема даної статті є вкрай важливою, а вирішення проблеми, порушеної в ній, – терміновим.

А з метою профілактики описаної ситуації судам вищих інстанцій, ймовірно, слід ретельніше приділяти увагу наданню методологічної допомоги судам першої інстанції з цього питання, загострювати увагу на наслідках порушень вимог ст. 52 КАС України, аналізуючи наслідки таких порушень на конкретних прикладах.

Вказана стаття, маємо сподівання, допоможе читачам уникнути висвітлених у ній проблем ще на стадії звернення до адміністративного суду з відповідними позовами.

<sup>1</sup> Про Державну виконавчу службу України : Закон України від 24 березня 1998 р. № 202/98-ВР (зі змінами) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/202/98-вр>

<sup>2</sup> Інструкція з організації примусового виконання рішень, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 2 квітня 2012 р. № 512/5, зареєстрована в Міністерстві юстиції України 2 квітня 2012 р. за № 489/20802. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0489-12>

<sup>3</sup> Про практику застосування адміністративними судами законодавства у справах із приводу оскарження рішень, дій чи бездіяльності державної виконавчої служби (зі змінами) : постанова Пленуму Вишого адміністративного суду України від 13 грудня 2010 р. № 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0003760-10>

<sup>4</sup> Про виконавче провадження : Закон України від 21 квітня 1999 р. № 606-XIV (з відповідними змінами та доповненнями) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/606-14>

<sup>5</sup> Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів (зі змінами) : постанова Пленуму Вишого адміністративного суду України від 20 травня, 2013 р. № 8 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0008760-13>

### Резюме

**Рабовська С. Я. Статус відділу примусового виконання рішень органів державної виконавчої служби в адміністративному процесі.**

У статті аналізуються проблеми оскарження в судовому порядку рішень, дій чи бездіяльності відділів примусового виконання рішень органів ДВС. Нормативно обґрунтовані причини неможливості звернення з позовами до цих відділів. Розкрито колізійність норм процесуального закону на стадії апеляційного провадження у випадку порушення судами першої інстанції вимог ст. 52 КАС України. Проаналізовано судову практику адміністративних судів України. Запропоновано шляхи вирішення існуючих проблем.

**Ключові слова:** відділ примусового виконання рішень, неналежний відповідач, процесуальна правоздатність, апеляційне провадження, адміністративне судочинство.

### Резюме

**Рабовская С. Я. Статус отдела принудительного исполнения решений органов государственной исполнительной службы в административном процессе.**

В статье анализируются проблемы обжалования в судебном порядке решений, действий либо бездействия отделов принудительного исполнения решений органов ГИС. Нормативно обоснованы причины невозможности обращения с исками к этим отделам. Раскрыта коллизийность норм процессуального закона на стадии апелляционного производства в случае нарушения судами первой инстанции требований ст. 52 КАС Украины. Проанализирована судебная практика административных судов Украины. Предложены пути разрешения существующих проблем.

**Ключевые слова:** отдел принудительного исполнения решений, ненадлежащий ответчик, процессуальная правоспособность, апелляционное производство, административное судопроизводство.

### Summary

**Rabovska S. The status of the branch of forceful execution of the state law-enforcement agency within the limits of the administrative procedure.**

In this article, the author considered problems of how to appeal in court against decisions, acts or omissions of branches of forceful execution of the state law-enforcement agency.

Having used normative materials, the author gave prove that there are no reasons to file a suit against that branches. The author reveal a matter of conflict of procedural norms at the stage of appeal in the case when courts of the first instance violates Art. 52 of CAJ. The author also analyzed practice of Ukrainian courts of justice and suggested ways to resolve the problems.

**Key words:** branches of forceful execution, erroneous defendant, procedural legal capacity, appeal proceeding, administrative judicial proceeding.



## І. П. УСТИНОВА

*Ірина Петрівна Устинова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного авіаційного університету*

### ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ЕКОНОМІКО-ПРАВОВОГО ЗМІСТУ ФІНАНСОВОЇ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ

Україна сьогодні проходить складний, але історично обумовлений процес реформування державного апарату та механізму його адміністрування. Знаковою подією цьому стала рафікація Україною 16 вересня 2014 р. Угоди про асоціацію з Європейським Союзом. Серед пріоритетних напрямів реформи, що сприятимуть реалізації Угоди про асоціацію України та ЄС, безумовно, є децентралізація державного управління. Відомо, що децентралізація влади є невід'ємною часткою існування демократичного суспільства. Децентралізація зумовлена прагненням України до підвищення рівня забезпечення та надання державних стандартів та послуг, усунення економічної нестабільності, прискорення соціального та економічного розвитку держави. З урахуванням цього, важливим висновком, над яким сконцентрувалися науковці та практики, є той, чи дадуть економічні та суспільні позитивні результати численні децентралізаційні зміни в законодавстві. На цьому шляху слід дослідити економічні та фінансово-правові аспекти (зокрема, перспективи та наслідки) процесу децентралізації в Україні, ґрунтуючись передусім на результатах аналізу процедур законодавчого здійснення й правового регулювання вітчизняним законодавцем фінансової децентралізації, а також з урахуванням зарубіжного (європейського) досвіду.

Отже, завданням у цій роботі є виявлення на основі результатів аналізу чинних теорій та проблем правового забезпечення проведення процесу фінансової децентралізації в Україні, а також формулювання деяких висновків щодо основних тенденцій реформаторських змін у публічному адмініструванні.

При управлінні державними фінансами постійно серед науковців (і не лише українських) постійно точаться дискусії про те, що краще: бюджетна централізація чи децентралізація. Відповіді покликана дати теорія фіскального федералізму. Фіскальний федералізм є одним з головних об'єктів дослідження економіки державного сектору та відображає складну схему взаємовідносин між бюджетами різних рівнів<sup>1</sup>, а значить для юристів слід створити прозору і добре врегульовану процедуру управління та регулювання цих процесів. Взаємозв'язок між рівнем фіскальної децентралізації та економічним зростанням вчені різних країн активно досліджують ще із середини 70-х років.

Традиційна теорія фіскального федералізму дає рекомендації для закріплення за різними рівнями державної влади певних функцій та необхідних для їх виконання фіскальних інструментів. Наріжним каменем теорії бюджетного федералізму є теорія про децентралізацію: якщо децентралізація не впливає на рівень витрат, то прийняття рішень щодо локального суспільного блага або ефективніше за централізацію, або принаймні не поступається їй з погляду ефективності. Централізація та пов'язана з нею стандартизація дуже часто дають змогу не тільки зменшити адміністративні витрати, а й зробити дешевшим безпосередньо виробництво одиниці суспільного блага<sup>2</sup>, що є метою будь-якого господарюючого суб'єкта.

Критичний аналіз визначення поняття «децентралізація» у працях багатьох учених-економістів та юристів доводить, що децентралізацією є комплекс явищ, складові якого різні науковці визначають неоднаково. Але, незважаючи на різні погляди щодо визначення поняття децентралізації, основоположним є визначення її у світлі взаємозв'язків між центральним та місцевими урядами про їх різні повноваження (податкові, політичні, адміністративні тощо), що його дає американський вчений Міхаель Белл. Децентралізація, за Беллом, – це спосіб виміру величини переходу національної економіки від адміністративно-командної до ринкової<sup>3</sup>. Під бюджетною децентралізацією слід розуміти будь-які види мобілізації фінансових ресурсів у бюджетах органів місцевого самоврядування.

Бюджетна децентралізація – перенесення надходження доходів та здійснення витрат грошових коштів на більш низький рівень уряду при збереженні фінансової відповідальності. Зазвичай, цей процес називається бюджетний федералізм, але це поняття може стосуватись як унітарних, федеративних, так і конфедеративних урядів. Бюджетний федералізм також характеризується «вертикальним дисбалансом», де центральний уряд виділяє або занадто багато або занадто мало коштів для фінансування органів місцевого самоврядування. Це також може бути способом збільшення контролю центрального уряду за більш низькими рівнями, якщо вони не пов'язані між собою іншими видами відповідальності за повноваження<sup>4</sup>. Бюджетна децентралізація може бути досягнута шляхом врегулювання системи справляння зборів, встановлення місцевих податків на власність та податків з договорів купівлі-продажу, шляхом отримання міжбюджетних трансфертів з центрального уряду, грантів чи місцевих позик. Передача коштів може бути як з подальшим обов'язком звітувати про їх витрачання, так і без нього.

Бюджетну децентралізацію класифікують за ознакою типології відносно певної моделі економіки: делегування, деволуція та децентралізація. Положення про делегування повноважень органів державної влади

органам місцевого самоврядування передбачає передачу деяких повноважень для виконання місцевій владі від імені центральної влади, при чому фінансування завдань, що виконуються в межах делегованих повноважень, забезпечуються державою шляхом виділення трансфертів. Делегування має місце за будь-якого стану розвитку економіки країни, але переважає в державах з адміністративно-командною моделлю економіки, де високий рівень зосередження фінансових ресурсів саме в державному бюджеті, і, крім того, передбачає відсутність бюджетного самофінансування органів місцевого самоврядування та оприлюднення звіту про виконання їх бюджету при фінансуванні делегованих повноважень. Деволюція – це проміжна ланка від централізації до децентралізації, характерна для перехідного періоду, коли органи місцевого самоврядування фінансують і відповідають за надання певних державних послуг у межах такого фінансування з державного бюджету<sup>5</sup>. Як правило, це стосується задоволення соціальних потреб. Якщо ґрунтовно проаналізувати чинну ситуацію, то можна сказати, що в Україні саме цей період, тому що соціальні виплати покладені на місцеві бюджети, а доходи від міських податках (податки на доходи фізичних осіб, податок на прибуток підприємств, мита), відповідно до ст. 29 БКУ<sup>6</sup>.

Деволюція в різних країнах триває по-різному довго, залежно від економічного розвитку, політичних та культурних уподобань тієї чи іншої країни. Але результатом проведення політики деволюції є централізація або децентралізація фінансових ресурсів у центральному чи в місцевих бюджетах. Сьогодні чуємо багато наукових думок Європейських вчених, про необхідність таких дій, але вони носять спірний дискусійний характер<sup>7</sup>.

І власне децентралізація передбачає зосередження фінансових ресурсів на рівні органів місцевого самоврядування для фінансування ними (органами) делегованих повноважень. Крім того, в регіонах мають бути створені спеціальні служби чи органи, де до прийняття урядових рішень залучаються громадяни. В Україні таку компетенцію мають представницькі органи місцевого самоврядування – сільські, селищні, міські ради та обраний сільський, селищний або міський голова. В економічно розвинутих країнах, крім представницьких органів, широко розвинута структура непартійних організацій, які беруть активну участь в управлінні певною територією та можуть впливати на прийняття чи скасування певних рішень представницьких органів шляхом опитування громадян, акцій протесту, демонстрацій, мітингів, тощо. Як відомо, децентралізація властива для країн з розвинутою ринковою економікою<sup>8</sup>. Складно сказати такі слова про Україну. Враховуючи такі теоретичні та практичні спостереження, можна говорити про процес децентралізації в Україні не в чистому вигляді, а якимось частково, гібридно. Ті повноваження, що покладено на місцеві органи влади повністю не можуть бути профінансовані ними, законодавець це усвідомлює, призначаючи велику кількість міжбюджетних трансфертів (глава 16 БКУ)<sup>9</sup>.

Проводячи політику фіскальної децентралізації або централізації, слід брати до уваги численні чинники економічного розвитку, серед яких не останню роль відіграють особливості державної політичної системи та історично сформованих взаємовідносин між її різними ланками. Зміцнення фінансової незалежності органів місцевого самоврядування – актуальне завдання політики децентралізації державних фінансів України<sup>10</sup>. Самоврядні ланки економіки повинні мати нормальні умови для господарської діяльності та бути зацікавленими в ефективному використанні усіх видів ресурсів, а місцеві влади – у стабільному економічному зростанні. Місцеві ради в контексті нової політики децентралізації, а точніше – деволюції, мають самостійно визначати напрями використання коштів своїх бюджетів<sup>11</sup>. Недоліком є те, що законодавство хоча і встановлює конкретний перелік витрат, які повинні фінансуватися з місцевих бюджетів, але неможливо визначити, наскільки закріплені за місцевими бюджетами доходи забезпечують потреби і в яких розмірах. Це питання потребує подальшого більш ретельного юридичного оформлення, що підведе українського законодавця до більшої прозорості та зрозумілості при забезпеченні діяльності органів місцевого самоврядування, а значить буде сприяти розвитку інституту громадського фінансового контролю на місцях як елементу демократії в суспільстві.

Аналізуючи фінансову політику України за останні 20 років, не можна не помітити її спрямування до бюджетної децентралізації<sup>12</sup> (тобто концентрація в центрі питомої ваги фінансових ресурсів, а значить і повноважень). Це закріплено в Конституції України та при підписанні Європейської хартії про місцеве самоврядування.

У такій ситуації передбачається, що держава повинна бути гарантом соціально-економічної стабільності, і може захистити громаду від неефективного використання місцевих ресурсів та перевищення влади на місцях. Це стосується і України. Слід зазначити, що український законодавець доволі вдало й швидко розпочав цей процес. Так, за розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. та проектом Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)» було винесено на обговорення Концепцію реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні<sup>13</sup>. У даному документі виокремились найгостріші проблеми, що хвилюють громаду та керівників органів місцевого самоврядування. Вони стосуються управлінських питань, у тому числі, у сфері бюджету. Зокрема, це такі:

- наповнення місцевих бюджетів. Вони є самостійними, тобто вони не включаються до Державного бюджету України і в випадку нестачі коштів з останнього за міжбюджетним регулюванням спрямовувались міжбюджетні трансферти у вигляді дотацій вирівнювання, яка визначалася місцевим бюджетам за формульною методикою;

- зростання повноважень громади може відбуватися з урахуванням можливості для ресурсного наповнення місцевого бюджету. При цьому у громад немає первинних фінансових засобів для запуску певних проектів та програм;

- відсутнє чітке визначення рівня субсидіарності, в результаті чого виникають проблеми на рівні громад, районних та обласних рад, які будуть боротися за власну самостійність та можливість управляти за рахунок виділення додаткового фінансування, та інші<sup>14</sup>.

Автор вважає, що такий перелік потенційних неврегульованих проблеми розподілу повноважень і фінансів може привести до федералізації країни, а це вже історично не обумовлений шлях розвитку української держави і не є бажанням громад і населення України.

За оцінками вчених та експертів при залишенні на місцях від 60 до 80 % фінансових ресурсів можна говорити про реальну децентралізацію влади. Передбачено, що на першому етапі вирішення комунальних проблем, фінансування медицини, освіти, соціальних питань, які ляжуть важким тягарем на громади, райони та області, необхідно проводити через державні освітні, комунальні, медичні субвенції, тобто адресні трансферти з конкретною метою витрачання коштів<sup>15</sup>. Слід підтримати застереження великої кількості фахівців, що децентралізація бюджетного процесу може призвести до розбалансування всієї бюджетної системи в країні. Тому на 2015 р. у регіонах залишено 60 % податків проти 30 %, які залишались раніше.

Водночас відмітимо, що в ході проведення поетапного процесу фінансової децентралізації у 2014–2015 рр. були внесені відповідні зміни до Бюджетного кодексу України. У результаті чого обсяг фінансових ресурсів місцевих бюджетів у 2015 р. порівняно з 2014 р. збільшився на 34 млрд грн (на 14,7 %), й на 22 % зменшилася кількість дотаційних місцевих бюджетів<sup>16</sup>. Останні законодавчі бюджетні зміни дають змогу зміцнити матеріальну та фінансову основи місцевого самоврядування та надати місцевим бюджетам бюджетну автономію та фінансову самостійність, встановлюють новий механізм бюджетного вирівнювання. Позитивним є те, що законодавець спрощує процедуру надання місцевих гарантій та здійснення запозичень від міжнародних фінансових організацій, посилює відповідальність галузевих міністерств за реалізацію державної політики у відповідній галузі та ефективність використання бюджетних коштів, удосконалює казначейське обслуговування бюджетних коштів та надає можливість місцевим бюджетам переходу на банківську форму обслуговування коштів бюджету розвитку місцевих бюджетів та власних надходжень бюджетних установ.

Не можна не підтримати те, що децентралізація є однією з форм розвитку демократії, що дає змогу збереження єдності держави та її інститутів розширити місцеве самоврядування, активізувати населення для забезпечення власних потреб та інтересів, звузити сферу впливу держави на суспільство, замінюючи цей вплив механізмами саморегуляції, виробленими самим суспільством, зменшити витрати держави й платників податків на утримання держапарату<sup>17</sup>.

На переконання автора, правильним кроком українського законодавця стало прийняття законів «Про добровільне об'єднання територіальних громад»<sup>18</sup> та «Про засади державної регіональної політики»<sup>19</sup>. Ці акти покликані подолати проблему обмеженості у своїх можливостях місцевих територіальних утворень й позитивно сприятимуть здійсненню планування інфраструктурних проектів на місцевому рівні.

Не є новим, й водночас схвальним те, що нову модель фінансового забезпечення місцевих бюджетів та міжбюджетних відносин українськими експертами було розроблено з урахуванням досвіду зарубіжних країн. Зокрема, були досліджені позитивні здобутки бюджетних реформ у Польщі та Німеччині щодо фінансового забезпечення соціально-культурної сфери, побудови трансфертної політики, організації міжбюджетних відносин та механізмів бюджетного вирівнювання.

Існують досить тривожні висновки експертів та науковців Польщі та Словаччини, щодо стану місцевих фінансів у цих в країнах. Висловлюються думки про те, що при децентралізаційній системі управління фінансами слід запроваджувати централізаційні складові<sup>20</sup>.

Український законодавець достатньо повно використав успішний досвід східноєвропейських країн, тому подальше просування України до європейської спільноти слід проводити за умови завершення конституційної реформи на рівні територіальної організації влади, проведення у відповідності до Європейської хартії місцевого самоврядування перетворень владних відносин у державі на основі принципів субсидіарності та децентралізації.

Викладене дає підстави стверджувати, що в Україні процес фіскальної децентралізації відбувається досить активно, послідовно, при достатньому забезпеченні нормативної законодавчої розробки цього процесу, що загалом є позитивним кроком України в історичному розвитку, як місцевості, так і держави. Водночас, слід зауважити, що правове регулювання фінансової діяльності органів місцевого самоврядування в умовах змін міжбюджетних відносин у подальшому потребує розвитку й дослідження, з урахуванням існуючого досвіду Європейських країн, з метою покращення чіткого фінансового правового механізму контролю за державними та місцевими фінансами та всієї фінансової системи України.

<sup>1</sup> Мацук З. А. Фіскальний федералізм як децентралізована модель формування бюджетного регулювання в Україні / З. А. Мацук // Фінанси, облік і аудит. – 2014. – Вип. 1. – С. 81–94. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Foa\\_2014\\_1\\_9.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Foa_2014_1_9.pdf)

<sup>2</sup> Intergovernmental Fiscal Relations, Decentralization and Subnational Economies project, World Bank website, accessed February 9, 2013.

<sup>3</sup> Тірк У. Фіскальна децентралізація в Україні / У. Тірк. – Режим доступу: [www.c-e-d.info/img/pdf/Utt\\_125\\_134\\_ukr.pdf](http://www.c-e-d.info/img/pdf/Utt_125_134_ukr.pdf)

<sup>4</sup> Intergovernmental Fiscal Relations, Decentralization and Subnational Economies project, World Bank website, accessed February 9, 2013.)

<sup>5</sup> Мацук З. А. Вказана праця.

<sup>6</sup> Бюджетний кодекс України / Верховна Рада України // Закон № 2456-VI від 13.03.2015 р.

<sup>7</sup> Долженко І. І. Розвиток бюджетної децентралізації місцевого самоврядування в Україні / І. І. Долженко // Науковий огляд. 0434–2014. – Т. 6, № 5. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://naukajournal.org/index.php/naukajournal/article/view/227/361>

<sup>8</sup> Бикадорова Н. О. Фінансова децентралізація місцевого самоврядування / Н. О. Бикадорова // Економічний вісник Донбасу [Текст]. – 2010. – № 2 (20). – С. 145–151.

<sup>9</sup> Бюджетний кодекс України / Верховна Рада України // Закон № 2456-VI від 13.03.2015 р.

<sup>10</sup> Перощук З. І. Деякі правові питання бюджетів та їх складових елементів в умовах бюджетної децентралізації / З. І. Перощук // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: «Юриспруденція». – 2014. – № 11, том 1. – С. 154–157.

<sup>11</sup> Усков. И. В. Децентрализация как основа становления финансово самостоятельных местных органов власти / И. В. Усков // Бизнес Информ. Серія «Регіональна економіка». – 2012. – Вип. 3. – С. 107–110.

<sup>12</sup> Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні / Кабінет Міністрів України; Розпорядження, Концепція від 01.04.2014 № 333-р.

<sup>13</sup> Офіційний веб-сайт Міністерства Фінансів України [Електронний ресурс] / Режим доступу: <http://minfin.gov.ua> / План заходів щодо реалізації Концепції реформування місцевого самоврядування і територіальної організації влади в Україні від 18.06.2014 № 591-р.

<sup>14</sup> Там само.

<sup>15</sup> Бикадорова Н. О. Вказана праця. – С. 148.

<sup>16</sup> Як має виглядати бюджетна децентралізація в Україні: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://gazeta.dt.ua/finances/z-nebes-na-zemlyu-yak-maye-viglyadati-byudzhetna-decentralizaciya-v-ukrayini-\\_html](http://gazeta.dt.ua/finances/z-nebes-na-zemlyu-yak-maye-viglyadati-byudzhetna-decentralizaciya-v-ukrayini-_html)

<sup>17</sup> Скрипнюк О. Децентралізація влади як чинник забезпечення стабільності конституційного ладу: теорія й практика: електронний журнал // Віче. – 12/2015.

<sup>18</sup> Про добровільне об'єднання територіальних громад : Закон України від 05.02.2015 р. № 156-VIII / Верховна Рада України // Закон № 155-VIII від 05.02.2015 р.

<sup>19</sup> Про засади державної регіональної політики : Закон України від 05.02.2015 р. № 155-VIII / Верховна Рада України // Закон № 156-VIII від 05.02.2015 р.

<sup>20</sup> Бабчак В. Фінансова криза в Словаччині / В. Бабчак // Публічні фінанси і фінансове право Центральної та Східної Європи в умовах фінансової кризи: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 14 жовтня 2010 р., м. Львів. – С. 55–60; *Еугеніуш Рушковски*. Криза місцевих фінансів на прикладі Польщі / Е. Рушковски // Публічні фінанси і фінансове право Центральної та Східної Європи в умовах фінансової кризи: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 14 жовтня 2010 року, м. Львів. – С. 41–48.

#### Резюме

##### **Устинова І. П. Теоретичні аспекти економіко-правового змісту фінансової децентралізації в Україні.**

У статті досліджено та проаналізовано економіко-правовий зміст децентралізації в сучасних умовах реформування державних фінансів України, сформульовані основні висновки, на підставі яких слід проводити суттєві зміни у подальшому реформуванні системи державного управління в Україні.

**Ключові слова:** децентралізація, фінансово-правові аспекти місцевого самоврядування, місцеві фінанси.

#### Резюме

##### **Устинова И. П. Теоретические аспекты экономико-правового содержания финансовой децентрализации в Украине.**

В статье исследовано и проанализировано экономико-правовое содержание финансовой децентрализации в современных условиях реформирования государственных финансов Украины, сформулированы основные выводы, на основании которых необходимо проводить существенные изменения в дальнейшем реформировании системы государственного управления в Украине.

**Ключевые слова:** децентрализация, финансово-правовые аспекты местного самоуправления, местные финансы.

#### Summary

##### **Ustinova I. Theoretical aspects of the economic and legal content of financial decentralization in Ukraine.**

The article investigated and analyzed the economic and legal status of decentralization in modern conditions of reforming public finance Ukraine articulated key findings on which substantial changes should be made to further the reform of public administration in Ukraine.

**Key words:** decentralization, financial and legal aspects of local government, local finance.

## В. Р. ЩАВІНСЬКИЙ

*Віталій Романович Щавінський, кандидат юридичних наук, суддя Київського окружного адміністративного суду, член Науково-консультативної ради при Вищому адміністративному суді України*

### ДЕРЖАВА ЯК СУБ'ЄКТ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУ: ТЕОРЕТИЧНА КОНСТРУКЦІЯ ТА ПРАКТИЧНА РЕАЛІЗАЦІЯ

Реалії сьогодення засвідчують значну увагу, яка приділяється у правовій науці проблематиці адміністративного судочинства. Це виправдано з позицій суспільної значущості справ, пов'язаних переважною мірою із вирішенням спорів у системі «людина проти держави». Водночас різноспрямований характер участі держави в адміністративному судочинстві свідчить про актуальність цього виміру вказаної проблематики.

Видається доцільним у рамках даного повідомлення акцентувати увагу на таких питаннях, як:

– держава як відповідач в адміністративному процесі;

– держава як позивач у адміністративному процесі: сутність та відповідність природі адміністративної юстиції.

Як у першому, так і другому випадку йдеться про наявність певного публічно-правового спору. Реалії сьогодення свідчать про необхідність наукової розробки поняття публічно-правового спору. Це пояснюється насамперед практичною необхідністю, оскільки у чинному Кодексі адміністративного судочинства України вживається даний термін, проте відсутнє його визначення, а відтак і не забезпечується єдине розуміння. Це нерідко ускладнює процес розмежування адміністративної та інших видів юрисдикції, призводить до складнощів у розгляді конкретних адміністративних справ<sup>1</sup>. У контексті теоретико-методологічного сприйняття ми підтримуємо позицію С. Г. Стеценка, який зазначає, що адміністративний процес має три складових:

1) адміністративно-судовий процес, у рамках якого здійснюється розгляд публічно-правових спорів в адміністративних судах;

2) адміністративно-управлінський процес, у рамках якого здійснюється виконавчо-розпорядча діяльність органів публічної адміністрації;

3) адміністративно-юрисдикційний процес, у рамках якого здійснюється розгляд справ про адміністративні правопорушення та застосування заходів адміністративного примусу<sup>2</sup>.

*Перше.* На переконання автора, соціально-правове підґрунтя розгляду держави як відповідача в адміністративному судочинстві базується на наступних факторах:

– по-перше, сутність самої адміністративної юстиції, яка передовсім опікується справами «людина проти держави»;

– по-друге, фактична нерівність сторін публічно-правового спору, де однією зі сторін виступає представник держави, у якого априорі більший обсяг владних повноважень;

– по-третє, наявною та обстоюваною у фаховій літературі презумпцією правомірності правової позиції громадянина у взаєминах з державою (органами публічної адміністрації та посадовими особами);

– по-четверте, приписами чинних нормативно-правових актів, де вказується про можливість розгляду держави у якості відповідача у судових справах;

– по-п'яте, більш фінансово вигідним становищем позивача – фізичної чи юридичної особи, яка не є представником держави, у контексті розподілу судових витрат;

– по-шосте, різноманітними напрямками діяльності держави, де намагання забезпечити реалізацію загальносуспільних інтересів призводить до обмеження (порушення) прав окремо взятої особи.

У цілому необхідно вказати, що державу в якості відповідача в адміністративних справах доцільно сприймати насамперед через усвідомлення самої сутності держави як соціального утворення, призначеного забезпечувати права, свободи та законні інтереси громадян. Якісно забезпечуються права, немає причин для звернення до адміністративного суду; неякісно (не в повному обсязі, несвоєчасно тощо) – є причини відстоювання своїх прав із визначенням держави у якості відповідача.

Крім того, у контексті держави як відповідача в адміністративному судочинстві важливим чинником, який визначає роль та місце системи адміністративних судів у суспільстві, є недосконалість чинного законодавства у правовідносинах, пов'язаних із дотриманням органами державної влади та місцевого самоврядування, їхніми посадовими та службовими особами конституційних прав громадян. Внутрішня та зовнішня суперечність законодавства, пов'язана із правами та свободами людини і громадянина, коли допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод при прийнятті нових законів або при внесенні змін до чинних законів, постанов уряду, вимагає від адміністративних судів відповідних рішень щодо усунення цих протиріч, застосовуючи Конституцію України і виконуючи функції майже на рівні Конституційного Суду України<sup>3</sup>. Дійсно, нерідко адміністративні суди (враховуючи нормативно визначену неможливість прямого

звернення до Конституційного суду України) виконують роль фактично єдиної можливої адреси для ефективного захисту прав людини від сваволі чиновників, котра «підкріплюється» недосконалістю чинного законодавства та надає більш ніж широкі дискреційні повноваження представникам державних органів.

У частині аналізу проблеми держави як відповідача в адміністративному судочинстві вважаємо за доцільне вказати на наявні напрацювання системи адміністративних судів. Вищий адміністративний суд України як касаційна інстанція у системі адміністративних судів здійснює, серед іншого, також методичну роль для забезпечення єдності судової практики. У контексті аналізу ролі держави як відповідача в адміністративних справах даний суд на Пленумі ВАСУ у 2008 р. сформував ключові засади оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень як представників держави. Так, «судам необхідно враховувати, що у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень належить перевіряти, чи прийняті (вчинені) вони: 1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України; 2) з використанням повноваження з метою, із якою це повноваження надано; 3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії); 4) безсторонньо (неупереджено); 5) добросовісно; 6) розсудливо; 7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи несправедливій дискримінації; 8) пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія); 9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення; 10) своєчасно, тобто протягом розумного строку»<sup>4</sup>. Це, як видається, додатково обґрунтовує справедливість сприйняття фізичної особи у якості сторони, яка потребує більш вагомого захисту у рамках адміністративного судочинства і, відповідно, держави у якості відповідача, що має певні організаційні, матеріальні та інші ресурси на відміну від пересічного позивача. Це свого роду активна правосприймаюча позиція суду. «Враховуючи, що в адміністративному процесі сторонами є громадянин та держава, які мають далеко не рівні можливості, передбачена активна роль суду у процесі, з тим щоб забезпечити справжню змагальність та рівність сторін, для чого судам надана можливість надавати громадянину сприяння в реалізації його процесуальних прав»<sup>5</sup>.

Варто наголосити: йдеться саме про сприяння у реалізації прав, що не свідчить про сприяння у позитивному вирішенні справи. Сприяння, яке серед іншого проявляється у практичному реалізації ч. 3 ст. 105 Кодексу адміністративного судочинства України, де зазначено, що «на прохання позивача службовцем апарату адміністративного суду може бути надана допомога в оформленні позовної заяви». Ключове завдання будь-якого адміністративного суду визначено в Конституції України та чинному законодавстві і зводиться до захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій.

Як зазначає В. М. Бевзенко, «у публічно-правових відносинах частим є здійснення функцій та застосування методів державного управління. Окремим методом управління властивий державно-владний характер, бо держава – єдиний юридичний інститут легалізованого примусу щодо всього суспільства»<sup>6</sup>. Те, що держава монополює наділену правом застосування примусу, є ще одним фактором суспільної доцільності та правова аргументованість необхідності сприйняття її у якості відповідача в адміністративному судочинстві. Відповідач, який має широкі повноваження, у суді повинен надати докази того, що ці повноваження він використав небезпідставно, без зловживань.

*Друге.* На наше переконання, поряд із традиційним баченням держави як відповідача адміністративні суди розглядають і питання іншого ґатунку. Йдеться про можливість звернення держави (суб'єктів владних повноважень) до адміністративного суду і, відповідно, роль держави у якості позивача. Актуальність розгляду вказаних питань пояснюється багатьма факторами, основними із яких можуть вважатись наступні:

– по-перше, законодавчо визначена можливість суб'єкта владних повноважень подавати позов до адміністративного суду;

– по-друге, наявність конкретних життєвих ситуацій, коли завдання адміністративного судочинства, а саме захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин не може бути вирішене без участі держави (суб'єкта владних повноважень) у якості позивача в адміністративному процесі;

– по-третє, порівняно з іншими проблемами недостатня розробленість наукою адміністративного права, адміністративно-процесуального права питань, пов'язаних із участю держави у якості позивача в адміністративному судочинстві;

– по-четверте, урізноманітнення діяльності органів держави, яка, на відміну від радянського минулого, має вирішувати низку нових, раніше маловідомих питань, таких, приміром, як належна реакція на процеси глобалізації;

– по-п'яте, наявність низки проблем правотворчого та правозастосовного характеру, котрі мають місце у розгляді та вирішенні адміністративними судами справ, в основі яких – звернення органу державної влади, органу місцевого самоврядування, їхніх посадових чи службових осіб, іншого суб'єкта при здійсненні ним владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

Ключові підстави для можливого звернення до адміністративного суду суб'єкта владних повноважень дійсно можуть сприйматись як проблеми, які носять фундаментальний інтегруючий характер. Йдеться, відповідно до вимог чинного законодавства, про такі випадки, як:

– тимчасова заборона (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об'єднання громадян;

- примусовий розпуск (ліквідацію) об'єднання громадян;
- примусове видворення іноземця чи особи без громадянства з України;
- обмеження щодо реалізації права на мирні зібрання (збори, мітинги, походи, демонстрації тощо).

Навіть поверховий погляд на ці явища свідчить про їх надважливу соціальну значимість і, відповідно, складний характер аналізу та прийняття рішення в адміністративному суді. Важливим питанням, яке потребує аналізу з точки зору держави у якості позивача в адміністративному процесі, є визначення переліку випадків, коли суб'єкт владних повноважень може виступати як позивач, а також перелік відповідачів у справах, де позивачем виступає держава в особі суб'єкта владних повноважень. Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 6 березня 2008 р. № 2 «Про практику застосування адміністративними судами окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду адміністративних справ» містить положення, відповідно до яких п. 8 частини першої ст. 3 КАС України визначено, що позивачем в адміністративній справі може бути суб'єкт владних повноважень, на виконання повноважень якого подана позовна заява до адміністративного суду. Однак такий суб'єкт владних повноважень може бути позивачем у адміністративній справі лише у випадках, передбачених частиною четвертою ст. 50 КАС України, до переліку яких віднесено також випадки, встановлені іншими законами (пункт п'ятий частини першої ст. 50 КАС України)<sup>7</sup>. Фактично держава обмежена щодо можливого подання позову до адміністративного суду. Проте все одно підкреслимо, що такого роду обмеження носить умовний характер. Адже у ст. 50 Кодексу адміністративного судочинства України зазначено про можливість суб'єктів владних повноважень щодо подачі позовів до адміністративного суду.

Питання, яке фактично може вважатись одним із ключових у сприйнятті держави (суб'єкта владних повноважень, органа публічної адміністрації) як позивача в адміністративному процесі, полягає у тому, чиї ж інтереси, чиї права намагається захистити держава шляхом позову до адміністративного суду? На переконання автора, можна виокремити декілька груп інтересів та прав, які потенційно захищаються при позиціонуванні суб'єкта владних повноважень як позивача в адміністративному процесі:

1. Інтереси покращення здійснення публічного управління (йдеться про звернення до суду з вирішенням питання розмежування компетенції у сфері управління).
2. Інтереси посилення контролю за виконанням делегованих владних повноважень (публічно-правові спори між відповідними владними суб'єктами у випадках наявності суперечок з цього приводу).
3. Забезпечення правомірності діяльності об'єднань громадян (через звернення до адміністративного суду з позовом про тимчасову заборону (зупинення) окремих видів або всієї діяльності об'єднання громадян чи про примусовий розпуск (ліквідацію) об'єднання громадян).
4. Сприяння відновленню законності міграційної політики стосовно іноземців та осіб без громадянства у випадку ухилення останніми від виконання рішення про примусове видворення;
5. Забезпечення громадського порядку, національної безпеки, прав фізичних осіб, які можуть бути порушеними у разі реалізації іншими особами права на мирні зібрання (збори, мітинги, походи, демонстрації тощо).
6. Мінімізація так званих «втручальних» повноважень, які раніше здійснювались з боку органів публічної адміністрації щодо фізичних та юридичних осіб і з можливістю накладання на них певних обмежень чи обтяжень (примусове видворення іноземців, обмеження права на мирні зібрання тощо).

Таким чином, держава може виступати і як відповідач (частіше) і як позивач в адміністративному судочинстві. Наука адміністративного права і процесу повинна опікуватись як першою, так і другою складовою можливої «процесуальної ролі» держави в особі суб'єктів владних повноважень.

<sup>1</sup> Щавінський В. Р. Публічно-правовий спір як категорія адміністративно-правової науки / В. Р. Щавінський // Публічне право. – 2013. – № 1. – С. 74.

<sup>2</sup> Стеценко С. Г. Сутність адміністративного процесу: теоретичний погляд / С. Г. Стеценко // Право України. – 2011. – № 4. – С. 42–44.

<sup>3</sup> Співак В. Реформа судової влади: проблеми теорії та практики / В. Співак // Вісник Вищого адміністративного суду України. – 2011. – № 1. – С. 44.

<sup>4</sup> Про практику застосування адміністративними судами окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду адміністративних справ : постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 6 березня 2008 р. № 2 // Вісник Вищого адміністративного суду України. – 2008. – № 2. – Ст. 117.

<sup>5</sup> Радченко В. Административные суды призваны защитить человека от произвола недобросовестных чиновников / В. Радченко // Российская юстиция. – 2004. – № 3. – С. 3–4.

<sup>6</sup> Бевзенко В. М. Адміністративна юрисдикція: поняття, сутність, проблеми відмежування / В. М. Бевзенко // Адміністративне право і процес. – 2013. – № 2. – С. 189.

<sup>7</sup> Про практику застосування адміністративними судами окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду адміністративних справ : постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 6 березня 2008 р. № 2 // Вісник Вищого адміністративного суду України. – 2008. – № 2. – Ст. 117.

#### Резюме

**Щавінський В. Р. Держава як суб'єкт адміністративного процесу: теоретична конструкція та практична реалізація.**

Стаття присвячена розгляду держави як суб'єкта адміністративного процесу. Акцентується на можливості сприйняття держави як відповідача та як позивача у адміністративному процесі. Зосереджено увагу на сутності та відповідності цих двох

проявів природі адміністративної юстиції. Проаналізовано декілька груп прав, які потенційно захищаються при позиціонуванні суб'єкта владних повноважень як позивача в адміністративному процесі.

**Ключові слова:** держава, адміністративний процес, позивач, відповідач, суб'єкт владних повноважень.

#### Резюме

**Щавинский В. Р. Государство как субъект административного процесса: теоретическая конструкция и практическая реализация.**

Статья посвящена рассмотрению государства как субъекта административного процесса. Акцентируется на возможности восприятия государства в качестве ответчика и в качестве истца в административном процессе. Внимание сосредоточено на сущности и соответствии этих двух проявлений природе административной юстиции. Проанализировано несколько групп прав, которые защищаются при позиционировании субъекта властных полномочий в качестве истца в административном процессе.

**Ключевые слова:** государство, административный процесс, истец, ответчик, субъект властных полномочий.

#### Summary

**Schavinskij V. Government as a subject of the administrative process: theoretical design and practical implementation.**

The article considers the state as a subject of administrative process. The attention is focused on the ability of perception States as a defendant and as a plaintiff in the administrative process. The focus is on nature and correspondence between these two manifestations of the nature of administrative justice. Analyzed several groups of rights that are protected by positioning the subject of authority as plaintiff in the administrative process.

**Key words:** the state, the administrative process, the plaintiff, the defendant, the subject of authority.

УДК: 342 (477)

**Н. В. ЯНЮК**

*Наталія Володимирівна Янюк, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

## ЗАКОНОДАВСТВО ПРО СЛУЖБУ В ОРГАНАХ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ: ПРОПОЗИЦІЇ З УДОСКОНАЛЕННЯ

Оновлення українського законодавства про службу в органах місцевого самоврядування визнано одним із головних напрямів адміністративної реформи, однак сам процес оновлення відбувається досить складно і повільно. На відміну від нового Закону України «Про державну службу», прийнятого парламентом 10 грудня 2015 р. і який набирає чинності з 1 травня 2016 р., ситуація із Законом України «Про службу в органах місцевого самоврядування» наразі залишається без змін.

Сьогодні реформа служби в органах місцевого самоврядування як ніколи актуальна, оскільки в Україні взято курс на децентралізацію влади і розширення повноважень органів місцевого самоврядування. Ні в кого не викликає сумнівів той факт, що успішність проведення таких заходів значною мірою залежить від професійного рівня та компетентності службовців органів місцевого самоврядування. Вони найбільше знайомі з потребами населення і знаходяться у різних формах взаємовідносин з населенням, а це потребує оперативного реагування та вирішення тих чи інших ситуацій, надання різного виду адміністративних послуг і прийняття відповідних рішень.

Питання служби в органах місцевого самоврядування, хоча й рідше, ніж питання державної служби, ставали предметом наукового дослідження фахівців права і державного управління. Ці питання певною мірою відображені у працях В. Б. Авер'янова, О. Ф. Андрійко, Ю. П. Битяка, Л. Р. Білої-Тіунової, Ю. В. Делії, С. Д. Дубенко, Н. Р. Нижник, О. В. Петришина, Н. Г. Плахотнюк, В. П. Тимошука, Г. Й. Ткач, А. М. Школика та інших. Безпосередню увагу питанню служби в органах місцевого самоврядування приділив у своїх дослідженнях О. І. Бедний. Проте в ході реформування служби в органах місцевого самоврядування і прийняття нового закону назріла необхідність уточнення окремих положень, які потребують подальшого законодавчого регулювання.

**Метою** статі є проведення порівняльного аналізу положень чинного Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» з проектом нової редакції однойменного закону задля того, щоб виявити перспективи у правому регулюванні, а також з'ясувати, наскільки у новій редакції закону враховано загальноєвропейські стандарти публічної служби. Окрему увагу приділено аналізу законодавства Польщі, яка у свій час стикалася з подібними проблемами у процесі проведення реформи служби в органах місцевого самоврядування і змогла їх вирішити.

Для означення професійної службової діяльності в органах публічної адміністрації – державних органах і органах місцевого самоврядування у юридичній літературі все частіше використовують поняття «публічна служба»<sup>1</sup>, але в чинному законодавстві України це поняття вживає лише Кодекс адміністративного



судочинства України. Кодекс відображає широкий підхід у розумінні публічної служби, оскільки це зумовлено потребою виокремити певну категорію спорів, які становлять предмет юрисдикції адміністративних судів. В усіх інших випадках законодавець розмежує поняття «державна служба» і «служба в органах місцевого самоврядування», результатом чого є два окремі закони.

Поняття «служба в органах місцевого самоврядування» відносно нове для законодавства України. Його поява зумовлена необхідністю органів місцевого самоврядування мати власний корпус професійних службовців. У ст. 6 Європейської хартії місцевого самоврядування передбачено, що «органи місцевого самоврядування повинні мати можливість визначати внутрішні адміністративні структури», що вимагає формування службового корпусу для забезпечення діяльності цих структур. Також наголошено на можливості органів місцевого самоврядування здійснювати добір «висококваліфікованого персоналу з урахуванням особистих якостей та компетентності; для цього забезпечуються належні можливості професійної підготовки, винагороди та просування по службі»<sup>2</sup>. Європейська хартія визначила орієнтири щодо формування національних інститутів служби в органах місцевого самоврядування.

Засади правового врегулювання службових відносин в органах місцевого самоврядування закладені в Конституції України, відповідно до ст. 5 якої здійснення територіальною громадою питань місцевого значення може відбуватися як безпосередньо (через місцеві референдуми, загальні збори громадян, громадські слухання), так і через органи місцевого самоврядування, які для забезпечення своєї діяльності потребують спеціально підготовленого службового апарату. У ст. 38 Конституції України для громадян України закріплене рівне «право доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування». Згідно зі ст. 4 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»<sup>3</sup> місцеве самоврядування здійснюється за принципом поєднання місцевих і державних інтересів, що покладає на службовців обов'язок враховувати місцеві інтереси і потреби населення при виконанні службових завдань. Завданням служби в органах місцевого самоврядування є реалізація як власних повноважень місцевого самоврядування, так делегованих державою повноважень. Можна виділити наступні завдання служби: 1) забезпечення самостійного вирішення територіальною громадою питань місцевого значення, зокрема підготовка до прийняття рішень органів місцевого самоврядування, забезпечення їх виконання; 2) сприяння у реалізації прав і свобод особи у межах наданих повноважень, у тому числі щодо надання адміністративних послуг; 3) виконання делегованих державними органами повноважень. Особлива природа і завдання місцевого самоврядування визначили потребу у формуванні власної професійної служби і відповідного законодавчого закріплення організаційно-правових засад служби.

Після прийняття Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» (1997р.) дія Закону України «Про державну службу» (1993 р.) була поширена на посадових осіб органів місцевого самоврядування. Така позиція законодавця не відображала специфіки і автономності служби в органах місцевого самоврядування як окремого виду публічної служби, тому з часом виникла цілком обґрунтована необхідність у прийнятті відповідного закону. Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування»<sup>4</sup> був прийнятий 7 червня 2001 року. Головна мета цього Закону полягає у тому, щоб врегулювати правові, організаційні, матеріальні та соціальні умови реалізації громадянами України права на службу в органах місцевого самоврядування, визначити загальні засади вступу та проходження служби, правовий статус, у тому числі й правові гарантії для посадових осіб місцевого самоврядування. Згідно зі ст. 1 Закону подібно, як і щодо державної служби, однією з основних ознак названо «професійний характер діяльності на посадах». Однак додатково підкреслено, що така діяльність має відбуватися «на постійній основі».

Служба в органах місцевого самоврядування створюється і функціонує на певних принципах, які відображають її об'єктивну природу. Принципи визначають основні засади і закономірності розвитку служби, вони є основою формування вимог щодо підбору кадрів, особливостей проходження служби, виконання службових завдань, статусу службовців. Вони враховують особливості служби в органах самоврядування. Серед принципів у ст. 4 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» закріплено такі: поєднання місцевих і державних інтересів; верховенства права, демократизму і законності; пріоритету прав та свобод людини і громадянина; рівних можливостей доступу громадян до служби в органах місцевого самоврядування з урахуванням їх ділових якостей та професійної підготовки; дотримання прав місцевого самоврядування; правової і соціальної захищеності посадових осіб місцевого самоврядування; захисту інтересів відповідної територіальної громади; самостійності кадрової політики в територіальній громаді.

Принципи умовно можна поділити на конституційні та організаційно-функціональні. Перша група є відображенням конституційних положень про визнання людини найвищою соціальною цінністю та гарантування місцевого самоврядування через забезпечення інтересів територіальної громади і надання якісних публічних послуг населенню. Відтак, принцип верховенства права є домінантою у формуванні нової моделі служби, до речі, його не закріпив Закон України «Про державну службу» 1993 року. Абсолютне визначення цього принципу дати неможливо, однак у Доповіді про верховенство права на 86 пленарному засіданні Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська комісія) від 25–26 березня 2011 р. було названо його складові, зокрема: 1) доступність законів (зрозумілість, чіткість і передбачуваність); 2) вирішення питань про суб'єктивні права на підставі законів, а не розсуду; 3) рівність перед законом; 4) здійснення влади на основі законності, справедливості й обґрунтованості; 5) права особи мають захищатися; 6) необхідність надання засобів для вирішення спорів у розумні строки і без невиправданих затрат; 7) судовий розгляд має бути справедливим; 8) держава має дотримуватися своїх обов'язків відповідно як до міжнародного, так і національного права<sup>5</sup>.

Конституційний Суд України визначив, що принцип верховенства включає не лише законодавство, а й «інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства»<sup>6</sup>. Це покладає на службовців вимогу визнавати і забезпечувати пріоритет прав, свобод та інтересів особи, а також при здійсненні своїх обов'язків дотримуватися як законів, так і моральних норм, враховуючи певні місцеві традиції. Це зумовлює необхідність оприлюднювати прийняті органами місцевого самоврядування рішення, забезпечувати доступність інформації про діяльність відповідних органів, а також враховувати думку громади при прийнятті обґрунтованих і безсторонніх рішень. Принцип верховенства права є універсальним, він визначає вимоги щодо діяльності службовців органів місцевого самоврядування, а разом з тим слугує гарантією захисту діяльності цих службовців від впливу політичних процесів, що сприяє стабільності служби. Він також є основною судового вирішення спорів, що виникають з питань служби в органах місцевого самоврядування.

До організаційно-функціональних принципів слід віднести ті, які безпосередньо впливають на формування професійно підготовленого службового апарату та проходження служби в органах місцевого самоврядування, зокрема рівності доступу до служби, професіоналізму та відданості справі. До цієї групи необхідно віднести принципи персональної відповідальності за виконання службових обов'язків та правової й соціальної захищеності службовців. Ці принципи збалансовують один одного і мають сприяти забезпеченню пріоритету публічного інтересу над приватним. Так, у Рекомендаціях №R (2000) 6 Комітету Міністрів Ради Європи передбачено, що держава має вжити відповідних заходів, аби створити належні умови соціального захисту та оплати праці публічного службовця, щоб уникнути загрози корупції або участі публічних службовців у діяльності, яка є несумісною з виконанням ними публічних обов'язків, інакше буде великий ризик того, що службовець візьме участь у діяльності, несумісній з виконанням публічних обов'язків.

Хоча Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування» 2001 р. заклав основу для служби органів місцевого самоврядування, однак практика показала, що цього виявилось недостатньо, аби сформувати професійну службу. Назріла необхідність оновлення законодавства у названій сфері. На це вплинула потреба реформувати систему публічної служби згідно зі стандартами ЄС, а також прийняття нової редакції Закону України «Про державну службу». Відповідно, був розроблений і 30 березня 2015 р. зареєстрований у Верховній Раді України проект нової редакції Закону «Про службу в органах місцевого самоврядування» (реєстр. № 2489)<sup>7</sup>. Законопроект прийнятий за основу і знаходиться на доопрацюванні у комітетах парламенту.

У проекті Закону (№ 2489) були враховані вже наявні принципи, а також запропоновані нові, серед яких: ефективність, добросовісність; політична неупередженість; прозорість; стабільність. Позитивне значення мають принципи політичної неупередженості й стабільності, які можуть сприяти розмежуванню політичної діяльності і професійної, на зразок того, як це передбачено у новому Законі «Про державну службу» (2015 р.). На діяльність службовця органів місцевого самоврядування не повинні впливати зміни керівників органів, які перебувають на виборних посадах. Щоправда, зауваження викликає назва принципів «зорієнтованість на громадян» і «відповідальність», коректно було б закріпити – «пріоритет прав та інтересів громадянина» і «персональна відповідальність службовців».

Оскільки принципи є засадничими ідеями, на яких має формуватися цілісна модель служби в органах місцевого самоврядування, то положення нового закону повинні передбачити механізм їх застосування. У законодавстві деяких держав принципи не завжди викладені в окремій статті закону, однак вони передбачені у формі вимог до поведінки службовців. Наприклад, у Законі про публічну службу Литви ці положення викладені у ст. 3 «Основні принципи етики публічної служби і публічних службовців». Відмінний підхід відображений у Законі про публічну службу Естонії, зокрема у § 59 наголошено: «Публічний службовець зобов'язаний точно, вчасно, сумлінно, доцільно і безкорисливо виконувати свої обов'язки, керуючись публічними інтересами... Під час виконання службових обов'язків публічний службовець зобов'язаний керуватись також етичним кодексом публічної служби, який поданий у додатку до цього Закону»<sup>8</sup>.

У ст. 24 Закону про службовців органів самоврядування Польщі від 21 листопада 2008 р. закріплено пріоритет публічного інтересу над приватним, який визначено «засадничим обов'язком» для службовців самоврядування. До обов'язків також віднесено: дотримання Конституції Республіки Польщі та інших принципів права; сумлінне, старанне і безстороннє виконання повноважень; надання інформації органам, організаціям, фізичним особам, яка знаходиться у віданні службовця, якщо це не заборонено законом; дотримання таємниці, захищеної законом; гідно поводитися на службі і поза нею; розвивати вміння та професійну кваліфікацію<sup>9</sup>.

Правове регулювання служби в органах місцевого самоврядування в Україні має три рівні: положення Конституції України; закони, підзаконні нормативно-правові акти. Формування цього виду служби включає низку заходів, серед яких: встановлення посад та визначення посадових повноважень; визначення способів та порядку заміщення посад; визначення правил проходження служби; встановлення підстав та порядку звільнення зі служби; визначення правового статусу службовців. Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування» залишається базовим для цього виду служби. Однак аналіз його положень свідчить, що він поширюється лише на діяльність посадових осіб органів місцевого самоврядування, їх правовий статус та правові гарантії перебування на службі. Згідно зі ст. 2 Закону визначальною ознакою для посадової особи місцевого самоврядування здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій і отримання заробітної плати за рахунок місцевого бюджету, що звужує коло службовців. Аналогічний підхід у визначенні посадової особи містить Закон України «Про державну службу» 1993 року. За таким під-

ходом статус багатьох службовців органів місцевого самоврядування залишився поза увагою законодавця. Це в певному сенсі обмежує розуміння служби в органах місцевого самоврядування, що закріплене у ст. 1 цього ж Закону. У проекті закону (реєстр. № 2489) цей недолік усунули, передбачено також регулювання діяльності службовців місцевого самоврядування (п. 7 ст. 1).

Недоліком чинного Закону «Про службу в органах місцевого самоврядування» є наявність положень щодо приватно-публічного регулювання служби. У ст. 7 наголошено на тому, що правовий статус посадових осіб місцевого самоврядування визначається Конституцією України, законами України («Про місцеве самоврядування в Україні»), «Про статус депутатів місцевих рад», «Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» (втратив чинність), цим та іншими законами України. Разом із тим у частині третій цієї статті зазначено, що на посадових осіб місцевого самоврядування поширюється дія законодавства України про працю з урахуванням особливостей, передбачених названим Законом. У ст. 20 цього Закону серед підстав припинення служби безпосередньо наголошено на пріоритеті норм трудового права: «Крім загальних підстав, передбачених Кодексом законів про працю України, служба в органах місцевого самоврядування припиняється на підставі і в порядку, визначених Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні», цим та іншими законами України». Розпорошеність норм у різних законодавчих актах не завжди дає змогу забезпечити належний порядок їх застосування. Слід також врахувати, що служба в органах місцевого самоврядування є різновидом публічної служби, завданням якої є забезпечення публічного інтересу, а тому пріоритет має належати нормам публічного права. Проект Закону «Про службу в органах місцевого самоврядування» (№ 2489) враховує цей момент. Проектом закону (№ 2489) передбачено регулювання низки важливих питань: умови вступу на посаду, умови і порядок проведення конкурсу на заміщення посади, вимоги щодо актів про призначення на посаду, порядок присвоєння рангів, питання оцінювання результатів службової діяльності; порядку перепідготовки й підвищення кваліфікації службовців органів місцевого самоврядування, умови оплати праці і визначення посадових окладів.

Заслуговує на увагу той факт, що в проекті Закону (№ 2489) визначено підстави припинення служби в органах місцевого самоврядування і гарантії у разі звільнення службовця (ст.ст. 42–49). Це запобігатиме випадкам, коли керівники органу незаконно звільняють одного службовця з посади, мотивуючи це необхідністю реорганізації органу. За результатами судової практики Вищий адміністративний суд України сформулював правову позицію: «У разі перетворення одного структурного підрозділу... в інший або його перепрофілювання звільнення зі служби може мати місце, якщо це супроводжується скороченням чисельності чи штату працівників, а звільнення з ліквідацією можливе у разі, коли ліквідується юридична особа, а не її структурний підрозділ»<sup>10</sup>.

Загалом пропозиції щодо врегулювання відносин служби в органах місцевого самоврядування, які передбачені у проекті Закону (№ 2489), виходять з основних європейських стандартів професійної служби, зокрема на особливу увагу заслуговують питання щодо конкурсного відбору на заміщення посад в органах місцевого самоврядування, проведення щорічної оцінки результатів діяльності службовців, а це підвищує рівень особистої мотивації до покращення професійних здібностей і кваліфікації. Зарубіжний досвід свідчить про можливість регулювання питань служби в органах місцевого самоврядування і державної служби в одному законі про публічну службу, наприклад, Закон про публічну службу Литви поширює свою дію як на державні, так і на муніципальні інституції та агенції, що мають публічні адміністративні повноваження (ст. 2)<sup>11</sup>. Такий підхід відображений у Законі про публічну службу Естонії (ст. 1)<sup>12</sup> і Кодексі норм про державних цивільних адміністративних службовців і працівників юридичних осіб публічного права Греції (ст. 2)<sup>13</sup>. Законом про права і обов'язки службовців Франції визначено основи правового статусу державних службовців і службовців комун та їх публічних установ (ст. 2)<sup>14</sup>. Проте є приклади країн, в яких регулювання здійснюється окремим законом, так як це зроблено у Польщі, зокрема, у ст. 2 Закону про службовців органів самоврядування Польщі окреслено коло службовців місцевого самоврядування, статус яких регулює закон від 21 листопада 2008 р., однак деякі питання щодо проходження служби регулюються Кодексом праці, про що зазначено у ст. 31 Закону. Спостерігається єдина позиція у законодавчих актах країн-членів ЄС щодо закріплення обмежень, пов'язаних з господарською діяльністю під час служби. У проекті Закону (№ 2489) не згадано про таке обмеження, але у ст. 29 цього проекту зроблена відсилка до Закону України «Про запобігання корупції» та інших законів, які регулюють це питання.

Аналіз проекту Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» (№ 2489) свідчить про значний поступ на шляху до формування професійної служби у відповідних органах з урахуванням загальноєвропейського досвіду, однак проект містить певні моменти, які потребують доопрацювання.

1. Позитивно, що проект визначає засади діяльності усіх службовців органів місцевого самоврядування, але в законопроекті відсутнє визначення поняття «посадова особа місцевого самоврядування», хоча цей термін використовується у Конституції України, Законах України «Про місцеве самоврядування в Україні» та «Про засади запобігання корупції», Кодексі адміністративного судочинства України, інших актах. Таке зауваження згадано у Висновках на проект Головного науково-експертного управління<sup>15</sup>.

У контексті публічної служби видається, що доцільно виробити єдиний підхід у розумінні поняття посадової особи як для державної служби, так і для служби в органах місцевого самоврядування. Посадовою особою слід визнати службовця, який, з метою постійного чи тимчасового управління організаційною структурою і представництва її інтересів у відносинах з фізичними чи юридичними особами, наділений організаційно-владними повноваженнями і правомочний вчиняти службові юридичні дії, у тому числі застосовувати заходи дисциплінарного впливу щодо осіб, які перебувають у службово-правових відносинах<sup>16</sup>.

2. Проект Закону (№ 2489), так само як чинний Закон, не містить положення про дисциплінарну відповідальність, хоча серед принципів служби зазначено принцип персональної відповідальності службовця за виконання посадових обов'язків. У ст. 32 проекту Закону також зазначено, що інформація про дисциплінарні стягнення та їх зняття заноситься в особову справу службовця місцевого самоврядування, однак проект не дає переліку таких стягнень.

3. Доволі суперечливим видається положення ст. 15 проекту Закону про те, що «у разі незгоди з рішення органу місцевого самоврядування особа, яка претендує на зайняття адміністративної посади в органах місцевого самоврядування, може звернутися із скаргою до відповідного органу державної влади». Запропоноване формулювання у може стати підставою для втручання органів державної влади у внутрішні питання формування службового апарату самих органів місцевого самоврядування.

4. У проекті Закону (№ 2489) передбачена класифікація посад служби в органах місцевого самоврядування, однак слід врахувати, що до системи місцевого самоврядування віднесено старосту (ст. 5 і 14 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»), але про них не згадано у проекті.

Підсумовуючи, слід визнати, що попри окремі недоліки, проект Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» відповідає потребам місцевого самоврядування мати власний професійно підготовлений і політично неупереджений апарат службовців. Доопрацювання законопроекту і його прийняття стане дієвим результатом на шляху реформування служби в органах місцевого самоврядування як різновиду публічної служби.

<sup>1</sup> *Миронюк Р. В.* Місце публічної служби в системі адміністративного права / Миронюк Р. В. // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 7. – С. 128–131.

<sup>2</sup> Європейська хартія місцевого самоврядування // Офіційний вісник України. – 2015. – № 24. – Ст. 1418.

<sup>3</sup> Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170 (зі змінами) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>

<sup>4</sup> Про службу в органах місцевого самоврядування : Закон України від 7 червня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 33. – Ст. 175 (з подальшими змінами).

<sup>5</sup> Доповідь про верховенство права. Європейська комісія за демократію через право (Венеціанська комісія) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.venecia.coe.int>

<sup>6</sup> Рішення Конституційного суду України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>

<sup>7</sup> Проект Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» № 2489 від 30 березня 2015 р. [Проект] : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [w1.c1.rada.gov.ua/pls/zwed2/webroc4\\_1?pf3511=54569](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zwed2/webroc4_1?pf3511=54569)

<sup>8</sup> Публічна служба. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / за заг. ред. Тимощука В. П., Школика А. М. – К.: Конус-Ю, 2007. – 735 с. – С. 481, 515, 519.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [isap.sejm.gov.pl?DetailsSenlet?id+WDU20082231458](http://isap.sejm.gov.pl?DetailsSenlet?id+WDU20082231458)

<sup>10</sup> Довідка про вивчення та узагальнення практики розгляду адміністративними судами спорів з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби (частина II) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.vasu.gov.ua/generalization\\_court\\_practice](http://www.vasu.gov.ua/generalization_court_practice)

<sup>11</sup> Публічна служба. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / за заг. ред. Тимощука В. П., Школика А. М. – К.: Конус-Ю, 2007. – 735 с. – С. 427.

<sup>12</sup> Там само. – С. 468.

<sup>13</sup> Там само. – С. 521.

<sup>14</sup> Там само. – С. 153.

<sup>15</sup> Висновки на проект Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [w1.c1.rada.gov.ua/pls/zwed2/webroc4\\_1?pf3511=54569](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zwed2/webroc4_1?pf3511=54569)

<sup>16</sup> *Янюк Н.* Посадові і «службові» особи у національному законодавстві: проблеми розмежування понять / Н. Янюк // Право України. – 2009. – № 11. – С. 180–184. – С. 184.

## Резюме

### **Янюк Н. В. Законодавство про службу в органах місцевого самоврядування: пропозиції з удосконалення.**

Статтю присвячено проблемам законодавчого регулювання відносин у сфері служби в органах місцевого самоврядування в Україні. Визначено конституційно-правові засади служби в органах місцевого самоврядування, соціальна роль, принципи організації і функціонування служби.

В основу статті покладено дослідження законодавства про службу деяких європейських країн, зокрема, Польщі, Литви, Естонії та ін., що дає можливість узагальнити європейський досвід правового регулювання прийняття на службу, здійснення службової кар'єри, підстав припинення службових відносин на службі в органах місцевого самоврядування.

**Ключові слова:** органи місцевого самоврядування, служба, службовців, посадові особи, європейський досвід.

## Резюме

### **Янюк Н. В. Законодательство о службе в органах местного самоуправления: предложения по усовершенствованию.**

Статью посвящено проблемам законодательного регулирования отношений в сфере службы в органах местного самоуправления в Украине. Определены конституционно-правовые начала службы в органах местного самоуправления, принципы организации и функционирования.

В основу статті положено дослідження законодавства о службі деяких європейських країн, зокрема Польщі, Литви, Естонії та інших, що дозволяє обобщити європейський досвід правового регулювання прийняття на службу, здійснення службової кар'єри, оснований припинення службових відносин на службі в органах місцевого самоврядування.

**Ключові слова:** органи місцевого самоврядування, служба, службовці, посадовці, європейський досвід.

#### Summary

##### ***Yanyuk N. Legislation of service in local self government bodies in Ukraine: propositions on improvement.***

The article is devoted to the problems of legal regulation service of local self-government bodies in Ukraine. The author defines constitutional-legal grounds of public service and service in local governing bodies, social role, principles organization and function of service in local self-government bodies.

The core of the thesis is the analysis of the legislation of certain European countries, in particular, Poland, Lithuania, Estonia, etc., that allows to unify the European experience of the legal regulation of hiring to the service, holding competition procedures, realization of the official career, grounds and rules for termination of the service, and propose, on the basis of such unification, suggestions and recommendations in relation to implementation of the European standards of the service in local self-government bodies to the Ukrainian legislation.

**Key words:** local self-governing bodies, service, servants, officials, European experience, legislation.

УДК 340.134:342.951/342.6

### **В. В. ЖИДЕЦЬКА**

*Вікторія Вікторівна Жидецька, аспірантка Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## **ПРО СТАДІЇ НОРМОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ МІНІСТЕРСТВА**

У наукових колах тривалий час обговорюються основи науки нормографії, питання стадій нормотворчої діяльності (нормотворчості, нормотворчої компетентності), нормотворчого процесу/провадження, проблеми юридичної техніки, причини колізій нормативно-правових актів, підґрунтя досягнення управлінського, соціально-культурного і політико-правового компромісу.

Організація, повноваження і порядок діяльності міністерств визначаються Конституцією і законами України, а Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів.

Відповідно до Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» (ст. 7) серед основних завдань міністерства як органу, що забезпечує формування та реалізує державну політику в одній чи декількох сферах, зокрема є: забезпечення нормативно-правового регулювання; визначення пріоритетних напрямів розвитку; інформування та надання роз'яснень щодо здійснення державної політики; узагальнення практики застосування законодавства, розроблення пропозицій щодо його вдосконалення та внесення в установленому порядку проектів законодавчих актів, актів Президента України, Кабінету Міністрів України на розгляд Президентів України та Кабінету Міністрів України. Накази міністерства нормативно-правового змісту підлягають державній реєстрації Міністерством юстиції України та включаються до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів. Накази міністерства, які відповідно до закону є регуляторними актами, розробляються, розглядаються, приймаються та оприлюднюються з урахуванням вимог Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» (ст. 15). Законом України «Про доступ до публічної інформації» визначено, що розпорядники інформації зобов'язані оприлюднювати нормативно-правові акти, акти індивідуальної дії (крім внутрішньоорганізаційних), прийняті розпорядником, проекти рішень, що підлягають обговоренню, інформацію про нормативно-правові засади діяльності (п. 2 ч. 1 ст. 15).

Ю. А. Соколова вважає, що нормотворча компетенція органу виконавчої влади – це сукупність предметів ведення (сфера суспільних відносин), що в рамках повноважень має право врегулювати даний орган виконавчої влади шляхом видання (прийняття, зміни, скасування) нормативних правових актів. Правові підстави надають нормотворчі повноваження, закріплюючи матеріальне право видання нормативно-правового акта, а також регламентують процедуру реалізації цього права – правотворчий процес<sup>1</sup>. Нормотворчість органічно вплетена у процес державного управління, що передбачає ухвалення рішень на всіх етапах організаційної діяльності для реалізації всіх функцій, починаючи з постановки цілей і завдань і завершуючи контролем<sup>2</sup>.

Проблеми здійснення публічної влади стають дедалі складнішими і вимагають багатоаспектного розгляду, а отже, і різноманітних знань, а переважна більшість публічно-владних рішень приймається на основі обговорення, шляхом залучення спеціалістів різних профілів або створення спеціальних допоміжних (консультативних, дорадчих, аналітичних та ін.) органів<sup>3</sup>. Згідно із постановою КМУ від 2 липня 2014 р. № 228 «Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України» Мін'юст розробляє проекти законів та інших нормативно-правових актів, координує нормотворчу діяльність у міністерствах та інших центральних органах виконавчої влади, здійснює контроль за такою діяльністю.

Юридичним результатом контрольно-наглядової діяльності є контрольно-правовий акт (рішення, постанова, подання, застереження, ухвала, повідомлення та ін.), що містить розпорядження констатуючого порядку. Тобто, встановлені внаслідок перевірки позитивні моменти, а поряд з ними правоохоронні розпорядження про усунення виявлених правопорушень. Стадії контрольно-наглядової діяльності: організаційно-підготовча; встановлення фактичних обставин справи та їх аналіз; вироблення і ухвалення рішення у справі; перевірка виконання рішення<sup>4</sup>.

Постановою КМУ від 18 червня 2012 р. № 708 «Про затвердження Правил підготовки проектів технічних регламентів, розроблених на основі актів законодавства Європейського Союзу, що затверджуються Кабінетом Міністрів України» визначено: до проекту технічного регламенту не включаються положення, що стосуються *перенесення норм* базового акта законодавства ЄС до законодавства держав – членів ЄС. Наказом МОЗ від 25 лютого 2014 р. № 143 «Про удосконалення діловодства у Міністерстві охорони здоров'я України» (п. 91) визначено: проекти наказів з основної діяльності та адміністративно-господарських питань готуються і подаються структурними підрозділами відповідно до плану основних організаційних заходів МОЗ України, а також за дорученням керівництва МОЗ України чи за власною *ініціативою*. Натомість, від кого саме має виходити така «власна ініціатива» не уточнено – чи від міністра, який підписав наказ, чи працівника міністерства, чи члена громадської ради, чи іншої особи. Разом з тим закріплено, що проекти наказів з основної діяльності візуються на зворотному боці останнього аркуша працівниками, які створили документ, керівниками самостійних структурних підрозділів, якими його було створено, посадовими особами, які визначені у проекті документа як виконавці завдань, що містяться в ньому, юридичною службою, літредактором або працівником, на якого покладено функції літературного редагування, керівником служби діловодства, а також залежно від видів наказів – керівником підрозділу з питань запобігання та виявлення корупції, іншими посадовими особами, які додатково визначені окремим дорученням міністра (п. 94). Згідно із постановою КМУ від 30 листопада 2011 р. № 1242 «Про затвердження Типової інструкції з діловодства у органах виконавчої влади» за зміст, якість підготовки та оформлення на належному рівні документів, погодження проектів нормативно-правових актів відповідають заступники керівника установи згідно з розподілом функціональних обов'язків. Накази (розпорядження) видаються як рішення організаційно-розпорядчого чи нормативно-правового характеру (п. 84). Структурним підрозділом з юридичного забезпечення обов'язково візуються за наявності усіх необхідних віз проекти наказів нормативно-правового характеру (п. 88).

Різні аспекти проблеми теорії та практики нормотворчої діяльності суб'єктів публічної адміністрації досліджували В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, В. В. Артеменко, Д. С. Астахов, І. О. Биля, Л. М. Горбунова, Т. Гуржій, Е. Демський, В. А. Дерезь, О. Дзюбенко, С. Кравченко, І. О. Кресіна, О. В. Кузьменко, Н. Ф. Лата, Л. М. Легін, Я. І. Ленгер, Т. П. Мінка, В. П. Нагребельний, Н. М. Оніщенко, І. І. Онищук, А. О. Рибалкін, О. А. Шевчук, Ю. С. Шемшученко, І. Д. Шутак та інші вчені.

У статті маємо за мету дослідити соціально-юридичне явище та вид юридичної діяльності – нормотворчість як стадію правового регулювання та з'ясувати підходи до визначення стадійності нормотворчого провадження як складової нормотворчого процесу (нормоутворення) міністерств.

Сфера правового регулювання – це той соціальний простір, що зазнає впливу права: сфера можливого (потенційно) регулювання; сфера необхідного регулювання; сфера законодавчого регулювання; сфера правореалізуючого регулювання<sup>5</sup>. Відомо, що елементи і стадії механізму правового регулювання теоретики права М. І. Матузов і А. В. Малько розглядають як послідовність: 1) норми права; 2) юридичний факт або фактичний склад з таким вирішальним фактом, як організаційно-виконавчий правозастосовний акт; 3) правовідносини; 4) акти реалізації прав і обов'язків; 5) охоронний правозастосовний акт (факультативний елемент), а О. Ф. Скакун як складові – норми права, правові відносини та акти реалізації прав і обов'язків, визначаючи основні правові форми діяльності держави: правотворча, правозастосовна, правоохоронна, установча, контрольно-наглядова<sup>6</sup>. Відповідно до основних стадій правового регулювання та видів юридичної діяльності існують такі види юридичної техніки: нормотворча, правозастосовна, інтерпретаційна, систематизація права, техніка оприлюднення, техніка інкорпорації і консолідації тощо<sup>7</sup>.

В. В. Лазарев зазначає: нормотворчість у правовій сфері – це у принципі і головним чином державна діяльність, що завершує процес формування права, що означає зведення права у закон<sup>8</sup>. Незважаючи на домінуючі позиції держави в правотворчості, навіть сам факт визнання багатоманітності суб'єктів правотворчості є ключем до усвідомлення різноманітності форм втілення її результатів (не лише нормативно-правові акти і договори, а й звичаї і прецеденти)<sup>9</sup>. Як відомо, за суб'єктним складом виділяють нормотворчість: конституційну, законодавчу, підзаконну (акти Президента, Уряду та інших суб'єктів публічної адміністрації) та/або загальну (вищих органів державної влади); відомчу (міністерств та інших центральних органів виконавчої влади); місцеву (місцевих органів виконавчої влади); локальну (керівників підприємств, установ, організацій); народну, корпоративну, акти голів місцевих державних адміністрацій і територіальних громад та ін.

О. А. Шевчук так визначає риси нормотворчості центральних органів виконавчої влади: нормотворчість цих органів є елементом механізму адміністративного регулювання, що має підзаконний характер і в процесі якого відбувається формування загальнообов'язкових формально визначених приписів і правил; є засобом організації та здійснення державного управління, однак при цьому процес нормотворчості сам врегульований правом; є цілеспрямованою діяльністю, що триває в певних часових проміжках, містить внутрішні елементи – стадії нормотворчого процесу, включає сукупність певних дій та процедур<sup>10</sup>. На удосконалення правового регулювання суспільних відносин спрямований активний процес створення нових правових норм,

зміни та скасування чинних. У теорії права цей процес визначається поняттям «нормотворчість», що у системі МВС України варто розглядати як процес створення відомчих нормативних актів при відповідному забезпеченні технологій їх підготовки та прийняття<sup>11</sup>.

У монографії Л. М. Легін «Законодавчий процес в Україні: теоретико-правове дослідження» розкрито сутність, юридичну природу, поняття, принципи та теорію стадій законодавчого процесу<sup>12</sup>. Ю. М. Перерва характеризує законодавчий (нормотворчий) процес як частину законотворчості, що охоплює собою послідовність логічно та змістовно пов'язаних між собою проваджень та окремих процедур щодо створення правових актів<sup>13</sup>. На думку О. І. Юшика, правова нормотворчість зумовлює необхідність формування правової матерії<sup>14</sup>. Закономірно розглядати нормотворчість як частину процесу нормоутворення, що охоплює коло процесів: підготовка нормативного акта, виявлення потреб в правовому регулюванні тих або інших суспільних відносин, визначення напрямку і характеру регулювання<sup>15</sup>.

Правовий моніторинг пов'язують із різними стадіями правового регулювання (видання норм права, виникнення суб'єктивних права та юридичних обов'язків, застосування та офіційне тлумачення норм права) та, як наголошує В. М. Косович, його вивчення актуалізується з пошуком чинників, здатних сприяти вдосконаленню праворегулятивних властивостей основного джерела права сучасної України – нормативно-правового акта. Правовий моніторинг є елементом динаміки права та повинен супроводжувати всі складники механізму правового регулювання: від формування нормативної бази до забезпечення законності й правопорядку. Загальним об'єктом правового моніторингу, на думку Ю. В. Градової, на національному рівні виступає вся правова система країни, усі правові явища у межах кордонів держави, усі елементи механізму правового регулювання. Правовий моніторинг є професійною діяльністю; використовується як метод здійснення діяльності, що полягає в аналізі, оцінці та прогнозуванні якості нормативно-правових актів і правозастосування; охоплює публічну й приватноправову сфери; забезпечує вдосконалення права за формою та змістом – прагматичний метод отримання знання і самостійний, спеціальний вид діяльності органів державної влади, інститутів громадянського суспільства з метою аналізу, оцінки й прогнозування якості нормативно-правових актів та правозастосовної практики<sup>16</sup>.

Нормографія – це наука про правову природу правотворчої діяльності та юридичної техніки<sup>17</sup>. Нормотворчий процес, як і процес реалізації акта, складається з окремих процедур, що можуть поділятися на етапи. При цьому поняття «процедура» є тотожним поняттю «стадія»<sup>18</sup>. О. О. Томкіна звертає увагу на те, що поряд з термінами «процес» та «процедура» в українській науковій літературі та законодавстві є термін «провадження», який характеризує безпосередній хід виконання офіційно встановленої процедури видання актів та означає уводити що-небудь у дію, у практику<sup>19</sup>.

Процес – послідовна зміна станів або явищ, що відбувається закономірним порядком; хід розвитку чого-небудь<sup>20</sup>.

Процедура – це офіційно встановлений чи узвичаєний порядок здійснення, виконання або оформлення чого-небудь<sup>21</sup>.

Стадія – це відносно самостійна частина адміністративної діяльності, необхідний для досягнення загального результату. Кожна стадія насамперед характеризується специфічною безпосередньою метою, яку можна вважати сходинкою в досягненні спільної, головної мети процесуальних дій. На кожній стадії специфічним є склад суб'єктів правовідносин, інформація, що збирається та використовується, документи, що складаються, прийняті рішення, вжиті дії<sup>22</sup>.

Правотворчість (англ. *legislation*) – правова форма діяльності держави і громадянського суспільства із встановлення, зміни і скасування правових норм, зовні виражених у джерелах (формах) права: нормативно-правових актах, правових прецедентах, правових звичаях, нормативно-правових договорах тощо; вона полягає в їх підготовці, ухваленні, опублікуванні та систематизації<sup>23</sup>.

Висвітлюючи питання про види юридичної техніки для студентів-нормопроектантів, В. М. Косович виходить із її особливостей на кожній стадії правового регулювання: правотворчої, правосистематизаційної, правотлумачної, правореалізаційної та правозастосовної<sup>24</sup>.

П'ять стадій **нормотворчого процесу** центральних органів виконавчої влади виокремлює О. А. Шевчук (2011 р.): підготовча робота та складання проекту нормативно-правового акта; проведення експертиз, узгодження з заінтересованими органами, доопрацювання проекту; прийняття акта центральним органом виконавчої влади; державна реєстрація; оприлюднення нормативно-правових актів<sup>25</sup> та А. А. Сиволобова (2008 р.): збір інформації, вивчення, аналіз явищ і процесів у суспільстві, що вимагають правової регламентації; підготовка проекту нормативного правового акта; розгляд, узгодження проекту і прийняття (затвердження) нормативного правового акта; державна реєстрація нормативного правового акта; опублікування і набрання чинності нормативного правового акта<sup>26</sup>.

Нормотворчий процес місцевих державних адміністрацій як виду місцевих органів виконавчої влади відрізняється від нормотворчого процесу взагалі наявністю додаткової стадії – остаточне опрацювання проекту розпорядження голови держадміністрації в апараті держадміністрації. Стадіями нормотворчого процесу місцевих державних адміністрацій щодо створення розпоряджень голів місцевих державних адміністрацій є такі: 1) розробка проекту розпорядження головним розробником, яким можуть бути для всіх місцевих державних адміністрацій структурні підрозділи держадміністрації, інші органи виконавчої влади, а для обласних держадміністрацій – ще й райдержадміністрації; 2) погодження проекту розпорядження із заінтересованими структурними підрозділами місцевої державної адміністрації та іншими органами виконавчої

влади, які на сьогодні визначаються головним розробником; 3) факультативна стадія, яка полягає в публічному обговоренні із громадськістю актів, що визначені такими, які підлягають обговоренню; 4) опрацювання проекту розпорядження в апараті місцевої державної адміністрації, після якої у разі відсутності зауважень проект передається голові місцевої державної адміністрації на підпис<sup>27</sup>.

Деякі автори характеризують нормотворчий процес як суворо регламентований порядок реалізації нормотворчої ініціативи, розгляду, прийняття, підписання, офіційного опублікування та набуття чинності відповідного правового акта, виділяючи окремо також поняття процесуальної нормотворчості як форми реалізації матеріальних прав та обов'язків учасників цього процесу<sup>28</sup>.

Інші вчені пропонують розглядати нормотворчий процес як структуровану, поетапну, закономірно послідовну організаційно-правову діяльність уповноважених суб'єктів, яка полягає в ініціюванні, підготовці, розгляді проектів правових актів, прийнятті та введенні їх у дію<sup>29</sup>.

Нормотворчий процес Президента України – це процедурно-процесуальна діяльність глави держави як суб'єкта нормотворчості, що складається з низки послідовних стадій (процедур) і спрямована на прийняття правового акта та врегульована відповідними процесуальними нормами<sup>30</sup>.

На законодавчому рівні в Україні пропонується встановити, що під нормотворчою діяльністю варто розуміти діяльність, пов'язану з плануванням, розробленням, проведенням експертизи, прийняттям (виданням) нормативно-правового акта, внесенням до нього змін, припиненням ним чинності. При цьому поняття нормотворчого процесу визначається як спеціальна організаційно-правова діяльність уповноважених суб'єктів, що полягає в ініціюванні, підготовці, розгляді проектів нормативно-правових актів і прийнятті (виданні) цих актів і набранні ними чинності<sup>31</sup>.

Нормотворчий процес не можна розглядати як аналогію нормотворчої діяльності, оскільки це не тотожні поняття, зокрема, остання – ширше за своїм змістом. Таке твердження випливає з того положення, що до початку організації нормотворчого процесу проводиться діяльність щодо виявлення необхідності в правовому регулюванні відповідних суспільних відносин, а вже, як наслідок цього, здійснюється розроблення проекту нормативно-правового акта<sup>32</sup>. Зазначені дії, які безпосередньо не породжують правових норм, однак є передумовами для прийняття нормативно-правового акта, проводяться до внесення проекту акта у відповідний орган і не включаються в нормотворчий процес, але вони виступають невід'ємною частиною нормотворчої діяльності. Другий етап нормотворчості представлений власне нормотворчим процесом, що включає внесення проекту в порядку реалізації нормотворчої ініціативи, його подальше обговорення та розгляд і тощо<sup>33</sup>. Стадії нормотворчого процесу: нормотворча ініціатива; розробка проекту нормативно-правового акта; обговорення проекту нормативно-правового акта; прийняття нормативно-правового акта; опублікування нормативно-правового акта та надання йому чинності<sup>34</sup>.

Разом з тим Я. І. Ленгер та Ю. Ю. Бисага доходять висновку про те, що в процес нормотворчості не варто включати організаційні дії, що сприяють безпосередній правовій роботі над нормативним актом. Зокрема, до нормотворчості не належить діяльність щодо обліку, аналізу та узагальнення пропозицій про вдосконалення законодавства, організаційні заходи щодо вдосконалення роботи правотворчих органів та ін. Власне, нормотворчість з точки зору процедури – це діяльність з підготовки, обговорення, затвердження та опублікування нормативних актів, що здійснюється компетентними органами. Необхідно відокремити дії, які передують нормотворчій діяльності, від процесуального початку цієї діяльності, оскільки друковані матеріали, вислови політичних діячів і науковців, пропозиції державних та громадських організацій про вдосконалення законодавства ще не свідчать про початок нормотворчого процесу, тобто процесуальні відносини не виникають. Подібні пропозиції є соціально-політичними передумовами та підставами нормотворчої діяльності. Підставою виникнення нормотворчого процесу є ухвалення офіційного рішення про підготовку проекту нормативного акта<sup>35</sup>. Найкращий спосіб підготовки нормативно-правового масиву полягає в роботі над ним на двох стадіях, а саме: на стадіях розроблення концепції та формулювання текстів проектів актів на основі обраної концепції<sup>36</sup>.

«Нормотворчість» – складне слово, утворене з двох частин: «норма» і «творчість». «Норма» трактується як звичайний, узаконений, загальноприйнятий обов'язковий порядок, стан і т. ін.; зразок, правило поведінки людей у суспільстві<sup>37</sup>.

Українська вчена Ю. М. Перерва вважає, що нормотворчість – це провідний, творчий напрям діяльності держави, що включає в себе комплексну, юридично неформалізовану оцінку правових потреб суспільства і наступне створення правових актів уповноваженими суб'єктами в рамках організаційно оформлених процедур, які охоплюють підготовку, прийняття й оприлюднення цих актів<sup>38</sup>.

Нормотворчість – це цілеспрямована юридична вольова процедурно-процесуальна діяльність або процес втілення волі та законних інтересів суб'єктів нормотворчості, уповноважених створювати, змінювати чи скасовувати правові акти у межах і порядку, визначених Конституцією та законами України<sup>39</sup>.

Нормотворча діяльність (нормотворчість) Президента України складається з двох самостійних процесів: процес прийняття акта (нормотворчий процес), який починається з моменту належного оформлення нормотворчої пропозиції (ініціативи) та завершується набранням актом чинності, та процес реалізації, який починається з моменту набранням актом чинності та завершується припиненням його дії (визнання акта таким, що втратив чинність; його скасування; зняття акта з контролю тощо). Тобто, поняття «нормотворча діяльність» є тотожним поняттю «нормотворчість» і в широкому розумінні охоплює весь період часу від задуму прийняти акт до його повної реалізації. Якщо нормотворчий процес, який є першим, можна назвати



періодом народження акта, оскільки у результаті послідовної реалізації певних процедур у правовій матерії починає офіційно діяти новий документ, що створює, змінює або скасовує норми права, то другий (процес реалізації акта) є періодом життя та смерті акта, оскільки він у цей період повинен виконати своє призначення і досягнути поставленої суб'єктом нормотворчості мети<sup>40</sup>.

Нормотворчість визначають як урегульований законодавством вид цілеспрямованої юридичної діяльності суб'єктів, спеціально уповноважених приймати, змінювати чи скасовувати нормативно-правові акти, що здійснюється в межах компетенції в установлених процедурно-процесуальних формах<sup>41</sup>.

У підручнику з адміністративного процесу прийнято виокремлювати такі нормотворчі провадження: з прийняття постанов і розпоряджень Кабінету Міністрів України; з видання наказів, інструкцій та інших актів міністерств, державних служб, інспекцій, агентств; з видання рішень місцевих державних адміністрацій; з видання локальних актів (наказів, положень, правил) керівниками державних підприємств, установ та організацій; з видання нормативних актів органами місцевого самоврядування. Нормотворча діяльність у публічній сфері, як правило, являє собою доволі складний і тривалий процес. Російські вчені Б. М. Лазарев, І. Ш. Муксінов та О. Ф. Ноздрачев виділяють такі стадії нормотворчого процесу в управлінській діяльності: збір інформації та виявлення проблемних ситуацій; розробка проекту нормативного акта управління; узгодження, візування, обговорення проекту громадськістю та в органі, який є суб'єктом нормотворчого процесу; прийняття рішення і оформлення нормативного акта; опублікування нормативного акта або доведення до відома всіх заінтересованих осіб. В. Д. Сорокін виокремлює такі стадії нормотворчого провадження: а) підготовка проекту нормативного акта; б) розгляд проекту й прийняття нормативного акта; в) державна реєстрація нормативного акта; г) опублікування та вступ у силу нормативного акта. На думку В. Б. Авер'янова, стадіями адміністративної нормотворчості є: 1) підготовка нормативного акта; 2) прийняття нормативного акта; 3) доведення рішення до відома виконавців і заінтересованих осіб. У кожній стадії нормотворчого провадження названий вчений виділяє такі процесуальні етапи: І. а) правова ініціатива; б) аналіз ситуації та варіантів правового впливу (на даному етапі з'ясовуються фактичний стан справ і можливі варіанти вирішення питань, що виникли); в) підготовка проекту нормативного акта (включає обговорення, узгодження та належне оформлення проекту); ІІ. а) обговорення та голосування (факультативний етап, характерний для прийняття рішень колегіальними органами); б) доробка проекту; в) оформлення рішення (остаточне редагування проекту нормативного акта, його підписання та присвоєння акту порядкового номера); ІІІ. Оприлюднення нормативного акта в засобах масової інформації або доведення його змісту до відома виконавців і заінтересованих осіб іншим способом. Сучасна структура адміністративного провадження, з позиції О. В. Кузьменко має такі стадії: 1) переди проектна стадія; 2) проектна стадія; 3) стадія прийняття проекту нормативно-правового акта; 4) засвідчувальна стадія; 5) інформаційна стадія<sup>42</sup>.

Варто врахувати, що процес вироблення та прийняття рішення складається з декількох стадій: ініціювання (подання ідей, пропозицій); розроблення; обговорення проекту; прийняття (видання, підписання) акта; оприлюднення та набрання чинності; контроль за виконанням<sup>43</sup>.

У нормотворчій діяльності міністерств, на нашу думку, можна виокремити такі стадії: здійснення правового моніторингу – аналіз, оцінка, збирання необхідної інформації щодо виявлення проблем і потреб в правовому регулюванні, прогнозування; розробка варіантів рішень та формулювання вимог-обмежень; збирання й аналіз необхідної інформації; розробка концепції; визначення цілей, вибір із альтернатив вирішення нової ситуації; збирання необхідної інформації; визначення напрямку і характеру регулювання; оформлення рішення із визначенням критеріїв щодо необхідності підготовки нормативно-правового акта та узгодження із заінтересованими особами; нормопроєктування (визначення напрямку моделювання відносин, систематизація, ініціатива, концептуальна розробка проекту, написання та оформлення, опублікування, правозастосування і зміни); організація виконання рішення і доведення до виконавців; контроль за ходом реалізації та оцінка з реагуванням на застосування.

На виконання ст. 7 Указу Президента України від 9 лютого 1999 р. № 145 «Про заходи щодо вдосконалення нормотворчої діяльності органів виконавчої влади» Кабінетом Міністрів України прийнято постанову від 31 березня 1999 р. № 502 «Про утворення Інституту нормотворчої діяльності при Кабінеті Міністрів України» із необхідністю підготовки проекту постанови про затвердження Положення про Інститут нормотворчої діяльності як державної науково-дослідної установи, що проводитиме дослідження у сфері нормотворчої діяльності органів виконавчої влади. На нашу думку, з метою залучення до нормотворчості провідних науковців, зокрема як експертів різних галузевих знань та ефективного впровадження результатів наукових досліджень, використовуючи досвід роботи Інституту законодавства та НІСД, варто організувати і провести публічне обговорення щодо доцільності утворення Інституту нормотворчої діяльності.

<sup>1</sup> Соколова Ю. А. Нормотворчество органов исполнительной власти: теоретические аспекты и правовая регламентация / Ю. А. Соколова, 2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.journal-nio.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=474&Itemid=89](http://www.journal-nio.com/index.php?option=com_content&view=article&id=474&Itemid=89)

<sup>2</sup> Горбунова Л. М. Принцип законності у нормотворчій діяльності органів виконавчої влади : моногр. / Л. М. Горбунова. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 240 с. – С. 54.

<sup>3</sup> Нечаев Д. ФРГ: принципы сотрудничества государства с неправительственными объединениями (90-е годы) / Д. Нечаев // Мировая экономика и междунар. отношения. – 2002. – № 12. – С. 26–29.

<sup>4</sup> Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підруч. – 2-е вид. / О. Ф. Скакун ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2005. – 656 с. – С. 509.

- <sup>5</sup> Ленгер Я. І. Нормотворчість в контексті реформування права / Я. І. Ленгер, Ю. Ю. Бисага // Порівняльно-аналітичне право. – № 1/2013. – С. 15–19 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://pap.in.ua/1\\_2013/Lenger.pdf](http://pap.in.ua/1_2013/Lenger.pdf) – С. 17.
- <sup>6</sup> Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підруч. – 2-е вид. / О. Ф. Скакун ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2005. – 656 с. – С. 507.
- <sup>7</sup> Пивоваров В. М. Мова права як один із головних засобів юридичної техніки / В. М. Пивоваров : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legaltechnique.org/index.php/konferentsii/23-yurydychna-tekhnika-doktrynalni-aspekty>
- <sup>8</sup> Лазарев Б. М. Компетенція органів управління / Б. М. Лазарев. – М. : Юрид. лит., 1972. – 280 с. – С. 52.
- <sup>9</sup> Нормотворча діяльність Президента України та її нормопроектне забезпечення : моногр. / О. В. Скрипнюк, В. Л. Федоренко, Ю. Г. Барабаш, Я. О. Берназюк та ін. ; перед. Ю. В. Ковбасюка ; за ред. О. В. Скрипнюка і В. Л. Федоренка. – К. : НАДУ. – 2011. – 344 с. – С. 46.
- <sup>10</sup> Шевчук О. А. Організаційно-правові засади нормотворчості центральних органів виконавчої влади в Україні / О. А. Шевчук : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://cyberleninka.ru/article/n/organizatsionno-pravovye-osnovy-normotvorchestvatsentralnyh-organov-ispolnitelnoy-vlasti-v-ukraine-1.pdf>
- <sup>11</sup> Красницька А. В. Техніка нормотворчості / А. В. Красницька // Навчально-методичний комплекс : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.naiu.kiev.ua/files/kafedru/ud/tex\\_normoty.pdf](http://www.naiu.kiev.ua/files/kafedru/ud/tex_normoty.pdf)
- <sup>12</sup> Легін Л. М. Законодавчий процес в Україні : теоретико-правове дослідження : моногр. / Л. М. Легін. – Івано-Франківськ : Лабораторія академічних досліджень правового регулювання та юридичної техніки ; Дрогобич : Коло, 2015. – 134 с.
- <sup>13</sup> Перерва Ю. М. Законодавчий процес в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Ю. М. Перерва ; Київський національний університет внутрішніх справ. – К., 2009. – С. 192.
- <sup>14</sup> Берназюк Я. О. – Вказана праця. – С. 20.
- <sup>15</sup> Ленгер Я. І., Бисага Ю. Ю. – Вказана праця. – С. 17–18.
- <sup>16</sup> Онищук І. І. Правовий моніторинг: теоретичні та прикладні аспекти / І. І. Онищук // Юридична техніка: доктринальні основи та проблеми викладання: тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції (м. Харків, 30 вересня – 1 жовтня 2015 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legaltechnique.org/index.php/konferentsii/23-yurydychna-tekhnika-doktrynalni-aspekty>
- <sup>17</sup> Нормографія: теорія і методологія нормотворчості : научно-методическое и учебное пособ. / под ред. д-ра юрид. наук Ю. Г. Арзамасовой. – М. : Академический проект, 2007. – 480 с. – (Gaudeamus). – С. 7.
- <sup>18</sup> Берназюк Я. О. Вказана праця. – С. 22.
- <sup>19</sup> Там само.
- <sup>20</sup> Академічний тлумачний словник української мови : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sum.in.ua/s/proces>
- <sup>21</sup> Академічний тлумачний словник української мови : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sum.in.ua/s/procedura>
- <sup>22</sup> Адміністративне право Росії : підруч. для вузів / Д. М. Бахрах / [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://bibliograph.com.ua/administrativnoe-pravo-3/79.htm>
- <sup>23</sup> Курс адміністративного права / О. В. Кузьменко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://pidruchniki.com/1810071347573/pravo/normotvorchi\\_provadzhennya](http://pidruchniki.com/1810071347573/pravo/normotvorchi_provadzhennya)
- <sup>24</sup> Косович В. М. Методика формування знань та навиків з юридичної техніки у студентів-правників / В. М. Косович : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legaltechnique.org/index.php/konferentsii/23-yurydychna-tekhnika-doktrynalni-aspekty>
- <sup>25</sup> Шевчук О. А. Вказана праця.
- <sup>26</sup> Сиволобова А. А. Стадії нормотворчості органів исполнительної влади Російської Федерації / А. А. Сиволобова // Известия Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена. – 2008. – Вып. № 58 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://cyberleninka.ru/article/n/stadii-normotvorchestva-organov-ispolnitelnoy-vlasti-rossiyskoj-federatsii>
- <sup>27</sup> Гетьман Є. А. Нормотворча діяльність місцевих державних адміністрацій: проблемні питання та шляхи вдосконалення / Є. А. Гетьман : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://tlaw.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2015/07/Гетьман-Є.ст.pdf>
- <sup>28</sup> Ющенко І. М. Закон про Державний бюджет України: теоретико-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / І. М. Ющенко ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2011. – С. 125–126.
- <sup>29</sup> Горбатенко В. В. Робоча нормопроектна група: її утворення та діяльність / В. В. Горбатенко // Збірник тез лекцій з питань нормопроекування. – К. : Мін-во юстиції України; Центр правової реформи і законопроектних робіт, 2005. – С. 95.
- <sup>30</sup> Берназюк Я. О. Процедурно-процесуальні аспекти нормотворчої діяльності Президента України: основні тези / Я. О. Берназюк // Держава і право. – Вип. 56. – 2012. – С. 23.
- <sup>31</sup> Проект закону України «Про нормативно-правові акти», внесений народним депутатом України Мірошніченком Ю. Р. (реєстр. № 7409 від 1 грудня 2010 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=39123](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=39123)
- <sup>32</sup> Нечипоренко А. Нормотворча діяльність у правовій державі / А. Нечипоренко // Публічне право. – 2012. – № 4 (8). – С. 375–381. – С. 377.
- <sup>33</sup> Нечипоренко А. Вказана праця. – С. 377–378.
- <sup>34</sup> Федоренко Г. О. Теорія держави і права: Навч.-метод. посіб. для самост. вивч. дисц. / Г. О. Федоренко. – К.: КНЕУ, 2006. – 232 с. : [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://ubooks.com.ua/books/00036/inx38.php>
- <sup>35</sup> Ленгер Я. І., Бисага Ю. Ю. Вказана праця. – С. 18.
- <sup>36</sup> Ленгер Я. І., Бисага Ю. Ю. Вказана праця. – С. 19.
- <sup>37</sup> Новий тлумачний словник української мови : у 4 т. / укл. В. В. Яременко, О. М. Сліпушко. – К. : Аконті, 1998. – Т. 2. – 910 с. – С. 498.
- <sup>38</sup> Берназюк Я. О. Вказана праця. – С. 22.
- <sup>39</sup> Ковальський В. С. Правотворчість: теоретичні та логічні засади / В. С. Ковальський, І. П. Козінцев. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – С. 52.
- <sup>40</sup> Берназюк Я. О. Вказана праця. – С. 23.
- <sup>41</sup> Нечипоренко А. Вказана праця. – С. 378.
- <sup>42</sup> Курс адміністративного права / Кузьменко О. В. : [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://pidruchniki.com/1810071347573/pravo/normotvorchi\\_provadzhennya](http://pidruchniki.com/1810071347573/pravo/normotvorchi_provadzhennya)

<sup>43</sup> Участь громадськості у процесі прийняття рішень на місцевому рівні : навч.-метод. посіб. / ДП «Укртехінформ» – К., 2013. – 250 с. – С. 172.

#### Резюме

##### **Жидецька В. В. Про стадії нормотворчої діяльності міністерства.**

У статті досліджується соціально-юридичне явище та вид юридичної діяльності – нормотворчість як стадія правового регулювання та з'ясовуються підходи до визначення стадійності нормотворчого провадження як складової нормотворчого процесу (нормоутворення) міністерств.

**Ключові слова:** міністерство, нормотворча діяльність, нормотворче провадження, проект, процес, стадія.

#### Резюме

##### **Жидецкая В. В. О стадиях нормотворческой деятельности министерства.**

В статье исследуется социально-юридическое явление и вид юридической деятельности – нормотворчество как стадия правового регулирования и выясняются подходы к определению стадийности нормотворческого производства как составной нормотворческого процесса (нормообразования) министерств.

**Ключевые слова:** министерство, нормотворческая деятельность, нормотворческая производства, проект, процесс, стадия.

#### Summary

##### **Zhydetska V. Stages of rulemaking ministry.**

The article investigates socio-legal phenomenon and the kind of legal action - as the rule-making stage of legal regulation and clarified approaches to the definition of stages of production as an integral normative legislative process (norm-formation) ministries.

**Key words:** ministry, rulemaking, rulemaking proceedings, project, process, stage.

УДК 342.92: 321.7:323.212

#### **К. В. ЖИДЕЦЬКА**

*Катерина Вікторієна Жидецька, аспірантка  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького  
НАН України*

### **ПОЛІТИЧНА АКТИВНІСТЬ І ГРОМАДЯНСЬКА ОСВІТА ЯК ПЕРЕДУМОВИ ЗДІЙСНЕННЯ ЯКІСНОГО ГРОМАДСЬКОГО КОНТРОЛЮ**

Правопорядок у суспільстві, якість життя і добробут українського народу, довіра до влади, взаємна відповідальність держави та суспільства, порядність у реагуванні на політичні процеси (а не сліпе підігривання у маніпуляційній грі лобістів окремих цілей (питань) – участь в оплачених мітингах, голосування «за гречку», окомилування у боротьбі з корупцією, прояви нігілізму, виявлення у процесі люстрації осіб, які «сприяли узурпації влади», явище «тітушок») має важливе значення для успішного розвитку держави в умовах конкурентно-глобалізаційних процесів трансформації правового, інформаційного, економіко-політичного світового простору – де мають панувати стосовно кожної людини загально визнані цінності й принципи: відповідальність, добросовісність, добросовісність, повага, порядність, справедливість. У зв'язку із підписанням Угоди про асоціацію між Україною та ЄС постають питання розв'язання завдань забезпечення відповідності європейським стандартам демократизації діяльності у формуванні соціально активного суспільства та визначенні цінностям активності суб'єктів політики у контексті профілактики зловживань влади, трансформації процесів моделювання державотворення, зміні підходів субординаційного управління у регулюванні публічними справами, у т.ч. міри повноважень громад завдяки децентралізації і деконцентрації. Не секрет, що у політичній діяльності рівень політичної активності особи (суб'єкта – актора публічної політики) у забезпеченні охорони і захисту прав, свобод та інтересів безпосередньо залежить від політичної свідомості.

Актуальність дослідження проблем якості громадського контролю у публічній політиці і розбудові сильної демократії викликана недосконалістю українського законодавства щодо громадського контролю, проявами політичної пасивності та апатії, недостатнім рівнем громадянської освіти, незначними ресурсами для поінформованості пересічних громадян, проявами формального підходу чиновників до залучення (заінтересованості) громадськості в управлінні суспільними справами та неефективним реагуванням на громадські розслідування, запити, ініціативи, обговорення (спілкування), консультації, спостереження, моніторинг, звернення, пропозиції, слухання, експертні висновки, опитування, інформування, представництво у прийнятті рішень і легітимізацію проектів влади. Як відомо, громадськість, враховуючи ступінь активності на творення політики і здійснення контролю (планування, організація, виконання, перевірка наслідків, додаткове реагування), може мати вплив: мінімальний, міноритарний, паритетний, домінуючий, максимальний. Як зазначав Гегель, забезпечення держави і тих, хто перебуває під її керуванням, від зловживань владою

розуміється, з одного боку, безпосередньо в їх ієрархії і відповідальності, а з іншого, – у правах громад, корпорацій, за допомогою чого привнесено суб'єктивного свавілля в довірену чиновникам владу ставиться власне перешкода, і недостатній в окремих випадках контроль зверху доповнюється контролем знизу<sup>1</sup>.

Основні проблеми реалізації громадської участі лежать у спектрі: від небажання влади забезпечувати участь громадськості у творенні державної політики та перебувати під її контролем – через побоювання виявити свою некомпетентність і нести за це відповідальність перед громадськістю та інші причини – до небажання громадськості активно залучатися до суспільно-політичного життя<sup>2</sup>. Надзвичайно позитивним є істотне зменшення переконаності громадян, що при вирішенні більшості питань в органах влади потрібно давати хабарі (якщо у 2003 р. таку думку підтримували 72,5 % опитаного населення, то у 2009 р. – 53,8 %)³. За даними дослідження, проведеного веб-спільнотою у 2011 р., лише 8 % громадян України покладають відповідальність за подолання корупції на себе; кожен третій заявляє про свою готовність протидіяти корупційним діям, проте лише 4 % мешканців держави намагалися захистити свої права в таких ситуаціях. Традиційно відповідальність за вирішення проблеми корупції на Президента (78 %), депутатів (45 %), міністрів (33 %), одночасно вважаючи органи державної влади та місцевого самоврядування найбільш корумпованими<sup>4</sup>. Опитування, проведене 2014 р. фондом «Демократичні ініціативи» імені Кучеріва, стосовно надання адміністративних послуг, показало, що хабарі в більшості випадків ініціюються не чиновниками, а прохачами. 29 % сказали, що «дають», бо «так простіше і легше вирішити проблеми», а кожен п'ятий українець взагалі вважає хабарі нормою життя<sup>5</sup>. За оцінками Є. Глібовицького, питома вага активних громадян становить близько 4 % населення України<sup>6</sup>. Причини неспроможності здійснення громадського контролю наступні: слабкість державних інститутів та інституту громадянського суспільства; неукоріненість культури контролю в українському суспільстві, бездіяльність, безкарність та безвідповідальність посадових осіб, які здійснюють владні повноваження; недостатнє інформування громадськості та непрозорість прийняття рішень; створення видимості застосування контролю задля формування позитивного іміджу партій; використання псевдогромадського контролю як засобу боротьби<sup>7</sup>.

Різні напрями здійснення громадського контролю досліджували у своїх працях В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, Г. В. Агаманчук, В. Д. Бакуменко, Ю. П. Битяк, Б. А. Бор'ян, С. Г. Братель, К. Л. Бугайчук, М. Ю. Віхляєв, Л. А. Гаєвська, В. М. Гарашук, А. П. Гетьман, З. С. Гладун, Л. В. Гонюкова, І. П. Голосніченко, С. Ф. Денисюк, Є. Є. Додіна, Л. О. Ємець, Т. О. Коломоєць, В. К. Колпаков, Я. Ю. Кондратьєв, А. Т. Комзюк, С. А. Косінов, М. В. Костицький, В. М. Кравчук, А. С. Крупник, О. В. Кузьменко, С. М. Кушнір, В. В. Латишева, В. Я. Малиновський, С. О. Мосьондз, О. М. Музичук, Т. В. Наливайко, Н. Р. Нижник, М. М. Новіков, О. Ю. Оболенський, Ю. В. Опалько, В. М. Пальченкова, С. В. Петков, В. П. Петков, П. М. Рабінович, С. П. Рабінович, Л. П. Рогатіна, О. П. Рябченко, А. О. Селіванов, О. В. Скрипнюк, О. І. Сушинський, В. П. Тимошук, Ю. О. Тихомиров, Т. В. Хабарова, С. В. Шевчук, Ю. С. Шемчушенко, С. В. Шестак, О. В. Шорина та інші вчені.

Проте, незважаючи на значну кількість напрацювань вчених щодо проблем реалізації громадського контролю, після Революції гідності комплексного дослідження аналізу причин його неефективності зроблено не було. Важливо у процесі адміністративної реформи розвинути інститути громадянського суспільства та здійснювати заходи для якісного громадського контролю. **Мета** даної статті – окреслити значення політичної активності та громадянської освіти з огляду на демократизацію суспільства у контексті впливу на подолання недоліків громадського контролю.

Аналізуючи характер громадської участі в різних країнах, Н. Кеннет і Дж. Хейко зазначають, що ця форма активності поряд з людським щастям, демократією, економічним добробутом є ключовою умовою і компонентом життєвого світу сучасної людини<sup>8</sup>. Політичну участь розглядають і як участь громадян у певних справах держави, зокрема: узгодження власного життя, діяльності з органами влади відповідно до основних конституційно-правових норм; участь у виборчих кампаніях, референдумах, формуванні представницьких органів різних рівнів; участь у демонстраціях, мітингах, пікетуваннях, інших масових політичних акціях; участь у діяльності політичних партій, громадських об'єднань, інших організованих формах політичного процесу; безпосередня політична діяльність у формах і на посадах, пов'язаних з виконанням функцій представника влади, депутатського корпусу тощо; політична діяльність, що є для людини основним заняттям, джерелом її існування<sup>9</sup>.

Поняття «громадська участь» В. В. Артеменко визначає як систему дій, методів, інструментів і механізмів (об'єднаних логікою) участі громадян у визначенні та вирішенні їхніх проблем<sup>10</sup>, а на думку Р. М. Хомської – це включення керованих та керуючих (в обговорення та розробку політичних, соціально-економічних, культурних програм і проєктів), вплив на прийняття рішень та контроль за їх виконанням<sup>11</sup>. Процес громадської участі залежно від рівня впливу (відсутність участі, обмежена участь, реальна (дієва) участь) суспільства на ухвалення рішень відповідно до класифікації рівнів громадської участі Ш. Арнштайна – маніпулювання, «терапія», інформування, консультація, врахування думки, партнерство, делегування повноважень, громадське керування<sup>12</sup>. Проте Я. І. Жукровський не погоджується з таким підходом, зазначаючи, оскільки держава відповідає перед людиною, то людина може запитувати державу в особі уповноважених органів державної влади про їхню діяльність, тобто контролювати, перевіряти її та аргументувати незгоду таким: коли виходить із смислового розуміння словосполучення «брати участь», то це не зовсім реалізація контрольних функцій (контрольна діяльність)<sup>13</sup>.

Щодо такої дискусії, варто зазначити, що згідно зі ст. 25 Пакту ООН кожний громадянин повинен мати без будь-якої дискримінації, без необґрунтованих обмежень право та можливість: брати участь у веденні дер-

жовних справ як безпосередньо, так і за посередництвом вільно обраних представників<sup>14</sup>. У Конституції України закріплено конкретні механізми громадської участі в суспільних справах та інші форми демократії<sup>15</sup> із забезпеченням участі громадськості у прийнятті рішень щодо конкретних видів діяльності (ст. 6); у питаннях розроблення планів, програм і політичних документів (ст. 7); у підготовці нормативних актів (ст. 8)<sup>16</sup>. У теорії комунікативної демократії (Ю. Хабермас) пропагується ціннісно-нормативний диктат домінуючих у суспільстві груп та ексклюзії маргінальних груп<sup>17</sup>, а теорія партиципаторної сильної демократії (Б. Барбер) обґрунтована тим, що активні громадяни безпосередньо урядують над собою, хоча не конче на кожному рівні і кожної миті, а досить часто, зокрема, тоді, коли треба вирішувати головні політичні питання і коли виявляють свою дію значні сили<sup>18</sup>.

Метою здійснення публічної влади народу є реалізація функцій, спрямованих на здобуття суспільного добробуту і створення умов для вільного розвитку особистості, досягнення загальносоціальних інтересів, панування свободи, реалізації прав індивідів і справедливого розподілу благ, реального контролю за діяльністю суб'єктів публічної адміністрації. У Конституції України закріплено: носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ, який здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування (ст. 5), народне волевиявлення (ст. 69), а передумова здійснення контролю за владою (публічною адміністрацією) визначається (ст. 3) визнанням людини найвищою соціальною цінністю і відповідальністю держави перед людиною за свою діяльність<sup>15</sup>. Влада народу є первинною, єдиною і невідчужуваною та здійснюється народом шляхом вільного волевиявлення через вибори, референдум, інші форми безпосередньої демократії у порядку, визначеному Конституцією та законами України<sup>19</sup>. Демократія – це не стільки правління народу чи правління мас, скільки правління освічених громадян, що є, на думку Н. А. Кирилюк, однією з найважливіших проблем політичного сьогодення українського суспільства, адже лише освічене громадянство, якому властиве розвинене почуття власної гідності, знання своїх прав та обов'язків, згода і вміння їх дотримуватися є запорукою формування демократичного суспільства<sup>20</sup>. На думку Л. М. Дунаєвої, якщо базові мережі довіри, що створюються громадянами для здійснення колективних заходів, залишаються на відстані від публічної політики, тоді у громадян виявляється мало стимулів брати участь у такій політиці, але досить потужні стимули приховувати свої соціальні зв'язки від політичної інтервенції<sup>21</sup>.

Н. А. Кирилюк визначає, що політична активність громадян за умов демократизації має розглядатися як діяльність з конструювання політичного простору шляхом інституціоналізації переговорів між владою та громадянським суспільством<sup>22</sup>. Класифікація видів участі громади в процесі власного розвитку була запропонована ПРООН<sup>23</sup>: пасивна участь; участь в наданні інформації; участь шляхом висловлення власної думки; участь через матеріальне стимулювання; функціональна участь; спільна участь; самообілізація. Класифікацію рівнів участі запропонував Д. Віллокс, що складається з: інформації, консультування, спільного прийняття рішень, спільних дій та підтримки незалежних дій громадськості<sup>24</sup>.

Г. Алмонд підкреслює: «культура участі – така культура, в якій члени суспільства певним чином орієнтовані на систему взагалі, а також як на політичні, так і на адміністративні структури і процеси... Індивідуальні члени такої політичної системи... схиляються до того, щоб орієнтуватися на «активну» власну роль в політиці»<sup>25</sup>. Події Революції гідності (листопад 2013 р. – лютий 2014 р.) засвідчили незворотне прагнення українського народу до побудови правової та демократичної держави, в якій гарантуються та забезпечуються права і свободи людини. Національна стратегія у сфері прав людини спрямована на об'єднання суспільства довкола розуміння цінності прав і свобод людини, які захищаються на основі принципу рівності та без дискримінації<sup>26</sup>. Значна кількість громадських активістів та представників бізнес-спільноти виявили бажання контролювати владу, але існуючі механізми громадського контролю не дозволяють запровадити зміни у діяльності органів влади, формуванні та реалізації державної політики. «Вікно можливостей» для громадських організацій, бізнес-асоціацій та аналітичних центрів, яке відкрилося після Євромайдану, залишається невикористаним<sup>27</sup>.

На думку Б. Барбера, «те, що вважається питанням або проблемою, і те, як ці питання і проблеми формулюються, значною мірою визначає те рішення, що буде прийняте... той, хто контролює порядок денний, контролює результат»<sup>28</sup>, оскільки «сильна демократія шукає такі інституції, які б могли стати одночасно і голосом і вухом для цих явищ»<sup>29</sup>. Навіть у країнах з розвинутою демократією влада прагне позбутися контролю з боку громадян, протистояти їхній активності або принаймні переключити активність на другорядні, малозначущі проблеми<sup>30</sup>.

О. Ф. Андрийко зазначає, що в основу класифікації видів контролю можуть бути покладено різні критерії – природа суб'єктів контролю, їх завдання, зміст контрольної діяльності, характер контрольних повноважень, характер взаємовідносин суб'єкта контролю з підконтрольним об'єктом, стадії управління, на яких здійснюється контроль, юридичні наслідки контролю<sup>31</sup>.

Законом України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави» визначено (ст. 6) систему цивільного контролю, що складається з: парламентського контролю; контролю, здійснюваного Президентом України; контролю з боку органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування; контролю з боку судових органів та органів прокуратури, який здійснюється у спосіб, передбачений Конституцією та законами України; громадського контролю<sup>32</sup>. У проекті Концепції реформування публічної адміністрації в Україні (3.6) виокремлено види контролю за публічною адміністрацією: судовий контроль; парламентський контроль; контроль місцевих рад; громадський конт-

роль<sup>33</sup>. На нашу думку, громадський контроль як інститут конституційного права контрольної та охоронно-захисної спрямованості є видом соціального контролю та функцією управління суспільними, у т.ч. державними справами, інструментом моніторингу, аналізу, оцінки, експертизи управлінських актів – дій (бездіяльності), рішень (проектів), неформальним чинником самоорганізації, що здійснюється особами, заінтересованими в дотриманні правопорядку у демократичному суспільстві з метою задоволення потреб життєдіяльності, безпеки, добробуту й розвитку.

Варто погодитись з А. С. Крупник щодо умов успішності громадського контролю в Україні, зважаючи на зарубіжний досвід його організації<sup>34</sup>: усвідомлення необхідності існування громадського контролю як невід'ємної складової системи публічного управління та відповідальності за стан справ, що має спонукати найбільш активних і небайдужих членів співтовариства добровільно брати участь у здійсненні громадського контролю; наявність постійно діючої системи навчання та підвищення кваліфікації громадських експертів; тісний творчий зв'язок і обмін досвідом діяльності щодо здійснення громадського контролю між громадськими організаціями та владними структурами. Громадська активність у її організованих формах охоплює сьогодні майже всі сфери суспільного життя. Середній показник довіри до громадянського суспільства в Україні є нижчим, ніж, наприклад в Албанії (39,6 %) або у Грузії (45,6 %) <sup>35</sup>. Дані соціологічних досліджень фіксують наявність в Україні значного потенціалу зростання кількості ІГС – інститутів громадянського суспільства та громадської активності через залучення до їх діяльності. У 2008 р. 40 % населення вважали, що найефективнішим способом досягти певної мети було створити ІГС або приєднатися до існуючої, і лише 20 % обрали варіант «діяти спільно без ІГС». При цьому у більшій ефективності індивідуальних дій були упевнені лише 8,3 % громадян. Щодо оцінки впливу ІГС на здійснення політики, то 45 % населення України вважають такий вплив середнім або значним, проте 40 % – найменшим чи малим<sup>36</sup>.

Порівняльний аналіз даних щодо реєстрації громадських об'єднань та ефективне використання їх потенціалу для реалізації прав громадян потребують вирішення низки виявлених проблем, а саме: недосконалість деяких норм; незавершеність процесу внесення змін до інших законодавчих актів; необхідність приведення у відповідність до окремих статей Конституції України; забезпечення належного функціонування Реєстру громадських об'єднань<sup>37</sup>. Утворення центрів місцевої активності наразі не знайшло широкого резонансу в поширенні громадянської освіти з впливом на вирішення конфліктності між гілками влади і учасниками коаліційних домовленостей, проблем зовнішньої агресії і світоглядного розмаїття, завдань руху за національне відродження і подолання проявів радянської ідеології у свідомості, повільної адаптації до нових соціальних реалій, змін законодавства, неоднотипної практики судів щодо пільг, соціальних виплат, низької політико-правової культури з огляду на кількість звернень українців до ЄСПЛ (у т.ч. з огляду на рішення 2008 р. у справі «Корецький та інші проти України» щодо права на свободу об'єднання), що потребує пошуку ефективних механізмів залучення до об'єднання свідомих, активних і творчих людей для здійснення продуктивних реформ і якісного громадського контролю.

Соціальна активність – це сукупність форм людської діяльності, свідомо орієнтованої на розв'язання завдань, що стоять перед суспільством, класом, соціальною групою в даний історичний період<sup>38</sup>. Особливе місце серед чинників, що обумовлюють низьку соціальну активність населення, займають низький рівень міжособистісної довіри, громадської ініціативності та відповідальності, нерозвиненість соціальних зв'язків і взаємодій в рамках певної території – те, що в цілому характеризує ступінь самоорганізації місцевого співтовариства, його здатність самостійно організувати взаємодію з метою забезпечення свого оптимального функціонування і розвитку<sup>39</sup>. Згідно зі ст. 23 Конституції України кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості. Доки людина не матиме бажання змінити себе саму, ніхто інший не може змінити її. Оточення може лише надавати підтримку, дещо радити, але вирішальне значення у прийнятті рішення відіграє сама особа, лише вона вирішує, що для неї добре, а що ні, якою дорогою йти і що робити<sup>40</sup>.

Політична активність можлива і проявляється при усвідомленні потреби у постійному моніторингу, аналізі, оцінці діяльності суб'єктів публічної адміністрації на відповідність визнаним стандартам і цінностям суспільного життя, налагодженні комунікаційних механізмів соціальної взаємодії в попередженні, виявленні й припиненні деструктивних відхилень і правопорушень, засвоєнні ролі політичної відповідальності та розвитку вміння захищати права, свободи, інтереси: як особисті, так і публічні, набуття досвіду оцінки і аналізу політико-правових явищ і проявів маніпуляції свідомістю в контексті засвоєння історичних прикладів мотивації поведінки, результату зіставлення очікувань і досягнень, набутті навичок суспільної співпраці в подоланні недоліків, прорахунків і усуненні негативних наслідків формування, ухвалення і здійснення публічної політики у розбудові громадянського суспільства. У відповідь на нездатність держави надавати якісні управлінські послуги, неефективне здійснення реформ, невідповідність діяльності суб'єктів публічної адміністрації принципам урядування проявляється некерована, спонтанна, керована індивідуальна і колективна поведінка з проявами прямого та/або опосередкованого інтересу в політиці. Низький рівень усвідомлення громадянами механізмів демократії участі та самоорганізації в суспільстві, недостатнє розуміння узгодження інтересів та пошуку консенсусу в процесі вирішення суспільних проблем із знаходження альтернативних шляхів та підтримка патерналістського характеру держави зумовлені відсутністю усталеної демократичної практики, неефективністю системи громадянського виховання, несформованою громадянською культурою. Проте, за даними статистики, сюжетами телепроектів «Народний контроль», «Знак якості», «Ревізор», інформацією активістів «Дорожнього контролю» та гучними судовими провадженнями й оцінками експертів щодо проявів громадської активності у формі зборів громадян і мирних/немирних зібрань, констатуються

низька явка на виборах, насамперед молоді, невдоволення здійснюваними реформами і поширенням явищ корупції, прояви недобросовісності чиновників, зловживання правами, внаслідок чого залишається пласт питань, що потребують наукового осмислення із розробкою пропозицій для успішного партнерського консенсусу між владою і особою на основі соціального управління справами з активністю у публічній політиці та здійсненням дієвого громадського контролю.

Типологію політичної поведінки залежно від свідомого ставлення людини до правил, цінностей і принципів, здійснення влади виконано М. Вебером, який розрізняв: політиків за випадком, політиків за сумісництвом і політиків за професією. Польські ж дослідники розрізняють: відкрити (політична дія) і закрити (політична бездіяльність, або іммобільність – бойкот, апатія, виключення) поведінку<sup>41</sup>. Можна доповнити запропоновану В. Артеменко градацію проявів поведінки (абсентеїст, спостерігач, споживач, функціонер) у громадському житті: маніпулятор; актуалізатор; імітатор. Активна політична поведінка, що орієнтована на демократичні цінності та аналіз діяльності суб'єктів публічної адміністрації, сприяє гармонізації відносин і покращенню публічної політики в суспільстві, підвищенню громадянської компетентності. Прогресивний демократичний розвиток держави, утвердження верховенства права та усвідомлення репутаційної місії України на світовій арені на підґрунті переваг духу конституційних гарантій залежить як від політико-правової активності громадянського суспільства у відстоюванні прав, свобод, інтересів у цілому, так і життєвої позиції кожного з нас в конкретний історичний період. Створення сприятливих умов для подальшого розвитку демократії і громадянського суспільства в Україні, забезпечення демократичних перетворень на шляху дотримання прав і свобод людини, утвердженні європейських принципів урядування, підвищення якості управлінських послуг потребує запровадження ефективних механізмів громадського контролю, оновлення підходів до громадянської освіти задля реалізації зворотного, у тому числі посередницького зв'язку влади із громадою на основі взаємодії інститутів громадянського суспільства та суб'єктів публічної адміністрації на підґрунті партнерства і взаємної відповідальності.

В Естонії було прийнято Концепцію Розвитку Громадянського Суспільства, у якій закладено одну з «найдієвіших та прогресивних у Європі» модель співпраці уряду з громадськими організаціями. Основними принципами даної моделі співробітництва заявлено «активне громадянство, участь, повага, партнерство, відповідальність, незалежність, рівність, стійкий та збалансований розвиток»<sup>42</sup>.

Поступальний розвиток громадянського суспільства, забезпечення законності в діяльності суб'єктів публічної адміністрації на підґрунті стрімкого розвитку економічного і політичного життя, численних законодавчих змін, добору нових кадрів публічної служби, організаційних трансформацій потребує удосконалення правових засад внутрішнього і зовнішнього контролю, зокрема громадського.

Національний інститут стратегічних досліджень у науковому огляді для укорінення громадянської культури пропонує серед іншого здійснити такі кроки: забезпечити надання населенню правових консультацій з питань створення та діяльності інститутів громадянського суспільства; сприяти участі осіб із особливими потребами у діяльності інститутів громадянського суспільства; запровадити на рівні середньої та вищої школи навчальні курси «Основи громадянського суспільства»; здійснювати комплексні заходи правової просвіти громадян; здійснювати інформаційно-просвітницькі заходи щодо механізмів участі громадян у формуванні та реалізації політики, інструментів місцевої демократії; здійснювати заходи щодо популяризації серед населення участі у діяльності інститутів громадянського суспільства<sup>43</sup>. У механізмі побудови демократії науковці виокремлюють наступні принципи роботи в громаді: бажання змінити своє життя і готовність до відповідальності як основний принцип дій; позитивне мислення, гнучкість; збереження культурних традицій; участь як умова розвитку громади; розвиток партнерства; спільне вирішення конфліктів; готовність до навчання<sup>44</sup>. Деякі вчені пропонують утворювати організації-посередники між громадянським суспільством та владою. На думку П. Розанвалона, ключовим інститутом, здатним зв'язати потрібні функції волевиявлення, представництва і посередництва, може бути так звана публічна комісія. Вона може існувати в різних формах – від журі громадян до спеціалізованих генеральних штатів, від відкритих для широкого загалу форумів до більш обмежених груп експертів<sup>45</sup>.

Б. Новек у своїй роботі «Wiki-правительство», розкриваючи питання, яким чином технології можуть допомогти владі стати більш ефективною, співпрацюючи з громадськістю, наводить приклад громадського журі в Данії. Конференції з досягнення консенсусу використовуються для аналізу масштабних та складних проблем із скликанням фокус-групи заінтересованих громадських представників. Люди знайомляться з основною інформацією і проводять зустрічі з професійними експертами. За результатами роботи учасники конференції пишуть меморандуми, що опубліковуються та передаються в парламент. Такий досвід має перспективу використання і за допомогою сучасних інформаційних технологій<sup>46</sup>.

**ПРОПОЗИЦІЇ.** Роль громадського контролю і громадянської освіти мають значний потенціал для зміцнення правопорядку, законності й дисципліни, можливостей розвитку творчого потенціалу особистості у суспільстві, проте в адміністративному праві феномен політичної активності щодо необмеженого кола учасників використовується недостатньо ефективно як на стадіях обговорення і прийняття управлінських рішень, створення умов для самореалізації, так і на етапі аналізу публічної політики і втілення новітніх проєктів, при здійсненні контролю за досягненням поставлених стратегічних та тактичних цілей соціально-економічного розвитку і реформ. Оскільки зібрані неурядовими і правозахисними організаціями, інформаційними агентствами факти порушення прав людини та норм права, результати громадського контролю, моніторингові ініціативи аналізу декларацій доходів і зіставлення способу життя, активізація форумів і зворотна інформація на

веб-сайтах органів влади щодо здійснення громадської експертизи і оцінки їх діяльності сприяють зміцненню режиму законності, зважаючи на «рекордну» кількість рішень ЄСПЛ за скаргами проти України, то варто як запровадити рейтингове (різних сфер) оцінювання змін у суспільстві завдяки громадськості в управлінні, так і поширити й на інші сфери правозастосування позитивний для суспільства досвід оцінки судових рішень та цікавий приклад започаткування премії «Precedent UA 2015» – за результатами дослідження Української Гельсінської спілки з прав людини відзначено 10 судів, які найчастіше посилалися на рішення ЄСПЛ<sup>47</sup>.

Більш інформативно мають допомагати, на нашу думку, пошукові системи Єдиного реєстру громадських формувань, зокрема щодо можливості отримати відомості галузевої та/або предметної спрямованості – профілю інтересів і сфер діяльності громадських експертів. З огляду на децентралізацію повноважень і конкурсний порядок розподілу коштів (фінансової підтримки програм (проектів, заходів), розроблених громадськими організаціями та творчими спілками, надання соціальних послуг за бюджетні кошти), роздержавлення ЗМІ варто: розширити тематику роботи центрів громадянської освіти, у т.ч. масових безкоштовних онлайн курсів з фінансової грамотності і проведення громадсько-політичних заходів щодо обміну досвідом між українськими та міжнародними неурядовими організаціями у здійсненні громадського контролю з метою підвищення кваліфікації громадських експертів; продовжувати вивчати досвід проведення громадських і журналістських розслідувань (рух ЧЕСНО, «Наші гроші» та ін.) у зіставленні з реагуванням правоохоронних органів на виправлення проблемних ситуацій та результатами громадського контролю; забезпечити систематизацію пропозицій за результатами проведених наукових досліджень у сфері громадського контролю у контексті діагностики потреб громадськості в управлінні державними справами; розширити можливості подання конституційної скарги, надавши право громадським організаціям звернення щодо ключових інтересів соціальних груп у контексті «буде застосований» без такої конструкції: лише для особи, до якої неконституційний, на її думку, акт був застосований, і яка вичерпала всі національні засоби юридичного захисту; поширювати кращий досвід участі в управлінні на місцевому рівні з метою формування потреби культурної самореалізації особистості.

Сучасні наукові дослідження, інформаційні та навчальні ресурси, зокрема безплатні масові онлайн-курси *prometheus* («Громадянська освіта», «Комунікаційні інструменти для побудови репутації», «Теорія обмежень та процеси мислення», «Основи державної політики», «Боротьба з корупцією», «Основи лобювання», «Соціологія та соціальні дослідження»), різноманітні програми професійного зростання, просвітницькі кампанії (Координатор проектів ОБСЄ в Україні, USAID) щодо взаємодії з органами державної влади, публікація аналітичних звітів сприяють підвищенню правосвідомості у суспільстві та формуванню людини з активною позицією. Враховуючи викладене, необхідність формування активної політико-правової позиції шляхом обговорення на форумах проблемних питань правозастосування «підкажіть про митний конфіскації», «народний контроль» і «громадянське суспільство і влада», здійснення громадського контролю та у контексті усвідомлення індивідуальної моральної, політичної й іншої відповідальності у публічній політиці, потреби удосконалення форм та методів громадського контролю з огляду на наявність дефіциту громадянської освіти, відсутність реєстру профільних громадських експертів (за наявності реєстрів громадських експертів діяльності органів виконавчої влади, громадських об'єднань, громадських формувань, громадських організацій) в умовах реформування країни, прогалин у правовому регулюванні відкритості влади та відсутності дієвих результатів громадського контролю, зважаючи на дослідження із зазначеного кола питань, обумовлюють необхідність проведення подальших наукових розвідок. Адже на шляху до впровадження в життя європейських стандартів та принципів державотворення формування високої правосвідомості кожного, культури розгалуженої комунікації, бажаність участі в суспільно-політичних процесах, уболівання за досягнення позитивного результату реформ, нівелювання у свідомості патерналістських очікувань є чинниками якісного й дієвого громадського контролю за діяльністю суб'єктів публічної адміністрації.

<sup>1</sup> Философия права / Гегель. – М., 1990; Политология: хрестоматія / сост. проф. М. А. Василик, доц. М. С. Вершинин. – М.: Гардарики, 2000. – 843 с. – С. 457 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://read.virmk.ru/g/Gegel\\_1.htm](http://read.virmk.ru/g/Gegel_1.htm)

<sup>2</sup> Афонін Е. А. Громадська участь у творенні та здійсненні державної політики / Е. А. Афонін, Л. В. Гонюкова, Р. В. Войтович. – К. : Центр сприяння інституційному розвитку державної служби, 2006. – 160 с. – (Серія «Бібліотека молодого державного службовця») : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://nbuviap.gov.ua/materials/Afonin/uchast.pdf>

<sup>3</sup> Центр політико-правових реформ: Аналітичний звіт щодо корупційних ризиків у сферах надання адміністративних послуг та контрольовано-наглядової діяльності публічної адміністрації в Україні : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/21894>

<sup>4</sup> Стоп корупція : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://anticorruption.in.ua> – Назва з екрана.

<sup>5</sup> Щорічне послання Президента України до Верховної Ради : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/news/shorichne-poslannya-prezidenta-ukrayini-do-verhovnoyi-radi-u-35412>

<sup>6</sup> Благодетелева-Вовк С. Л. Громадський контроль: причини неспроможності / С. Л. Благодетелева-Вовк : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.dccsrp.ho.ua/doc/materialy\\_MNPK\\_12092014.pdf](http://www.dccsrp.ho.ua/doc/materialy_MNPK_12092014.pdf) – С. 53.

<sup>7</sup> Благодетелева-Вовк С. Л. Вказана праця. – С. 55.

<sup>8</sup> Kenneth N., Heiko G. Patterns of Participation: Political and Social Participation in 22 Nations. Discussion Paper SP IV 2008. – 201 р. – Р. 29.

<sup>9</sup> Сервецький І. В. Проблеми формування політичної свідомості громадян в умовах демократичного суспільства / І. В. Сервецький, В. В. Редька : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://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/aymvs\\_2012\\_1\(3\)\\_11.pdf](http://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/aymvs_2012_1(3)_11.pdf)



- <sup>10</sup> Артеменко В. *Форми та методи залучення громадськості* : навч. посіб. / В. Артеменко ; Інститут громадянського суспільства; за заг. ред. В. Артеменка. – К. : ІКЦ «Леста», 2007. – 248 с. – С. 9.
- <sup>11</sup> Хомская Р. М. *Что такое гражданское участие*. – М., 2004. – С. 276.
- <sup>12</sup> Артеменко В. *Вказана праця*. – С. 10.
- <sup>13</sup> Жукровський Я. І. *До питання про поняття та сутність громадського контролю* / Я. І. Жукровський : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.dcespr.ho.ua/doc/materialy\\_MNPK\\_12092014.pdf](http://www.dcespr.ho.ua/doc/materialy_MNPK_12092014.pdf) – С. 19.
- <sup>14</sup> Міжнародний пакт ООН про громадянські та політичні права від 16 грудня 1966 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_043)
- <sup>15</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr>
- <sup>16</sup> Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень і доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля від 25 червня 1998 р. (Орхуська Конвенція) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_015](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_015)
- <sup>17</sup> Habermas J. *The Structural Transformation of the Public Sphere*. Polity Press / J. Habermas. 1992. – P. 328.
- <sup>18</sup> Барбер Б. *Сильна демократія: політика учасницького типу* / Б. Барбер // *Демократія: Антологія* / упоряд. О. Проценко. – К. : Смолоскип, 2005. – С. 254–262. – 258 с.
- <sup>19</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі про здійснення влади народом: рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. №6-рп/2005 // *Офіційний вісник України*. – 2005. – № 41. – Ст. 2605.
- <sup>20</sup> Кирилюк Н. А. *Специфіка політичної активності серед інших форм політичної поведінки особистості* / Н. А. Кирилюк : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.rusnauka.com/23\\_SND\\_2008/Politologia/26700.doc.htm](http://www.rusnauka.com/23_SND_2008/Politologia/26700.doc.htm)
- <sup>21</sup> Дунаєва Л. М. *Особливості аналізу категорії «влада» у сучасних політологічних дослідженнях* / Л. М. Дунаєва // *Наукові праці. Навч.-методич. журнал*. – Т. 110. – Вип. 97. – Політологія. – Миколаїв : Вид-во ЧДУ ім. П. Могили, 2009. – С. 6–10. – С. 8.
- <sup>22</sup> Кирилюк Н. А. *Політична активність громадян як чинник демократизації сучасного українського суспільства* : автореф. дис. ... канд. політ. наук : спец. 23.00.02 / Н. А. Кирилюк; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2010. – 20 с.
- <sup>23</sup> ОБСЄ/ПРООН: *Збірка матеріалів зі стратегії сталого розвитку*. – Лондон, 2002.
- <sup>24</sup> Wilcox D. *The Guide to Effective Participation* / D. Wilcox : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.partnerships.org.uk/guide/>
- <sup>25</sup> Алмонд Г. *Гражданская культура. Политические установки и демократии пяти наций* / Г. Алмонд // *Политология: хрестоматія* / сост. проф. М. А. Василик, доц. М. С. Вершинин. – М. : Гардарики, 1999. – С. 558–576. – С. 565.
- <sup>26</sup> Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини : Указ Президента України від 25 серпня 2015 р. № 501/2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/501/2015>
- <sup>27</sup> *Громадський контроль: теорія та практика* : матеріали міжрегіон. наук.-практ. конф. (м. Дніпропетровськ, 12 вересня 2014 р.) / за заг. ред. О. В. Літвінова. – Дніпропетровськ : МОНОЛИТ, 2014. – 156 с. – С. 5.
- <sup>28</sup> Barber B. *Strong Democracy: Participatory Politics For a New Age* / B. Barber. – Berkeley: University of California Press, 2003. – 320 p. – P. 181.
- <sup>29</sup> Barber B. *Вказана праця* – С. 177.
- <sup>30</sup> Тоффлер Э. *Метаморфозы власти: Знание, богатство и сила на пороге XXI века*. ; пер. с англ. / Э. Тоффлер. – М. : ООО «Изд-во АСТ», 2003. – С. 456.
- <sup>31</sup> Андрійко О. Ф. *Види державного контролю у сфері виконавчої влади та їх спрямованість* / О. Ф. Андрійко // *Державний контроль у сфері виконавчої влади: наук. доповідь / за заг. ред. В. Б. Авер'янова*. – К. : Юрнаукацентр, 2000. – С. 13–18 (14).
- <sup>32</sup> Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави : Закон України від 19 червня 2003 р. № 975-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/975-15>
- <sup>33</sup> *Реформа публічної адміністрації в Україні: Проекти концепції та законів / упоряд.: І. Коліушко, В. Тимошук*. – К., 2005. – 192 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravo.org.ua/publications/2011-06-15-11-46-49/764-reforma-publichnoyi-administratsii-proekty-kontseptsii-ta-zakoniv.html>
- <sup>34</sup> Крупник А. С. *Зарубіжний досвід громадського контролю: уроки для України* / А. С. Крупник // *Ефективність державного управління: зб. наук. пр. ЛРІДУ. – Л.: ЛРІДУ НАДУ, 2007. – Вип. 14. – С. 146–154.*
- <sup>35</sup> Єрмолаєв А. В. *Про стан розвитку громадянського суспільства в Україні: аналіт. доп.* / А. В. Єрмолаєв, Д. М. Горелов, О. А. Корнієвський [та ін.]. – К. : НІСД, 2012. – 48 с. – С. 12 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/XXI-e3446.pdf>
- <sup>36</sup> Єрмолаєв А. В. *Вказана праця*. – С. 13.
- <sup>37</sup> *Практична реалізація норм Закону України «Про громадські об'єднання: проблеми та їх вирішення»*. Аналітична записка : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.niss.gov.ua/articles/1423/>
- <sup>38</sup> Лазоренко О. В. *Теорія політології* / О. В. Лазоренко, О. О. Лазоренко. – К. : Вища школа, 1996 – 194 с. – С. 179.
- <sup>39</sup> Абрамов Л. К. *Центр місцевої активності для розвитку громади* / Л. К. Абрамов, Т. В. Азарова. – Кіровоград : ІСКМ, 2012. – 144 с. – С. 26–27.
- <sup>40</sup> Грицаєнко В. *Социальный капитал и гражданское общество: Рецензия на статью Francis Fukuyama. «Social Capital and Civil Society»* / В. Грицаєнко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://scd.centro.ru> – С. 85.
- <sup>41</sup> // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://b-ko.com/book\\_72\\_glava\\_83\\_2\\_ОСНОВНИ\\_ТИПИ\\_Й\\_.html](http://b-ko.com/book_72_glava_83_2_ОСНОВНИ_ТИПИ_Й_.html)
- <sup>42</sup> *Влада і громада: співпраці влади і громадськості у вирішенні місцевих проблем* / А. Ткачук, В. Артеменко, Р. Рукомеда. – К. : [Ін-т громад. сусп-ва], 2004. – 88 с.
- <sup>43</sup> Єрмолаєв А. В., Горелов Д. М., Корнієвський О. А. *Вказана праця*. – С. 44.
- <sup>44</sup> *Посібник з розвитку громади: практичний порадник для небайдужих* / кол. авт.: Л. О. Єльчева, І. М. Ібрагімова та ін. – 2-ге вид. – К., 2008. – 458 с. – С. 26–28.
- <sup>45</sup> Розанвалон П. *Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність* [Текст] / П. Розанвалон ; пер. з фр. Євгена Марічева. – К. : Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2009. – 280 с. – С. 257.
- <sup>46</sup> Новек Б. *«Wiki-правительство: Как технологи могут сделать власть лучше, демократию – сильнее, а граждан – влиятельнее* [Текст] / Б. Новек. – М. : Альпина Паблишер, 2012. – 290 с. – С. 209–210.

<sup>47</sup> Судову практику проаналізували на застосування рішень ЄСПЛ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zib.com.ua/ua/120469-sudovu\\_praktiku\\_proanalizovali\\_na\\_zastosuvannya\\_rishen\\_espl.html](http://zib.com.ua/ua/120469-sudovu_praktiku_proanalizovali_na_zastosuvannya_rishen_espl.html)

**Резюме**

**Жидецька К. В.** Політична активність і громадянська освіта як передумови здійснення якісного громадського контролю.

У статті окреслено значення активності та освіти у подоланні недоліків громадського контролю, що розглядається у структурі соціального контролю як інститут конституційного права контрольної та охоронно-захисної спрямованості, та функція управління суспільними справами, інструмент моніторингу, аналізу, оцінки, експертизи управлінських актів – дій (бездіяльності), рішень (проектів) і неформальний чинник самоорганізації, що здійснюється особами, заінтересованими у дотриманні правопорядку у демократичному суспільстві.

**Ключові слова:** активність політична, аналіз, громадянська освіта, громадський контроль, моніторинг, оцінка, правопорядок, публічність.

**Резюме**

**Жидецкая Е. В.** Политическая активность и гражданское образование как предпосылки осуществления качественного общественного контроля.

В статье показано значение активности и образования в преодолении недостатков общественного контроля, рассматриваемого в структуре социального контроля как институт конституционного права контрольной и охранно-защитной направленности, и функция управления общественными делами, инструмент мониторинга, анализа, оценки, экспертизы управленческих актов – действий (бездействия), решений (проектов) и неформальный фактор самоорганизации, осуществляемый лицами, заинтересованными в соблюдении правопорядка в демократическом обществе.

**Ключевые слова:** активность политическая, анализ, гражданское образование, общественный контроль, мониторинг, оценка, правопорядок, публичность.

**Summary**

**Zhydetska K.** The political activity and civil education as a background for the implementation of the quality public control.

The article outlines the importance of activity and education in overcoming the drawbacks of public control, which considered in the structure of social control as the institute of constitutional law of control and protective focus and the function of managing public affairs, a tool for monitoring, analysis, evaluation, expertise of management acts – actions (inaction), solutions (projects) and informal factors of self-organization, undertaken by the persons interested in the rule of law in a democratic society.

**Key words:** political activity, analysis, civic education, public control, monitoring, evaluation, law enforcement, publicity.

УДК 342.922:314.151.3-054.73 (477)

**К. О. КРАХМАЛЬОВА**

*Катерина Олексіївна Крахмальова, здобувач  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького  
НАН України, старший викладач Національного  
університету «Києво-Могилянська академія»*

**ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА ЗМІСТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ  
ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ В УКРАЇНІ**

Питання правового і адміністративно-правового статусу особи є достатньо дослідженими у вітчизняній юридичній науці. Зокрема, проблеми правового статусу особи порушувались у працях С. С. Алексєєва, Г. В. Мальцева, М. П. Рабіновича, В. М. Селіванова, О. В. Сурілова, Б. М. Лазарева, О. Ф. Скакун, М. С. Строговича, В. А. Патюліна, Н. М. Оніщенко, А. В. Малька, В. М. Корельського, А. М. Колодія, А. Ю. Олійника, Н. І. Матусова, М. В. Вітрука, А. В. Панчишина та ін., адміністративно-правового – В. Б. Авер'янова, О. Ф. Андрійко, Ю. С. Шемчушенка, Г. В. Атаманчука, О. М. Бандурки, Д. М. Бахраха, І. Л. Бородіна, Ю. П. Битяка, Р. А. Калюжного, Є. В. Додіна, І. П. Голосніченка, А. Т. Комзюка, В. Ф. Опришка, А. О. Селіванова, В. С. Стефанюка, М. М. Тищенко, Л. В. Ковалюк, В. М. Манохіна, І. М. Пахомова, Ю. О. Тихомирова, Г. І. Петрова, В. В. Цветкова, М. А. Бояринцевої та інших.

Але при цьому адміністративно-правове забезпечення статусу такої особливості категорії осіб, як внутрішньо переміщені особи в Україні, до недавнього часу не було предметом комплексних наукових досліджень через складність його дослідження, за умови незначної кількості наукових джерел, і певної міждисциплінарності, а також з об'єктивних причин – оскільки дане питання є відносно новим для нашої держави, а його актуалізація відбулась вже після окупації Криму і дестабілізації ситуації на сході України. Разом із тим практичне вирішення означеної проблеми сьогодні безпосередньо зачіпає дуже значну кількість осіб в

Україні, а, отже, існує суспільний запит на такі дослідження, чим і зумовлюється своєчасність і важливість обраної нами теми.

Дана стаття присвячена поняттю, ознакам та змісту адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні. Для цього ми визначимо співвідношення адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб із загальними категоріями «правового» і «адміністративно-правового статусу особи», проаналізуємо його структуру, розглянемо характерні риси адміністративно-правового статусу саме внутрішньо переміщених осіб в Україні і на основі проведеного дослідження сформулюємо авторське визначення адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні.

Адміністративно-правовий статус внутрішньо переміщених осіб в Україні за своїм змістом є галузевим різновидом правового статусу особи і, як такий, структурно складається з комплексу прав і обов'язків внутрішньо переміщеної особи, закріплених нормами адміністративного права, а також гарантій реалізації цих прав і обов'язків.

Правовий статус особи, так само як і адміністративно-правовий статус особи, в літературі поділяють на такі види: загальний, спеціальний і індивідуальний<sup>1</sup>. Категорія індивідуального адміністративно-правового статусу особи не є інструментальною для дослідження адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб, а ось розподіл на загальний і спеціальний адміністративно-правовий статуси – так.

Визначаючи особливості спеціального адміністративно-правового статусу громадянина України, М. А. Бояринцева зазначає, що загальний адміністративно-правовий статус особи – це стабільний, визначений і однаковий для всіх статус, закріплений у Конституції та законах, в той час як спеціальний адміністративно-правовий статус (яких одна особа може мати декілька одночасно) є тимчасовим і це «статус особи як представника тієї чи іншої соціальної групи, відокремленої за певним юридико-значущим началом (...), який наділений ... спеціальними, додатковими правами і обов'язками, обумовлений особливостями становища особи і потребами її функціональної спеціальної активності (...), є спільним для певного кола осіб»<sup>2</sup>. При цьому, «інколи спеціальний правовий статус доповнює загальний, або ж впливає на нього, змінює чи обмежує»<sup>3</sup>.

Адміністративно-правовий статус внутрішньо переміщеної особи в Україні є спеціальним, оскільки характеризується такими ознаками, як:

- 1) тимчасовість;
- 2) наділення внутрішньо переміщених осіб спеціальними, додатковими правами та обов'язками, обумовленими особливостями їх становища і потребами;
- 3) потенційно – різницею в обсязі і можливостях реалізації таких прав залежно від того, чи є такі внутрішньо переміщені особи за своїм загальним адміністративно-правовим статусом громадянами України, іноземцями чи особами без громадянства.

Розглянемо ці ознаки адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні детальніше.

### **1. Тимчасовий характер адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб.**

Ідеальною кінцевою метою всіх організаційно-правових заходів щодо внутрішньо переміщених осіб в Україні є або їх повна і комфортна інтеграція у приймаючу громаду в цільовому місці переміщення, або безпечне повернення до місця постійного проживання, з якого було здійснене внутрішнє переміщення, і налаштування свого життя там. Це відображено, зокрема, в проекті Закону України від 18 лютого 2015 р. № 2166 «Про внесення змін до деяких законів України щодо посилення гарантій дотримання прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» (далі – «**проект Закону**»), його останньому доступному тексті від 9 грудня 2015 р., в якому пропонується у ч. 1 ст. 2 записати, що держава вживає всіх можливих заходів для «створення умов для добровільного повернення таких осіб до покинутого місця проживання або інтеграції за новим місцем проживання в Україні»<sup>4</sup>.

Тобто, ситуація внутрішнього переміщення і її правове регулювання мають певні часові рамки. Ці часові рамки в науці адміністративного права є моментом набуття і втрати адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщеної особи.

Розглянемо ці категорії відповідно до чинного на сьогодні законодавства, а також до запропонованих майбутніх змін в проекті Закону.

Згідно з ч. 1 ст. 1, ч. 1-3, 8, 13 ст. 4 чинного Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» (далі – «**Закон**») <sup>5</sup> підставами для взяття на облік внутрішньо переміщених осіб є, по-перше, виникнення обставин збройного конфлікту, тимчасової окупації, повсюдних проявів насильства, масових порушень прав людини та надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру, а, по-друге, наявність у особи реєстрації місця проживання на території, де ці обставини наявні, саме на момент їх виникнення. При сукупності цих обставин особа, яка перемістилась у межах України, може звернутись із заявою про взяття її на облік як внутрішньо переміщеної особи до підрозділу місцевої державної адміністрації з питань соціального захисту населення за місцем її фактичного проживання. Момент взяття на облік як внутрішньо переміщеної особи є моментом набуття нею відповідного спеціального адміністративно-правового статусу, який підтверджується довідкою. Крім того, дані особи вносяться до Єдиної інформаційної бази даних про внутрішньо переміщених осіб.

Відповідно до п.п. 2, 3 ч. 8 ст. 4 Закону довідка про взяття на облік, а отже, можемо презюмувати, що й сам статус, який вона посвідчує, має обмежену дію в часі. По-перше, зараз вона видається лише на шість

місяців, після чого у випадку продовження дії обставин, що спричинили внутрішнє переміщення, може бути продовжена. По-друге, у її продовженні може бути відмовлено (як і у видачі на самому початку – але тоді особа просто не набере статусу внутрішньо переміщеної) або її може бути скасовано відповідним підрозділом соціального захисту місцевої державної адміністрації за наявності причин, вичерпний перелік яких зазначено у ч. 11 ст. 4 Закону: відсутність обставин, що спричинили внутрішнє переміщення, або їх істотної зміни; подання завідомо неправдивої інформації для отримання довідки; втрата заявником документів, що посвідчують його особу та підтверджують громадянство України, до їх відновлення. Разом з тим, ст. 12 Закону також містить перелік підстав для скасування дії довідки про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи та внесення відомостей про це в Єдину інформаційну базу даних про внутрішньо переміщених осіб за рішенням уповноваженого органу у сфері міграції у разі: 1) відмови особи від довідки; 2) скоєння нею певних злочинів; 3) повернення до покинутого місця постійного проживання; 4) виїзду на постійне місце проживання за кордон; 5) подання завідомо неправдивих відомостей. Вважаємо, що ч. 11 ст. 4 і ст. 12 Закону мають бути узгоджені між собою і, принаймні, містити посилення одна на одну для уникнення плутанини при правозастосуванні.

Відповідно до проекту Закону обставини, що спричиняють внутрішнє переміщення, пропонується лишити без змін, але саме визначення внутрішньо переміщеної особи змінити, додавши до громадян України, які постійно проживають в Україні, також іноземців або осіб без громадянства, які перебувають на території України на законних підставах та мають право на постійне проживання в Україні. Крім того, реєстрацію місця проживання на території, де ці обставини мали місце, пропонується зробити обов'язковою (факт проживання там на момент настання таких обставин зможе підтверджуватись також іншими доказами), а саму заяву про взяття на облік як внутрішньо переміщеної особи дозволити подавати не лише до структурних підрозділів державних адміністрацій, а й до виконавчих органів місцевих рад за місцем проживання після переміщення. При цьому спеціальний адміністративно-правовий статус внутрішньо переміщеної особи пропонується зробити більш тривалим, щоб довідка, яка посвідчує цей статус, була безстроковою, за винятком випадків, коли її дія буде скасовуватись. Окрім того, збільшено перелік підстав для відмови у видачі довідки (тобто, отримання статусу внутрішньо переміщеної особи від самого початку).

## **2. Наділення внутрішньо переміщених осіб спеціальними, додатковими правами та обов'язками, обумовленими особливостями їх становища і потребами.**

Переліком таких прав, обов'язків, а також гарантій їх забезпечення пронизаний весь профільний Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб». Зокрема, серед прав, що є спеціальними саме для внутрішньо переміщених осіб, можемо назвати право на захист від примусового внутрішнього переміщення або примусового повернення на покинуте місце проживання (ч. 1 ст. 3 Закону); право на звернення з заявою про взяття на облік як внутрішньо переміщеної особи (ст. 4 Закону); права, передбачені ч. 1 ст. 9 Закону – на забезпечення можливістю безоплатного проживання протягом шести, або в ряді випадків – і більше місяців; право на влаштування дітей у навчальні заклади; на надання медичної допомоги і забезпечення лікарськими засобами; отримання гуманітарної та благодійної допомоги; безплатний проїзд засобами громадського транспорту при поверненні; надання інших соціальних та адміністративних послуг.

Серед додаткових обов'язків саме внутрішньо переміщених осіб, у ч. 2 ст. 9 Закону, зокрема, зазначені обов'язок повідомляти про фактичне місце проживання та його зміну протягом 10 днів; раз на місяць з'являтися до відповідного структурного підрозділу уповноваженого органу міграційної політики; відшкодовувати витрати з державного і місцевого бюджетів щодо реалізації прав, передбачених Законом у разі отримання довідки (і статусу) внутрішньо переміщеної особи на основі завідомо неправдивих відомостей, та інші. При цьому перелік як прав, так і обов'язків не є вичерпним.

Крім того, відповідно до преамбули Закону, він «встановлює гарантії дотримання прав, свобод та законних інтересів внутрішньо переміщених осіб»<sup>6</sup>. До таких гарантій ми можемо віднести як можливість судового оскарження конкретного рішення про відмову у постановці на облік як внутрішньо переміщеної особи (п. 4 ч. 11 ст. 4) та оскарження протиправних дій чи бездіяльності органу чи посадової особи, які протягом встановленого строку не видали ані довідку про постановку на облік як внутрішньо переміщеної особи, ані письмове рішення про відмову (п. 5 ч. 11 ст. 4); так і загальне право на оскарження рішень, дій, бездіяльності державних органів, органів місцевого самоврядування та їхніх посадових осіб (ст. 13); заборону дискримінації на підставі того, що особа є внутрішньо переміщеною (ст. 14 Закону); положення про забезпечення певних прав або сприяння у їх реалізації (ст.ст. 6–8, 13 Закону). При цьому важливо, щоб ці гарантії не були декларативними і мали реальне правозастосовне наповнення, як це сталося, зокрема, із ст. 8 Закону, що мала гарантувати забезпечення виборчих прав. Проте насправді переважна більшість внутрішньо переміщених осіб не змогла проголосувати на місцевих виборах у жовтні цього року (про що ми вже писали раніше).

## **3. Різниця в обсязі й можливостях реалізації таких прав залежно від того, чи є внутрішньо переміщені особи за своїм загальним адміністративно-правовим статусом громадянами України, іноземцями чи особами без громадянства.**

Цю ознаку нами було охарактеризовано на початку статті як «потенційну», оскільки вона буде мати місце в разі опублікування і набрання законної сили проектом Закону України від 18 лютого 2015 р. № 2166 «Про внесення змін до деяких законів України щодо посилення гарантій дотримання прав і свобод внутрішньо переміщених осіб»<sup>7</sup>, яким, як вже згадувалось, пропонується змінити визначення цього поняття, додавши до громадян України, які постійно проживають в Україні, і іноземців або осіб без громадянства.

У науковій літературі досить поширеною є думка, що «інколи спеціальний правовий статус доповнює загальний, або ж впливає на нього, змінює чи обмежує»<sup>8</sup>. Проте, як це видно у ситуації з внутрішньо переміщеними особами, така взаємодія загального і спеціального адміністративно-правових статусів передбачає не лише вплив спеціального адміністративно-правового статусу на загальний, а й загального на спеціальний. Адже ряд прав і обов'язків, пов'язаних саме з приналежністю до громадянства України, ті внутрішньо переміщені особи, які є іноземцями чи особами без громадянства, реалізувати не зможуть.

До таких належатимуть, зокрема, такі права та обов'язки, як виборче право, право мати паспорт громадянина України, обов'язок захищати Батьківщину (іноземці та особи без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України, мають лише право у добровільному порядку проходити військову службу в Національній гвардії України)<sup>9</sup> та інші, що їх відносять до групи виключних прав громадян України<sup>10</sup>.

Таким чином, у світлі останніх законотворчих тенденцій, виходячи з аналізу ознак і змісту адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні, ми можемо визначити такий статус як спеціальний, тимчасовий адміністративно-правовий статус осіб, що складається з системи додаткових прав, обов'язків і гарантій, зумовлених обставинами їх вимушеного внутрішнього переміщення та потребами, де обсяг і особливості реалізації таких прав, обов'язків і гарантій залежать від того, чи є особа громадянином, іноземцем або ж апатридом.

<sup>1</sup> Див., зокрема: *Плугатар Т.* Деякі аспекти адміністративно-правового статусу прав і свобод громадян / Т. Плугатар // Вісник Академії управління МВС. – 2010. – № 2 (14). – С. 105–106 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/ucnavs\\_2010\\_2\(14\)\\_12](http://nbuv.gov.ua/UJRN/ucnavs_2010_2(14)_12)

<sup>2</sup> *Бояринцева М. А.* Особливості спеціального адміністративно-правового статусу громадянина України / М. А. Бояринцева // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. праць. – 2003. – № 19. – С. 201 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.apdp.in.ua/v19/70.pdf>

<sup>3</sup> *Плугатар Т.* Вказана праця. – С. 105.

<sup>4</sup> Про внесення змін до деяких законів України щодо посилення гарантій дотримання прав і свобод внутрішньо переміщених осіб : проект Закону України від 18 лютого 2015 р. № 2166 [прийнято Верховною Радою і направлено на підпис Президенту 29 грудня 2015 р.] : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=54093](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54093)

<sup>5</sup> Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб : закон України [прийнято Верховною Радою 20 жовтня 2014 р. № 1706-VII] : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1706-18>

<sup>6</sup> Там само.

<sup>7</sup> Про внесення змін до деяких законів України щодо посилення гарантій дотримання прав і свобод внутрішньо переміщених осіб : проект Закону України від 18 лютого 2015 р. № 2166 [прийнято Верховною Радою і направлено на підпис Президенту 29 грудня 2015 р.] : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=54093](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54093)

<sup>8</sup> *Плугатар Т.* Вказана праця. – С. 105.

<sup>9</sup> Про внесення змін до Закону України «Про Національну гвардію України» щодо удосконалення правових засад діяльності Національної гвардії України : закон України [прийнято Верховною Радою 24 грудня 2015 р. № 920-VIII, чинний з 29 грудня 2015 р.] : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/card/920-19>

<sup>10</sup> Адміністративне право : підруч. / Ю. П. Битяк (кер. авт. кол.), В. М. Гарашук, В. В. Богуцький та ін.; за заг. ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гарашука, В. В. Зуй. – 2-е вид., переробл. та допов. – Х. : Право, 2012. – С. 74.

## Резюме

**Крахмальова К. О. Поняття, ознаки та зміст адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні.**

Дана стаття присвячена поняттю, ознакам та змісту адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні. Визначається співвідношення адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб з правовим і адміністративно-правовим статусом особи; проаналізовано його структуру; виділено такі особливі ознаки адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні, як тимчасовість, наявність спеціальних прав та обов'язків внутрішньо переміщених осіб, різниця у їх обсязі залежно від приналежності до громадянства України в контексті останніх законодавчих ініціатив. Сформульовано авторське визначення адміністративно-правового статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні.

**Ключові слова:** внутрішньо переміщені особи, адміністративно-правовий статус особи, поняття, ознаки і структура адміністративно-правового статусу ВПО.

## Резюме

**Крахмалёва Е. А. Понятие, признаки и содержание административно-правового статуса внутренне перемещённых лиц в Украине.**

Данная статья посвящена понятию, признакам и содержанию административно-правового статуса внутренне перемещённых лиц в Украине. Определяется соотношение административно-правового статуса внутренне перемещённых лиц с правовым и административно-правовым статусом лица; проанализирована его структура; выделены такие особенные признаки административно-правового статуса внутренне перемещённых лиц в Украине, как временность, наличие специальных прав и обязанностей внутренне перемещённых лиц, различия в их объёме в зависимости от принадлежности к гражданству Украины в контексте последних законодательных инициатив. Сформулировано авторское определение административно-правового статуса внутренне перемещённых лиц в Украине.

**Ключевые слова:** внутренне перемещённые лица, административно-правовой статус лица, понятие, признаки и структура административно-правового статуса ВПЛ.

Summary

**Krakhmalova K. The definition, features and essence of the administrative-legal status of the internally displaced persons in Ukraine.**

This article is dedicated to the definition, features and essence of the administrative-legal status of the internally displaced persons in Ukraine. The author determines relationship between the category of the administrative-legal status of the internally displaced persons and general categories of the legal and administrative-legal status of the person; analyzes its structure; identifies such specific features of the administrative-legal status of the internally displaced persons in Ukraine as temporariness, special rights and duties that have only internally displaced persons, difference in the amount of such rights and duties depending on the citizenship of Ukraine or lack thereof in light of the last legislative developments. The author's definition of the administrative-legal status of the internally displaced persons in Ukraine is formulated in conclusions.

**Key words:** internally displaced persons, administrative-legal status of the person, definition, features and structure of the administrative-legal status of the IDPs.

УДК 342.9

**І. А. ЛЮК**

*Ірина Анатоліївна Люк, здобувач Київського університету права НАН України*

## **ПРИНЦИПИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ПРОЦЕДУРИ У ЗАРУБІЖНОМУ ТА ВІТЧИЗНЯНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ТА ЇХ ВПЛИВ НА ПРОЦЕДУРИ РЕЄСТРАЦІЇ БАНКІВ В УКРАЇНІ**

У рамках боротьби з корупцією в Україні, етапом якої є напрацювання законодавства, спрямованого на усунення її передумов, питанню регламентації адміністративних процедур приділено необґрунтовано мало уваги. Відсутнє розуміння того, що провести адміністративну реформу шляхом підвищення заробітних плат державним службовцям є недостатнім, необхідно створити фундамент для подальшої діяльності органів публічної влади, так звану ідеологію їх дій.

Вважаємо, що вирішити це питання можливо шляхом закріплення адміністративних процедурних норм в окремому законодавчому акті. Адже практично у всіх цивілізованих країнах світу такий законодавчий акт існує, зокрема, у більшості європейських країн, починаючи з 20-х рр. ХХ ст., законодавство про адміністративну процедуру систематизовано та подано у вигляді кодексу або закону (Австрія, Польща, Угорщина, Іспанія, ФРН, Данія, Італія, Австрія, Нідерланди, Естонія, Латвія та ін.).

В Україні проблема напрацювання такого законодавчого акта вирішується з 1998 р. – часу, коли Указом Президента України від 22 липня 1998 р. № 810 була затверджена Концепція адміністративної реформи в Україні. Вперше проект Адміністративно-процедурного кодексу було винесено на розгляд у 2004 році. Декілька спроб розробити та затвердити Адміністративно-процедурний кодекс закінчились пропозицією Міністерства юстиції України обговорити проект Закону України «Про адміністративну процедуру»<sup>1</sup>. І саме на цьому спроба законодавчої регламентації адміністративної процедури зупинилась, не зважаючи на важливість прийняття такого закону.

Чому прийняття означеного закону є важливим? На нашу думку, цей законопроект встановлює основи діяльності органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб щодо забезпечення справедливого, об'єктивного та своєчасного розгляду адміністративних справ відповідно до принципів, які визначені законом, з метою утвердження і реалізації прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб. При цьому саме формальне визначення принципів є однією з найважливіших проблем, оскільки принципи – це основа і для правотворчості, і для правозастосування.

Зазначений недолік правової системи України знаходить своє відображення, в тому числі, у процедурах реєстрації банків в Україні. Ці процедури, як у подальшому буде доведено, значною мірою не відповідають встановленим у світовій практиці основним принципам адміністративних процедур.

У цій статті спробуємо зосередитися на тому, які саме принципи мають створити основу законодавства України про адміністративну процедуру, здійснивши порівняльний аналіз принципів адміністративної процедури, що закріплені законодавством зарубіжних країн, та довести важливість їх формального визначення у законі, розглянувши наявні процедури реєстрації банків.

У загальному вигляді різні аспекти взаємодії публічної влади та приватних осіб були предметом наукових досліджень провідних вчених-адміністративістів України: В. Авер'янова, О. Андрійко, Ю. Битяка, І. Коліушка, Н. Нижник, А. Селіванова, М. Тищенко, В. Тимошука, Ю. Шемшученка та ін. Так, наприклад, Ю. Шемшученко пропонує поняття «принцип» тлумачити наступним чином (франц. *principe*, від лат. *principium* – начало, основа): 1) це основні засади, вихідні ідеї, що характеризуються універсальністю, загальною значущістю, вищою імперативністю і відображають суттєві положення теорії, вчення, науки, системи внут-

рішнього й міжнародного права, політичної, державної чи громадської організації (гуманізм, законність, справедливість, рівність громадян перед законом тощо). Принципам притаманна властивість абстрактного відображення закономірностей соціальної дійсності, що зумовлює їх особливу роль у структурі широкого кола явищ. Принцип є джерелом багатьох явищ або висновків, що належать до нього, як дія до причини (принцип реальний) або як наслідки до підстави (принцип ідеальний); 2) внутрішнє переконання людини, що визначає її ставлення до дійсності, суспільних ідей і діяльності (наприклад, принцип правомірної поведінки)<sup>2</sup>. В. Тимошук серед найважливіших принципів адміністративної процедури виділяє: законність, рівність, публічність, оперативність, ефективність та підконтрольність<sup>3</sup>. Інколи принципи поділяють на групи, наприклад: загальні (загальноправові) та галузеві принципи<sup>4</sup>, загальні принципи і принципи-норми<sup>5</sup>.

Російські дослідники Ю. Тихоміров, Е. Талапіна, С. Агафонов та ін. до основних принципів адміністративних процедур відносять правореалізаційне забезпечення, законність, відкритість, доступність, обов'язковість, ефективність, концентрацію дій<sup>6</sup>.

З точки зору прикладної реалізації принципів, у певних законодавчих актах їх поділ на групи не суттєвий, важливішим є те, який перелік принципів формально визначений в законі та що вкладається в зміст кожного принципу.

При вивченні питання реалізації принципів адміністративних процедур у зарубіжних країнах слід насамперед звернути увагу на Резолюцію Ради Європи (77) 31 про захист особи щодо актів адміністративних органів, прийняту Комітетом Міністрів від 28 вересня 1977р. на 275-му засіданні заступників міністрів<sup>7</sup>. У ній вказано, що незалежно від відмінностей в адміністративних та правових системах держав-членів в основному було досягнуто згоди щодо фундаментальних принципів, на яких повинні базуватися адміністративні процедури, і особливо це стосується необхідності забезпечення справедливості у відносинах між особою та адміністративними органами, а саме:

– право бути вислуханим. Щодо будь-якого адміністративного акта, який за своїм характером може несприятливо впливати на права, свободи або інтереси особи, така особа може пред'явити факти й аргументи та, у відповідних випадках, докази, що будуть враховані адміністративним органом. У відповідних випадках особу, якої це стосується, повідомляють у належний час і способом, прийнятним для справи;

– доступ до інформації. За своїм запитом відповідна особа, до прийняття адміністративного акта, належним чином отримує інформацію про всі існуючі факти, що стосуються прийняття такого акта;

– допомога та представництво. Особі може надаватися допомога або забезпечуватися представництво в адміністративній процедурі;

– виклад мотивів. Якщо адміністративний акт є таким, що за своїм характером несприятливо впливає на права, свободи або інтереси особи, така особа отримує інформацію про мотиви, на яких він ґрунтується. Інформація про мотиви зазначається в акті або передається відповідній особі, за її запитом, у письмовій формі протягом розумного строку ;

– зазначення засобів правового захисту. Якщо адміністративний акт, наданий у письмовій формі, несприятливо впливає на права, свободи або інтереси особи, то в ньому зазначаються звичайні засоби правового захисту проти такого впливу, а також строки для їх використання.

Серед країн колишнього СРСР Грузія є країною з найлегшими умовами ведення бізнесу, що, безумовно, пов'язано з правовим регулюванням відносин держави та приватних осіб. Законодавчим актом, що визначає адміністративні процедури в Грузії, є Загальний адміністративний кодекс Грузії (1999 р.)<sup>8</sup>. Вказаним Кодексом визначено наступні принципи адміністративних процедур:

1) рівність перед законом – усі рівні перед законом і адміністративним органом; забороняється приймати різні рішення при ідентичності обставин та надавати переваги у випадках, прямо не передбачених законодавством;

2) здійснення повноважень на підставі закону – заборона здійснювати адміністративному органу діяння, що суперечить закону; видання нормативно-правових актів чи здійснення інших діянь, наслідком яких є обмеження прав і свобод, можливе лише з врахуванням Конституції, на підставі повноважень, передбачених законом;

3) дискреційне повноваження адміністративний орган здійснює тільки з метою, для досягнення якої надане повноваження;

4) пропорційність публічних та приватних інтересів – при виконанні дискреційного повноваження не може видаватися акт, якщо шкода, завдана правам та інтересам особи, значно перевищує благо, для якого він був виданий;

5) неупереджене вирішення справи;

6) гласність – право на ознайомлення з публічною інформацією;

7) секретність – заборона розголошувати секретну інформацію;

8) право на звернення до адміністративного органу;

9) право заінтересованої сторони на викладення своїх міркувань.

Закон Азербайджанської Республіки «Про адміністративне провадження»<sup>9</sup> формально визначає наступні принципи:

1) законності – адміністративні органи мають право втручатися в права і свободи людей в порядку і випадках, визначених законом;

2) рівності – усі рівні перед законом і адміністративним органом, забороняється приймати різні рішення у справах, що мають однакові фактично значимі обставини;

- 3) охорона права на довіру – довіра осіб до адміністративного органу охороняється законом;
- 4) заборона зловживань формальними вимогами – забороняється покладати ті чи інші зобов'язання на осіб з метою виконання формальних вимог; невиконання або неналежне виконання формальних вимог не може слугувати підставою для відмови при винесенні рішення;
- 5) заборона відмови від застосування права – правова норма застосовується як за заявою, так і за власною ініціативою органу, при наявності повноважень;
- 6) співмірність – заходи щодо втручання в правовий статус осіб мають відповідати законній меті;
- 7) охоплення більшим меншого – заборона вимагати вчинення дій, що охоплюються раніше здійсненими іншими діями;
- 8) надійність – документи та докази, надані особами, вважаються надійними, доки не доведено протилежне;
- 9) право звернення до адміністративного органу;
- 10) участь в адміністративному провадженні;
- 11) неупередженість при розгляді справи;
- 12) об'єктивне дослідження обставин справи;
- 13) ознайомлення з матеріалами адміністративного провадження.

Федеральний Закон Про адміністративну процедуру США, прийнятий 11 червня 1946 р.<sup>10</sup>, визначає спосіб, в якому адміністративні органи федерального уряду Сполучених Штатів можуть запропонувати і встановити правила та містить, зокрема, такі принципи:

1) свобода інформації – публікація інформації в Федеральному реєстрі, зокрема щодо прийнятих правил, процедур, форм та інше; кожне агентство, відповідно до опублікованих правил, має зробити доступними для громадського контролю та копіювання: остаточні думки, в тому числі й окрему думку, а також висновки, сформульовані під час розгляду справ; заяви та інтерпретації, які були прийняті в агентстві і не опубліковані у Федеральному реєстрі;

2) правило рішень – участь у прийнятті рішень громадськості в установленому порядку, орган повинен надати заінтересованим особам право ініціювати прийняття, зміну або скасування правила;

3) правила розгляду питань – особи, які мають право на отримання повідомлення про слухання агентства, повинні бути своєчасно проінформовані про час, місце й характер слухань; повноваження і юрисдикцію, відповідно до якого таке слухання відбудеться, питання фактичних обставин і права.

Таким чином, не зважаючи на відмінності правових систем, принципи адміністративних процедур досить часто є спільними для законодавчих актів різних країн.

Щодо України слід вказати, що не зважаючи на відсутність окремого законодавчого акта про адміністративну процедуру, певні принципи адміністративних процедур закріплені у п. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України<sup>11</sup>. Зокрема, вказана норма передбачає, що у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони:

- 1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України;
- 2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано;
- 3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії);
- 4) безсторонньо (неупереджено);
- 5) добросовісно;
- 6) розсудливо;
- 7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації;
- 8) пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія);
- 9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення;
- 10) своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Однак наявність вказаних принципів у цьому Кодексі не забезпечує виконання завдань щодо створення фундаменту для діяльності органів публічної влади, а лише надає можливість у подальшому оскаржувати окремі рішення.

Слід констатувати, що на сьогодні проект Закону України «Про адміністративну процедуру» знаходиться на розгляді у Міністерстві юстиції України. Проектом Закону формально визначені наступні принципи адміністративної процедури:

- 1) верховенства права в адміністративній процедурі – адміністративний орган під час розгляду та вирішення справи керується принципом верховенства права, за яким людина, її права і свободи визнаються найвищими цінностями;
- 2) законності – адміністративний орган діє виключно на підставах, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені чинним законодавством;
- 3) рівності учасників адміністративного провадження перед законом;
- 4) виконання повноважень з належною метою – адміністративний орган має виконувати свої повноваження з метою, з якою такі повноваження надані;
- 5) обґрунтованості та визначеності – повинні бути враховані всі обставини, що мають значення для вирішення справи;



- б) безсторонності (неупередженості) – забезпечення однакового ставлення до всіх учасників адміністративного процесу;
- 7) добросовісності й розсудливості – адміністративний орган має діяти добросовісно, керуватись здоровим глуздом, логікою та загальноприйнятими нормами моралі;
- 8) пропорційності – адміністративний акт має відповідати меті, з якою приймається, негативні наслідки для особи та публічних інтересів повинні бути мінімальними;
- 9) відкритості – забезпечувати реалізацію права кожного на доступ до інформації, що пов'язана зі здійсненням органом владного повноваження;
- 10) своєчасності і розумного строку – розгляд та вирішення справи, а також вчинення процедур протягом розумного строку;
- 11) ефективності – розгляд та вирішення справ з найменшою витратою часу і коштів у простий та ефективний спосіб;
- 12) презумпція правомірності дій та вимог особи – дії особи є правомірними, якщо інше не буде доведено під час розгляду та вирішення справи;
- 13) мовчазної згоди – заява вважається задоволеною, за умови подання документів в повному обсязі, якщо адміністративний акт не доведено у встановлений строк або не повідомлено про продовження розгляду справи;
- 14) офіційності та «єдиного вікна» – обов'язок встановлювати обставини, що мають істотне значення для розгляду справи самостійно, без залучення заявника;
- 15) гарантія права особи на участь в адміністративному провадженні – право особи бути вислуханою;
- 16) гарантування ефективних заходів правового захисту – право на оскарження рішень, дій чи бездіяльності адміністративного органу.

Як вбачається, зазначений проект Закону в основному врахував встановлені у світовій практиці принципи. Однак він не містить такого важливого принципу, визначеного Резолюцією Ради Європи, як «виклад мотивів» – адміністративний акт, що несприятливо впливає на права, свободи або інтереси особи, має містити мотиви, на яких він ґрунтується. Цей принцип мав би убезпечити органи публічної влади від прийняття необґрунтованих рішень, що обмежують права, свободи або інтереси осіб. Крім того, відсутній принцип «заборони зловживань формальними вимогами», який для існуючої в Україні системи відносин є досить важливим на сьогодні, оскільки відмови органів публічної влади при зверненні до них здебільшого обґрунтовуються формальними обставинами, такими як помилки в документах.

Проект Закону України «Про адміністративну процедуру», відповідно до ст. 1, регулює відносини органів виконавчої, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових осіб, інших суб'єктів, які відповідно до закону уповноважені здійснювати владні управлінські функції щодо прийняття адміністративного акта та його виконання. Крім того, за ст. 1 проекту встановлено, що принципи адміністративної процедури, визначені цим Законом, поширюються також на іншу діяльність адміністративних органів.

Таким чином, прийняття Закону «Про адміністративну процедуру» матиме вирішальний вплив на всі адміністративні процедури, в тому числі на процедури створення банків.

Для аналізу питання відображення вироблених юридичною наукою та практикою принципів адміністративних процедур в процедурах реєстрації банків слід розглянути законодавчі акти, що регулюють зазначені процедури. До вказаних актів належать: Закон України «Про банки і банківську діяльність»<sup>12</sup>; Положення про порядок реєстрації та ліцензування банків, відкриття відокремлених підрозділів, затверджене Постановою Правління Національного банку України 08.09.2011 № 306<sup>13</sup>; Положення про порядок подання відомостей про структуру власності банку, затверджене постановою Правління Національного банку України 21 травня 2015 р. № 328<sup>14</sup>; Положення про визначення пов'язаних із банком осіб, затверджене постановою Правління Національного банку України 12 травня 2015 р. № 315<sup>15</sup>.

Відсутність основи у вигляді законодавчого акта про адміністративну процедуру в законодавстві про створення банків призвело до порушення наступних принципів адміністративних процедур:

1) заборона зловживань формальними вимогами. Так, відповідно до ст. 18 Закону України «Про банки і банківську діяльність», однією з підстав для відмови Національного банку України у погодженні статуту юридичної особи, яка має намір здійснювати банківську діяльність, є невідповідність документів вимогам законів України чи нормативно-правових актів Національного банку України. Таким чином, наявність будь-якої помилки у документі є формальною підставою для відмови у погодженні статуту та порушенням принципу заборони зловживань формальними вимогами. Для забезпечення прав осіб, які звертаються за погодженням статуту, необхідним було б зобов'язати Національний банк України надавати перелік помилок та розумний час для їх виправлення;

2) неврахування у існуючих нормативних документах щодо створення банків принципів ефективності й офіційності та «єдиного вікна» призвело до наявності вимог про збір інформації у вигляді довідок в інших органах державної влади, бюро кредитних історій, хоча вказані документи мали б збиратися Національним банком України самостійно;

3) за вимогами Національного банку України особа, яка має намір здійснювати банківську діяльність, зобов'язана подати відомості про пов'язаних осіб, а саме про: споріднених та афілійованих осіб (особи, які мають з банком спільних власників істотної участі); керівників споріднених та афілійованих осіб; близьких родичів вказаних осіб, до яких належать чоловік або дружина, прямі родичі цієї особи (батько, мати, діти,

рідні брати та сестри, дід, баба, онуки), прями родичі чоловіка або дружини цієї особи, чоловік або дружина прямого родича (афілійовані особи); осіб, в яких всі вказані фізичні особи є керівниками і контролерами та іншу інформацію. Таким чином, вказані норми встановлюють обов'язок від осіб, які не беруть участь у створенні банку та, відповідно, не є об'єктами регулювання Національним банком України, надавати інформацію про себе та свою діяльність, що є порушенням принципу верховенства права та розсудливості. При цьому відсутність розкритої структури власності є підставою для відмови у погодженні статуту, за вимогами ст. 18 Закону України «Про банки і банківську діяльність».

Отже, проведений нами аналіз принципів адміністративних процедур переконує, що в діючому законодавстві різних країн існує достатня кількість схожих та відмінних норм, однак спільним для більшості з них залишається розуміння значущості законодавства, що фактично встановлює правила роботи органів публічної влади з метою забезпечення прав і свобод громадян, в тому числі як чинника боротьби з корупцією. Розуміння цього Україною та прийняття відповідного законодавчого акта повинно забезпечити основу для подальшого розвитку суспільства, у тому числі матиме значний вплив і на процедури реєстрації банків.

<sup>1</sup> Закон України «Про адміністративну процедуру»: Проект (неофіційний текст) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://civic.kmu.gov.ua/consult\\_mvc\\_kmu/consult/old/show\\_bill/3457](http://civic.kmu.gov.ua/consult_mvc_kmu/consult/old/show_bill/3457)

<sup>2</sup> Юридична енциклопедія : в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Т. 5; – К.: «Укр. енцикл.», 1998.

<sup>3</sup> Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України / авт.-упоряд. В. П. Тимошук. – К. : Факт, 2003. – С. 32–36.

<sup>4</sup> Соловійова О. М. Принципи адміністративної процедури / О. М. Соловійова // Вісник Харківськ. нац. ун-ту ім. В. Н. Каразіна. – 2011. – № 988. – Вип. № 10. – С. 149–155. – (Серія «Право»).

<sup>5</sup> Талапина Э. В. Административные процедуры и право / Э. В. Талапина, Ю. А. Тихомиров // Журнал российского права. – 2002. – № 4. – С. 3–13.

<sup>6</sup> Талапина Э. В. Вказана праця. – С. 4; Агафонов С. Понятие административной процедуры и концепции законодательного регулирования административных процедур в зарубежных государствах / С. Агафонов // Право и жизнь. – 2006. – № 101. – С. 264–268.

<sup>7</sup> Resolution (77) 31 on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Reports/videosurveillance\\_2003.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Reports/videosurveillance_2003.pdf)

<sup>8</sup> Общй административный кодекс Грузии : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://matsne.gov.ge/ka/document/download/16270/18/ru/pdf>.

<sup>9</sup> Об административном производстве : Закон Азербайджанской Республики : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://base.spinform.ru/show\\_doc.fwx?rgn=13868](http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=13868)

<sup>10</sup> Federal Administrative Procedure Act : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://biotech.law.lsu.edu/Courses/study\\_aids/adlaw/](http://biotech.law.lsu.edu/Courses/study_aids/adlaw/)

<sup>11</sup> Кодекс адміністративного судочинства України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/page>

<sup>12</sup> Про банки і банківську діяльність : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>

<sup>13</sup> Положення про порядок реєстрації та ліцензування банків, відкриття відокремлених підрозділів, затверджене постановою Правління Національного банку України від 8 вересня 2011 р. № 306 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1203-11>

<sup>14</sup> Положення про порядок подання відомостей про структуру власності банку, затверджене постановою Правління Національного банку України 21 травня 2015 № 328 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0328500-15>

<sup>15</sup> Положення про визначення пов'язаних із банком осіб, затверджене Постановою Правління Національного банку України 12 травня 2015 р. № 315 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0315500-15>

## Резюме

**Лоук І. А. Принципи адміністративної процедури у зарубіжному та вітчизняному законодавстві та їх вплив на процедури реєстрації банків в Україні.**

У статті досліджується питання закріплення принципів адміністративної процедури у зарубіжному законодавстві та намагання їх визначити через прийняття відповідного законодавчого акта в Україні. Здійснено порівняльний аналіз означених принципів у зарубіжному та вітчизняному законодавстві та надано рекомендації щодо можливого використання існуючого досвіду правового регулювання в Україні. Розглянуто питання відповідності прийнятих процедур реєстрації банків принципам адміністративної процедури. Сформульовано висновки щодо значимості прийняття Закону «Про адміністративну процедуру» в Україні як для побудови правової держави загалом, так і для процедур реєстрації банків зокрема.

**Ключові слова:** адміністративна процедура, принципи адміністративної процедури, процедури реєстрації банків.

## Резюме

**Лоук И. А. Принципы административной процедуры в зарубежном и отечественном законодательстве и их влияние на процедуры регистрации банков в Украине.**

В статье исследуется вопрос закрепления принципов административной процедуры в зарубежном законодательстве и попытки их определить через принятие соответствующего законодательного акта в Украине. Осуществлен сравнительный анализ указанных принципов в зарубежном и отечественном законодательстве и даны рекомендации по возможному использованию существующего опыта правового регулирования в Украине. Рассмотрены вопросы соответствия принятых процедур

регистрации банков принципам административной процедуры. Сформулированы выводы о значимости принятия Закона «Об административной процедуре» в Украине как для построения правового государства в целом, так и для процедур регистрации банков в частности.

**Ключевые слова:** административная процедура, принципы административной процедуры, процедуры регистрации банков.

#### Summary

#### **Loyuk I. Defining the principles of administrative procedures in foreign and national legislation and its influence on the banks' registration procedure.**

The article explores the question of providing the principles of administrative procedures in foreign legislation and attempts to define them through the adoption of relevant legislation in Ukraine. The comparative analysis of these principles in the foreign and domestic laws and recommendations on the possible use of the existing experience of legal regulation in Ukraine. The questions of conformity of the registration procedures of banks to the principles of the administrative procedure. The conclusions about the significance of the adoption of the Law "On administrative procedures" in Ukraine for the building a State based on the rule of law in general, and for the procedures for the registration of banks in particular.

**Key words:** principles of administrative procedures, registration of banks.

УДК 347.73 (477)

**О. С. РИЖЕНКО**

*Олександр Сергійович Риженко, здобувач Національного університету біоресурсів і природокористування України*

### **ЮРИДИЧНІ ДЕФЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ ПОНЯТТЯ «РИЗИК» У ПОДАТКОВОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ**

Для досягнення реального результату у вирішенні будь-якої комплексної проблеми в системі регулювання суспільних відносин необхідно насамперед дану проблему юридично правильно сконструювати, адже саме юридичні конструкції посилюють правозастосовний потенціал правових регуляторів. Важливою проблемою сьогодення залишається регулювання окремих податкових правовідносин як різновиду фінансових та особливого виду суспільних відносин, що урегульовуються фінансово-правовими нормами, які містяться у нормативно-правових актах фінансового законодавства.

Незважаючи на те, що більш ніж 25 років в Україні формується національне податкове законодавство, однак воно не повною мірою забезпечує реалізацію принципу законності у сфері регулювання податкових відносин, в тому числі через численні юридичні дефекти. На нашу думку, кодифікація податкового законодавства не повною мірою вирішила проблему його дефектності, однак важливим позитивом слід вважати зменшення кількості податкових актів. Адже, починаючи з 1 січня 2011 р., податкове законодавство України складається з Конституції України; Податкового кодексу України (далі – ПК України); Митного кодексу України та інших законів з питань митної справи; чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України і якими регулюються питання оподаткування; нормативно-правових актів, прийнятих на підставі та на виконання ПК України і законів з питань митної справи; рішень органів місцевого самоврядування з питань місцевих податків та зборів, прийнятих за правилами, встановленими ПК України<sup>1</sup>.

Переважає більшість податкових правовідносин, тобто відносини, що виникають у сфері справляння податків і зборів, регулюється ПК України, який, зокрема, визначає вичерпний перелік податків та зборів, що справляються в Україні та порядок їх адміністрування; платників податків та зборів, їх права та обов'язки; компетенцію контролюючих органів, повноваження і обов'язки їх посадових осіб під час здійснення податкового контролю; відповідальність за порушення податкового законодавства тощо<sup>2</sup>. Тобто, ПК України виступає основним законодавчим актом, який регулює відносини оподаткування, податкову систему в цілому, її основи, елементи правового механізму податку. У цьому акті поєднуються матеріальні процесуальні сторони регулювання податкової системи, всі аспекти податків та зборів.

ПК України регулює сукупність специфічних відносин, що дає змогу виділити їх із загальної маси фінансових відносин на підставі того, що цим актом обумовлюється надходження коштів у власність держави й територіальних громад по вертикалі (від платника до бюджету) у формі податків і зборів. За нашим переконанням, такий важливий суспільно-економічний акт не повинен містити юридичних дефектів, серед яких нами виділено дефекти правової конструкції використання терміна «ризик».

При аналізі загального питання уникнення вад, помилок та неточностей актів фінансового законодавства нами використано праці таких вітчизняних дослідників у галузі фінансового права – В. В. Коваленка, А. Т. Ковальчука, М. П. Кучерявенка, В. В. Мушенка, П. С. Пацурківського; у галузі економіки – В. В. Вітлінсь-

кого, А. М. Гальчинського, О. М. Михайловської, а також роботи сучасних зарубіжних авторів, які приділили увагу питанням податного ризику, зокрема: Я. Д. Вишнякова, Л. Г. Липника, В. Г. Панскова, Л. Н. Темпана та інших.

**Метою** статті є здійснення аналізу використання у ПК України поняття «ризик», визначити юридичні дефекти використання даного поняття та надати конкретні пропозиції щодо усунення неточностей і помилок використання цього поняття.

Виходячи з поставленої мети, основними завданнями даного дослідження є: з'ясувати сутність смислового навантаження поняття «ризик»; охарактеризувати визначення поняття «ризик» у ПК України; запропонувати способи усунення юридичного дефекту використання поняття «ризик» для вдосконалення категоріально-понятійного апарату ПК України як основного нормативного акта податкового законодавства.

Отже, ст. 14 (Визначення понять) ПК України містить перелік та визначення понять, які вживаються в цьому Кодексі. Дана стаття побудована за тим принципом, що всі визначення понять здійснено трьома способами.

1. Для визначення більшості понять застосовуються імперативні норми, тобто владно-наказові приписи, які містять абсолютно визначене правило. Такі визначення є достатніми для їх недвозначного чи багатозначного розуміння, а також уніфікованими, тобто використовуються в усіх необхідних нормах і приписах ПК України (наприклад, п.п. 14.1.93 кошти – гривня або іноземна валюта).

2. При визначенні окремих понять застосовуються відсилочні норми, специфіка яких полягає у тому, що формулювання такої норми містить посилання на якусь іншу вже встановлену і діючу норму іншого закону (наприклад, п.п. 14.1.99 ліцензія – у значенні, наведеному в Господарському кодексі України).

3. При визначенні загальних понять, які використовуються при формуванні специфічних норм і приписів ПК України, застосовуються деталізуючі норми, тобто здійснюється уточнення та конкретизація поняття (наприклад, п.п. 14.1.240 тариф (для цілей розділу IX цього Кодексу) – вартість транспортування облікової одиниці вантажу магістральними трубопроводами України)<sup>3</sup>.

Однак це не означає, що вся система визначення понять у ПК України побудована чітко та є стійкою і збалансованою. У результаті аналізу використання понять у статтях ПК України доходимо висновку, що уніфікація при визначенні окремих понять як метод, що передбачає приведення об'єктів до однотипності на основі встановлення раціонального числа їх різновидів<sup>4</sup>, у випадку з поняттям «ризик» застосований законодавцем помилково, оскільки дане поняття в різних статтях має різне смислове та правове навантаження.

Зокрема, відповідно до п.п. 14.1.221 ризик – ймовірність недекларування (неповного декларування) платником податків податкових зобов'язань, невиконання платником податків іншого законодавства, контроль за яким покладено на контролюючі органи<sup>5</sup>. За нашим переконанням, у ПК України сутність поняття «ризик» полягає у площині ризику держави, коли при порушенні податкового законодавства платником податків можливі втрати бюджету у вигляді недоотримання надходжень коштів. Хоч це поняття висвітлено лише з боку ризиків держави, а ризики платника податків не охоплюються, зрозуміло, що йдеться не про абстрактне поняття ризику як «можливої небезпеки чого-небудь» чи «дія на удачу в надії на позитивний результат»<sup>6</sup>, а про податковий ризик, який потребує детальнішого вивчення та більш широкого обґрунтування.

Що ж стосується чинного поняття «ризик», то дійсно, саме в такому значенні використовується це поняття у наступних норм ПК України:

– п.п. 20.1.42 п. 20.1 ст. 20 (Права контролюючих органів) визначено, що контролюючі органи мають право: проводити аналіз та здійснювати управління ризиками з метою визначення форм та обсягів податкового і митного контролю;

– п. 75.1 ст. 75 (Види перевірок) визначено, що документальною невідомою позаплановою електронною перевіркою за заявою платника податків вважається перевірка, що проводиться на підставі заяви, поданої платником податків з незначним ступенем ризику... до контролюючого органу, в якому він перебуває на податковому обліку;

– п. 77.2 ст. 77 (Порядок проведення документальних планових перевірок) визначено, що до плану-графіка проведення документальних планових перевірок відбираються платники податків, які мають ризик щодо несплати податків та зборів, невиконання іншого законодавства, контроль за яким покладено на контролюючі органи. 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.

Порядок формування та затвердження плану-графіка, перелік ризиків та їх поділ за ступенями встановлюються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику<sup>7</sup>.

Аналіз вищезазначених пунктів ст. 77 ПК України яскраво унаочнює, що при формуванні правового механізму проведення документальних планових перевірок, після використання поняття «ризик» міститься тавтологія, тобто повторне розгорнуте визначення: «ризиків щодо несплати податків та зборів, невиконання іншого законодавства, контроль за яким покладено на контролюючі органи»<sup>8</sup>. На нашу думку, така повторюваність є недоцільною, оскільки ускладнює розуміння правової норми та робить громіздкими нормативні податкові конструкції, а тому підлягає видаленню з даної статті ПК України.

Аналіз інших статей ПК України показує, що в тексті даного Кодексу поняття «ризик» використовується в різних значеннях, зокрема ризик страхування та перестраховування як видів цивільно-правових відносин щодо захисту майнових інтересів фізичних та юридичних осіб, тобто страховий ризик. Зокрема:

– п.п. 14.1.54 ст. 14 (Визначення термінів) визначено, що дохід з джерелом їх походження з України – будь-який дохід, отриманий резидентами або нерезидентами... але не виключно, доходи у вигляді:

г) доходів, отриманих у вигляді внесків та премій на страхування і перестраховування ризиків на території України;

г) доходів страховиків-резидентів від страхування ризиків страхувальників-резидентів за межами України;

– п. 141.4 (Особливості оподаткування нерезидентів) ст. 141 (Особливості оподаткування окремих видів діяльності та операцій) визначено, для цілей цього пункту такими доходами є:

и) внески та премії на страхування або перестраховування ризиків в Україні (у тому числі страхування ризиків життя) або страхування резидентів від ризиків за межами України;

– п.п. 141.4.5 ст. 141 (Особливості оподаткування окремих видів діяльності та операцій) визначено, страховики або інші резиденти, які здійснюють страхові платежі та страхові виплати у межах договорів страхування або перестраховування ризиків, ... зобов'язані оподатковувати суми, що перераховуються, таким чином: у межах договорів страхування ризиків за межами України, за якими страхові виплати здійснюються на користь нерезидентів, крім ризиків, зазначених в абзаці другому цього пункту...;

– п.п. 141.6.2 визначено, що звільняються від оподаткування суми коштів ... осіб, які уклали договори страхування відповідно до Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення», а також осіб, які уклали договори страхування ризику настання інвалідності або смерті учасника недержавного пенсійного фонду відповідно до зазначеного Закону;

– п. 209.11 ст. 290 (Спеціальний режим оподаткування діяльності у сфері сільського та лісового господарства, а також рибальства) визначено, що правило самостійного покриття збитків, які виникли внаслідок дії обставин непереборної сили, не застосовується, якщо ризики втрати товарів (запасів) були належно застраховані<sup>9</sup>.

Визначення поняття «страховий ризик» міститься у Законі України «Про страхування», де зазначено, що страховий ризик – певна подія, на випадок якої проводиться страхування і яка має ознаки ймовірності та випадковості настання<sup>10</sup>. Тобто, у п.п. 14.1.221 ст. 14 ПК України, для цілей п.п. 14.1.54 ст. 14; п. 141.4 та п.п. 141.6.2 ст. 141; п. 209.11 ст. 290 необхідно застосувати відсилочну норму і зазначити, що для їх цілей використовувати поняття «страховий ризик» у значенні, наведеному в Законі України «Про страхування». Наша позиція щодо застосування поняття «страховий ризик» Закону України «Про страхування» до цивільно-правових відносин страхування ризику настання інвалідності або смерті учасника недержавного пенсійного фонду пояснюється тим, що в Законі України «Про недержавне пенсійне забезпечення» відсутнє визначення спеціального поняття «страховий ризик» при регулюванні питань настання інвалідності або смерті учасника недержавного пенсійного фонду<sup>11</sup>.

Поряд із безпосередньо податковим ризиком та страховим ризиком у ПК України поняття «ризик» використовується у значенні ризику повної чи часткової втрати майна або його корисних властивостей. Зокрема:

– п.п. 14.1.97 ст. 14 (Визначення понять) визначено, що лізингові операції поділяються на:

б) фінансовий лізинг (оренда) – господарська операція, що здійснюється фізичною або юридичною особою і передбачає передачу орендарю майна, ... а також усіх ризиків та винагород, пов'язаних з правом користування та володіння об'єктом лізингу.

Під терміном «строк фінансового лізингу» слід розуміти передбачений лізинговим договором строк, який розпочинається з дати передання ризиків, пов'язаних із зберіганням або використанням майна ...;

– п. 94.5 ст. 94 (Адміністративний арешт майна) визначено, що повним арештом майна визнається заборона платнику податків на реалізацію прав розпорядження або користування його майном. У цьому випадку ризик, пов'язаний із втратою функціональних чи споживчих якостей такого майна, покладається на орган, який прийняв рішення про таку заборону<sup>12</sup>.

Правовідносини щодо ризику випадкового знищення та випадкового пошкодження майна регулюються ст. 323 Цивільного кодексу України. Самого визначення даного поняття цей Кодекс не містить. Саме тому доречно запропонувати наступне визначення. Ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна – це економіко-правові наслідки втрати матеріального блага, належного власнику, за відсутності вини власника чи інших осіб<sup>13</sup>. Виходячи з цього, у п.п. 14.1.221 ст. 14 ПК України необхідно внести доповнення і зазначити, що для цілей п.п. 14.1.97 ст. 14; п. 94.5 ст. 94 необхідно використовувати поняття «ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна» у наведеному вище значенні.

Ще одним способом формування податкових правовідносин у ПК України є використання терміна «ризик» при нормативно-правовому регулюванні оподаткування господарських правовідносин, тобто використання поняття «господарський ризик».

Так, п. п. 39.2.2.5 ст. 39 (Трансфертне ціноутворення) визначено, що під час визначення зіставності комерційних та/або фінансових умов зіставних операцій з умовами контрольованої операції також можуть враховуватися ризики сторін операції, пов'язані з провадженням господарської діяльності, що впливають на умови операції, зокрема, але не виключно, такі:

– виробничі ризики, включаючи ризик неповного завантаження виробничих потужностей;

- ризик зміни ринкових цін на придбані матеріали та вироблену продукцію внаслідок зміни економічної кон'юнктури, інших ринкових умов;
- ризик знецінення виробничих запасів, втрати товарами споживчих якостей;
- ризики, пов'язані із втратою майна чи майнових прав;
- ризики, пов'язані зі зміною офіційного курсу гривні до іноземної валюти, встановленого НБУ, процентних ставок, кредитні ризики;
- ризик, пов'язаний з відсутністю результатів проведення науково-дослідних та дослідно-конструкторських робіт;
- інвестиційні ризики, пов'язані з можливими фінансовими втратами внаслідок помилок, допущених під час здійснення інвестицій, включаючи вибір об'єкта інвестування;
- ризики заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу;
- підприємницькі (комерційні) ризики, пов'язані із здійсненням стратегічного управління, включаючи цінову політику та стратегію виробництва і реалізації товарів (робіт, послуг);
- ризик зниження рівня споживчого попиту на товари<sup>14</sup>.

Отже, основні засади господарювання в Україні і господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання, визначає і регулює Господарський кодекс України<sup>15</sup>. Однак самого визначення поняття «господарський ризик» цей Кодекс не містить. На нашу думку, доречним буде запропонувати наступне визначення. Господарський ризик – виробничо-комерційна діяльність в умовах невизначеності через недостатню поінформованість, вплив зовнішніх чинників (конкурентів, діяльності держави тощо), за якої не гарантується отримання прибутку<sup>16</sup>.

Виходячи з цього, у п.п. 14.1.221 ст. 14 ПК України необхідно внести доповнення і зазначити, що для цілей п.п. 39.2.2.5 ст. 39 необхідно використовувати поняття «господарський ризик» у наведеному вище значенні.

**Висновки.** ПК України як основний нормативно-правовий акт, що регулює відносини у сфері справляння податків і зборів, містить ряд юридичних дефектів щодо законодавчого забезпечення реалізації принципу законності у регулюванні податкових відносин у нашій державі. У нашому розумінні юридичними дефектами ПК України слід вважати обумовлені об'єктивними та суб'єктивними чинниками недоліки, вади, помилки та інші негативні прояви у елементах механізму правового регулювання податкових відносин, що негативно впливає на ефективність правозастосування, а однією з умов реалізації принципу законності цих відносин є запобігання таким дефектам шляхом проведення наукових досліджень та формування відповідних пропозицій.

Виходячи з цього, на нашу думку, є необхідним внесення наступних змін та доповнень до ст. 14 ПК України:

– у п.п. 14.1.221 поняття «ризик» замінити на поняття «ризик держави» та доповнити поняттям «податковий ризик» – фінансово-правова модель пропонованих негативних наслідків у вигляді виникнення не запланованого у фінансово-господарській діяльності платника податку податкового зобов'язання чи інших не фінансових ризиків (вилучення документів, арешту майна тощо) з причини відповідних дій держави (зміни податкового законодавства, вчасного ненадання податкового кредиту, зміни чи скасування чинних податкових пільг; застосування податкових санкцій; неоднозначного тлумачення законодавства тощо) чи самого платника податків (недекларування та неповне податкових зобов'язань, неперерахування належних до сплати сум зобов'язань до бюджету невиконання платником податків іншого законодавства, контроль за яким покладено на контролюючі органи);

– доповнення до п.п. 14.1.221 ст. 14 ПК України поняттями інших (не податкових ризиків): страховий ризик, ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження майна, господарський ризик.

Надати запропоновані в даному науковому дослідженні визначення цих ризиків для цілей відповідних розділів та статей цього Кодексу.

Для узагальнення дослідження окремого юридичного дефекту та окреслення подальших перспектив даного дослідження в системі фінансового права зазначимо, що в сьогоденні умовах немає економічних, соціальних та правових підстав для внесення кардинальних змін до ПК України чи проведення чергової кодифікації податкового законодавства України, а необхідним є, використовуючи вітчизняні та зарубіжні наукові надбання, завершити реформування податкових відносин, забезпечуючи захист інтересів як платників податків, так і держави.

<sup>1</sup> Податковий кодекс України : Закон від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Там само.

<sup>4</sup> Мушенко В. В. Основні терміни та поняття Податкового кодексу України : навч. посіб. / В. В. Мушенко. – К. : Ньюанс-де-Юре, 2011 – 48 с.

<sup>5</sup> Податковий кодекс України. Вказана праця.

<sup>6</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. : ВТФ «Перун», 2004. – 1440 с.

<sup>7</sup> Податковий кодекс України. Вказана праця.

<sup>8</sup> Там само.

<sup>9</sup> Там само.

<sup>10</sup> Про страхування: Закон України від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>

<sup>11</sup> Про недержавне пенсійне забезпечення : Закон України від 9 липня 2003 р. № 1057-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 47–48. – Ст. 372.

<sup>12</sup> Податковий кодекс України. Вказана праця.

<sup>13</sup> Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар : у 2 ч. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – Ч. 1. – 692 с.

<sup>14</sup> Податковий кодекс України. Вказана праця.

<sup>15</sup> Господарський кодекс України: Закон від 16 січня 2003 р. № 436-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua>

<sup>16</sup> Економічна енциклопедія : у 3 т. / ред. кол.: ... С. В. Мочерний (відп. ред.) та ін. – К. : Видавничий центр «Академія», 2000. – Т. 1. – 864 с.

#### Резюме

**Рижченко О. С. Юридичні дефекти використання поняття «ризик» у Податковому кодексі України.**

У статті охарактеризовано юридичні дефекти використання поняття «ризик» у Податковому кодексі України та надано конкретні пропозиції щодо усунення неточностей і помилок нормативного використання даного поняття.

**Ключові слова:** Господарський ризик, Податковий кодекс України, податковий ризик, ризик випадкового знищення чи пошкодження майна, юридичний дефект.

#### Резюме

**Рыженко А. С. Юридические дефекты использование понятия «риск» в Налоговом кодексе Украины.**

В статье охарактеризованы юридические дефекты использование понятия «риск» в Налоговом кодексе Украины и представлены конкретные предложения по устранению неточностей и ошибок нормативного использования данного понятия.

**Ключевые слова:** Хозяйственный риск, Налоговый кодекс Украины, налоговый риск, риск случайного уничтожения или повреждения имущества, юридический дефект.

#### Summary

**Ryzhenko A. Legal defects using the concept of “risk” in the Tax Code of Ukraine.**

The article describes the use of legal defects of the concept of “risk” in the Tax Code of Ukraine and submitted concrete proposals to eliminate inaccuracies and errors normative use of the concept.

**Key words:** Economic risk, the Tax Code of Ukraine, tax risk, the risk of accidental destruction or damage of property, legal defect.

УДК 342.9: 342.8

### І. І. СПІВАКОВ

*Ілля Ігорович Співаков, здобувач Національного університету біоресурсів і природокористування України*

## ЩОДО АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ УЧАСНИКІВ ВИБОРІВ

Сучасний етап розвитку юридичної науки характеризується намаганням систематизувати виборче законодавство на нових концептуальних чи методологічних засадах, переглянути й уточнити деякі наукові поняття, сформульовані впродовж кількох десятиліть.

Розвиток українського суспільства знаходить свій вияв у багатьох державотворчих процесах в Україні. У зв'язку з цим актуальним завданням вітчизняної правової науки є проведення глибокого та всебічного розгляду і опрацювання численних теоретико-прикладних правових проблем адміністративно-правового регулювання виборчих відносин в Україні.

З огляду на масштабність державно-владних відносин та їх поширеність на переважну більшість сфер суспільного життя, в Україні спостерігається тенденція збільшення кількості правових конфліктів публічного характеру. Серед адміністративних справ чималу кількість становлять справи про спори, пов'язані із виборчим процесом. До участі в публічно-правових спорах як із суб'єктивних, так і об'єктивних причин залучаються різні за статусом та організаційною структурою суб'єкти: органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, державні підприємства, установи, організації, інші юридичні особи, громадяни, іноземці, особи без громадянства.

Напруженість економічної й політичної ситуації в країні, хаотичність у виборі моделей виборчих систем, низький рівень політичної і правової культури учасників виборчих перегонів та правосвідомості виборців зобов'язує вдосконалити вітчизняне виборче законодавство та оптимізувати правове регулювання виборчих відносин. Це сприятиме забезпеченню їх прозорості, демократичності і зростанню довіри до влади.

Ратифікація Україною основоположних міжнародно-правових актів з питань прав людини привела до виникнення зобов'язань щодо забезпечення кожній особі захисту її прав. Право на участь у вільних і справедливих виборах є одним із національних надбань молодій українській демократії. У міру розвитку суспіль-

ства в незалежній Україні поступово стали запроваджуватися механізми захисту виборчого права як системи правових норм і суб'єктивного права окремих громадян обирати і бути обраними на виборні пости й посади.

У процесі застосування вітчизняного виборчого законодавства виникають численні неузгодженості та суперечності. Практика вирішення спорів, що виникають у ході виборчого процесу, виявила численні прогалини і колізії у даній сфері. Певні норми, пов'язані з призначенням, підготовкою й проведенням виборів, взагалі не мають охоронюваних юридичних механізмів, що призводить до унеможливлення захисту і відновлення прав і свобод учасників виборчого процесу.

Проблема захисту виборчих прав громадян є предметом пильної уваги вітчизняних науковців, представників авторитетних громадських організацій, Комітету виборців України, зарубіжних неурядових організацій та ін.

Питанням захисту виборчого права громадян присвячено праці О. В. Бачерікова, А. І. Берлача, С. В. Додіна, О. В. Кузьменко, Р. О. Куйбіди, В. І. Курила, Ю. С. Педька, А. О. Селіванова, В. С. Стефанюка, В. І. Шишкіна, К. М. Якимчука та ін.

Проблема адміністративно-правового регулювання виборчих відносин в Україні недостатньо вивчена. Певні питання були предметом дослідження Ю. Б. Ключковського, В. Ф. Погорілка, В. М. Шаповала, проте у працях учених визначаються загальнотеоретичні основи адміністративного регулювання виборчих відносин та досліджуються його фундаментальні інститути.

**Метою статті** є дослідження адміністративно-правового статусу суб'єктів виборчих відносин та встановлення особливостей адміністративно-правового регулювання виборчих відносин в Україні

Під статусом (від лат. *status* – «положення, становище») розуміється правове положення (сукупність прав і обов'язків) фізичної чи юридичної особи.

Вибори як форма волевиявлення населення були відомі ще первіснообщинному ладу, де на загальних зборах обиралися старійшини громад, а пізніше й воєначальники. Згодом процедура виборів усе більше ускладнювалася. Наприкінці XVIII ст. була розроблена класична теорія виборів, основні ідеї якої зводилися до визнання того, що суверенітет невід'ємно належить народу, що і є джерелом будь-якої влади<sup>1</sup>.

Стаття 1 Конституції України визначає Україну як суверенну і незалежну, демократичну, соціальну, правову державу. Демократичність держави й суспільства насамперед визначається рівнем розвитку народоладдя, тобто тим, наскільки реально існуючі процедури виявлення і здійснення волі народу впливають на управління державними та суспільними справами.

Конституційне закріплення влади народу зумовлює необхідність запровадження певних механізмів її реалізації. У частині другій ст. 5 Конституції України зазначено, що народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Це засадниче положення конкретизується приписом ст. 69 Конституції України про те, що народне волевиявлення здійснюється через вибори, референдум та інші форми безпосередньої демократії<sup>2</sup>.

Адміністративно-правовий статус громадянина України – складова частина його загального статусу, встановленого Конституцією України, Законом України «Про громадянство» та іншими нормативно-правовими актами. Правовий статус громадянина включає: права і свободи людини; комплекс обов'язків, які закріплені Основним Законом, адміністративно-правовими нормами та нормами інших галузей права; механізм охорони прав та обов'язків державою та гарантії їх реалізації.

Громадяни України являють собою найбільшу групу суб'єктів адміністративно-правових відносин. Важливою умовою визначення громадян як суб'єктів адміністративно-правових відносин є наділення їх правами й обов'язками. За сучасних умов адміністративно-правовий статус громадян у сфері виборчих відносин істотно трансформується у бік демократизації. До чинників, які зумовлюють такий вплив, необхідно віднести визнання провідними країнами світу, в тому числі Україною, прав і свобод людини вищою цінністю з подальшим неухильним дотриманням їх органами державної влади, а також безпосереднього поширення їх дії на сферу виборчого права.

Виборчі права є одними з основоположних політичних прав громадян будь-якої демократичної держави. Право громадян обирати й бути обраними до органів державної влади і місцевого самоврядування закріплюють загальна декларація прав і свобод людини і громадянина, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Підсумковий документ Копенгагенської Ради з людського виміру ОБСЄ і Конституція України. Реалізація цих основоположних прав за певних умов може стати предметом спорів, вирішення яких для демократичної держави є неможливим в інші засоби, окрім правових.

О. Пасенюк зазначає, що вибори – це юридичний, чітко регламентований процес, аналіз юридичної сторони виборів та пов'язаних з цим питань відіграють надзвичайно важливу роль у забезпеченні захисту прав учасників виборчого процесу<sup>3</sup>.

Недосконалість виборчого законодавства; неоптимальне застосування виборчого законодавства виборчими комісіями різних рівнів; порушення виборчого законодавства виборцями та іншими суб'єктами виборчого процесу; порушення вимог виборчого законодавства ЗМІ та їх працівниками; порушення вимог виборчого законодавства кандидатами на виборчі посади, їх представниками, уповноваженими особами, спостерігачами та членами виборчих комісій; неоднозначне застосування норм виборчого законодавства судовими органами є типовими причинами виникнення виборчих спорів в Україні.

У ст. 55 Конституції України закріплено право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб<sup>4</sup>. Розуміння цієї конституційної норми було б неповним без урахування ролі адміністративної юстиції в захисті прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень



з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб в тому числі, на виконання останніми делегованих функцій та повноважень.

В. Н. Протасов зауважує, що суспільні відносини, які потребують правового забезпечення, не можуть виникнути, існувати та розвиватися без визначених учасників, які виступають в якості суб'єктів права, являють собою потенціальні елементи правовідносин та стають реальними учасниками правових зв'язків з проявом у них додаткових доцільних властивостей юридичних прав та обов'язків<sup>5</sup>, тому з цим визначене коло осіб, які є суб'єктами права і є першим та важливим кроком у процесі втілення юридичних норм в соціальне життя.

Основною умовою володіння статусом суб'єкта виборчого права є наявність в особи спеціальної юридичної властивості – виборчої правосуб'єктності, яка виступає в якості обов'язкового елементу для наділення учасників суспільних відносин виборчими правами та обов'язками.

Визначення в Конституції України та законодавстві умов активної правосуб'єктності має першочергове значення для фактичного володіння правом обирати до представницьких органів держави та самоврядування, але цього недостатньо для перетворення кожного громадянина на суб'єкт виборчого процесу.

Процесуальною формою організації виборчого корпусу є складання списків виборців. Внесення до списку виборців є юридичним фактом, який породжує виборчі правовідносини. Списки виборців вважаються організаційно-правовою формою забезпечення загальних, рівних виборів: до них належать усі громадяни, які досягли вісімнадцятирічного віку. Відповідно до ст. 70 Конституції України до списків не вносяться особи, визнані судом недієздатними.

На відміну від громадян, які є головними носіями виборчих прав, безпосередня реалізація яких пов'язана з досягненням певного віку, відсутністю певних заборон та обмежень на участь їх у виборах, органи державної влади та їх посадові особи, виступаючи учасниками виборчих правових відносин, мають чітко визначені функції, які конкретизуються в межах їхньої компетенції, що передбачає активну лінію поведінки як суб'єктів виборчого процесу без фактичної різниці між їхньою дієздатністю та правоздатністю.

Законом України «Про вибори народних депутатів України» від 17 листопада 2011 р. вперше в національному виборчому законодавстві визначено, хто є суб'єктами виборчого процесу. Зокрема, ст. 12 вказаного Закону передбачено, що суб'єктами виборчого процесу є: виборець; Центральна виборча комісія, а також інша виборча комісія, утворена відповідно до цього Закону; партія, що висунула кандидата у депутати; кандидат у депутати, зареєстрований у порядку, встановленому цим Законом; офіційний спостерігач від партії, яка висунула кандидатів у депутати у загальнодержавному окрузі, від кандидата у депутати в одномандатному окрузі, від громадської організації, який зареєстрований у порядку, встановленому цим Законом<sup>6</sup>.

Аналіз положень законів про вибори дає підстави стверджувати про те, що суб'єктами виборчого процесу є виборці, виборчі комісії, кандидати, партії (блоки) або місцеві організації партій, які висунули кандидатів у відповідному виборчому процесі, уповноважені представники, довірені особи, офіційні спостерігачі від партій (блоків) – суб'єктів виборчого процесу та від кандидатів, а також офіційні спостерігачі від громадських організацій.

Щодо питання класифікації суб'єктів виборчого процесу, то, незважаючи на значну кількість, законодавство України не допускає їхнього хаотичного існування. Відповідно, кожний із суб'єктів виборчого процесу посідає окреме місце в системі соціальних зв'язків, які опосередковують процес підготовки й проведення передбачених Конституцією України та законодавством виборів<sup>7</sup>.

Залежно від міри участі у виборах усіх учасників виборчих правовідносин можна поділили на обов'язкові та факультативні.

Обов'язкові – це суб'єкти виборчого процесу, без яких процес організації і проведення виборів не може мати нормального, законодавчо визначеного, поступального розвитку. До них належать виборці, кандидати, виборчі комісії, державні органи та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, засоби масової інформації. За умови відсутності кожного із них унеможливується проведення виборчого процесу або припиняється виборчий процес чи визнаються такі вибори недійсними. Законодавство України в окремих випадках спеціально зумовлює можливість продовження терміну виборчого процесу з метою визначення обов'язкових суб'єктів виборчого процесу. Відповідно до положень ст. 62 Закону України «Про вибори народних депутатів України» у разі коли в одномандатному окрузі після закінчення строку реєстрації кандидатів не зареєстровано жодного кандидата у депутати, або якщо у виборах брав участь один кандидат і за нього віддали голоси менше половини виборців, які взяли участь у голосуванні, вибори у цьому окрузі вважаються такими, що не відбулися, що згідно з ч. 1 ст. 104 названого Закону є підставою для проведення повторних виборів<sup>8</sup>.

До факультативних суб'єктів виборчого процесу належать партії, блоки партій стосовно виборів Президента, депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів; окремих членів виборчих комісій, офіційних спостерігачів від партій, блоків партій, кандидатів у депутати та іноземних держав. Щодо змісту виборчого процесу, то відсутність цих суб'єктів у виборах звужує його можливості та значення як політично значущого виборчого процесу, однак це не є причиною для визнання виборів нелегітимними.

Залежно від політико-юридичної природи виборів особливого значення набуває класифікація суб'єктів виборчого процесу відповідно до цільових установок їхньої участі у виборчих правовідносинах. Відповідно до цього суб'єктів виборчого процесу поділяють на політичні та адміністративні.

До політичних суб'єктів належать громадяни, виборці, кандидати, політичні партії, блоки партій, збори виборців, офіційні спостерігачі від партій, блоків партій, від кандидатів у депутати, яких об'єднує єдина мета: досягнення певного політичного результату за підсумками виборів. Вони мають право мати свої партійно-політичні установки та розповсюджувати політичну інформацію і політичну рекламу через засоби

масової інформації або в інший, не заборонений законодавством спосіб. Зокрема, передавати систему документів або публічно оголошених відомостей про діяльність політичних діячів, політичних партій, блоків партій, суб'єктів учасників виборчого процесу, які мають стосунок до формування та здійснення державної влади і місцевого самоврядування. Як зауважують М. Смокович та С. Кальченко, метою її розповсюдження є: створення громадської думки, вплив на поведінку учасників політичного процесу, пропагування ідей, поглядів, програмних документів політичних організацій, а також окремих політиків чи політичних лідерів для формування їх відповідного іміджу<sup>9</sup>. Саме від них залежить змістовна сторона виборчого процесу, їхніми зусиллями та діями визначаються володарі депутатського мандата, або мандата виборної посадової особи, Президента, сільського, селищного, міського голови та ін.

Відповідно до положення ст. 5 Конституції України про те, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ, така характеристика політичних суб'єктів цілком відповідає положенню. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування<sup>10</sup>.

Суб'єктів сучасного українського виборчого права, опираючись на висновки загальної теорії права та галузеві юридичні науки, можна поділити на дві базові групи: індивідуальні та колективні суб'єкти. Відповідно, усіх суб'єктів виборчих спорів також можна поділити на індивідуальні й колективні.

Незалежно від критеріїв поділу суб'єктів виборчого права на певні різновиди всі вони певною мірою забезпечують формування представницьких органів через організацію і проведення виборів та не можуть внаслідок цього претендувати на особливу роль. Вони спільними зусиллями створюють умови для легітимного врахування волі виборців та встановлення його результатів.

Отже, можемо зробити такі висновки. Передумовою участі кожного з громадян у здійсненні народоладдя є право голосу – загальне суб'єктивне право індивіда, що відкриває йому можливість разом з іншими брати участь у всіх процедурах, через які виявляється і здійснюється воля народу.

Адміністративно-правовий статус учасників виборів в Україні пов'язаний із забезпеченням реалізації прав усіх учасників виборчого процесу і дотриманням покладених на них обов'язків відповідно до виборчого законодавства нашої країни.

Для повноти реалізації адміністративно-правового статусу громадян під час проведення виборів необхідно забезпечити дотримання реалізації їхніх прав та обов'язків на законодавчому рівні.

Ефективне виконання конституційних прав громадян на участь в управлінні державними справами, а також права обирати і бути обраними неможливе без забезпечення реальної можливості здійснити оскарження тих чи інших дій або бездіяльності суб'єктів виборчого процесу і насамперед виборчих комісій. Закріплення процедури оскарження рішень, дій чи бездіяльності виборчих комісій, їх членів у національному законодавстві спрямоване на забезпечення демократичності та законності виборчого процесу і відображає загальноправовий принцип верховенства права.

Принцип реалізації прав виборців в Україні являє собою систему встановлених Конституцією і виборчим законодавством України прав та обов'язків громадян нашої країни, які мають право голосу, за допомогою яких вони, як носії народного суверенітету, здійснюють власне волевиявлення в різних правових формах під час виборів на відповідних етапах виборчого процесу для забезпечення їх організації, проведення та голосування з метою формування представницьких органів державної влади і місцевого самоврядування.

<sup>1</sup> Сенюта І. В. Визначення поняття «вибори» та «виборча система» / І. В. Сенюта // Держава і право. Юридичні і політичні науки: зб. наук. пр. / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2008. – Вип. 41. – С. 297–303.

<sup>2</sup> Голосніченко Д. Повноваження державних органів щодо захисту прав виборців / Д. Голосніченко // Вибори та демократія. – 2007. – № 2. – С. 11–14.

<sup>3</sup> Пасенюк О. Вибори як виклик для української судової системи / О. Пасенюк // Юридичний вісник України. – 2007. – № 39. – С. 5.

<sup>4</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36.

<sup>5</sup> Демський Е. Ф. Адміністративне процесуальне право України: навч. посіб. / Е. Ф. Демський. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 496 с.

<sup>6</sup> Мацелик Т. Система суб'єктів адміністративного права / Т. Мацелик // Право України. – 2012. – № 3–4. – С. 439–446.

<sup>7</sup> Смокович М. Сторони виборчого спору щодо виборів народних депутатів: проблеми визначення / М. Смокович // Юридична Україна. – 2012. – № 8. – С. 43–50.

<sup>8</sup> Там само.

<sup>9</sup> Смокович М. До проблеми розгляду та вирішення виборчих спорів: окремі аспекти судової практики / М. Смокович, С. Кальченко // Вісник Центральної виборчої комісії. – 2008. – № 12. – С. 35–45.

<sup>10</sup> Бакумов О. Принципи участі громадян України у виборах та референдумах / О. Бакумов // Право України. – 2012. – № 3–4. – С. 504–510.

## Резюме

### **Співаков І. І. Щодо адміністративно-правового статусу учасників виборів.**

Стаття присвячена дослідженню виборчих відносин в Україні. Визначається правовий статус суб'єктів виборчих відносин, здійснюється класифікація учасників виборчих правовідносин залежно від міри участі у виборах, обґрунтовується вплив та значення норм адміністративного права на виборчі відносини.

**Ключові слова:** правовідносини, виборчі відносини, електоральні відносини, суб'єкти виборчих відносин, адміністративно-правове регулювання, публічне управління.

Резюме

**Спиваков И. И. Относительно административно-правового статуса участников выборов.**

Статья посвящена исследованию избирательных отношений в Украине, определяется правовой статус субъектов избирательных отношений, осуществляется классификация участников избирательных правоотношений в зависимости от меры участия в выборах, обосновывается влияние и значение норм административного права на избирательные отношения.

**Ключевые слова:** правоотношения, избирательные отношения, электоральные отношения, субъекты избирательных отношений, административно-правовое регулирование, публичное управление.

Summary

**Spivakov I. On electorate administrative and legal status.**

The article is devoted to the study of electoral relations in Ukraine, defines legal status of subjects of electoral relations, classifies the participants in legal electoral relations according to the participation degree in elections, and proves the importance and influence of the norms of administrative law on electoral relations.

**Key words:** legal relations, election relations, electoral relations, subjects of electoral relations, administrative and legal regulation, public administration.

УДК 346.544.6

**Т. М. ЧЕРЕДНІКОВА**

*Тетяна Миколаївна Череднікова, здобувач Інституту економіко-правових досліджень НАН України*

## ДЕРЖАВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЦІНОУТВОРЕННЯ НА НАФТУ ТА НАФТОПРОДУКТИ У ВІДНОСИНАХ ПОСТАВКИ

Нині питання ціноутворення на нафту та нафтопродукти є досить важливим як у теоретичній, так і практичній площинах. Особливо значення набуває питання повноти та відповідності сучасним ринковим умовам існуючого в Україні порядку формування цін на нафту вітчизняного видобутку. Наявна практика правозастосування свідчить про окремі недоліки нормативно встановленої процедури визначення ціни продажу нафти вітчизняного видобутку на засадах аукціону. Саме вказаними та іншими обставинами зумовлюється актуальність виконання представленого дослідження.

В цілому, окремі аспекти правового регулювання цін та ціноутворення, у тому числі на нафту та нафтопродукти, знайшли відображення в наукових працях Г. Д. Джумагельдієвої, Ю. М. Нестерчука, В. В. Сергієнко та ін. Поряд із цим невирішеними та такими, що потребують поглибленого висвітлення, залишаються питання конкретизації правових норм, які визначають порядок ціноутворення на нафту та нафтопродукти як об'єкти господарського обігу.

У зв'язку з цим **метою дослідження** є підготовка пропозицій, спрямованих на вдосконалення чинного законодавства України, що визначає засади ціноутворення на нафту та нафтопродукти у відносинах поставки.

Згідно з Законом України «Про ціни і ціноутворення» від 21.06.2012 р. *ціною* визнається виражений у грошовій формі еквівалент одиниці товару (п. 15 ч. 1 ст. 1)<sup>1</sup>. Більш деталізована редакція визначення поняття «ціна» наводиться у тексті Господарського кодексу України (далі – ГК України). Зокрема, ціна є вираженням у грошовій формі еквівалентом одиниці товару (продукції, робіт, послуг, матеріально-технічних ресурсів, майнових та немайнових прав), що підлягає продажу (реалізації), який повинен застосовуватися як тариф, розмір плати, ставки або збору, крім ставок і зборів, що використовуються в системі оподаткування (ч. 1 ст. 189)<sup>2</sup>.

Слід зауважити, що держава здійснює контроль і нагляд за господарською діяльністю суб'єктів господарювання, зокрема, у такій сфері як ціни і ціноутворення щодо питань додержання суб'єктами господарювання державних цін на продукцію і послуги. Саме так звучить абз. 4 ч. 3 ст. 19 ГК України. Як вбачається, в цьому проявляється особливість реалізації державою цінової політики як складової економічної політики.

Як зазначається у ГК України, суб'єкти господарювання використовують у своїй діяльності *вільні та державні регульовані ціни* (ч. 3 ст. 189). Вільні ціни визначаються на всі види продукції (робіт, послуг), за винятком тих, на які встановлено державні регульовані ціни (ч. 1 ст. 190 ГК України).

На сьогодні державні регульовані ціни не встановлюються на нафту та нафтопродукти. Втім слід відразу обмовитися, що нафта українського походження відчувається на аукціонних засадах, згідно з порядком, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів, який передбачає особливості формування стартової ціни лоту.

Беручи до уваги стратегічне значення енергоресурсів, ціна на які постійно піддається коливанню в залежності від низки економічних факторів, держава постійно докладає зусиль до створення належних умов для забезпечення нафтопродуктами суб'єктів різних галузей національного господарства. Особливо вразливою є сфера сільського господарства і, як свідчать приклади з практики правотворення, держава неодноразово втручалась у питання ціноутворення на нафтопродукти, призначені для задоволення потреб вітчизняних сільгосптоваровиробників.

Так, згідно з Постановою Кабінету Міністрів України «Про невідкладні заходи щодо забезпечення організованого збирання урожаю ранніх зернових культур у 1997 році» від 07.06.1997 р. на Міністерство сільськогосподарства і продовольства України, Міністерство економіки України було покладено обов'язок вжити заходів щодо недопущення перевищення рівня оптово-відпускних цін у разі закупівлі пально-мастильних матеріалів проти середнього рівня, який склався на внутрішньому ринку на час поставки їх сільськогосподарським товаровиробникам (п. 5)<sup>3</sup>.

У Розпорядженні Кабінету Міністрів України «Про додаткові заходи щодо забезпечення сільгосптоваровиробників нафтопродуктами для проведення збиральних робіт у 2008 році» від 05.07.2008 р. з метою стабілізації цін на ринку пально-мастильних матеріалів було покладено на Мінекономіки обов'язок разом з Мінпаливенерго та Мінагрополітики визначити ціни на дизельне паливо та бензин, що постачаються дочірньою компанією «Укргазвидобування» НАК «Нафтогаз України», з урахуванням собівартості виробництва, зберігання, транспортування і рівня загальної рентабельності для їх виробників і операторів не вище 10 відсотків (п. 3)<sup>4</sup>.

Додатковим прикладом державного регулювання цін на нафтопродукти виступають положення Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про заходи щодо забезпечення сільгосптоваровиробників нафтопродуктами для проведення весняно-польових робіт у 2010 році» від 23.12.2009 р. Згідно з цим Розпорядженням Раді міністрів Автономної Республіки Крим та обласним держадміністраціям було доручено визначити протягом п'яти днів операторів-постачальників для постачання та реалізації нафтопродуктів сільгосптоваровиробникам за цінами, які встановлені з урахуванням відпускних цін виробника, вартості транспортування і зберігання та рівня рентабельності не більш як 5 відсотків. Додатково у цьому Розпорядженні дочірній компанії «Укргазвидобування» НАК «Нафтогаз України» було доручено забезпечити відпуск дизельного палива та бензину за ціною з урахуванням податку на додану вартість відповідно не вище 4900 гривень за тонну та 5500 гривень за тонну<sup>5</sup>.

З метою забезпечення сільськогосподарських товаровиробників дизельним паливом за прийнятними для них цінами непоодинокими були випадки укладення угод між Урядом України та вітчизняними нафтопереробними компаніями щодо фіксації цін на нафтопродукти на період весняно-польових робіт та збирання врожаю. Зокрема, слід згадати Угоду про узгодження дій між сільськогосподарськими товаровиробниками та вітчизняними нафтопереробними компаніями щодо забезпечення сільгосптоваровиробників нафтопродуктами, яку було укладено у 2004 році. У п. 2 наголошувалось на тому, що компанії забезпечать встановлення цін на дизельне паливо для потреб сільськогосподарських товаровиробників на період березень – травень 2004 року на рівні, який не буде перевищувати 1700 гривень за тонну на умовах франко-резервуар НІЗ (з урахуванням офіційного співвідношення гривні до долара США та рівня світових цін на нафту за станом до 1 червня 2004 року)<sup>6</sup>. Вказана норма скоріше є яскравим прикладом практичного втілення приписів ст. ГК України щодо виконання організаційно-господарських зобов'язань.

Правове регулювання цін та ціноутворення щодо нафти та нафтопродуктів характеризується також тим, що за часів квотування та ліцензування експорту вуглеводнів українського походження використовувались індикативні ціни. У зв'язку з цим доречно згадати Указ Президента України «Про заходи щодо вдосконалення кон'юнктурно-цінової політики у сфері зовнішньоекономічної діяльності» від 10.02.1996 р., який на сьогодні втратив чинність. Вказаним Указом було затверджено Положення про індикативні ціни у сфері зовнішньоекономічної діяльності.

Втім на сьогодні індикативні ціни, зокрема на нафту та продукти її переробки у сфері зовнішньоекономічних відносин, не встановлюються через відсутність відповідної нормативно-правової бази.

Отже, можна дійти висновку про те, що на даний час ціна на нафту та нафтопродукти не підлягає прямому державному регулюванню. Держава навіть відсторонилася від регулюючого впливу на рівень ціни на нафтопродукти, які постачаються для потреб сільськогосподарських товаровиробників. Адже останнім часом відсутні відповідні акти Кабінету Міністрів України з питань матеріально-технічного забезпечення проведення весняно-польових робіт. Вказане додатково нагтовхує на думку про те, держава останніми роками надає перевагу вільному ціноутворенню на нафту та нафтопродукти.

Звісно, нові умови господарювання та мінливість економічних факторів, що впливають на складові елементи ціни на будь-який товар, у тому числі на нафту та нафтопродукти, зумовлюють відступлення держави від прямого державного впливу на ціни до використання інших механізмів регулювання, напрацьованих у межах світової економіки.

Уявлення про абсолютну свободу дій суб'єктів господарювання у питанні встановлення вільних цін є дещо хибним. Адже слід погодитися з твердженням Г. Д. Джумагельдієвої про те, що встановлення вільних цін також припускає певний ступінь державного впливу<sup>7</sup>. Зокрема, Закон України «Про ціни і ціноутворення» встановлює положення про те, що під час проведення експортних (імпортних) операцій у розрахунках з іноземними суб'єктами господарювання застосовуються контрактні (зовнішньоторговельні) ціни, що формуються відповідно до цін і умов світового ринку (ч. 1 ст. 14).

У цивільному законодавстві України використовується поняття «звичайна ціна», який використовується у тих випадках, коли ціна в договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов. У такому разі ціна визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору (ч. 4 ст. 632 Цивільного кодексу України). У ГК України згадується про вільні (ринкові) ціни (ч. 8 ст. 279). Таким чином, вільні ціни, які встановлюються суб'єктами господарювання у межах договору на відповідний товар, зокрема нафту чи нафтопродукти, мають враховувати рівень ринкових цін.

Адже податкове законодавство України оперує саме поняттями «звичайна ціна» та «ринкова ціна» як ключовими у контексті визначення умов оподаткування господарських операцій. Так, звичайна ціна розуміється як ціна товарів (робіт, послуг), визначена сторонами договору, якщо інше не встановлено Податковим кодексом України. Якщо не доведено зворотне, вважається, що така звичайна ціна відповідає рівню ринкових цін (абз. 1 підпункту 14.1.70 п. 14.1 ст. 14).

У свою чергу, «ринкова ціна» в Податковому кодексі України визначається як ціна, за якою товари (роботи, послуги) передаються іншому власнику за умови, що продавець бажає передати такі товари (роботи, послуги), а покупець бажає їх отримати на добровільній основі, обидві сторони є взаємно незалежними юридично та фактично, володіють достатньою інформацією про такі товари (роботи, послуги), а також ціни, які склалися на ринку ідентичних (а за їх відсутності – однорідних) товарів (робіт, послуг) у порівнянних економічних (комерційних) умовах (підпункт 14.1.219 п. 14.1 ст. 14).

На необхідності дотримання звичайних цін, відповідно і ринкових, у договірних відносинах виходить і судової практика. Зокрема, на цьому наголошується в Постанові Господарського суду Львівської області від 20.03.2008 р. у справі № 28/34 А за позовом дочірнього підприємства «Нафтопереробний завод №1» ВАТ «Нафтопереробний комплекс – Галичина» до Державної податкової інспекції у Дрогобицькому районі Львівської області<sup>8</sup>.

У науковій літературі наголошується, що важливого значення набуває питання виявлення критеріїв визначення ринкової ціни. В якості одного з таких критеріїв пропонується визнати ціну на товар, що сформувався в результаті біржових торгів<sup>9</sup>.

До речі, відносини, пов'язані з організацією відчуження нафти українського походження, отримали відповідне врегулювання на рівні Постанови Кабінету Міністрів України «Про організацію та проведення біржових аукціонів з продажу нафти сирової, газового конденсату власного видобутку і скрапленого газу» від 16.10.2014 р., якою затверджено однойменний Порядок (далі – Порядок організації та проведення біржових аукціонів з продажу нафти).

Як зазначено в Порядку організації та проведення біржових аукціонів з продажу нафти, рівень стартової ціни (без урахування податку на додану вартість та витрат на транспортування, постачання і зберігання) на аукціонах для нафти сирової і газового конденсату визначається аукціонним комітетом на підставі митної вартості нафти сорту «Юралс» за даними Державної фіскальної служби України за 15 днів, що передують даті реєстрації заявок на проведення аукціону. Для розрахунку стартової ціни на аукціонах для нафти сирової і газового конденсату враховуються обсяги нафти, що надійшли на митну територію України в кількості не менш як 50 000 тонн.

У разі ненадходження у зазначений період на митну територію України нафти сорту «Юралс» трубопровідним транспортом та надходження нафти сорту «Айзері» або інших сортів легких нафт Каспійського регіону стартова ціна на аукціонах для нафти сирової визначається на підставі даних Державної фіскальної служби України.

У разі ненадходження у зазначений період на митну територію України нафти сортів «Юралс», «Айзері» або інших сортів легких нафт Каспійського регіону стартова ціна на аукціонах для нафти сирової визначається за даними видання «Crude Oil Marketwire» агентства «Platts» щодо середнього значення ціни фактичних угод із продажу нафти сорту «Юралс» (котирування UralsMediterranean та UralsRotterdam) за 15 днів, що передують даті реєстрації заявок на проведення аукціону. Висновок щодо середнього значення ціни фактичних угод з продажу нафти сорту «Юралс» Міненерговугілля подає аукціонному комітетові згідно з даними видання «Crude Oil Marketwire» агентства «Platts».

Продаж нафти сирової та газового конденсату на аукціонах за ціною, нижчою стартової ціни, не допускається.

Аукціонний комітет затверджує стартову ціну на аукціонах з продажу нафти сирової та газового конденсату на основі вищенаведених даних та додає податок на додану вартість (п. 19 Порядку організації та проведення біржових аукціонів з продажу нафти).

Отже, як можна побачити на нормативному рівні досить детально визначено процедуру визначення стартової ціни нафти вітчизняного видобутку, яка є об'єктом біржової торгівлі.

Водночас слід звернути увагу на певні недоліки, які містяться у положеннях Порядку організації та проведення біржових аукціонів з продажу нафти.

Насамперед, передбачена залежність стартової ціни нафти вітчизняного видобутку на аукціоні від митної вартості імпортової нафти, що надійшла на митну територію України, у більшості випадків негативно позначається на початковій ціні продажу. У науковій літературі з цього приводу наводяться наступні аргументи: великі суб'єкти господарювання – покупці нафти досить часто відтягують дату проведення аукціонів до моменту зниження цін на світовому ринку або ж, за наявності можливостей, впливають на ціну нафти українського походження за допомогою імпорту дешевої сировини<sup>10</sup>. У такому разі митна вартість дешевої імпортової нафти буде визнана стартовою ціною продажу нафти вітчизняного видобутку.

Аналогічні застереження висловлювалися у електронних засобах масової інформації. Зокрема, для того, щоб встановити «потрібну вартість» нафти вітчизняного видобутку, нафтопереробним заводам необхідно буде домовитися про завезення на вигідних цінових умовах партії імпортової сировини. Крім того, на думку фахівців, заплутує процедуру ціноутворення і наявний у Порядку організації та проведення біржових аукціонів з продажу нафти розширений перелік сортів нафти, які можуть бути використані для визначення

вартості української сировини. Раніше для цих цілей бралися марки Urals і Azeri Light, а тепер використовують котирування «інших сортів легких нафт Каспійського регіону»<sup>11</sup>.

Певний дисонанс виникає і з приводу того, що стартова аукціонна ціна на нафту вітчизняного видобутку може визначитися на підставі даних Державної фіскальної служби України, якщо у встановлений період на митну територію України не надійшло партії нафти сорту «Юралс», але мав місце факт надходження нафти сорту «Айзері» або інших сортів легких нафт Каспійського регіону. І лише у разі відсутності імпорту на територію України нафти сортів «Юралс», «Айзері» або інших сортів легких нафт Каспійського регіону стартова ціна на аукціонах для нафти сирової визначається за даними видання «Crude Oil Marketwire» агентства «Platts».

Хоча, як свідчить практика ціноутворення на нафту та нафтопродукти, дані агентства «Platts» є пріоритетними та їх використовують у своїй діяльності як суб'єкти господарювання різних країн світу, так і органи державної влади (органи митного контролю, податкові органи та ін.).

Зокрема, компанія «Platts» є провідним світовим постачальником інформації про енергоносії, продукцію нафтохімії, металургії і сільського господарства, одним із провідних джерел еталонних оцінок по ринках згаданих товарів. Інформаційно-аналітичні продукти, які «Platts» випускає з 1909 року, допомагають клієнтам у прийнятті максимально виважених рішень, що стосуються торгових та інших ділових операцій, сприяють прозорій та ефективній роботі ринків<sup>12</sup>.

Важливо відзначити, що не менш вагомими є аналітичні дані, які готують фахівці компанії «Argus Media».

Argus Media – провідне незалежне міжнародне цінове агентство, засноване в 1970 р. «Argus Media» публікує котирування, індекси та іншу цінову інформацію, статистичні дані, аналітичні матеріали та новини, надає консалтингові послуги. Агентство висвітлює світові товарно-сировинні ринки: нафти, нафтопродуктів, природного газу, електроенергії, вугілля, металів, квот на викиди, біопалива, продуктів нафтохімії, мінеральних добрив та транспортування цих товарів. Міжнародний штат агентства перевищує 700 осіб<sup>13</sup>.

При цьому діяльність вказаних агентств, а також двох інших, а саме ICIS та OPIS, відповідає розробленому Міжнародною організацією комісій з цінних паперів (IOSCO) документу під назвою «Принципи для агентств, що повідомляють ціни на нафту» (IOSCO Oil PRA Principles). Зокрема, про це було зазначено в щорічному звіті, опублікованому 17.09.2015 р. IOSCO спільно з Міжнародним енергетичним агентством (IEA), Міжнародним енергетичним форумом (IEF) і організацією країн-експортерів нафти (ОПЕК).

У цьому звіті IOSCO дійшла висновку, що агентства слідують «Принципам», і в подальшій публікації регулярних оглядів немає необхідності. При цьому IOSCO разом з іншими організаціями продовжить моніторинг дотримання «Принципів»<sup>14</sup>.

У зв'язку з цим в окремих зарубіжних країнах інформація про ринкові ціни на нафту, газовий конденсат та нафтопродукти, яка готується аналітичними агентствами «Platts» та «Argus Media», визнається офіційним джерелом даних про ціни на вказані групи товарів. Зокрема, заслуговує уваги досвід Республіки Казахстан, де Постановою Уряду від 21.12.2011 р. № 1568 затверджено Перелік офіційно визнаних джерел інформації про ринкові ціни на сиру нафту і (або) газовий конденсат і нафтопродукти. Серед таких джерел інформації згадуються видання «Platts» та «Argus Media», які висвітлюють цінові дані на ринках нафти, газового конденсату та нафтопродуктів за відповідними регіонами (групами країн). Всього в документі виділено 6 позицій, які є офіційно визнаним джерелом інформації, а саме: Crude Oil Market Wire Basic Service («Platts»), European Market Scan Basic Service Asia-Pacific/ Arab GulfMarketSkan («Platts»), Аргус ринок нафти Росії, Аргус експорт нафти, Аргус експорт нафтопродуктів, Аргус ринок Каспію<sup>15</sup>.

Представляється, що подібний підхід слід було б використати і у вітчизняному законодавстві, яке встановлює порядок визначення аукціонної ціни нафти українського походження. Адже слід вказати на те, що п. 19 Порядку організації та проведення біржових аукціонів з продажу нафти, який передбачає порядок визначення стартової ціни на аукціонах для нафти вітчизняного видобутку, суперечить ст. 2 Закону України «Про товарну біржу», яка серед принципів діяльності біржі виділяє принцип застосування вільних (ринкових) цін.

Втім нормативно встановлений порядок визначення ціни на аукціонах для нафти вітчизняного видобутку виключає можливість використання об'єктивної інформації про ринкові ціни, що сприяє мінімізації надходжень до державного бюджету України.

Отже, вважаємо за доцільне викласти п. 19 Порядку організації та проведення біржових аукціонів з продажу нафти в наступній редакції:

«Стартова ціна на аукціонах для нафти сирової та газового конденсату визначається за даними видань «Crude Oil Marketwire» агентства «Platts», «Argus Crude» агентства «Argus Media» щодо середнього значення ціни фактичних угод з продажу нафти сорту «Юралс» (котирування UralsMediterranean та UralsRotterdam) за 3 дні, що передують даті реєстрації заявок на проведення аукціону. Висновок щодо середнього значення ціни фактичних угод з продажу нафти сорту «Юралс» Міненерговугілля подає аукціонному комітетові згідно з даними видань «Crude Oil Marketwire» агентства «Platts», «Argus Crude» агентства «Argus Media».

Продаж нафти сирової та газового конденсату на аукціонах за ціною, нижчою стартової ціни, не допускається.

Аукціонний комітет затверджує стартову ціну на аукціонах з продажу нафти сирової та газового конденсату на основі вищенаведених даних та додає податок на додану вартість.»

Викладені в даному науковому дослідженні ідеї можуть бути розвинені у напрямі вдосконалення державної цінової політики, спрямованої на формування ринкових цін на нафту та нафтопродукти.

<sup>1</sup> Про ціни і ціноутворення: Закон України від 21 червня 2012 року № 5007-VI // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 19–20. – Ст. 190.

<sup>2</sup> Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.

<sup>3</sup> Про невідкладні заходи щодо забезпечення організованого збирання урожаю ранніх зернових культур у 1997 році: Постанова Кабінету Міністрів України від 7 червня 1997 р. № 539 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/539-97-%D0%BF>

<sup>4</sup> Про додаткові заходи щодо забезпечення сільгосптоваровиробників нафтопродуктами для проведення збиральних робіт у 2008 році: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 5 липня 2008 р. № 909-р // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/909-2008-%D1%80>

<sup>5</sup> Про заходи щодо забезпечення сільгосптоваровиробників нафтопродуктами для проведення весняно-польових робіт у 2010 році: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 грудня 2009 р. № 1590-р // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1590-2009-%D1%80>

<sup>6</sup> Угода про узгодження дій між сільськогосподарськими товаровиробниками та вітчизняними нафтопереробними компаніями щодо забезпечення сільгосптоваровиробників нафтопродуктами від 3 лютого 2004 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/n0001120-04>

<sup>7</sup> Джумагельдієва Г. Д. Правове регулювання цін і ціноутворення: автореф. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / Г. Д. Джумагельдієва; НАН України, Ін-т економіко-правових дослідж. – Донецьк, 2004. – 20 с. – С. 9.

<sup>8</sup> Постанова Господарського суду Львівської області від 20.03.2008 р. у справі № 28/34 А за позовом дочірнього підприємства «Нафтопереробний завод №1» ВАТ «Нафтопереробний комплекс – Галичина» до Державної податкової інспекції у Дрогобицькому районі Львівської області про визнання нечинним податкового повідомлення-рішення // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1508401>

<sup>9</sup> Нестерчук Ю. Н. Правовые проблемы контроля в сфере ценообразования на нефтепродукты / Ю. Н. Нестерчук, П. А. Ломакина // Законодательство и экономика. – 2011. – № 11. – С. 20–26.

<sup>10</sup> Сапронов Ю. А. Аналіз ринку нафти в Україні / Ю. А. Сапронов, Д. М. Костенко // Проблеми економіки. – 2012. – № 4. – С. 56–67.

<sup>11</sup> Ліпошко О. Уряд вирішив продавати українську нафту для НПЗ зі знижкою 15 % / О. Ліпошко // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://v2.vestnik.in.ua/2014/05/21/uryad-virshiv-prodavati-ukrayinsku-naftu-dlya-npz-z-znizhkoyu-15/>

<sup>12</sup> O Platts // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.platts.ru/about>

<sup>13</sup> О компании «Argus Media» // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.argus.ru/About-Argus/>

<sup>14</sup> IOSCO, IEA, IEF и ОПЕС удовлетворены «нефтяными» агентствами // <http://www.mfc-moscow.com/index.php?id=126>

<sup>15</sup> Об утверждении перечня официально признанных источников информации о рыночных ценах на сырую нефть и (или) газовый конденсат и нефтепродукты: Постановление Правительства Республики Казахстан от 21 декабря 2011 года № 1568 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://base.spinform.ru/show\\_doc.fwx?rgn=51826](http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=51826)

## Резюме

### **Череднікова Т. М. Державне регулювання ціноутворення на нафту та нафтопродукти у відносинах поставки.**

У статті розглянуто питання ціноутворення на нафту та нафтопродукти у відносинах поставки. Відзначено, що особливого значення набуває питання повноти та відповідності сучасним ринковим умовам існуючого в Україні порядку формування цін на нафту вітчизняного видобутку. Наголошується, що наявна практика правозастосування свідчить про окремі недоліки нормативно встановленої процедури визначення ціни продажу нафти вітчизняного видобутку на засадах аукціону. У зв'язку з цим у роботі сформульовано низку пропозицій, спрямованих на вдосконалення чинного законодавства України, що визначає засади ціноутворення на нафту та нафтопродукти у відносинах поставки.

**Ключові слова:** державне регулювання, ціноутворення, поставка, нафта, нафтопродукти.

## Резюме

### **Череднікова Т. Н. Государственное регулирование ценообразования на нефть и нефтепродукты в отношениях поставки.**

В статье рассмотрены вопросы ценообразования на нефть и нефтепродукты в отношениях поставки. Отмечено, что особое значение приобретает вопрос полноты и соответствия современным рыночным условиям существующего в Украине порядка формирования цен на нефть отечественной добычи. Отмечается, что существующая практика правоприменения свидетельствует об отдельных недостатках нормативно установленной процедуры определения цены продажи нефти отечественной добычи на основе аукциона. В связи с этим в работе сформулирован ряд предложений, направленных на совершенствование действующего законодательства Украины, определяющего основы ценообразования на нефть и нефтепродукты в отношениях поставки.

**Ключевые слова:** государственное регулирование, ценообразование, поставка, нефть, нефтепродукты.

## Summary

### **Cherednikova T. State regulation of pricing on crude oil and oil products in the supply relationships.**

The article considers the issues of pricing for crude oil and oil products in the supply relationships. It is noted that of particular importance is the issue of completeness and compliance with the current market conditions existing in Ukraine the procedure for the formation of crude oil prices domestic output. It is noted that current law enforcement practices indicates certain shortcomings in the regulatory set of procedures for determining the sales price of crude oil of domestic production on the principles of the auction. In this regard, the paper formulates a number of proposals aimed at improving the current legislation of Ukraine, determines the principles of pricing for crude oil and oil products in the supply relationships.

**Key words:** state regulation, pricing, supply, crude oil, oil products.

**К. І. БРИЛЬ**

*Костянтин Іванович Бриль, кандидат юридичних наук, докторант Міжрегіональної Академії управління персоналом*

## **ПОНЯТТЯ ДЕЦЕНТРАЛІЗЦІЯ ЯК ОБ'ЄКТА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ**

Актуальність дослідження проглядається в контексті недостатнього висвітлення проблем децентралізації як об'єкта адміністративно-правового забезпечення, що й пояснює вибір теми дослідження. На основі аналізу теоретичних напрацювань варто вказати, що це складне комплексне явище, яке включає в себе політичну, адміністративну та економічну складові і, зазвичай, пов'язується зі створенням ефективної моделі управління на всіх рівнях. Враховуючи викладені твердження, слід вказати, що актуальність дослідження децентралізації як об'єкта адміністративно-правового забезпечення проявляється через необхідність правового регулювання, а також важливість питання розвитку території чи надання управлінських послуг, які мають делегуватись з центрального на місцевий та регіональний рівень.

Визначенню поняття децентралізації в рамках адміністративно-правової науки в Україні займалися такі вчені, як: В. Б. Авер'янов, Г. В. Атаманчук, І. П. Бутко, В. М. Вакуленко, С. Д. Дубенко, Л. Т. Кривенко, Н. М. Мельтюхова, Н. М. Мироненко, Н. Р. Нижник, В. А. Скуратівський та інші. Кожен із них вніс свій вклад у вивчення проблеми, але їхні праці переважно розкривають загальну характеристику децентралізації в різних галузях права.

Основною метою статті є визначення поняття децентралізації як об'єкта адміністративно-правового забезпечення.

На думку В. П. Андрущенка, під дефініцією «децентралізація» варто розуміти певну модель створення умов демократизації організації в суспільстві, що передбачає передачу частини управлінських функцій, які мають входити до компетенції об'єднань громадян, які мешкають на цій території, а також органів та посадових осіб, і повинні обиратись виключно на місцях, для уникнення призначення вищими посадовими особами<sup>1</sup>. З даної думки вченого можемо зробити висновок, що, по-перше, децентралізація передбачає модель управління, а, по-друге, функції управлінського спрямування обумовлюють передачу повноважень на місця, що матиме позитивний вплив на розвиток адміністративно-управлінського апарату державних установ та в цілому на розвиток суспільства й держави.

Науковцями різних галузей пропонуються схожі за суттю трактування «децентралізації». Так, Т. М. Безверхнюк вважає, що це – перерозподіл повноважень регіонам з метою результативного використання їх внутрішнього потенціалу, а також із врахуванням функцій та повноважень у процесі розмежування між різними рівнями управління<sup>2</sup>. М. Л. Братковський розглядає це поняття як процес комплексного напрямку з важливою ланцюговою реакцією змін у державному організмі, зокрема завдяки перерозподілу повноважень та шаблях владної вертикалі<sup>3</sup>. Дане визначення не повною мірою розкриває процес, який має відбуватись при передачі повноважень між рівнями управління. С. В. Демиденко переконаний, що децентралізація являє собою принцип політики як світового, так і європейського рівня, що передбачає важливість запровадження управління багаторівневого спрямування для розвитку території<sup>4</sup>. Наведене трактування ґрунтується на впровадженні міжнародних принципів управління, але не розкриває питання про делегування повноважень у структурній ієрархії владних органів. Оскільки в запропонованих визначеннях присутня певна одноставність думок вчених, що підтверджено, зокрема, збігом поглядів Т. М. Безверхнюка та С. В. Демиденко, а також подібністю позиції М. О. Багмет та Т. М. Личко, то можемо говорити про відсутність дискусійних точок зору з цього приводу.

Згідно з науковими позиціями О. Ф. Кобилецької та О. В. Кукарцева, децентралізація прослідковується як інструмент, що має ефективну спрямованість, націлену на реорганізацію уряду у напрямі послаблення функцій центрального органу в керуванні процесами на місцях та із розширенням функцій цих організаційних утворень, які матимуть певну самостійність<sup>5,6</sup>. Із наведеного трактування можна зробити висновок, що децентралізація полягає у створенні сприятливих умов для виконання функцій на регіональному рівні та передбачає процес зміцнення повноважень органів, які знаходяться нижче у вертикалі влади із одночасним звуженням прав і повноважень центру.

На думку П. Ю. Курмаєва, децентралізація являє собою певний процес перерозподілу та делегування повноважень на рівні регіональному з метою їх найбільш результативного використання та практичної оптимізації у вирішенні важливих питань на рівні адміністративно-територіальної одиниці<sup>7</sup>. Як вважає М. О. Лендсел, під цим поняттям потрібно трактувати вимогу для забезпечення критеріїв політичного значення, а саме: прозорість, відповідальність та результативна діяльність публічних інститутів<sup>8</sup>. Враховуючи дані твердження, можна сказати, що децентралізація є досить складним процесом і має проводитись із вико-



ристанням засобів, які матимуть продуктивний результат у територіальному вимірі, а дії органів на місцях ефективно впливатимуть на всі сфери життя суспільства певної територіальної одиниці та потребує великої уваги з боку держави і суспільства.

Досить цікаву думку має В. Я. Малиновський, який розглядає цю дефініцію як процес передачі частини функцій та повноважень нижчим рівням управління від вищих через ослаблення та скасування централізації між органами виконавчої влади та місцевого самоврядування<sup>9</sup>. Цей процес передбачає розширення правових повноважень між адміністративно-територіальними одиницями, що має за мету оптимізацію та підвищення результативності управління справами, які становлять суспільно важливий інтерес на регіональному та місцевому рівні<sup>10</sup>. Варто зазначити, що науковець у це поняття включає комплекс узгоджених і взаємопов'язаних управлінських заходів, спрямованих на належну реалізацію стратегічних та тактичних завдань у сфері децентралізації. На нашу думку, децентралізація – це діяльність, яку здійснює держава в особі уповноважених органів на основі правових норм, приписів та встановлених суспільних відносин з метою розширення повноважень органів місцевого самоврядування і їх юридичного закріплення за напрямом забезпечення суспільних благ населення територіальної одиниці.

На думку А. А. Коваленка, структурна суть децентралізації полягає в тому, що елементи політико-правового характеру, які необхідні для співпраці громади та держави, мають утворити правовий режим, що надає органам на місцях самостійність і незалежність від центрального органу управління<sup>11</sup>. Звичайно, що децентралізація не може бути ефективною, якщо не відбувається передача повноважень нижнім рівням влади в межах територіальних громад.

Такі науковці, як В. І. Мельниченко та Н. М. Мельтюхова вважають, що децентралізація – це відчуження певної частини державної влади, що закріплюється нормами федеральної конституції чи самоврядними утвореннями із закріпленням цього процесу в законодавстві<sup>12</sup>. Дане трактування є не досить досконалим і не розкриває всю суть процесу децентралізації. Позиція Н. М. Мельтюхової є обґрунтованою в контексті дослідження, що передбачає форму організації чи характеристику системи управління з урахуванням відносин між суб'єктом та об'єктом управління та проявляється через розподіл повноважень і покладену відповідальність стосовно прийняття управлінських рішень в питаннях внутрішніх та зовнішніх зв'язків системи<sup>13</sup>. Наведене поняття відображає структурний зміст управління та розподіл повноважень у межах системи, що проявляється через розмежування завдань і функцій, за якого більшість із них передається з рівня органів центральних на нижчий.

Так, Г. Ю. Панікар, Ю. В. Остріщенко та М. Хан надають схожі за змістом визначення поняття «децентралізація», під яким розуміється процес, який змінює і скорочує природу втручання центрального уряду та супроводжується структурними реформами на національному рівні<sup>14</sup>. Систематичне делегування повноважень на всі рівні управління та спосіб організації влади територіального значення, відповідно до якого держава передає право на прийняття рішень з певних питань в межах структурного розподілу повноважень на нижчих рівнях, що є відносно незалежними від неї<sup>15</sup>. Отже, дані визначення розкривають зміст процесу децентралізації у взаємодії із реформаційними змінами та передачу повноважень на користь органів нижчого рівня.

Н. Р. Нижник пропонує таке тлумачення, а саме: передачу права приймати рішення на різних рівнях управління, що зумовлено факторами як об'єктивного, так і суб'єктивного спрямування у сфері управління та передбачає протилежний напрям від процесу централізації<sup>16</sup>. О. Ю. Оболенський наголошує на зміні управлінських функцій державних органів виконавчої влади та наданні розширеної компетенції органам влади місцевого значення із збільшенням компетенції нижчих органів за рахунок вищих<sup>17</sup>. Отже, децентралізація передбачає спосіб розмежування функціональних завдань, за якого більшість із них передаються з рівня органів центральних на нижчий щабель владних повноважень. З огляду на це можна констатувати, що значна частина адміністративної діяльності покладається на місцеві органи або інші уповноважені державою суб'єкти.

Таким чином, децентралізація – це діяльність, яку здійснює держава в особі уповноважених органів через механізм упорядкування суспільних відносин на основі правових норм, приписів з метою розширення повноважень органів місцевого самоврядування та органів виконавчої влади, їх юридичного закріплення за напрямом забезпечення суспільних благ і послуг населення, територіальної одиниці для результативного використання їх внутрішнього потенціалу.

З огляду на вищевикладене, розглядаючи питання децентралізації як об'єкта адміністративно-правового забезпечення, зауважимо, що адміністративне право є самостійною галуззю права, яка покликана регламентувати відносини суспільного характеру в сфері державного управління, а також здійснювати дії, спрямовані на організаційні процеси у визначеному законодавством напрямі. У процесі формування демократичної соціальної держави адміністративно-правового забезпечення допомагає регламентації відносин, у сфері виконавчої влади для реалізації процесів, що обумовлюють децентралізацію, а також здійснення належних кроків для ефективного державного управління.

Різними теоретиками права пропонується більш близьке до змісту нашого дослідження поняття «забезпечення». Зокрема З. Д. Чуйко вважає, що дефініція «забезпечення» відображається через широке значення та передбачає створення умов для здійснення та охорони когось, що-небудь від небезпеки<sup>18</sup>. Таким чином, вказане трактування являє собою структурну конструкцію для надання змістовної суті певному процесу. Як вважає Є. Є. Колесніков, поняття «адміністративно-правове забезпечення» розглядається як механізм, здійсню-

ваний державою за допомогою спеціальних методів упорядкування суспільних відносин, їх юридичне закріплення, охорона, реалізація та розвиток<sup>19</sup>. Отже, забезпечення потрібно розглядати з позиції певних дій, які необхідні для розв'язання завдань. У цьому випадку трактування здійснюється через досконалий механізм упорядкування суспільних відносин у комплексі із процесами, спрямованими на забезпечення певної діяльності.

Більш широку характеристику адміністративно-правового забезпечення надає С. Г. Стеценко, який говорить про сукупність правових засобів, за допомогою яких здійснюється регулювання правового характеру управлінських відносин у сфері адміністративного права<sup>20</sup>. Цей дослідник виділяє досліджуване поняття як правову категорію, що покликана забезпечити результативне регулювання відносин на управлінському рівні в державі, які, в свою чергу, мають здатність впливати на функціонування розвитку суспільства.

Досить цікаву позицію має І. О. Іерусалімова, яка зміст терміна розкриває через адміністративно-правове регулювання, реалізацію юридичних норм і встановлення відповідних правових гарантій<sup>21</sup>. Зазначимо, що регулювання адміністративно-правового характеру здійснюється через правові норми, приписи та націлені на встановлення суспільних відносин з метою їх належного упорядкування, юридичного закріплення, реалізації і охорони.

Доцільно в межах цього дослідження надати трактування комплексної дефініції «адміністративно-правове забезпечення децентралізації». Під цим поняттям варто розглядати сукупність правових засобів, за допомогою яких здійснюється правове регулювання управлінських відносин між органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади у сфері адміністративного права, що включає в себе комплекс елементів для забезпечення реалізації процесу децентралізації та створення сприятливих умов для розв'язання цього завдання на рівні держави, що передбачатиме розосередження державної влади, а саме – розподіл повноважень та відповідальності за її використання структурами локального та регіонального рівня.

З огляду на проведені дослідження, згідно з аналізом наукових трактувань, доцільно виділити такі особливості дефініції «децентралізація як об'єкт адміністративно-правового забезпечення»:

– становить певну модель умов, спрямовану на демократизацію організації в суспільстві та передачу управлінських функцій на місця;

– направлена на розширення повноважень органів місцевого самоврядування та органів виконавчої влади місцевого значення;

– вказує на діяльність, яку здійснює держава в особі уповноважених органів, на основі правових норм, з метою збільшення повноважень органів місцевого самоврядування за напрямом забезпечення суспільними благами населення в межах територіальної одиниці;

– передбачає перерозподіл повноважень для результативного використання у сфері питань на рівні адміністративно-територіальної одиниці;

– здійснює правове регулювання управлінських відносин між органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади у сфері адміністративно-правового забезпечення;

– характеризує системи управління із врахуванням відносин між суб'єктом та об'єктом управління та передбачає розподіл повноважень між ними в межах територіальних одиниць.

Таким чином, адміністративно-правове забезпечення децентралізації здійснюється державою за допомогою спеціального механізму упорядкування суспільних відносин, їх юридичного закріплення, охорони, реалізації та розвитку.

<sup>1</sup> Андрущенко В. Організоване суспільство / В. Андрущенко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.nbu.gov.ua/books/2006/06vaos/07.htm](http://www.nbu.gov.ua/books/2006/06vaos/07.htm)

<sup>2</sup> Безверхнюк Т. М. Система ресурсного забезпечення регіонального управління: концептуальні засади розбудови і механізми функціонування: автореф. дис. ... д-ра наук з держ. упр.: спец. 25.00.02 / Т. М. Безверхнюк ; Класич. приват. ун-т. – Запоріжжя, 2009. – С. 11.

<sup>3</sup> Братковський М. Л. Децентралізація публічної влади в Україні: проблеми та перспективи / М. Л. Братковський // Держава та регіони. – 2010. – Вип. 4. – С. 110. – (Серія «Державне управління»).

<sup>4</sup> Демиденко С. В. Світовий досвід управління та фінансового планування регіонального розвитку / С. В. Демиденко // Вісн. Дніпропетр. держ. фінансової акад. – 2009. – № 2. – С. 106.

<sup>5</sup> Кобилецька О. Ф. Удосконалення системи формування міжбюджетних відносин як однієї з засад зміцнення дохідної частини місцевих бюджетів України / О. Ф. Кобилецька : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.nbu.gov.ua/ejournals/PSPE/2009\\_4/Kobiletska\\_409.htm](http://www.nbu.gov.ua/ejournals/PSPE/2009_4/Kobiletska_409.htm)

<sup>6</sup> Кукарцев О. Інституціональні механізми регіональної політики: централізація і децентралізація влади / О. Кукарцев // Укр. нац. ідея: реалії та перспективи розвитку : зб. наук. пр. / голов. ред. В.М. Денисенко. – Л. : Львів. політехніка, 2007. – № 19. – С. 102.

<sup>7</sup> Курмаєв П. Ю. Дослідження зарубіжного досвіду управління соціально-економічним розвитком на регіональному рівні / П. Ю. Курмаєв // Економ. простір. – 2009. – № 25. – С. 17.

<sup>8</sup> Лендьял М. О. Європеїзація політичного процесу в країнах ЦСЄ як чинник здійснення децентралізаційної реформи / М. О. Лендьял // Наук. зап. НаУКМА. – 2008. – Т. 82: Політ. науки. – С. 47.

<sup>9</sup> Малиновський В. Я. Словник термінів і понять з державного управління / В. Я. Малиновський. – 2-ге вид., допов. і виправл. – К. : Центр сприяння інститут. розв. держав. служби. – 2005. – С. 51.

<sup>10</sup> Децентралізація як основний інструмент реформування державного управління в країнах Центрально-Східної Європи (на прикладі Словачької республіки та республіки Польща) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc\\_gum/Ardup/2011\\_2/2-5-20.pdf](http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Ardup/2011_2/2-5-20.pdf)

<sup>11</sup> Коваленко А. Місцеве самоврядування: природа, ознаки, межі / А. Коваленко // Право України. – 1997. – № 2. – С. 4.

<sup>12</sup> Мельниченко В. І. Переосмислення функцій державного управління у контексті децентралізації публічної влади / В. І. Мельниченко // Укр. соціум. – 2004. – № 2. – С. 110.

<sup>13</sup> Мельтюхова Н. М. Теоретичні основи децентралізації управління / Н. М. Мельтюхов : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [kharkivoda.avakov.com/show.php?page=8395](http://kharkivoda.avakov.com/show.php?page=8395)

<sup>14</sup> Панікар Г. Ю. Позитивні та негативні наслідки децентралізації політики залучення прямих іноземних інвестицій / Г. Ю. Панікар : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.nbuv.gov.ua/portal/soc\\_gum/sru/2010\\_2/index.htm](http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/sru/2010_2/index.htm)

<sup>15</sup> Тірк У. Фіскальна децентралізація в Україні / У. Тірк : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.c-e-d.info/img/pdf/Utt\\_125\\_134\\_ukr.pdf](http://www.c-e-d.info/img/pdf/Utt_125_134_ukr.pdf)

<sup>16</sup> Державне управління в Україні: централізація і децентралізація : моногр. / відп. ред. Н. Р. Нижник. – К. : УАДУ. – 1997. – С. 16.

<sup>17</sup> Оболенський О. Ю. Державне управління та державна служба : словник-довідник / уклад. О. Ю. Оболенський. – К. : КНЕУ. – 2005. – С. 111.

<sup>18</sup> Чуйко З. Д. Конституційно-правовий механізм забезпечення національної безпеки України / З. Д. Чуйко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. – № 8. – С. 85.

<sup>19</sup> Колесников Є. Є. Поняття та особливості адміністративно-правового забезпечення захисту прав споживачів / Є. Є. Колесников // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 432.

<sup>20</sup> Стеценко С. Г. Адміністративне право України: навч. посіб. / С. Г. Стеценко. – К. : Атіка, 2008. – С. 62–67.

<sup>21</sup> Іерусалімова І. О. Механізм адміністративно-правового забезпечення прав і свобод людини та громадянина : дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право; фінансове право; інформаційне право» / І. О. Іерусалімова. – К., 2006. – С. 84.

#### Резюме

##### **Бриль К. І. Поняття децентралізації як об'єкта адміністративно-правового забезпечення.**

У даній статті на основі аналізу позицій вчених виведено авторське трактування поняття «децентралізація». Проаналізовано сутність децентралізації як об'єкта адміністративно-правового забезпечення. Окреслено особливості децентралізації як об'єкта адміністративно-правового забезпечення.

**Ключові слова:** адміністративно-правове забезпечення, децентралізація, децентралізація як об'єкт адміністративно-правового забезпечення, модель управління.

#### Резюме

##### **Бриль К. И. Понятие децентрализации как объекта административно-правового обеспечения.**

В данной статье на основе анализа позиций ученых дана авторская трактовка понятия «децентрализация». Проанализирована сущность децентрализации как объекта административно-правового обеспечения. Очерчены особенности децентрализации как объекта административно-правового обеспечения.

**Ключевые слова:** административно-правовое обеспечение, децентрализация, децентрализация как объект административно-правового обеспечения, модель управления.

#### Summary

##### **Brill K. The concept of decentralization as an object of administrative and legal support.**

In this paper by analyzing the positions of scientists deduced copyright concept of «decentralization». Examined the essence of decentralization as an object of administrative and legal support. Outlined as an object of decentralization of administrative and legal support.

**Key words:** administrative and legal framework, decentralization, decentralization as an object of administrative and legal support, management model.

**Д. В. КОЛЕСНИКОВ**

*Денис Вікторович Колесніков, заступник директора ТОВ «ЮК Аспект»*

## **АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СИСТЕМИ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ**

Наша держава перебуває на стадії активного удосконалення та упорядкування нормативно-правової бази, що обумовлено обраним напрямом на євроінтеграцію та демократизацію української держави. Зокрема, удосконалюються адміністративно-правові положення щодо різних інститутів адміністративного права, закріплюються нові права та обов'язки громадян як суб'єктів адміністративного права тощо. З огляду на вищезазначені процеси актуальності набуває питання перегляду основних елементів нормативно-правової бази саме адміністративного законодавства, оскільки воно встановлює норми щодо найважливіших зв'язків – зв'язків держави та її громадян.

Основною метою статті є дослідження адміністративно-правового регулювання системи державного управління.

Переходячи безпосередньо до дослідження адміністративно-правового регулювання державного управління, варто зазначити, що одним із основних нормативно-правових актів, які регулюють систему державного управління, є Конституція України.

Після прийняття в 1996 р. Конституції України почали змінюватися на краще тенденції розвитку національного адміністративного права<sup>1</sup>. Цьому сприяли два вирішальні фактори: по-перше, утворення Президентом України у 1997 р. Державної комісії з проведення в Україні адміністративної реформи і, головне, покладення на цю комісію завдання з підготовки Концепції адміністративної реформи; по-друге, прийняття в тому ж році Кабінетом Міністрів України рішення про створення робочої групи, якій доручалися підготовка Концепції реформи адміністративного права України і розробка проекту Адміністративного кодексу України. Слід підкреслити, що обидві ці події не мали аналогів в історії нашої країни. Особливо ж неординарним, і не тільки, мабуть, для нашої країни, слід вважати урядове рішення щодо розробки Концепції реформи адміністративного права. Це, дійсно, надзвичайно рідкісний випадок, коли держава офіційно ставить завдання щодо концептуального забезпечення реформування цілої галузі національного права, причому галузі фундаментальної, профільної<sup>2</sup>.

Конституція України у ст. 6 визначає, що державна влада в Україні здійснюється шляхом її поділу на три сфери – законодавчу, виконавчу та судову. Їх повноваження, а також гарантії діяльності визначаються Основним Законом України та іншими нормативно-правовими актами адміністративного законодавства тощо<sup>3</sup>. Даною правовою нормою встановлюється загальне положення щодо правового регулювання державного управління в Україні та визначено поділ органів державної влади. Варто зазначити, що не зважаючи на бланкетність конституційної норми, яка стосується повноважень органів державної влади та їх діяльності, її існування є обґрунтованим, оскільки Основний Закон встановлює загальні засади щодо регулювання усіма аспектами діяльності держави та громадян.

Окрім того, Конституція України визначає основні положення щодо правового статусу, зокрема й адміністративно-правового, усіх основних органів державного управління. Зокрема, у Розділі IV встановлюються основні аспекти діяльності Верховною Радою України, а Розділ VI визначає конституційні норми щодо реалізації Кабінетом Міністрів України державної політики<sup>4</sup>. Отже, як можна побачити, оскільки Конституція України є основним нормативно-правовим актом нашої держави, який закріплює у своїх положеннях найважливіші засади та принципи, то в ній, безперечно, знаходять своє відображення адміністративно-правові норми, які проголошують правовий статус усіх найвищих органів державної влади, встановлюють їх повноваження, права та гарантії їх діяльності.

Особливостями даного нормативно-правового акта є закріплення конституційного положення щодо здійснення державного управління в Україні, а також щодо поділу державної влади на відповідні гілки. Окрім того, не можна залишити поза увагою той факт, що Конституція України встановлює загальні положення, які визначають структуру, склад, основні повноваження тощо таких органів державного управління, як Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Автономна Республіка Крим та ін.

**Ще одним нормативно-правовим актом, який забезпечує здійснення адміністративно-правового регулювання державного управління, є Закон України «Про центральні органи виконавчої влади».**

В. М. Самсонов визначає адміністративне законодавство як «цілісну систему, яка складається з багатьох нормативних актів та виражена у відповідній структурі»<sup>5</sup>. Неможливо не погодитися з науковцем, оскільки досліджуючи джерельно-правову базу адміністративно-правового регулювання державного управління, видається можливим зробити висновок про деяку розпорошеність адміністративно-правових норм, адже вони знаходять своє відображення у численних як законодавчих, так і підзаконних нормативно-правових актах.

У період розвитку державності залишається проблема створення та діяльності центральних органів виконавчої влади. Протягом багатьох років законодавець прагнув визначити найбільш оптимальну й збалансовану структуру органів виконавчої влади, яка б діяла продуктивно, була достатньою для виконання функцій, покладених на неї, але не занадто громіздкою, щоб не ускладнювати керування нею й не обтяжувати державний бюджет<sup>6</sup>. І справді, завдання адміністративно-правового регулювання державного управління якраз і полягає у створенні оптимальної системи органів державного управління. Верховна Рада України здійснювала активну діяльність щодо розробки і прийняття відповідного нормативно-правового акта, який би закріплював основи системи органів державного управління.

Зокрема, Закон України «Про центральні органи виконавчої влади» закріплює, що систему державного управління становлять міністерства та інші центральні органи виконавчої влади. Даним нормативно-правовим актом у ст. 5 встановлюється порядок утворення, зміни чи припинення суб'єктів адміністративно-правового управління, зокрема міністерств та інших центральних органів виконавчої влади. У ньому також встановлюється правовий статус цих суб'єктів адміністративно-правового управління, повноваження посадових осіб центральних органів та міністерств, визначається порядок їх фінансування та забезпечення<sup>7</sup>. Загалом, можна відмітити, що даний нормативно-правовий акт максимально повно регламентує аспекти діяльності таких адміністративно-правових суб'єктів державного управління, як міністерств й інших центральних органів виконавчої влади. Варто зазначити, що даний Закон містить більш загальні адміністративно-правові норми, які деталізуються в інших нормативних актів щодо кожного відповідного органу адміністративно-правового управління.

У цілому, виділяючи особливості цього джерела адміністративно-правового регулювання державного управління, варто сказати, що він є доцільним, оскільки містить загальні положення щодо утворення чи припинення міністерств та інших державних органів. Окрім того, даний нормативний акт чітко встановлює повноваження міністерств та інших центральних органів виконавчої влади.

**Закон України «Про Кабінет Міністрів України»** також є зовнішнім проявом адміністративно-правового регулювання державного управління.

Даний нормативно-правовий акт регламентує порядок утворення, а також правовий статус Уряду України. Зокрема, ст. 1 визначається, що Кабінет Міністрів України є найвищим органом у системі органів виконавчої влади і реалізує свої адміністративно-правові повноваження через інші органи виконавчої влади, наприклад міністерства чи служби тощо<sup>8</sup>. Отже, можна констатувати, що даний нормативно-правовий акт адміністративного законодавства деталізує конституційні положення, що стосуються Уряду нашої держави. Цей Закон вміщує у собі конкретні положення щодо реалізації державної політики, здійснення адміністративно-правового управління шляхом взаємодії та співробітництва з іншими органами державної влади тощо.

Аналіз наукової літератури дав можливість установити основні підходи до визначення функцій Кабінету Міністрів України як суб'єкта державного управління: а) підпорядкованість урядових функцій управління цілям та завданням держави; б) розуміння функцій як базових видів діяльності суб'єкта влади, які здійснюються для досягнення запланованого результату; в) їх об'єктивний характер, владно-організаційна сутність; г) специфічність щодо об'єкта управління; д) реалізація функцій Кабінету Міністрів України як основний зміст його діяльності; ж) трансформація функцій Кабінету Міністрів України у нових соціально-економічних умовах<sup>9</sup>. Зокрема, можна виявити, що Кабінет Міністрів України є безпосереднім виконавцем державної політики, який наділяється відповідними адміністративно-правовими повноваженнями. Необхідно наголосити на тому, що Уряд може фактично змінювати свої функції, тому що розвиток суспільних правовідносин може зумовити вироблення принципово нових заходів реалізації державного управління в Україні.

Необхідно також зазначити, що даний нормативно-правовий акт виділяє адміністративно-правові повноваження Уряду щодо регулювання правовідносин у процесі взаємодії з іншими державними органами та посадовими особами: Верховною Радою України, Президентом України, міністерствами, службами тощо щодо реалізації певних аспектів державного управління, зокрема в питаннях національної безпеки, визначення пріоритетів державної політики та ін.<sup>10</sup> Як можна побачити, в силу того, що даний орган адміністративного управління є вищим органом виконавчої влади, в профільному Законі щодо його функціонування детально регламентовано можливість взаємодії фактично з усіма іншими органами державного управління з метою реалізації завдань та функцій держави.

Закінчуючи теоретичний аналіз Закону України «Про Кабінет Міністрів України», необхідно вказати, що особливістю даного нормативно-правового акта адміністративного законодавства є те, що в ньому встановлено норми, які регулюють порядок здійснення державного управління найвищим державним органом виконавчої влади. Окрім того, варто наголосити на тому, що Закон визначає конкретні повноваження та можливості взаємодії Кабінету Міністрів України з іншими органами державної влади.

**Наступним важливим нормативно-правовим актом**, який регулює діяльність у сфері державного управління, є Закон України «Про державну службу».

Необхідно погодитись з позицією російських науковців, які говорять про те, що соціальний інститут державної служби виникає тоді, коли з'являється певна соціальна потреба в ній, а потреба в даному соціальному інституті закладена в самій природі суспільства, яке не може існувати без спеціалізованої організуючої структури – державного управління<sup>11</sup>. Тобто, існування державного управління та виконання державними органами своїх адміністративних повноважень і функцій обумовлює становлення та розвиток державної служби, яка є необхідним інструментом для розв'язання державою своїх завдань.

Державна служба як соціальний інститут сучасного суспільства покликана забезпечувати сталість соціальних відносин в тій чи іншій сфері і являє собою історично стійку форму організації спільної діяльності осіб, які перебувають на службі у державі. Вона створює можливості задовольняти громадянам різні потреби та регулює дії людей у межах соціальних відносин. Соціальна основа державної служби обумовлюється інтересами суспільства, правами та свободами громадянина<sup>12</sup>. На підтвердження наведеного положення, дане твердження також пов'язує існування державної служби з суспільною необхідністю, потребою громадян у задоволенні своїх адміністративних прав та свобод.

Закон України «Про державну службу» встановлює, що державною службою є професійна діяльність громадян України, яка здійснюється в органах державної влади і за яку вони отримують заробітну плату. Закон визначає загальні засади здійснення такої діяльності, а також закріплює положення, що стосується недопущення дискримінації при вступі на державну службу громадян України<sup>13</sup>. Як можна побачити, даний нормативно-правовий акт адміністративного законодавства регламентує аспекти вступу, проходження, а також припинення державної служби. Регламентування даних суспільних правовідносин в основному адміністративно-правовими нормами зумовлюється особливим характером такої діяльності, оскільки громадяни виконують свою роботу безпосередньо в державному органі, а тому й необхідно окремо регулювати аспекти такої роботи, зокрема адміністративно-правовим законодавством.

Даний нормативно-правовий акт адміністративного законодавства виділяє положення, що стосуються вступу на державну службу, наприклад порядок проходження конкурсу, стажування тощо. Окрім того, у Законі визначено системи державних посад, які надають змогу державним службовцям реалізовувати свою службову кар'єру.

Державна служба є своєрідним зв'язком між державою і громадянином та сприяє розвитку громадянського суспільства. Як зазначає О. Ф. Скакун, громадянське суспільство – це система взаємодії в межах права вільних і рівноправних громадян держави, їх об'єднань, що добровільно сформувалися та перебувають у відносинах конкуренції й солідарності поза безпосереднім втручанням держави, покликаної створювати умови для їх вільного розвитку. Громадянським суспільством, продовжує О. Ф. Скакун, можна назвати таке суспільство, у якому головною діючою особою є громадянин, як автономна особа<sup>14</sup>. Тобто, державні службовці відіграють особливу роль в адміністративно-правових відносинах, а тому важливим є здійснення повного та всебічного адміністративно-правового регулювання діяльності державних службовців, їх прав та гарантій.

Таким чином, виділяючи особливості даного нормативно-правового акта, можна сказати, що він є специфічним та безумовно важливим актом адміністративно-правового регулювання, оскільки державне управління в нашій державі здійснюється безпосередньо людьми – державними службовцями. Цей Закон закріплює основні аспекти адміністративно-правового статусу державних службовців, а також визначає їх гарантії і забезпечення.

Останнім нормативно-правовим актом, який ми дослідили та який становить адміністративно-правове регулювання державного управління, є Закон України «Про адміністративні послуги».

Так, В. Б. Авер'янов, обґрунтовуючи нову доктринальну оцінку щодо змісту предмета галузі адміністративного права, стверджує: «виконання органами виконавчої влади (це однаковою мірою стосується і органів місцевого самоврядування) значної частини обов'язків перед приватними особами пов'язане з такою поки що нетрадиційною для вітчизняного досвіду функцією держави, як надання адміністративних (або управлінських) послуг. Ця нова функція була вперше передбачена Концепцією адміністративної реформи в Україні (1998 р.), а самі управлінські послуги визначені в ній «як послуги з боку органів виконавчої влади, що є необхідною умовою реалізації прав і свобод громадян – зокрема, реєстрація, ліцензування, сертифікація»<sup>15</sup>. Тобто, з даного твердження можна констатувати, що сутність адміністративних послуг полягає у наданні фізичним особам громадянам та юридичним особам послуг задля здійснення цими особами своїх прав і свобод, а також реалізації гарантій. Концепція адміністративної реформи впровадила даний адміністративно-правовий інститут, положення якого встановлюються в окремому нормативно-правовому акті адміністративно-правового законодавства.

Закон України «Про адміністративні послуги» у ст. 1 закріплює, що під адміністративною послугою слід розуміти 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. Дані послуги можна отримати у відповідному центрі надання адміністративних послуг, на які безпосередньо покладено виконання цих адміністративно-правових повноважень. Правовий статус даного центру також встановлюється цим Законом, зокрема, центр надання адміністративних послуг – це перманентний орган місцевої державної адміністрації, або підрозділ, що перебуває в його структурі, в якому здійснюються адміністративні функції щодо надання громадянам державних послуг<sup>16</sup>. Отже, робимо висновок, що цей нормативно-правовий акт регулює такий інститут адміністративного права, як «адміністративні послуги». У нормативно-правовому акті визначається порядок надання таких послуг, який передбачає написання заяви та подання відповідних документів, а також оплата адміністративних послуг та інші аспекти адміністративно-правового управління у цій сфері.

Зазначимо, що даний законодавчий акт у сфері адміністративно-правового регулювання адміністративних послуг регламентує усі аспекти здійснення цієї управлінської діяльності. Він визначає порядок надання адміністративних послуг, адміністративно-правовий статус центрів надання адміністративних послуг, державних адміністраторів тощо.

Із викладеного вище випливає, що адміністративно-правове регулювання державного управління є достатньо об'ємним та всебічним і охоплює практично усі сфери діяльності державних органів. Адміністративно-правові норми, що регулюють державне управління, містяться в Основному Законі України, а також у низці законодавчих актів і визначають правовий статус, повноваження, а також порядок утворення і припинення тощо.

<sup>1</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> Чорномаз О. Б. Джерела адміністративного права: сучасний стан та перспективи розвитку / О. Б. Чорномаз // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2015. – Вип. 30. – Т. 2. – С. 90. – (Серія «Право»).

<sup>3</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Самсонов В. Н. Административное законодательство: понятие, содержание, реформа / В. Н. Самсонов. – Х. : Основа, 1991. – С. 69–70.

<sup>6</sup> Людькова І. Щодо особливостей правового статусу центральних органів виконавчої влади зі спеціальним статусом / І. Людькова // Юридичний вісник. – 2014. – № 6. – С. 67.

<sup>7</sup> Про центральні органи виконавчої влади : Закон України № 3166-VI від 17 березня 2011 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2011. – № 38. – Ст. 385.

<sup>8</sup> Про Кабінет Міністрів України : Закон України № 794-VII від 27 лютого 2014 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2014. – № 13. – Ст. 222.

<sup>9</sup> Осауленко С. В. Адміністративно-правовий статус Кабінету Міністрів України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / С. В. Осауленко; кер. роботи С. В. Ківалов; Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». – Одеса, 2010. – С. 11.

<sup>10</sup> Про Кабінет Міністрів України : Закон України № 794-VII від 27 лютого 2014 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2014. – № 13. – Ст. 222.

<sup>11</sup> Государственное управление : учеб. пособ. / В. П. Васильев, Н. Г. Деханова, Ю. А. Холоденко ; под общей ред. В. П. Васильева. – М. : Дело и Сервис, 2009. – С. 87.

<sup>12</sup> Колобов Ю. В. Державна служба як соціально-правовий та державно-управлінський інститут сучасного суспільства / Ю. В. Колобов // Науковий вісник Академії муніципального управління. – 2012. – Вип. 4. – С. 204. – (Серія «Управління»).

<sup>13</sup> Про державну службу : Закон України № 3723-XII від 16 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1993. – № 52. – Ст. 490.

<sup>14</sup> Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підруч. / О. Ф. Скакун. – 2-е вид. ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2005. – С. 58.

<sup>15</sup> Великий енциклопедичний юридичний словник. – 2-е вид. ; переробл. і доповн. / за ред. Ю. С. Шемшученка. – К. : Юридична думка, 2012. – С. 25.

<sup>16</sup> Про адміністративні послуги : Закон України № 5203-VI від 6 вересня 2012 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2013. – № 32. – Ст. 409.

#### Резюме

##### **Колесніков Д. В. Адміністративно-правове регулювання системи державного управління.**

У статті досліджено адміністративно-правове регулювання системи державного управління. Визначено основні нормативно-правові акти, які регулюють відносини у даній сфері. Комплексно проаналізовано кожен із них.

**Ключові слова:** державне управління, система державного управління, адміністративно-правове регулювання, нормативно-правові акти у сфері державного управління, правове регулювання.

#### Резюме

##### **Колесніков Д. В. Административно-правовое регулирование системы государственного управления.**

В статье исследовано административно-правовое регулирование системы государственного управления. Определены основные нормативно-правовые акты, регулирующие отношения в данной сфере. Комплексно проанализирован каждый из них.

**Ключевые слова:** государственное управление, система государственного управления, административно-правовое регулирование, нормативно-правовые акты в сфере государственного управления, правовое регулирование.

#### Summary

##### **Kolesnikov D. Administrative and legal regulation of public administration system.**

In the article the administrative and legal regulation of public administration system is analyzed. The main legal acts regulating relations in this area are examined. Given complex analysis of each of them.

**Key words:** public administration, public administration system, administrative-legal regulation, normative-legal regulations in public administration, legal regulation.

**П. І. ШАГАНЕНКО**

*Петро Іванович Шаганенко, здобувач Міжрегіональної Академії управління персоналом*

**ПОНЯТТЯ ОРГАНІЗАЦІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ  
ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ**

Дослідження проблем організаційного забезпечення діяльності даного інституту зумовлене євроінтеграційними процесами України. Актуальним на сьогоднішній день є питання визначення сутності процесу організації діяльності органів прокуратури, оскільки удосконалення та упорядкування потребують усі їх функціональні елементи. Варто вказати на те, що цьому питанню приділяється особлива увага, про що свідчить широкий перелік підзаконних нормативно-правових актів, які регулюють питання організаційного забезпечення діяльності прокурорів в Україні.

Незважаючи на достатньо велику кількість наукових праць у даній сфері, необхідним залишається проведення теоретико-практичного аналізу доктринальних положень у зазначеній сфері, адже наша держава перебуває на стадії зміни існуючої системи діяльності державних органів.

Основною метою статті є розгляд складових частин поняття «організаційне забезпечення діяльності прокуратури» та, на основі наукових позицій, виведення авторського розуміння даної категорії.

Важливим етапом нашого дослідження є аналіз поняття «організаційне забезпечення діяльності» щодо різних сфер роботи людей. Глумачення даного процесу стосовно диференційованих видів діяльності надасть змогу ще глибше охопити дане визначення та надати обґрунтовану авторську дефініцію діяльності органів прокуратури.

Д. В. Приймаченко вказує на те, що організаційне забезпечення судів включає в себе адміністративні, фінансові, інформаційні, організаційні та матеріально-технічні заходи, які здійснюються Державною судовою адміністрацією, мають непроцесуальний характер впливу та спрямовуються на створення й підтримку відповідних умов, необхідних для ефективного функціонування органів влади<sup>1</sup>. Науковець слушно зазначає, що даний процес, а саме організаційне забезпечення судів, направлений на створення та підтримання належних умов для здійснення діяльності судовими органами. Також варто зауважити, що доцільним є включення в поняття організаційного забезпечення заходів адміністративного фінансового характеру, і організаційного в тому числі, оскільки беззаперечним є той факт, що організація являє собою явище упорядкування усіх видів діяльності задля досягнення конкретних загальних цілей відповідного системного соціального утворення. Окрім того, очевидним є те, що організаційне забезпечення судових органів передбачає комплекс різноманітних заходів, спрямованих на удосконалення та належне здійснення судами своїх обов'язків.

Т. О. Колодізева, досліджуючи логістичні системи підприємств, зазначає, що створення організаційних умов для формування та функціонування є основною метою процесу організаційного забезпечення логістичних систем на підприємствах<sup>2</sup>. Належні умови для ефективного здійснення певної діяльності – необхідна передумовою організаційного забезпечення. У цілому ми вважаємо за потрібне погодитися з позицією автора, однак хотілось би зазначити, що створення належних умов для нормальної діяльності логістичної системи є скоріше ціллю, певним етапом, аніж метою загалом. На нашу думку, мета будь-якого організаційного забезпечення повинна відображати спробу оптимізувати певну діяльність, покращити її тощо.

С. А. Цимбалюк, розглядаючи питання організаційного забезпечення мотивації управлінського персоналу, визначала цей процес як інтеграцію відділів кадрів, правового забезпечення, розвитку корпоративної культури, охорони праці та пожежної безпеки, соціального розвитку у єдину службу управління персоналом, що сприятиме поліпшенню координації роботи цих підрозділів<sup>3</sup>. Тобто, в основі організаційного забезпечення, відповідно до позиції науковця лежить взаємодія структурних елементів системи, у даному випадку – усіх структурних підрозділів певного підприємства. Проте необхідно вказати на відсутність конкретики визначення поняття «організаційне забезпечення мотивації управлінського персоналу». Зокрема, автор не зазначає, яким чином мають взаємодіяти підрозділи, який характер такої взаємодії. Вважаємо наведену дефініцію неповною та такою, що потребує деталізації.

Цікавим є визначення організаційного забезпечення діяльності органів місцевого самоврядування у сфері профілактичних заходів запобігання адміністративним правопорушенням. Зокрема, А. Р. Лещух визначає цей вид організаційного забезпечення як планування і координацію, а також контроль і перевірку виконання відповідних нормативних актів у цій сфері. Науковець підкреслює, що метою організаційного забезпечення цього виду діяльності є створення чітко структурованої системи суб'єктів профілактики адміністративних правопорушень у системі органів місцевого самоврядування, забезпечення чіткості у їх діяльності, встановлення повноважень та розмежування функцій між окремими структурними елементами в органах місцевого самоврядування, а також реалізація завдань органів місцевого самоврядування у сфері профілактики адміністративних правопорушень на відповідній території. А. Р. Лещух переконаний, що, окрім усього



вищепереліченого, до складу організаційного забезпечення профілактичної діяльності органів місцевого самоврядування входить і забезпечення нагляду за діяльністю підпорядкованих органів, об'єктів господарського, соціального й культурного призначення, а також організація перевірки виконання прийнятих актів та безпосередня робота з населенням задля його залучення до практичного виконання конкретних завдань у сфері профілактики правопорушень на підвідомчій території<sup>4</sup>. Варто зазначити, що таке визначення максимально точно відображає процес організаційного забезпечення даного виду діяльності, оскільки містить певний перелік дій, який і визначає зміст досліджуваної категорії. Ми повністю погоджуємося з науковцем і вважаємо трактування поняття організаційного забезпечення щодо даного виду діяльності максимально точним та повним. Воно включає в себе конкретні стадії, направлені на створення досконалого упорядкування та узгодженості між суб'єктами місцевого самоврядування, які здійснюють діяльність у галузі профілактики адміністративних правопорушень.

Лаконічним і коректним є визначення організаційного забезпечення діяльності публічної адміністрації в умовах надзвичайних ситуацій. А. І. Берлач розуміє під цією дефініцією комплекс нормативно-правових, матеріально-технічних, фінансових, кадрових, інформаційних та оперативних заходів, спрямованих на усунення реально існуючої або потенційно можливої загрози, ліквідацію негативних наслідків, відновлення існуючої та надзвичайної ситуації, відновлення правопорядку, а також захист прав і свобод людини та громадянина<sup>5</sup>. Доречним є те, що науковець у визначенні надав перелік заходів, які здійснюються публічною адміністрацією з метою досягнення забезпечення в організаційному плані у процесі протидії надзвичайним наслідкам. Дане визначення не є занадто масштабним та дає змогу швидко зрозуміти суть організаційного забезпечення в умовах надзвичайних ситуацій.

У сфері здійснення інноваційної діяльності організаційне забезпечення являє собою сукупність правил і структур, які закріплюють умови для нормального функціонування інноваційних процесів, виконання програм та планів, підтримки функціонування на належному рівні за допомогою надання необхідних ресурсів, організації взаємозв'язків між усіма елементами системи, а також ліквідації прогалин в останній. О. С. Попов зазначає, що в певних умовах комбінація названих дій щодо організаційного забезпечення створює підґрунтя для успішного виконання інноваційної діяльності. Водночас науковець зауважує, що дисбаланс у використанні вищезазначених заходів веде до утворення перепон на шляху досягнення суб'єктом господарювання економічного успіху<sup>6</sup>. Вважаємо за доцільне підкреслити, що включення у зміст організаційного забезпечення такого формулювання, як «сукупність структур і правил», є необхідним, оскільки здійснення будь-якого виду діяльності, у тому числі організаційне забезпечення цієї діяльності, повинно ґрунтуватись на закріплених правилах, правових нормах тощо. Процес здійснення організації на підприємстві, в установі чи організації розпочинається фактично з видачі керівником даного підприємства, установи чи організації відповідного наказу, який і визначає певні умови чи правила здійснення організаційного забезпечення. Тобто, мається на увазі, що поняття «організаційне забезпечення» щодо будь-якої діяльності повинно включати комплекс певних документів, норм, стандартів, на основі яких і має здійснюватися організація діяльності.

Л. В. Карелова встановила дефініцію організаційного забезпечення діяльності міністерств, яку вона пропонує розуміти як вид діяльності у сфері управління, що направлена на створення умов для внутрішньої системної організації міністерств для ефективного виконання ними чітко визначених функцій та завдань, а також взаємодію з іншими міністерствами та суб'єктами державного управління. Важливо зауважити, що автор виділяє певні стадії організаційного забезпечення діяльності міністерств, якими є:

1. Засновницька стадія – забезпечення організаційних умов щодо створення міністерств, у тому числі формування організаційної структури.

2. Реалізаційна стадія – забезпечення підтримання практичного функціонування міністерств з постійним моніторингом відповідними інструментами завдань і функцій міністерств на предмет їх відповідності реальним потребам суспільства та вимогам актів законодавства, а також на предмет відповідності структури міністерств покладеним на них завданням і функціям.

3. Реорганізаційна стадія – забезпечення перетворень у структурі та діяльності міністерств<sup>7</sup>.

Отже, як можна побачити, автор детально розкриває зміст організаційного забезпечення у сфері діяльності міністерств, зазначаючи у своїй дефініції усі найважливіші аспекти даного явища. Більше того, влучним є виділення стадій організаційного забезпечення даних органів державної влади, адже це сприяє більш глибокому теоретичному осмисленню досліджуваного явища. Вважаємо наведене визначення доречним та таким, що потрібно взяти за основу при формуванні авторського поняття «організаційне забезпечення діяльності прокуратури».

Розглянувши такі основні категорії, як «забезпечення», «організаційне забезпечення» та організаційне забезпечення певних видів діяльності, нагальним постає питання визначення ключового поняття досліджуваної теми, а саме: «організаційне забезпечення діяльності прокуратури».

Деякі автори під поняттям «організація прокуратури» розуміють певний комплекс засобів та способів, а також заходів, які направлені на раціональний розподіл праці прокурорів та узгодженість їх індивідуальних дій, створення та підтримку відповідних умов праці й дотримання організаційного порядку, а також нормального психологічного клімату в колективі з метою забезпечення злагодженої діяльності прокуратури у сфері здійснення нею конституційно закріплених та законодавчо деталізованих функцій і завдань<sup>8</sup>. З наведеного науковцями визначення випливає, що процес організації діяльності прокурорських органів полягає в упорядкуванні їх діяльності та створенні усіх необхідних умов для нормального її здійснення. Таке визна-

чення характеризується лаконічністю, однак йому не бракує конкретики. Вищезазначене розуміння цього явища є доречним та має бути обов'язково враховано нами при формулюванні авторської дефініції «організаційне забезпечення діяльності прокуратури», оскільки йому властива точність у розкритті сутності досліджуваного процесу.

Цікаве тлумачення організації прокуратури надає С. В. Подкопаєв, який розуміє під даним процесом створення органів прокуратури як державного політико-правового інституту (або його реформування), забезпечення його нормального функціонування завдяки фінансовим та контролюючим заходам тощо, а також як внутрішньосистемну діяльність створеної прокурорської системи у цілому та за напрямками її діяльності, так само як і прокуратури різних рівнів, структурних підрозділів їх апаратів, і як самостійне упорядкування та взаємну узгодженість працівників органів прокуратури<sup>9</sup>. Доцільність наведеної наукової позиції пояснюється тим, що питання організації діяльності не може охоплювати лише процеси налагодження виконання завдань та функцій усередині конкретної прокуратури. Організація має на меті передусім заснування та становлення певної системи, в даному випадку – прокуратури. Більше того, необхідно диференціювати організацію органу у цілому, а також впорядкування певних видів діяльності. Вважаємо наведену категорію доречною та такою, що потрібно взяти за основу при формуванні авторської дефініції. Надання поняттю організації глобального характеру означає визнання факту того, що дане явище виникає фактично ще до створення певної системи і набуває визначального значення при становленні останньої.

Л. М. Давиденко надає більш деталізовану дефініцію категорії організації прокурорської діяльності. Науковець висвітлює досліджуване поняття у статистичному та динамічному аспектах. У статистичному під організацією він розуміє певний комплекс заходів, що спрямовані на раціональний розподіл трудової діяльності, забезпечення адекватними умовами праці, а також підтримку організаційного порядку, психологічно здорової атмосфери в колективі тощо. В аспекті динамічності, за Л. М. Давиденко, організація розглядається як регулярна щоденна процесуальна та інша діяльність органів прокуратури, яка пов'язана з визначенням конкретних завдань і доручення їх виконання підлеглим працівникам, а також контроль та оцінка виконаної роботи. Науковець зазначає, що динамічний аспект організації діяльності прокуратури також вміщає в собі процес здійснення оперативного управління прокурорськими працівниками. Л. М. Давиденко також зауважує, що при практичному здійсненні організації діяльності прокуратури зазначені вище аспекти тісно поєднуються між собою, утворюючи сукупність організаційно-управлінських дій, а також заходів, що спрямовані на своєчасне та результативне розв'язання поставлених перед прокуратурою завдань<sup>10</sup>. Науковець у своїх визначеннях досить точно відображає соціально-правове явище, яке становить об'єкт нашого дослідження. Доцільним видається позиція щодо розподілу організації за ступенем динамічності. Розгляд досліджуваного явища як постійного, перманентного, а також його поєднання з динамічним управлінням видається доречним, оскільки організації потребують як постійні процеси, наприклад, забезпечення умовами праці, так і мінливі процеси та явища, такі як щоденні оперативні доручення, завдання, цілі тощо. Така позиція є необхідною для глибокого осмислення поняття організації діяльності прокурорів і потребує запозичення, з метою формулювання авторського визначення цього процесу.

Також схожу позицію висловив М. В. Руденко, який надав аналогічну дефініцію організації діяльності органів прокуратури і трактував її як вжиття заходів, спрямованих на розподіл роботи прокурорів, створення відповідних умов праці, а також організаційного порядку в даному органі державної влади. Окрім того, науковець виділив у дане поняття процес визначення перед відповідним колективом прокурорів конкретних цілей та контроль за їх досягненням<sup>11</sup>. Сформована автором категорія, на нашу думку, є не зовсім повною і встановлює лише основні аспекти організації діяльності прокуратури. Зокрема, у процес організації зазначеної діяльності не включається створення та формування самого органу прокуратури. До того ж, дещо вузьким є включення у категорію «організація діяльності прокуратури» процесу визначення завдань та цілей. Явище організації, безперечно, містить не тільки доведення до відома працівникам прокуратури конкретно визначених цілей та завдань, а також передуючий цьому процес їх формування, оскільки організація, за своєю сутністю, є упорядкуванням пов'язаних елементів, удосконаленням їх взаємодії. Саме тому формування мети, завдань та цілей, безумовно, має включатися до складу досліджуваної категорії.

Таким чином, на основі вищевикладеного, враховуючи наведені позиції науковців щодо визначення «організації прокуратури», вважаємо за необхідне визначити власне розуміння поняття «організаційне забезпечення діяльності прокуратури». Отже, під організаційним забезпеченням діяльності прокуратури пропонуємо розуміти комплекс нормативно-правових, матеріально-технічних, фінансових, кадрових, інформаційних та оперативних заходів, які направлені на раціональний розподіл трудової діяльності, гарантування правого статусу прокурорів, забезпечення адекватними умовами праці, підтримку організаційного порядку, психологічно здорової атмосфери в колективі з метою досягнення високої ефективності виконання прокуратурою своїх повноважень і включає в себе регулярну щоденну процесуальну та іншу діяльність органів прокуратури, а також контроль та оцінку виконаної роботи.

<sup>1</sup> Приймаченко Д. Співвідношення понять «організаційне забезпечення судів», «організаційне управління в судах» та «судове управління» / Д. Приймаченко, Р. Ігонін // Слово Національної школи суддів України. – 2013. – № 1. – С. 62.

<sup>2</sup> Колодізева Т. О. Моделювання організаційного забезпечення функціонування логістичних систем промислових підприємств / Т. О. Колодізева, Г. С. Панасьян // Бізнес Інформ. – 2012. – № 10. – С. 255.

<sup>3</sup> Цимбалюк С. А. Організаційне забезпечення мотивації управлінського персоналу промислових підприємств / С. А. Цимбалюк // Проблеми економіки. – 2012. – № 1. – С. 85.

<sup>4</sup> Лещух А. Р. Діяльність органів місцевого самоврядування у сфері профілактики адміністративних правопорушень: організаційно-правове забезпечення : моногр. / А. Р. Лещух. – Л. : ЛьвДУВС, 2012. – С. 78.

<sup>5</sup> Берlach А. І. Правове та організаційне забезпечення діяльності органів публічної адміністрації в умовах виникнення надзвичайних ситуацій / А. І. Берlach // Юридичний науковий журнал. – 2013. – № 1. – С. 26.

<sup>6</sup> Попов О. Є. Формування організаційного забезпечення інноваційної діяльності підприємства в залежності від стратегії його розвитку / О. Є. Попов, Г. В. Островерхова : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.khntusg.com.ua/files/sbornik/vestnik\\_125/33.pdf](http://www.khntusg.com.ua/files/sbornik/vestnik_125/33.pdf)

<sup>7</sup> Карелова Л. В. Використання зарубіжного досвіду при формуванні організаційної структури міністерств України / Л. В. Карелова // Економіка та держава. – 2012. – № 6. – С. 122.

<sup>8</sup> Основи організації роботи та управління в органах прокуратури: підруч. / за заг. ред. В. П. Пшонки, О. М. Литвака. – К. : Алерта, 2013. – С. 29.

<sup>9</sup> Подкопаєв С. В. Організація прокуратури України / С. В. Подкопаєв // Форум права. – 2013. – № 2. – С. 447.

<sup>10</sup> Давыденко Л. М. Организация работы районной (городской) прокуратуры / Л. М. Давыденко. – Х. : ИПК Генеральной прокуратуры Украины, 1994. – С. 23.

<sup>11</sup> Руденко М. В. Участь прокурора у виконавчому провадженні: теоретико-прикладні проблеми, новації, шляхи оптимізації : моногр. / М. В. Руденко, С. О. Малахов. – Х. : Харків юридичний, 2013. – С. 147.

#### Резюме

##### **Шаганенко П. І. Поняття організаційного забезпечення діяльності органів прокуратури.**

У статті досліджено організаційне забезпечення діяльності органів прокуратури. Розглянуто складові частини поняття «організаційне забезпечення діяльності прокуратури». Автором запропоновано власне тлумачення указаної дефініції.

**Ключові слова:** адміністративне право, державна влада, прокуратура, органи прокуратури, організація діяльності прокуратури.

#### Резюме

##### **Шаганенко П. И. Понятие организационного обеспечения деятельности органов прокуратуры.**

В статье исследовано организационное обеспечение деятельности органов прокуратуры. Рассмотрены составные части понятия «организационное обеспечение деятельности прокуратуры». Автором предложено собственное толкование указанной дефиниции.

**Ключевые слова:** административное право, государственная власть, прокуратура, органы прокуратуры, организация деятельности прокуратуры.

#### Summary

##### **Shahanencko P. The concept of organizational support of the prosecution authorities activity.**

In the article the organizational support of the prosecution authorities activity was examined. The components of the concept of organizational support of the prosecution have been analyzed. The author gives its own interpretation of the regarded definition.

**Key words:** administrative law, the government, prosecution, prosecutors' authorities, the organization of the prosecution activity.

УДК (346.545/.546)477

**О. О. БАКАЛІНСЬКА**

*Ольга Олегівна Бакалінська, доктор юридичних наук, доцент старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

### **ПРОБЛЕМИ І ТЕНДЕНЦІЇ ДОКАЗУВАННЯ ФАКТІВ НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ В ГОСПОДАРСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ**

Формування системи добросовісної конкуренції в умовах ринкової економіки є найважливішим чинником стабільного економічного розвитку країни. Загострення конкурентної боротьби як на внутрішньому, так і на зовнішньому ринках, підвищення вимог щодо якості, безпечності, оригінальності продукції, об'єктивна необхідність якнайкращого задоволення зростаючих потреб споживачів вимагає від суб'єктів господарювання значних фінансових та інтелектуальних ресурсів, часу для створення нової продукції та завоювання прихильності споживачів. Відсутність досвіду ведення чесної та етичної конкурентної боротьби, націленість на короткострокову перспективу та бажання отримати швидкі прибутки зумовили значну інтенсивність процесів недобросовісної конкуренції.

Зростання впливу міжнародних стандартів на розвиток національного конкурентного законодавства зумовлює необхідність комплексного узгодження положень вітчизняних законодавчих актів у сфері захисту від недобросовісної конкуренції та відповідальності за недобросовісну конкуренцію з положенням відповідних нормативно-правових актів Європейського Союзу та міжнародної спільноти. На виконання взятих зобов'язань щодо узгодження та приведення у відповідність вказаних вище положень були внесені зміни до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», зокрема норми, які забороняють поширення інформації, що вводить в оману. Такі якісні зміни допомогли ліквідувати прогалину, яка до цього існувала в національній системі захисту від недобросовісної конкуренції, шляхом юридичного закріплення в переліку дій, що є недобросовісними, такого важливого блоку порушень як поширення інформації, що вводить в оману.

Визначенню правової природи та особливостям кваліфікації певних дій як недобросовісної конкуренції присвячені праці українських та зарубіжних дослідників, зокрема О. Безуха, З. Борисенко, І. Дахна, А. Дерінгера, В. Гладкої, І. Коваль, О. Кондратьєвої, С. Кузьміної, Н. Круглової, О. Мельниченка, І. Нойффера, М. Панченка, Н. Санахметової, С. Стефановського та ін.

*Мета статті* полягає у дослідженні проблеми і тенденції кваліфікації дій як поширення інформації, що вводить в оману в правовій доктрині та діяльності органів Антимонопольного комітету України

*Завданням* нашої наукової розвідки є визначити особливості виявлення і припинення фактів оманливої реклами при кваліфікації дій як недобросовісної конкуренції в українській правозастосовній практиці.

Розвиток добросовісної конкуренції в Україні та світі залежить не тільки від ефективності організаційно-правових та економічних заходів, спрямованих на розвиток чесного та добросовісного конкурентного змагання, а й від ефективності й дієвості правил та звичаїв добросовісної конкуренції, що існують у суспільстві, сформованої в підприємницькому середовищі етики взаємовідносин суб'єктів господарювання та культури конкуренції. З огляду на це виникає питання про державні гарантії розвитку добросовісної конкуренції, необхідність та межі державного впливу на діяльність суб'єктів господарювання, підстави й межі допустимого державного втручання. Сучасні реалії вимагають дієвого забезпечення державних гарантій розвитку та захисту добросовісної конкуренції в Україні, при цьому держава, з одного боку, має гарантувати публічні інтереси, а з іншого, – сприяти розвитку приватної підприємницької активності. У цих умовах важливою складовою державної політики в сфері забезпечення розвитку добросовісної конкуренції в Україні є створення надійного та ефективного захисту від недобросовісної конкуренції.

Відповідно до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» в редакції від 18 грудня 2008 р. недобросовісною конкуренцією визнаються будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та

іншим чесним звичаям у господарській діяльності. Поняття недобросовісної конкуренції, закріплене в ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», остаточно набуло ознак генеральної заборони (генерального делікту), незалежно від того, чи відповідає певна підприємницька практика чинному законодавству, чи порушує виключно морально-етичні норми і вимоги господарської діяльності. Разом із тим встановлення генеральної заборони недобросовісної конкуренції поглинає всі дії, які виходять за межі торгових та інших чесних звичаїв у господарській діяльності.

Найбільш поширеною формою вчинення недобросовісної конкуренції в сучасних умовах є поширення інформації, що вводить в оману. Введення в оману прийнято розглядати як інформацію, спрямовану на формування хибного враження від продукції чи послуг конкурента. Вважаючи, що правдивість та доступність інформації є одним з основних принципів добросовісної конкурентної практики поширення будь-якої інформації, що вводить в оману є несумісним з добрими звичаями в конкуренції. Аналіз практики застосування чинного законодавства про захист від недобросовісної конкуренції допоміг визначити низку проблем, що виникають при визнанні інформації, такою, що вводить в оману.

*Оцінючість поняття «введення в оману».* Введення в оману прийнято розглядати як інформацію, спрямовану на формування хибного враження від продукції чи послуг конкурента. Вважаючи, що правдивість та доступність інформації є одним з основних принципів добросовісної конкурентної практики, існує загальне правило, закріплене в ч. 3 ст. 10<sup>bis</sup> Паризької конвенції, відповідно до якої поширення будь-якої інформації, що вводить в оману, є несумісним з добрими звичаями в конкуренції. Не може бути визначено недобросовісною конкуренцією поширення інформації, що відповідає дійсності.

Саме тому в законодавстві більшості країн Паризького Союзу заборонено такі практики, що можуть ввести в оману. Як показує практика країн ЄС це найбільш поширена і дуже небезпечна форма недобросовісної конкуренції. Введення в оману може привести до дуже небезпечних наслідків, причому як для виробника, так і для споживача. Збитки через інформацію, що вводить в оману, завдаються не тільки конкурентам, які чесно розповсюджують інформацію про свій товар, але й споживачам, які покладаються на цю інформацію<sup>1</sup>.

Враховуючи, що основною сферою введення в оману є торгівля, а інформація, що поширюється в цій сфері найчастіше є рекламою, більшість країн світу побудували власну систему запобігання «введення в оману» на основі положення про запобігання рекламі, що вводить в оману.

Інформація, що вводить в оману, полягає в ствердженні фактів, які не можуть бути доведеними (чи спростованими). Простий заклик придбавати товар не є рекламою, що вводить в оману. Це ж саме стосується і чисто суб'єктивних суджень. Питання щодо того, чи містить реклама твердження фактів чи тільки суб'єктивні судження, можна вирішити тільки за обставин конкретної справи. Введення в оману може розглядатися в якості прямого обману, який зазвичай розуміють як умисне введення в оману іншої особи або підтримання вже наявної у неї оманливої уяви шляхом передачі інформації, що не відповідає дійсності, або замовчування про різні факти, речі, явища і т. ін. з метою схилити цю особу до певної поведінки. Проте поняття «омана» не обмежується явно облудними заявами чи твердженнями, які можуть створити хибне враження у споживача. Зокрема, в деяких випадках правдиві твердження також можуть ввести споживачів в оману щодо вищих споживчих властивостей того чи іншого товару, при цьому, наприклад, підкреслюється, що продукція саме даного виробника відрізняється такими-то параметрами, хоча згідно з ухваленими стандартами цим параметрам відповідає аналогічна продукція будь-якого виробника. Внаслідок цього у споживача може виникнути хибне враження, що тільки товар цього виробника відповідає таким споживчим властивостям, тоді як насправді такі ж споживчі властивості притаманні аналогічним товарам інших виробників. Таким чином, аналізована норма забороняє повідомлення не об'єктивно неправильних (невірних) відомостей, а суб'єктивно неправильних, тобто здатних ввести в оману. Твердження, що вводять в оману, можуть відбуватися у будь-якій формі: письмовій, усній чи ілюстративній. Застосування засобів, які викликають певні асоціації, наприклад, якості, віку чи звички, також може бути таким, що вводить в оману. Прикладом твердження, що вводить в оману, є використання зображення старої грамоти в рекламі пива, якщо за плечима рекламодавця не було довгої традиції виробництва пива.

Просте мовчання також може бути твердженням, що вводить в оману, хоч ніхто принципово не зобов'язаний відкрито говорити про недоліки товарів, які виробляє. Якщо ж все-таки розповсюджуються позитивні твердження про товар, то вони є такими, що вводять в оману, якщо негативні сторони будуть замовчані. Обов'язок щодо оприлюднення існує, зазвичай, тільки в тому випадку, якщо очевидно, що споживач не придбав би товар, якби він знав про замовчувані негативні сторони. Те ж саме стосується і такої ситуації, коли рекламодавець викликає у певних споживачів почуття очікування, якому не відповідає розхвалений виріб. Так, вважалось б очевидним очікуванням з боку споживачів того, що певний виріб є новою моделлю, яка не має недоліків. Якщо це не відповідає дійсності, то треба було б зазначити в рекламі.

Це означає, що для встановлення введення в оману в сенсі статті до ст. 15<sup>1</sup> Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» єдиним критерієм має бути тільки суб'єктивне сприйняття реклами. І тут визначальним є не те, що мав на увазі рекламодавець або інший поширювач інформації, і не те, наскільки повідомлені відомості відповідають істині, а лише їх сприйняття адресатами. Таким чином, Україна підтримує європейську традицію захисту споживачів. Проте спосіб оцінки поведінки споживача чи конкурента варто сформулювати самостійно.

Слід зазначити, що в законодавстві більшості країн прийнято розрізняти різні за своєю природою твердження, які, зокрема, розглядаються як «введення в оману». У законодавстві більшості країн як введення

в оману розглядається: зловживання довірою фізичних осіб; зловживання браком досвіду (знань) фізичних осіб; відсутність у рекламі частини істотної інформації; використання перебільшень тощо.

*Відсутність єдиних критеріїв оцінки інформації.* Для кваліфікації порушення за ст. 15<sup>1</sup> Закону необхідно встановити, що поширення інформації, яка вводить в оману, відбувалося в конкурентних відносинах, ці дії вплинули або можуть вплинути на наміри певних осіб щодо придбання (замовлення) чи реалізації (продажу, поставки, виконання, надання) товарів, робіт, послуг відповідного суб'єкта господарювання. Перелік відомостей, які можна кваліфікувати як інформацію, що вводить в оману, наведений у статті, не є вичерпним.

Необхідно враховувати, що згідно з положеннями Закону України «Про рекламу» поняття недобросовісної реклами охоплює не лише рекламу, яка вводить в оману споживачів реклами, а й рекламу, що завдає шкоди особам, державі чи суспільству внаслідок порушення вимог щодо часу, місця і способу розповсюдження, тобто зазвичай не передбачає введення споживачів в оману.

Отже, основним критерієм віднесення розгляду справ про порушення, що пов'язані з недобросовісною рекламою, до компетенції саме органів Комітету є отримання рекламодавцем, внаслідок введення споживачів (фізичних, юридичних осіб) в оману, неправомірних переваг перед його конкурентами. При цьому необхідно враховувати, що припинення будь-яких проявів недобросовісної реклами, яка спрямована лише на споживачів – юридичних осіб, не належить до компетенції Держспоживінспекції<sup>2</sup>.

З огляду на це в чинному законодавстві варто визначити пороговий показник введення в оману, тобто той стандарт-мінімум, досягнення якого дає змогу кваліфікувати подану інформацію як введення в оману. На нашу думку, цей показник є безумовно оціночним (і має враховувати цільову групу споживачів (середній споживач чи споживач-професіонал)). У випадку поширення інформації про властивості лікарських засобів, наслідком оманливості якої може бути погіршення здоров'я тощо, поріг введення має бути встановлений на мінімальному рівні – 11–25 %, так само і щодо фінансових послуг, де споживачі ризикують своїми коштами, а щодо товарів масового вжитку (продукти харчування, промислові товари тощо) – рівень повинен бути достатньо високий, до прикладу, у разі якщо понад 30 % споживачів реклами знаходяться під впливом «оманливої» інформації. Цього достатньо для кваліфікації порушення. Оцінка впливу певної інформації на цільову аудиторію може здійснюватися на основі експертних даних або наслідків спеціальних досліджень<sup>3</sup>.

*Коливання в оцінці впливу інформації на конкурента та споживача.* Українське законодавство також виходить з принципу, що споживачі сприймають серйозно всі рекламні твердження, особливо ті, в яких товар характеризується як унікальний («самий», «абсолютно», «єдиний» тощо) і, отже, передбачає дуже суворі критерії. Для того, щоб реклама про «найкращий товар» відповідала закону, рекламодавець повинен мати документальне підтвердження її достовірності. Закон не містить конкретного переліку необхідних у таких випадках документів. Видається, що це можуть бути експертні висновки, нормативно-технічна документація, відомості про випробування, сертифікати, статистичні дані і т.п. залежно від конкретного рекламованого товару. Однак, як показує практика, рекламодавці вважають використання у своїй рекламі зазначених термінів лише рекламним ходом, не звертаючи уваги на ступінь їх достовірності та необхідність документального підтвердження. Таким чином, використання в рекламній інформації термінів «самий», «кращий», «єдиний», не підтверджених документально, є підставою для кваліфікації дій суб'єктів господарювання за ст. 15-1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Неправдиві заяви можуть стосуватися всіх аспектів комерційної діяльності. За загальним правилом заборона на введення в оману має бути сформульована достатньо широко, щоб можливо було її застосувати до ще невідомих випадків введення в оману, проте дуже конкретно, щоб нею могли користуватися суди та інші правозастосовні органи. В більшості країн використовується підхід, що передбачає пряму імплементацію норм Паризької конвенції у національне законодавство. Введення в оману визнається, якщо в рекламі рекламодавець: позиціонує елементарні права споживача як особливу пропозицію або послугу; стверджує, що споживачеві або його родині загрожує небезпека, якщо він не скористається послугами рекламодавця; стверджує, що його послуги або продукти можуть вилікувати хвороби, дисфункції чи інші фізичні вади; називає послугу «безкоштовною», якщо споживачеві треба сплатити щось крім обов'язкових виплат (дзвінок, доставку і т. д); видає себе за споживача; стверджує, що послуга, продукт або бонус буде доступний тільки обмежену кількість часу; стверджує, що замовник реклами збирається припинити роботу або переїхати в інше приміщення, якщо це не так (наприклад, «остаточні знижки»); розміщує рекламу в засобах інформації, не вказуючи, що надання цієї інформації оплачене та ін.<sup>4</sup>

На нашу думку, при поданні інформації щодо товару на етикетках та упакуванні харчових продуктів суб'єктам господарювання відповідно до ст. 38 Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів» варто користуватися ДСТУ 4518-2008. Зокрема, виробник (продавець) зобов'язаний своєчасно надавати споживачу інформацію про харчові продукти. Ця інформація не повинна вводити в оману. Інформація для споживача повинна бути чіткою, конкретною, однозначною, забезпечувати йому можливість правильного вибору продукту та нести правдиві відомості щодо продукту. Інформація, яка стосується складу, властивостей, харчової цінності, природи походження, способів виготовлення та споживання, а також інших властивостей, які характеризують прямо або опосередковано безпечність і якість харчового продукту, повинна забезпечувати однозначне сприйняття споживачем та унеможливити помилкове сприйняття цього продукту за інший, близький до нього за зовнішнім виглядом або органолептичними показниками.

Інформацію для споживача необхідно подавати безпосередньо на споживчій тарі, етикетці, контретикетці, кольєретці, ярлику, пробці, листку-вкладиші разом із харчовим продуктом у вигляді тексту, умовних

позначок, а також штрихового кодування та рисунків з урахуванням способу нанесення інформації, прийнятого для певного виду продуктів. Маркування повинно відповідати вимогам чинного законодавства та CODEX STAN 1<sup>5</sup>. Текст на споживчій тарі, етикетці, контретикетці, кольєретці, ярлику, пробці, листку-вкладиші обов'язково повинен бути нанесений державною мовою згідно з чинним законодавством України, та додатково, відповідно до договору/контракту, продубльований іншою мовою. Текст, написи та мова повинні відповідати нормам української лексики або іншої мови, якою подано інформацію про харчовий продукт.

*Відсутність єдиного підходу при оцінці впливу на споживача від «непідготовленого» до «розумного».* Чинне законодавство при оцінці впливу інформації на споживача реклами має виходити з позиції розумного споживача, який відповідально та добросовісно діє на ринку. Незважаючи на значне поширення в національному та міжнародному законодавстві терміна «розумність», легальне визначення цього поняття відсутнє. Етимологічно розумність визначається людською свідомістю як «співрозмірність», «передбачливість», «раціональність», «оптимальність», «обачність», «обдуманість», «виправданість» або «необхідність».

Зміст поняття «розумність» конкретизується в кожному окремому випадку, що дає підстави віднести це поняття до оціночних. Термін «розумність» належить до кількісних оціночних понять з огляду на те, що при його оцінці враховується ступінь відповідності явищ (дій, заходів, цін, строків) ціннісній орієнтації законодавця. У більшості випадків розумність виступає в якості характеристики або ознаки, властивості інших явищ, що відображаються в таких поняттях, як «дія», «заходи», «ціна» і т. п., проте сам термін «розумність», як такий, не дає змоги навіть визначити коло (тип) явищ, що підлягають оцінці.

Розумність поряд з добросовісністю є однією з основних складових принципу справедливості і також належить до числа принципів права, а при визначенні кола прав та обов'язків сторін за аналогією права в ч. 2 ст. 8 ЦК України ставиться в один ряд з основними засадами (ст. 3 ЦК України) і сенсом цивільного законодавства. Л. В. Щенникова розглядає розумність як вимогу законодавства до всіх учасників цивільних правовідносин, що мають «керуватися у своїх діях розумом»<sup>6</sup>. В. П. Молозін зазначає, що добросовісність означає фактичну чесність суб'єктів в їх поведінці, розумність – усвідомлення правомірності своєї поведінки, а справедливість – відповідність поведінки суб'єктів господарювання панівним у суспільстві правилам та звичаям<sup>7</sup>.

На думку В. І. Ємельянова, розумність – це інтелектуальна діяльність особи, що характеризує об'єктивну сторону його дій. Проте оцінка дій особи здійснюється на основі порівняння дій учасника цивільних правовідносин з поведінкою середньої розумної особи, яка і виступає критерієм для визначення поняття «розумність»<sup>8</sup>.

Інші автори зазначають, що «при здійсненні цивільних прав» громадяни і юридичні особи зобов'язані дотримуватися умов, встановлених законом і іншими правовими приписами, тобто їх поведінка повинна відповідати певним вимогам. Вони зобов'язані дотримуватися моральних засад суспільства, діяти добросовісно і розумно.

Розумними слід вважати дії, які вчинила б людина, наділена середнім рівнем інтелекту, знань та життєвого досвіду. Абстрактна особистість, наділена такими якостями, може бути визнана розумною людиною. Поняття «розумна людина» (*reasonable man*) досить широко використовується в англо-американському праві і визначається як «звичайний громадянин»<sup>9</sup>.

Основним об'єктивним критерієм розумності є доцільність, іншим – «збалансованість» або пропорційність. Таким чином, підприємницька практика має визнаватися недобросовісною, якщо вона істотно спотворює, або якщо вона може спотворити економічну поведінку споживача, якому вона адресована, або середнього члена групи, коли підприємницька практика спрямована на певну групу споживачів. Комерційна практика визнається такою, що вводить в оману, якщо вона будь-яким шляхом, включаючи загальне враження, змушує або може змусити середнього споживача прийняти рішення про здійснення угоди, яке він не прийняв би за інших обставин. Комерційна практика визнається такою, що вводить в оману, якщо у своєму фактичному контексті, беручи до уваги її особливості й обставини, вона замовчує суттєву інформацію, яка потрібна середньому споживачу для прийняття обґрунтованого рішення про угоду, і таким чином змушує або може змусити споживача прийняти рішення про здійснення угоди, яке він не прийняв би за інших обставин. Отже, при оцінці впливу рекламної інформації варто враховувати думку розумного споживача, який є добре поінформованим і в розумних межах уважним і обережним.

*Обмеженість доказової бази при доведенні фактів поширення інформації.* При доказуванні наявності порушення у формі поширення інформації, що вводить в оману, мають застосовуватись спеціальні засоби доказування, які допоможуть визначити вплив на окремі категорії споживачів (опитування споживачів, соціологічні дослідження, маркетингові дослідження (фокус-групи)<sup>10</sup>, правила професійної етики, проте процесуальні засади їх застосування чинним законодавством не визначені.

Виявлення та припинення порушень у сфері недобросовісної конкуренції ускладнює процес доказування ознак правопорушення. Важливим кроком на шляху подолання даної проблеми є внесення Антимонопольним комітетом проекту Закону «Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення заходів з протидії недобросовісній конкуренції», який в свою чергу має підвищити ефективність виявлення та припинення органами Антимонопольного комітету України порушень законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, зокрема, ст. 15<sup>1</sup> «Поширення інформації, що вводить в оману» Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Нормативний акт запроваджує порядок відбору у суб'єктів господарювання сфери торгівлі і послуг зразків товарів, сировини, матеріалів комплектуючих виробів тощо для проведення експертизи з оплатою вартості зразків і проведених досліджень (експертизи) за рахунок коштів державного бюджету. Враховуючи

загальну тенденцію до збільшення кількості цих порушень, виникає нагальна потреба у правовому запровадженні механізму здійснення органами Комітету під час планових перевірок або у випадку виявлення ознак порушення ст. 15<sup>1</sup> Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

У зв'язку з тим, що науково-технічний прогрес розвивається стрімкими темпами, таке явище, як мережа Інтернет, стало невід'ємною складовою життя мільйонів людей. І це очевидно, адже Інтернет – це сприятливе середовище для бізнесу, а також це – ідеальний інструмент для реклами. А оскільки в Україні належне законодавче регулювання мережі Інтернет відсутнє, останнім часом почастишали випадки, коли недобросовісні користувачі поширюють відомості, які дискредитують їх конкурентів або містять порівняльну рекламу, зачіпаючи ділову репутацію суб'єктів господарювання, поширюючи неправдиві відомості. І тут постає проблема забезпечення доказів. Потрібно розглянути дану проблематику більш детально задля того, щоб знайти вихід із такої ситуації. Можливість оперативного змінювати контент веб-сайту та недосконалість процесуального законодавства України суттєво ускладнюють фіксацію доказів, що підтверджують порушення прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет, у ході цивільного та господарського судочинства, а також розслідування справ щодо порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Особливою гостроти ця проблема набуває у зв'язку з тим, що встановлення факту такого порушення є чи не найважливішою складовою доказування у відповідних справах. Порядок фіксації актуальний для спорів як про захист об'єктів авторського права, торгівельних марок тощо, так і про спростування недостовірної недобросовісної інформації, розповсюдженої в мережі Інтернет.

Дослідження проблеми ефективності виявлення і припинення фактів поширення інформації, що вводить в оману дало змогу сформулювати теоретичні висновки та науково обгрунтовані рекомендації щодо вдосконалення чинного законодавства, усунення колізій між різними нормативно-правовими актами, які регулюють питання методичних та методологічних засад виявлення і припинення цієї категорії порушень. Рекомендацій, що сформульовані в статті, можуть бути застосовані на практиці органами Антимонопольного комітету України в адміністративних провадженнях у справах про поширення інформації, що вводить в оману.

<sup>1</sup> НДР «Методологічні підходи щодо визнання інформації оманливою відповідно до статті 15-1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» (07-12) / О. О. Бакалінська (кер.). – К. : ЦКД з питань антимонопольної політики, 2012. – 174 с.

<sup>2</sup> Інформаційний лист Антимонопольного комітету України «Про особливості застосування положень законодавства про захист від недобросовісної конкуренції у зв'язку з набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 18 грудня 2008 року № 689-VI» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.amc.gov.ua>

<sup>3</sup> Бакалінська О. О. Оманлива реклама: тенденції правового регулювання в Україні та світі / О. О. Бакалінська // Конкуренція. – 2010. – № 1 (36). – С. 37–39.

<sup>4</sup> Гладка В. Порівняльна характеристика національного та зарубіжного законодавства в сфері захисту від поширення інформації, що вводить в оману / В. Гладка // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 9. – С. 132.

<sup>5</sup> The Codex General Standard for the Labelling of Prepackaged Foods was adopted by the Codex Alimentarius Commission at its 14<sup>th</sup> Session, 1981 and subsequently revised in 1985 and 1991 by the 16<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> Sessions and amended by the 23<sup>rd</sup> and 24<sup>th</sup> Sessions, 1999 and 2001. This standard has been submitted to all Member Nations and Associate Members of FAO and WHO for acceptance in accordance with the General Principles of the Codex Alimentarius : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.fao.org/docrep/005/y2770e/y2770e02.htm#fn1>

<sup>6</sup> Щенникова Л. В. Справедливість и добросовестность в гражданском праве (несколько вопросов теории и практики) / Л. В. Щенникова // Государство и право. – 1997. – № 6. – С. 119.

<sup>7</sup> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина – М., 2002. – 1069 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.az-libr.ru/index.shtml?Law&Civil/ru/GK2004Abova/gka000>

<sup>8</sup> Емельянов В. И. Недопустимость злоупотребления гражданскими нравами по российскому законодательству : дисс. ... канд. юрид. наук / В. И. Емельянов. – М., 2001. – 156 с. – С. 121.

<sup>9</sup> Бакалінська О. О. Визначення поняття розумності в цивільному праві України / О. О. Бакалінська // Судова апеляція. – 2012. – № 3. – С. 24.

<sup>10</sup> Соціологічне дослідження: поняття, функції, види : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://textbooks.net.ua/content/view/5361/46/>

### Резюме

**Бакалінська О. О. Проблеми та тенденції доказування фактів недобросовісної конкуренції в господарській діяльності.**

У статті досліджуються актуальні проблеми виявлення та доказування фактів недобросовісної конкуренції в діяльності антимонопольних органів України. Автором пропонується визначити на законодавчому рівні стандарт-мінімум (пороговий показник), досягнення якого дозволяє кваліфікувати відповідну поведінку суб'єкта господарювання як недобросовісну конкуренцію, а також розширити доказову базу фактів недобросовісної конкуренції. Зокрема, при виявленні і запобіганні порушенням у формі поширення інформації, що вводить в оману, мають застосовуватися опитування споживачів та соціологічні дослідження.

**Ключові слова:** недобросовісна конкуренція, введення в оману, інформація, що вводить в оману, захист прав споживачів.



Резюме

**Бакалинская О. О. Проблемы и тенденции доказывания фактов недобросовестной конкуренции в хозяйственной деятельности.**

В статье исследуются актуальные проблемы выявления и доказывания фактов недобросовестной конкуренции в деятельности антимонопольных органов Украины. Автором предлагается определить на законодательном уровне стандарт-минимум (пороговый показатель), достижение которого позволяет квалифицировать соответствующее поведение субъекта хозяйствования как недобросовестную конкуренцию, а также расширить доказательную базу фактов недобросовестной конкуренции. В частности, при обнаружении фактов недобросовестной конкуренции надлежащими доказательствами должны признаваться опросы потребителей и результаты социологических исследований.

**Ключевые слова:** недобросовестная конкуренция, введение в заблуждение, вводящая в заблуждение информация, защита прав потребителей.

Summary

**Bakalinska O. Problems and tendencies of proving facts of unfair competition in economic activity.**

The article examines current problems of identifying and proving the facts of unfair competition in the work antimonopoly authorities of Ukraine. The author defines in law minimum standard (thresholds), the achievement of which allows classifying appropriate behavior of the entity as unfair competition, as well as expanding the evidence base facts of unfair competition, particularly in detection and prevention of violations in the form of dissemination of information that is misleading.

**Key words:** unfair competition, misrepresentation, information that is misleading, protection of consumer rights.

УДК 347.4

**М. М. ДЯКОВИЧ**

*Мирослава Михайлівна Дякович, доктор юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

## ПРИПИНЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВОВІДНОШЕННЯ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ

У цивільному праві одним із способів захисту цивільних прав та інтересів є припинення правовідношення. У зобов'язаннях, які виникають між сторонами договору, це, відповідно, розірвання вказаного договору.

Метою статті є встановлення правової природи припинення правовідношення шляхом розірвання договору або відмови від нього, а також дослідження їх характерних ознак.

Однак розірвання договору необхідно відрізнити від припинення зобов'язань, в тому разі й за договором. Не кожне припинення зобов'язання може бути підставою зміни або розірвання договору. Наприклад, припинення зобов'язання смертю фізичної особи (ст. 608 ЦК України) ніколи не буде підставою для розірвання договору, оскільки для розірвання договору необхідна воля сторони, яка не може бути виражена померлою особою.

Така обставина може бути підставою для зміни договору у зв'язку із заміною особи в даному зобов'язанні. Наприклад, зобов'язання може бути виконане правонаступником померлого (ст. 1282 ЦК України).

Припинення зобов'язання виконанням (ст. 599 ЦК України) також не може бути підставою як для зміни, так і для розірвання договору, оскільки змінити або розірвати можна тільки не виконаний договір.

Доволі часто до нотаріусів звертаються особи, які уклали договір, нотаріально його посвідчили та пізніше мають бажання внести до змісту цього договору зміни або розірвати цей договір. Таке бажання сторін договору, як правило, тісно пов'язане з необхідністю змінити чи припинити існуюче правовідношення у зв'язку з порушенням його однією зі сторін. Зазвичай, коли це супроводжується конфліктом інтересів осіб, які уклали такий договір, і цей конфлікт не перекладається в площину їх домовленостей, то справи слід вирішувати у судовому порядку. Але конфлікт можна вирішити за допомогою домовленостей, тобто вчиненням правочину.

У п. 7 глави 1 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5, передбачено внесення змін або розірвання договору, який був оформлений письмово та нотаріально посвідчений. Зобов'язальне правовідношення має, як мінімум, дві стадії: виникнення та припинення зобов'язання. У юридичній літературі ведуться дискусії з приводу співвідношення суб'єктивного права і права на його захист. Одні автори вважають право на захист самостійним суб'єктивним правом, яке виникає в уповноваженій особі лише в момент порушення її первісного матеріального права і реалізується в межах охоронних цивільних відносин<sup>1</sup>. На думку інших, право на захист є складовою того чи іншого конкретного цивільного суб'єктивного права<sup>2</sup>. А. М. Блащук та О. В. Дзера вважають, що право на захист є лише похідним від зобов'язального суб'єктивного права та існує як правовідношення у сукупності з фактором порушення<sup>3</sup>. Із змісту ст. 599 ЦК України вбачається, що виконання і припинення договірних зобов'язань збігаються. На думку О. В. Дзери, з припиненням чинності договору не завжди зникають правові зв'язки між суб'єктами договірних зобов'язальних правовідношення. Певна частина цих зв'яз-

ків може зберігатися, зокрема, щодо невиконаних обов'язків або захисних відносин в межах встановлених законом строків позовної давності<sup>4</sup>.

Отже, найпоширенішим і логічним способом припинення чинності договору, як вважає Т. В. Боднар, звичайно ж, є належне його виконання, юридичною метою якого зрештою є набуття суб'єктами договірною зобов'язання відповідно до закону права на майновий результат виконання<sup>5</sup>. Належне виконання зобов'язання є підставою припинення договірних відносин.

Законодавство надає сторонам право розривати укладений договір за взаємною згодою, якщо інше не встановлено договором чи законом (ч. 1 ст. 651 ЦК України). Так, А. М. Блашук і О. В. Дзера переконані, що за домовленістю сторони можуть розривати договір за будь-яких ситуацій, навіть за відсутності порушень з однієї чи обох сторін (як-от у зв'язку із втратою інтересу в обох сторін; за ініціативою однієї зі сторін).

Інші вчені, серед них В. М. Коссак<sup>6</sup>, В. І. Цікало, О. С. Яворська<sup>7</sup> вважають, що з припиненням зобов'язання, яке випливає з договору, відсутні будь-які підстави для розірвання договору. Ми також підтримуємо таку позицію.

Правові наслідки, які визначені ч. 4 ст. 653 ЦК України, підсилюють нашу позицію, оскільки сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом.

Якщо розірвання договору є підставою припинення невиконаних зобов'язань, то яку роль законодавець відводить правовій категорії, що визначена ст. 214 ЦК України, а саме відмові від правочину? Слушною є позиція І. Г. Бабич, яка досліджувала терміни «відмова від договору», «відмова від зобов'язання», «відмова від правочину», «відмова від виконання зобов'язання», а також «розірвання договору». Як зауважила дослідниця, підстав для розмежування понять «відмова від договору» та «відмова від зобов'язання» немає, оскільки особа, відмовляючись від договору як правочину, одночасно відмовляється і від прийнятих на себе зобов'язань, своїх прав та обов'язків за договором<sup>8</sup>.

Так, відповідно до цієї норми особи, які уклали дво- або багатосторонній правочин, мають право за взаємною згодою сторін, а також у випадках, передбачених законом, відмовитись від нього навіть у тому разі, якщо його умови повністю ними виконані. У зазначеній статті безпосередньо не визначені правові наслідки відмови від договірного правочину.

У ч. 4 ст. 214 ЦК України підкреслюється, що правові наслідки відмови від правочину встановлюються законом або домовленістю сторін. Водночас ст. 214 ЦК України не передбачає односторонньої відмови від договірного правочину. У загальних положеннях ЦК про зобов'язання не наведено конкретні підстави односторонньої відмови від зобов'язання, але ст. 615 ЦК України надає стороні право на відмову від зобов'язання частково або повністю у разі порушення цього зобов'язання другою стороною.

Автори підручника «Цивільне право України» вважають, що юридична взаємна відмова від договірного зобов'язання, як випливає із змісту ч. 3 ст. 214 ЦК, також є договором, що має укладатися у тій самій формі, в якій було вчинено правочин (мається на увазі правочин, від якого сторони відмовляються). У цьому договорі вони мають право здійснити розподіл майна, збитків тощо. На жаль, положення глави 16 про відмову від правочину не узгоджуються з положеннями ч. 1 ст. 651 ЦК, яка визначає порядок припинення договірною зобов'язання за домовленістю сторін про зміну або розірвання договору. Отже, так чи інакше, у разі взаємоузгодженої відмови від договору фактично відбувається розірвання договору, а тому взаємна відмова відповідно має оформлятися правочинном про розірвання договору, а не про відмову від нього, оскільки в ЦК відсутня така підстава припинення договору<sup>9</sup>. З. В. Ромовська переконана, що відмова від договору і розірвання договору – це різні правові категорії. Відмова від договору, зауважує вона, має наслідком двосторонню реституцію, а у разі розірвання договору він втрачає чинність лише на майбутнє<sup>10</sup>.

О. В. Дзера вважає, що наслідки у вигляді двосторонньої реституції настають у разі визнання правочину недійсним, а не відмови від нього. Інша справа, як зазначає вчений, коли за взаємною згодою сторони відмовляються від договору, тоді вони можуть передбачити реституцію та інші правові наслідки. Спірним є твердження, що розірваний договір завжди втрачає чинність на майбутнє, адже сторони мають право визначити правові наслідки щодо всього виконання до моменту розірвання договору<sup>11</sup>. Ми поділяємо ці погляди частково та вважаємо, що взаємна відмова від договору, як випливає із змісту ч. 3 ст. 214 ЦК України, є договором, що має укладатися в тій самій формі, в якій було вчинено правочин, від якого сторони відмовляються.

Укладення договору відчуження нерухомого майна за законом (ст. 334 ЦК України) підлягає нотаріальному посвідченню. Відповідно, права на нерухоме майно підлягають державній реєстрації. Якщо договір відчуження нерухомого майна посвідчує нотаріус, то він виконує і обов'язки державного реєстратора стосовно реєстрації права власності.

Аналіз ст. 347 ЦК України дає можливість переконатись у тому, що відмова від правочину – це окремий правочин, оскільки однією з підстав припинення права власності є відмова від права власності. Отже, алгоритм дій нотаріуса як державного реєстратора буде таким: після посвідчення правочину про відмову від договору нотаріус здійснює реєстрацію переходу права власності до попереднього власника у зв'язку з відмовою від права власності на майно, речове право на яке підлягає державній реєстрації.

Можливість сторін розірвати укладений ними договір за взаємною згодою, яка може бути і наслідком так званої домовленості, що досягнута сторонами під час медіативних процедур нотаріуса, змінює потенціал сучасного нотаріату та розширює його можливості як юрисдикційного органу, покликаного забезпечити охорону й захист суб'єктивного права та інтересу учасників правовідносин.

Нотаріус на сьогодні не просто створює документи за зразком «заготовок», «без живого змісту», він виступає гарантом законності, правопорядку та достовірності.

У доктрині права усталеним є погляд, що суб'єктивне право – це юридично визначена міра можливої поведінки управомоченої особи з метою задоволення потреб (інтересів) останньої. Характерними ознаками суб'єктивного права як правової можливості є: належність особі права на підставі закону; визначеність повноважень управомоченої особи, як правило, в законі; залежність варіативності поведінки управомоченої особи щодо здійснення правомочностей від її волі; спрямованість на задоволення потреб (інтересів) управомоченої особи з дотриманням прав та інтересів інших осіб; можливість вимагати належної поведінки від зобов'язаних осіб та можливість його захисту при порушенні<sup>12</sup>. Такий погляд є актуальним для нотаріального провадження. Особа сама визначається як з підставами виникнення правовідношення, так і з їх припиненням. Підставою виникнення правовідношення може бути будь-який з перелічених у ст. 11 ЦК України юридичний факт, здійснений на основі суб'єктивного волевиявлення особи.

Закон надає особі можливість вступати у відповідні правовідносини та їх припиняти. Так, згідно з ст. 214 ЦК України особа, яка вчинила односторонній правочин, має право відмовитися від нього, якщо інше не встановлено законом. Якщо такою відмовою від правочину порушене право іншої особи, ці права підлягають захисту. Відмова від правочину вчиняється у такій самій формі, у якій було вчинено правочин. Правові наслідки відмови від правочину встановлюються законом або домовленістю сторін. Правочин є підставою виникнення правовідношення. Відмова від правочину є підставою його припинення. Водночас припинення правовідношення розглядається ст. 16 ЦК України як спосіб захисту прав та інтересів. Отже, слід розмежувати припинення правовідношення у результаті відмови від правочину як акт волевиявлення учасників та припинення правовідношення як спосіб охорони і захисту прав та інтересів. Для останнього характерною є загроза порушення суб'єктивних прав або наявність факту порушення.

В основу концепції нової редакції, запропонованої нами, покладено різний підхід до зміни та припинення нотаріально посвідченого договору. У разі зміни договору зобов'язання сторін змінюються відповідно до змінених умов, предмета, місця, строків виконання тощо. У разі відмови від договору зобов'язання сторін припиняються за будь-яких обставин, навіть за відсутності порушень з однієї чи з обох сторін, і тут немає значення, чи умови договору вже виконані. Розірвання ж договору є підставою для припинення тільки не виконаних зобов'язань за цим договором. Отже, припинення правовідношення розглядається нами як акт волевиявлення учасників, а припинення правовідношення шляхом відмови від правочину внаслідок загрози порушення суб'єктивних прав – як спосіб охорони і захисту прав та інтересів.

<sup>1</sup> Крашенинников Е. А. Структура суб'єктивного права и право на защиту / Е. А. Крашенинников // Защита субъективных прав и гражданское судопроизводство. – Ярославль, 1977. – С. 15; Ромовская З. В. Защита в семейном праве / З. В. Ромовская. – М., 1998. – С. 280–281; Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні / І. О. Дзера – К., 2001. – С. 17–18.

<sup>2</sup> Советское гражданское право: в 2-х ч. / под ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. – Х., 1983. – Ч. 1. – С. 248; Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность / С. Н. Братусь. – М., 1986. – С. 73–74.

<sup>3</sup> Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 275.

<sup>4</sup> Там само. – С. 279.

<sup>5</sup> Там само. – С. 18–19.

<sup>6</sup> Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України ; вид. 2-е, змін. і доп. / за ред. В. М. Коссака. – К. : Істина, 2008. – 992 с.

<sup>7</sup> Яворська О. С. Договірні зобов'язання про передавання майна у власність: цивільно-правові аспекти / О. С. Яворська. – Тернопіль : Підручники і посібники, 2009. – 384 с.

<sup>8</sup> Бабич І. Г. Розірвання договору та принцип справедливості / І. Г. Бабич // Римське право і сучасність: Матеріали міжнар. наук. конф. / І. Г. Бабич ; за заг. ред. Є. О. Харитонова. – Одеса : Фенікс, 2014. – С. 51.

<sup>9</sup> Цивільне право України / за ред. О. В. Дзери та Н. С. Кузнецової. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 1. – С. 183–185.

<sup>10</sup> Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / З. В. Ромовська. – К., 2003. – С. 212.

<sup>11</sup> Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 294.

<sup>12</sup> Борисова В. І. До проблеми самостійних правових можливостей суб'єктів цивільних правовідносин / В. І. Борисова // Актуальні проблеми приватного права. – Х., 2014. – С. 12.

## Резюме

### Дякович М. М. Припинення цивільного правовідношення як спосіб захисту.

Стаття присвячена дослідженню припинення цивільного правовідношення як акта волевиявлення учасників і як способу охорони і захисту прав та інтересів учасників цивільного правовідношення. Оскільки юридична природа розірвання договору залишається дискусійною, досліджено позиції науковців з цього питання. Визначено різницю між правовими поняттями «розірвання договору» та «відмова від договору».

Обґрунтовано ефективність використання у нотаріальній практиці юридичного факту припинення правовідношення шляхом укладення договору про відмову від правочину.

**Ключові слова:** припинення правовідношення, акт волевиявлення учасників, спосіб охорони і захисту прав та інтересів, розірвання договору, припинення зобов'язання, відмова від правочину.

Резюме

*Дякович М. М. Прекращение гражданского правоотношения как способ защиты.*

Статья посвящена исследованию прекращения гражданского правоотношения как акта волеизъявления участников и как способа охраны и защиты прав и интересов участников гражданского правоотношения. Поскольку юридическая природа расторжения договора остается дискуссионной, исследованы позиции ученых по этому вопросу. Определена разница между правовыми понятиями «расторжение договора» и «отказ от договора».

Обоснована эффективность использования в нотариальной практике юридического факта прекращения правоотношения путем заключения договора об отказе от сделки.

**Ключевые слова:** прекращение правоотношения, акт волеизъявления участников, способ охраны и защиты прав и интересов, расторжение договора, прекращение обязательства, отказ от сделки.

Summary

*Dyakovych M. Suspension of civil legal relation as a mean of protection.*

The article is dedicated to the research of civil legal relation suspension as an act of will of participants and as a mean of protection and defence of their legal rights and interests. While legal nature of contract dissolution is still under discussion, positions of scientists concerning this question are analysed. The difference between legal notions “contract dissolution” and “contract refusal” is determined. Effectiveness of legal fact of legal relations suspension in notarial practice is substantiated by the conclusion of agreement on legal act refusal.

**Key words:** legal relation suspension, act of will of participants, mean of legal rights and interests protection and defence, dissolution of contract, suspension of obligation, legal act refusal.

УДК:347.1

**В. К. АНТОШКИНА**

*Валерія Костянтинівна Антошкіна, доцент  
Університету банківської справи Національного  
банку України*

## РОЛЬ ПРАВОЧИНУ, КОРПОРАТИВНИХ АКТИВ У ПРОЦЕСІ САМОРЕГУЛЯЦІЇ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Усі галузі вітчизняного права, в тому числі цивільне право, характеризуються наявністю значних правових особливостей, які відображають природу регульованих ними відносин. Серед основних характерних рис цивільного права відзначають наступні: широта сфери його дії, а, відповідно, і обширність і складність цивільного законодавства; історичні корені цивільного права; вплив міжнародно-правового регулювання; метод цивільно-правового регулювання (диспозитивність, самоорганізація); захист порушених прав за допомогою впливу не так на особистість правопорушника, а на його майно. Ці особливості відіграють важливу роль, у тому числі у правильному тлумаченні цивільно-правових норм, ось чому є необхідним їх докладне вивчення і врахування при здійсненні такої діяльності. Саме тому предметом нашого дослідження буде один із вказаних аспектів цивільного права, а саме – начала самоорганізації та їх вплив на здійснення правоінтерпретаційної діяльності. Основи самоорганізації базуються на принципі диспозитивності й зумовлені особливостями механізму цивільно-правового регулювання. На підставі цих основ відбувається формування актів локального регулювання (корпоративні), укладення договорів, здійснення односторонніх правочинів і т.п.

Питання регулювання правовідносин із застосуванням індивідуальних актів були предметом розгляду як фахівців із загальної теорії права – Ю. О. Тихомирова В. М. Горшенева, С. С. Алексєєва, так і вчених-цивілістів – Б. Є. Лернера, М. М. Сібільова, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. С. Якушева, але в рамках нашого дослідження необхідно визначити і проаналізувати ті особливості правочинів та корпоративних актів, які безпосередньо впливають і мають обов’язково враховуватися при здійсненні правоінтерпретаційної діяльності.

На сучасному етапі зростання обсягів правового регулювання поєднується з розвитком процесу саморегуляції. Співіснування двох механізмів правового розвитку цивільного права: державного регулювання і саморегулювання має давню історію. Правове регулювання в усі часи є державно-правовим за своїм змістом, у різні періоди ним встановлюються такі, що різняться за обсягом, межі саморегулювання.

Кореляція цих механізмів правового регулювання визнається вченими різних напрямів. Так, юристи трактують правове регулювання як поєднання державного регулювання і саморегулювання права<sup>1</sup>. Економісти більш розширено вирішують дане питання, виокремлюючи чотири види регулювання – державне, спільне регулювання бізнесу і влади, делеговане саморегулювання, добровільне саморегулювання<sup>2</sup>.

Більший простір для реалізації юридичними і фізичними особами своїх правових можливостей відкриває саме індивідуальне правове регулювання, у тому числі договірне саморегулювання, в якому якнайповніше проявляються активність, ініціатива й заповзятливість суб’єктів права.

Створення правових умов для повного саморегулювання означає легальне поле для використання таких регуляторів, як договори в приватному і публічному праві, локальні акти, норми-самозобов'язання, обернені «всередину» організацій – суб'єктів або до їх відносин між собою. Публічність в широкому сенсі властива інститутам і актам прямої демократії. В усіх випадках в наявності ширший вибір альтернатив рішень<sup>3</sup>.

В. М. Горшенев також відрізняє «автономне» регулювання від індивідуальної регламентації цивільно-правових відносин. Звичайно, відрізнити саморегуляцію від владно-державного індивідуального регулювання необхідно. Проте і при саморегуляції відбувається індивідуальна, така що належить тільки до даного індивідуального випадку, регламентація прав і обов'язків<sup>4</sup>.

Б. Е. Лернер вважає, що в підсистемі приватноправових засобів, разом із нормами права, правовідносинами, правовими принципами, відповідальністю і т.п. особливе місце займають акти саморегулювання<sup>5</sup>. Акти саморегулювання, на відміну від актів індивідуального регулювання, полягають переважно у встановленні суб'єктивних цивільних прав і обов'язків за допомогою укладення договорів або здійснення односторонніх правочинів<sup>6</sup>.

При цьому необхідно «майново-розпорядливу самостійність» розуміти в аспекті змісту «товарних» майнових відносин. Це означає таку міру майнової відособленості, коли суб'єкти один щодо одного майново самостійні та своєю волею розпоряджаються матеріальними благами<sup>7</sup>.

Ознаки актів саморегуляції цивільно-правових визначені таким чином (рис. 1):

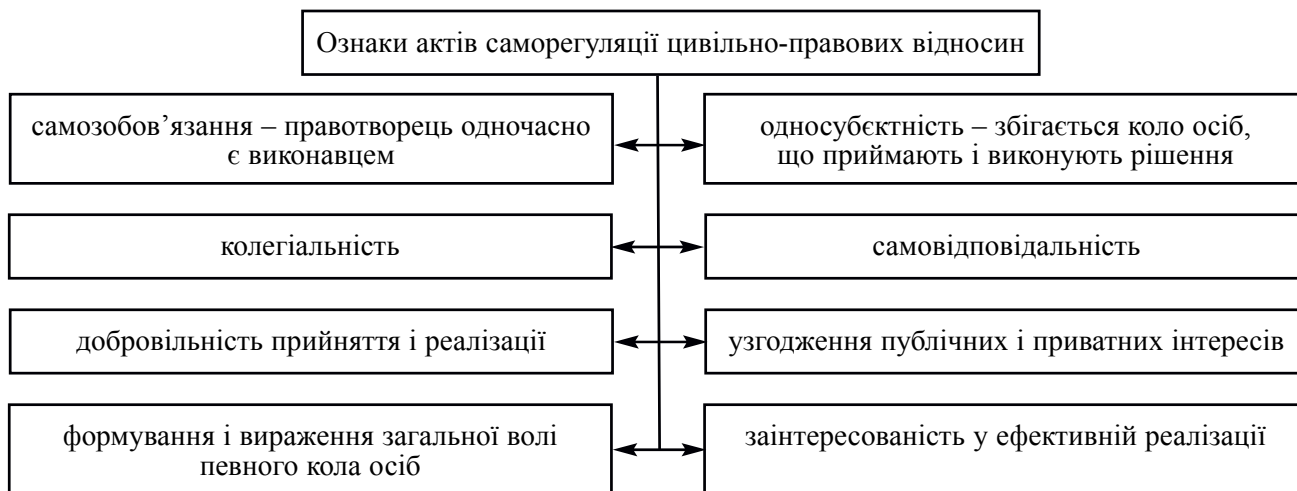


Рис. 1. Ознаки актів саморегуляції цивільно-правових відносин<sup>8</sup>

Самоорганізація соціально-правових зв'язків суб'єктів цивільних правовідносин дає змогу врахувати та збалансувати їх різнобічні інтереси в процесі набуття і реалізації ними прав та виконання обов'язків. Специфіка односторонніх і договірних актів саморегулювання полягає в їх універсальності як правових засобів опосередкування цивільного обігу.

Принцип саморегуляції учасниками цивільних відносин в умовах конкретного договору своїх прав і обов'язків обумовлює можливість відступати від положень актів цивільного законодавства за окремими винятками. На думку М. М. Сібільова, в цьому аспекті ЦК України виходить зі своєї імплицитної презумпції відносно-імперативного характеру норм у царині договірних відносин, які забезпечують можливість саморегулювання в ній<sup>9</sup>.

Особливість договору як правового акта регулятора цивільно-правових відносин полягає в упорядкуванні відносин між його сторонами, виконання функції саморегулювання цих відносин. Договір виступає універсальним правовим засобом сфери приватного права, як засіб саморегуляції у договірній сфері та одна із форм виразу права.

Універсальність договору як регулятора відносин іноді використовується для заміни регулювання інших відносин, наприклад, корпоративних, регульованих законом і локальними (внутрішньокорпоративними) актами. Внаслідок цього стали популярними договори між акціонерами, що підміняють за своєю суттю корпоративне регулювання<sup>10</sup>.

Цивільний Кодекс України 2003 р. своїми положеннями регулювання в приватній сфері значно перемістився до саморегулювання. Як слушно зазначають науковці, це сталося завдяки допустимості встановлення в договорі численних умов, не передбачених у законодавстві, можливості відступати від законодавчого регулювання та застосовувати іншим чином таку основну засаду цивілістичного регулювання, як свобода договору<sup>11</sup>. Такий законодавчий підхід дає можливість сторонам договору виважено ставитися до опрацювання його умов і, як наслідок, належним чином його виконувати, що значно знижує необхідність у застосуванні процедури тлумачення.

Односторонній правовий акт на відміну від договору регулює відносини інших осіб (іноді за участю особи, яка його видала). За допомогою цієї особливості можна чітко розмежовувати договір та односторон-

ній правовий акт, виданий двома або більше суб'єктами. Обидва документи виражають погоджену волю двох або більше осіб, що видали правовий акт. Проте договір укладається сторонами для врегулювання своїх взаємовідносин, його дія спрямована на внутрішні взаємовідносини, на їх саморегулювання. У той час як дія одностороннього правового акта спрямована зовні, в основному на регулювання відносин інших осіб між собою. Причому суб'єктами регулювання можуть бути і самі суб'єкти, що видали ці акти.

Односторонні правочини є необхідним і специфічним елементом механізму регуляції цивільно-правових відносин. Разом із цивільно-правовим договором вони в комплексі забезпечують майново-розпорядливу самостійність учасників майнових стосунків і функціонування їх системи.

Вважаємо за потрібне зосередити увагу ще на одній групі засобів самоврегулювання цивільно-правових відносин – корпоративних актах, яким дослідниками приділяється значно менше уваги, ніж правочинам.

Цивільний кодекс та відповідні нормативно-правові акти надають можливість корпораціям самостійно регулювати свою діяльність на основі внутрішньоорганізаційних актів. Це певною мірою обумовлено також тим, що не можна в законодавчому порядку визначити всі аспекти функціонування корпорацій, які дуже різноманітні у силу специфіки сфер і видів діяльності. Тому багато питань регулюються корпораціями самостійно на корпоративному рівні правотворчості. У цьому випадку корпоративні акти виступають як акти неофіційного тлумачення, які доводять до відома суб'єктів, на яких поширюється їх дія, роз'яснені та інтерпретовані до особливостей функціонування конкретного суб'єкта господарювання законодавчі акти.

Кожна корпорація має свій статут, положення або інший засновницький документ, різні правила внутрішнього розпорядку, участі членів цієї організації в управлінні, обліку господарської і фінансової діяльності, взаємовідносин між різними підрозділами організації та з її клієнтами. Багаточисленні акти на локальному рівні регулюють відносини усередині корпорації між її членами, працівниками, органами управління. Усі ці нормативні документи являють собою систему корпоративних актів.

Розвиток процесу цивільно-правового регулювання допоміг зробити корпоративні акти формою самоорганізації корпорації своїх внутрішньоорганізаційних відносин. Останнім часом відбувається зростання корпоративної правотворчості через поширення корпоративного регулювання на нові види корпоративних відносин та з бурхливим розвитком великих корпорацій, діяльність яких значною мірою базується на саморегуляції, і процесом їх подальшої капіталізації. Корпоративні акти переважно регулюють організаційні (управлінські і адміністративні) і господарські відносини – відносини корпорації зі структурними підрозділами, дочірніми підприємствами та порядок здійснення єдиної промислової, торгової й управлінської діяльності.

Корпоративні правові акти є різновидом нормативних актів, мають всі їх властивості та водночас володіють особливим характером. Головна особливість полягає в його локально-правовому характері і спрямованості на регулювання внутрішніх корпоративних відносин. Крім того, вони мають такі особливості, як більш зручна форма викладу змісту, легший спосіб внесення коригувань і контролю за виконанням, видавники мають більше можливостей порівняно з іншими нормотворцями. Корпоративні акти спрямовані на захист інтересів акціонерів, збільшення капіталізації корпорації, підвищення її конкурентоспроможності на ринку.

Приймаються корпоративні акти відповідно до офіційно встановлених процедур і типових форм (за наявності) з дотриманням принципів правотворчості, зокрема: дотримання офіційно визначеного порядку прийняття і форми акта, демократизм, участь кваліфікованих фахівців, гласність. Проте не всі ці принципи є обов'язковими для дотримання у зв'язку з тим, що дана процедура має часто неформалізований порядок з наданням свободи вибору форми (поряд із загальноприйнятими, як, наприклад, положення, інструкції, правила, також різноманітні регламенти і угоди). На додаток слід зазначити, що корпоративні акти мають власні принципи – нами пропонується виокремлювати такі, як принцип самостійності (корпоративні правові акти – самостійний вид правових актів), змішаності (за юридичною природою корпоративні акти містять одночасно нормативні, індивідуальні, а іноді й ненормативні приписи), диспозитивності (надання суб'єктам цивільного права юридичної можливості саморегуляції) тощо.

Правотворчими суб'єктами можуть виступати збори акціонерів (приймають більшу частину актів), рада директорів або інший орган управління корпорації, виконавчий орган, загальні збори трудового колективу, директор. Відповідно і прийняття корпоративних актів відбувається трьома способами: погоджувально-договірний, односторонньо-колективний і односторонньо-одноосібний.

Юридичну силу корпоративні акти набувають через їх подальше санкціонування державою шляхом реєстрації або затвердження (наприклад, засновницьких документів акціонерного товариства).

Територіальна дія корпоративних актів не обмежується адміністративно-територіальними рамками, а спрямовується відповідно до мережі структурних одиниць та функціональних видів діяльності корпорації.

За суб'єктивним складом дія актів поширюється передусім на засновників та учасників корпорації, її працівників та їх об'єднання у формі структурних підрозділів, філій та представництв, а також на залежні й дочірні підприємства.

За об'єктами дія актів охоплює такі сфери: заснування корпорацій, корпоративні фінанси, корпоративні цінні папери, управління корпорацією, застосування праці в корпорації, соціальна і договірна робота.

Дія в часі має як загальні риси, так і специфічні. Зокрема, дія корпоративних актів може припинятися за загальними підставами припинення для всіх правових актів і за спеціальними підставами, існуючими тільки для цих актів (наприклад, ліквідація, банкрутство корпорації). За періодом дії нами пропонується виокремлювати епізодичні (рішення загальних зборів про виплату дивідендів за рік), разові (наказ директора про нагородження працівників), короткочасні (наказ директора про надання відпусток) та постійні (Положення

про порядок укладення господарських договорів) корпоративні акти. Законодавчо не встановлено переліку корпоративних актів.

В основному автори-правознавці повністю підтримують один одного у своїх поглядах на трактування сутності корпоративного акта. Проте на сьогодні ще не вироблено єдиного підходу до вирішення даного питання. На підставі проведеного узагальнення можемо дати авторське визначення корпоративного акта як документа корпоративних органів управління, що містять корпоративні норми – правила поведінки, які поширюються на внутрішніх та структурних суб'єктів корпорації.

Більшість корпоративних актів приймаються у рамках цивільного законодавства. Так, засновницькі документи мають найвищу юридичну силу і найвищий рівень над іншими корпоративним актами.

Ми повністю згодні з думкою Г. О. Кущенко, що головною особливістю механізму функціонування корпоративних підприємств є їх саморегуляція. Внутрішні корпоративні акти (статути, положення) автор називає актами саморегуляції<sup>12</sup>.

Корпоративні акти в процесі саморегуляції цивільно-правових відносин виконують наступні основні функції (табл. 4.2). В. С. Якушев з цього приводу зазначає, що регулювання за допомогою корпоративних актів виконує свої самостійні функції, які є наслідками наданої державою підприємству можливості самому організувати процес господарського використання закріпленого за ним майна<sup>13</sup>.

Таблиця 1

**Функції корпоративних актів у процесі саморегуляції цивільно-правових відносин<sup>14</sup>**

Функції	Зміст функції
первинне регулювання корпоративних відносин	регулювання питань, що не входять до сфери державного правового регулювання
конкретизація правових норм загальноправових актів	конкретизація загальних положень закону, що встановлюють відповідне право корпорації на видання актів з питань регулювання внутрішньої діяльності, тобто конкретизація в актах централізованих юридичних приписів
тлумачення правових норм загальноправових актів	у певних випадках акти виступають як НПА тлумачення щодо загальноправових актів через роз'яснення та дублювання законодавчих норм в процесі доведення їх до адресатів
розвиток положень законів	відіграють роль допоміжного механізму регулювання цивільно-правових відносин, розвиваючи приписи законів і переводячи правові норми в конкретну життєву ситуацію
заповнення прогалін в праві	долають прогалини в праві оперативніше, ніж через законодавче регулювання (практика корпоративної правотворчості пішла шляхом визнання усіх ситуацій «неврегульованості» тих або інших корпоративних стосунків «кваліфікованим мовчанням» законодавця <sup>15</sup> )
формування правосвідомості суспільства	створення корпоративних норм поведінки та стандартів корпоративного управління, які згодом легалізуються на законотворчому рівні (кодекс корпоративної етики)
випередження законодавства у встановленні норм	на основі узагальнення практики корпоративного управління приймаються законодавчі акти
локальне державне регулювання	корпоративні акти санкціонуються державою і певною мірою визначаються нею, регулюють внутрішні корпоративні відносини відповідно до державних норм
допоміжного інституту	з одного боку, самостійно регулюють корпоративні відносини, з другого, – залучені в механізм правового регулювання як допоміжний інструмент щодо правових актів, системно і ефективно регулюючи корпоративні відношення
контрольна	контроль за реалізацією корпоративної стратегії
координаційна	координація діяльності учасників процесу саморегулювання
регулятивна	деталізації правового регулювання шляхом встановлення для його учасників більш визначених взаємних прав і обов'язків
інформативна	забезпечує історичну спадкоємність і передачу соціально-економічного досвіду
охоронна	нейтралізує негативну дію зовнішніх чинників, перешкоджає проникненню небажаних тенденцій і негативних цінностей з боку зовнішнього середовища
превентивна	попередження (профілактика) правопорушень
обмежувальна	встановлює межі загальних приписів
диспозитивності	цивільно-правові відносини повинні бути у будь-якому випадку врегульовані, при цьому законодавець пріоритет віддає їх врегулюванню самим учасникам, і тільки якщо вони цього не зроблять, прогалина в правовому регулюванні заповнюється диспозитивною нормою

Таким чином, саморегуляція корпоративних відносин виступає головною особливістю механізму їх реалізації, а корпоративні акти – основним способом реалізації прав і обов'язків суб'єктів корпорації через процедури конкретизації, тлумачення, дотримання, виконання й застосування права.

Корпоративні акти слід відрізнити від актів тлумачення. Відмінність полягає в тому, що вони не встановлюють нових норм, а тільки деталізують, конкретизують, коментують норми, що містяться в нормативному акті. Так, правила внутрішнього трудового розпорядку в якості санкції за невиконання трудових обов'язків передбачають звільнення. Проте до її застосування необхідно отримання пояснення від працівника. У разі відображення цього процесу (форма пояснення, порядок його отримання) в спеціальному корпоративному акті з метою доведення до відома і роз'яснення з урахуванням особливостей конкретного підприємства, його слід визнавати актом тлумачення.

Отже, корпоративні акти слід розглядати як самостійний вид правових актів. Їх не можна однозначно віднести до якого-небудь виду правових актів, з одного боку, вони ґрунтуються на правових нормах і суворо наслідують їх, а з іншого, – є актами конкретизації права, іноді виступаючи як акти неофіційного тлумачення.

Саморегуляція тісно взаємодіє з нормативним регулюванням цивільно-правових відносин. У правовій площині необхідно забезпечити взаємодію обох механізмів регулювання відносин, оскільки система цивільних відносин об'єктивно не може управлятися тільки за допомогою наказаних ззовні правил або норм.

Таким чином, розвиток транснаціональних стосунків, поширення форм і видів цивільних відносин обумовлює перехід від державно-правового регулювання до саморегуляції, до приватноправового регулювання через вироблення індивідуальних, внутрішніх, локальних актів та правочинів. Саморегуляція цивільно-правових відносин поширюється тільки на вузьке коло їх учасників, що беруть безпосередню участь в їх установах. Законодавче вдосконалення регулювання і саморегулювання як складових єдиного механізму правової регуляції допоможе заповнити прогалини цивільно-правового регулювання.

<sup>1</sup> Общая теория права и государства / Под ред. В. В. Лазарева. – М.: Юристъ, 1996. – С. 132–138.

<sup>2</sup> Принципы и процедуры оценки целесообразности мер государственного регулирования. – М.: Теис, 2005. – 279 с.

<sup>3</sup> Тихомиров Ю. А. Право и саморегулирование // Журнал российского права. – 2005. – № 9. – С. 86–96.

<sup>4</sup> Горшенев В. М. К вопросу о функциях и процессуальных формах правоприменительного процесса // Ученые труды Свердловского юридического института. – 1969. – Вып. 9. – С. 52–55. – С. 52.

<sup>5</sup> Лернер Б. Е. Роль и место гражданско-правового договора в процессе правового регулирования автомобильных пассажирских перевозок // Туризм: право и экономика. – 2013. – № 4. – С. 5–9. – С. 6.

<sup>6</sup> Правовая система Украины: история, состояние и перспективы: В 5 т. – Т. 3: Гражданско-правовые науки. Частное право / Под общ. ред. Н. С. Кузнецовой. – Х.: Право, 2011. – С. 131.

<sup>7</sup> Алексеев С. С. Предмет советского социалистического гражданского права. – Свердловск, 1959. – С. 123.

<sup>8</sup> Визначені автором.

<sup>9</sup> Сібільов М. М. Цивільно-правовий договір у механізмі правового регулювання у сфері приватного права // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2003. – Вип. 58. – С. 53.

<sup>10</sup> Спасибо-Фатеева І. В. Акціонерні угоди // Право України. – 2009. – № 12. – С. 182–190. – С. 185.

<sup>11</sup> Цивільне право України: навч. посібник / І. І. Килимник, А. М. Бровдій, Д. Є. Кутоманов; Харк. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О. М. Бекетова; Х.: ХНУМГ. – 2014. – С. 191.

<sup>12</sup> Куценко А. А. Корпоративные отношения как предмет правового регулирования // Автореферат дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Саратов, 2014. – 31 с.

<sup>13</sup> Якушев В. С. Правовое регулирование внутривладельческих отношений // Антология уральской цивилистики. 1925–1989: Сб. ст. – М.: Статут, 2001. – С. 425.

<sup>14</sup> Систематизовані та доповнені автором.

<sup>15</sup> Потапов В. А. Корпоративные нормативные акты как вид локальных актов // Дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – М., 2006. – 227 с.

### Резюме

#### **Антошкіна В. К. Роль правочину, корпоративних актів у процесі саморегуляції цивільно-правових відносин.**

У даній статті висвітлюються особливості регулювання цивільних правовідносин за допомогою корпоративних актів, договорів, односторонніх правочинів. Розглядається, яким чином положення вказаних правових актів впливають на процеси розуміння, застосування й тлумачення в цивільному праві. Виокремлено ознаки актів саморегуляції цивільно-правових відносин.

Значна увага приділена автором питанню визначення поняття, природи та особливостей саме корпоративних актів. Окреслено сферу застосування, функції корпоративних актів у процесі саморегуляції цивільно-правових відносин, відмінність від актів тлумачення.

**Ключові слова:** акти саморегуляції цивільно-правових відносин, правочин, корпоративний акт, функції корпоративних актів у процесі саморегуляції цивільно-правових відносин.

### Резюме

#### **Антошкіна В. К. Роль сделки, корпоративных актов в процессе саморегуляции гражданско-правовых отношений.**

В данной статье освещаются особенности регулирования гражданских правоотношений посредством корпоративных актов, договоров, односторонних сделок. Рассматривается, каким образом положения указанных правовых актов влияют на процессы понимания, применения и толкования в гражданском праве. Выделены признаки актов саморегуляции гражданско-правовых отношений.



Значительное внимание уделено автором вопросам понятия, природы и особенностей именно корпоративных актов. Определена сфера их применения, функции корпоративных актов в процессе саморегуляции гражданско-правовых отношений, отличие от актов толкования.

**Ключевые слова:** акты саморегуляции гражданско-правовых отношений, сделка, корпоративный акт, функции корпоративных актов в процессе саморегуляции гражданско-правовых отношений.

#### Summary

**Antoshkina V. The role of contract, corporate acts in the process of civil law relations self-regulation.**

The article under consideration covers the peculiarities of regulation of civil law relations by means of corporate acts, treaties, unilateral contracts. Also it contemplates the way the provisions of the regulations affect the processes of understanding, application and interpretation in civil law. In the current article the features of the acts of civil law relations self-regulation are highlighted. What is more, the author of the article pays special attention to the problem of identifying of the notion, nature and peculiarities of the corporate acts. He defines the scope of corporate acts application, their functions in the process of civil law relations self-regulation, and the distinctions between them and interpretation acts.

**Key words:** acts of civil law relations self-regulation, contract, corporate act, the functions of corporate acts in the process of civil law relations self-regulation.

УДК 347.92

#### Х. А. ДЖАВАДОВ

*Хикмет Аловсат оглы Джавадов, кандидат юридических наук, научный сотрудник, докторант Института государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины*

### ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Исследование гражданского судопроизводства актуализирует проблему определения его результатов, так как именно результаты дают представление об итогах и последствиях процессуальной деятельности, позволяют оценить ее.

При этом тема результатов судопроизводства, как правило, не является самостоятельным предметом исследования ученых, однако, зачастую определенные суждения формируются правоведами в контексте анализа смежных проблем. В частности, вопросы, связанные с определением результатов судопроизводства, рассматриваются в работах таких авторов, как В. С. Бигун, А. П. Вершинин, С. Л. Дегтярев, С. О. Короед, Д. Я. Малешин, С. А. Семикина, Г. П. Тимченко, А. Р. Хакимулин, И. В. Харламова и многих других ученых. Однако, единство в научных взглядах отсутствует, что обуславливает необходимость дальнейших исследований. В частности, целью данной статьи является рассмотрение вопроса об определении результатов гражданского судопроизводства.

Некоторые авторы связывают результаты процессуальной деятельности с защитой субъективных прав и интересов<sup>1,2</sup>. Действительно, в определенной степени защита может рассматриваться как результат судопроизводства. Однако, лишь по некоторым категориям исков с постановлением судебного решения защита нарушенного (оспоренного) права получает свое завершение. В большинстве случаев требуется реальное исполнение судебного решения, которое может и не состояться по объективным причинам (например, отсутствие имущества у должника). В то же время, эфемерность защиты и сомнительность ее достижения в каждом случае судебного обращения не может быть основанием для утверждений о том, что в таких случаях гражданское судопроизводство оказалось безрезультатным. Результат судопроизводства представляет собой категорию из сферы сущего. Поэтому более целесообразно связывать результаты судопроизводства с его закономерными последствиями, наступающими в качестве необходимого итога процессуальной деятельности. Другой вопрос, что результат судопроизводства может получить как позитивную, так и негативную оценку, однако сам факт его достижения требует объективного отображения.

Другие ученые рассматривают процессуальные правоотношения как результат процессуальной деятельности. А. П. Вершинин называет формой и результатом гражданско-процессуальной деятельности гражданские процессуальные правоотношения<sup>3</sup>. Сложно отрицать наличие причинно-следственных связей между процессуальной деятельностью и процессуальными отношениями. Однако, полагаем, что их взаимодействие не может быть сведено исключительно к причинно-следственному типу. Более соответствующими будут утверждения о параллельном развитии, постоянном взаимном перетекании правоотношений и деятельности. Процессуальная деятельность имеет своим результатом возникновение (изменение, прекращение) правоотношений, но и правоотношения побуждают дальнейшую процессуальную деятельность. При этом

сомнительно, чтобы результат судопроизводства был ограничен возникновением (изменением, прекращением) правоотношений ввиду явной его недостаточности для реализации функционального предназначения судопроизводства. Поэтому возникновение (изменение, прекращение) гражданских процессуальных правоотношений может рассматриваться только как промежуточный результат судопроизводства.

Весьма аргументированной и достаточно распространенной в науке является позиция, связывающая результаты судопроизводства с судебными актами. В частности, по мнению Л. А. Пахомовой судебная власть осуществляет правосудие посредством судебной процедуры в определенной процессуальной форме, итогом которой является постановление суда; взаимосвязь понятий «судебная власть» и «постановление суда» можно охарактеризовать как причинно-следственную<sup>4</sup>. Судебное решение завершает рассмотрение дела, ставит в нем точку. В окончательном судебном решении стороны усматривают перспективу воплощения своих интересов. Поэтому судебные акты представляются нам воплощением процессуальных результатов судопроизводства. Основная роль принадлежит судебному решению, но и другие акты нельзя исключать из объема результатов судопроизводства, т.к. они обладают в некоторой степени самостоятельным правовым значением, фиксируют промежуточные результаты, оформляют (закрепляют) процесс рассмотрения дела. В таком контексте мы поддерживаем авторов, которые говорят о том, что акты суда отображают текущие результаты рассмотрения дела, опосредуют совокупность промежуточных результатов<sup>5</sup>; являются связующим звеном между различными стадиями в правоприменительном цикле<sup>6</sup>.

Вместе с тем, представляется, что судебные акты являются результатом гражданского судопроизводства преимущественно в процессуальном понимании. Если вести речь о материальном результате судопроизводства, то судебные акты выступают лишь его формой. Поэтому во многих работах судебные акты наделяются значением внешней формы, отображения результатов судопроизводства. Так, С. К. Загайнова подчеркивает, что деятельность органов судебной власти отличается оформлением результатов в судебных актах<sup>7</sup>. С. А. Семикина утверждает, что процессуальные судебные акты (речь идет об актах арбитражных судов) принимаются по результатам рассмотрения экономических споров в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности<sup>8</sup>.

При этом ученые зачастую акцентируют внимание на материальных аспектах судебного решения. Например, А. Н. Юсупова называет решение суда результатом деятельности суда и других лиц при осуществлении судебной защиты, подчеркивая, что оно имеет материальное и процессуальное содержание<sup>9</sup>. По мнению С. Л. Дегтярева именно в судебных актах – результатах судебной деятельности реализуются нормы материальных отраслей права<sup>10</sup>. Н. А. Чечина полагает, что судебные акты, завершая разбирательство и разрешение гражданских дел, фиксируют результат применения права к общественным отношениям<sup>11</sup>.

Многие авторы усматривают результат судопроизводства непосредственно в сфере материальных прав и обязанностей. Так, И. В. Харламова полагает, что интересам лиц, участвующих в деле, соответствует конечный результат судебного разбирательства, определенность в их правах и обязанностях<sup>12</sup>. Исходя сформулированного С. Д. Гусаревым определения правовой деятельности, результатом судопроизводства как ее разновидности следует считать реализацию права<sup>13</sup>. М. А. Сидоров указывает, что результат деятельности арбитражного суда – это решение по существу рассматриваемого спора<sup>14</sup>.

Приведенные мнения имеют серьезное обоснование. Ведь побудительные мотивы к обращению в суд, причины начала и развития гражданского судопроизводства в конкретном деле находятся в сфере материальной. Именно для устранения материального конфликта, спора, неопределенности, субъекты прибегают к судопроизводству, реализуя потребность в установлении с помощью судопроизводства определенных последствий в сфере материальных прав и обязанностей. Учитывая непосредственную связь побудительных причин и итогов судопроизводства, предположим, что последствия судебного рассмотрения и разрешения дела в материальной сфере являются сущностным результатом гражданского судопроизводства. Однако и государство удовлетворяя посредством судопроизводства некоторые потребности, испытывая нужду в его результатах. Поэтому закономерно, что результаты гражданского судопроизводства имеют не только индивидуальный, но и общий характер. Индивидуальные результаты формируются в итоге процесса по рассмотрению и разрешению одного дела. Общие результаты складываются из совокупности частных результатов и реализуются в масштабах правовой системы.

В конкретном деле суд, руководствуясь установленными правилами, решает ряд спорных правовых вопросов, непосредственно связанных с установлением содержания правовой нормы, сферы ее применения, толкования относительно обстоятельств дела, установление обоснованности и правомерности притязаний, определении прав и обязанностей и т.д. Происходит применение права к конкретной жизненной ситуации, разрешается конфликт правовых позиций, формулируется ответ на вопрос о том, что же есть право в том или ином случае. Учитывая, что суду подведомственны все споры и конфликты в гражданско-правовой сфере, именно гражданским судопроизводством опосредуется завершающий этап правового регулирования. Поэтому в качестве общего результата гражданского судопроизводства, взятого в масштабе функционирования всей правовой системы, следует указать на завершение процесса правового регулирования.

В науке представлено толкование результатов судопроизводства, принимающее во внимание также и саму процессуальную деятельность. Так, отдельные авторы подчеркивают, что социально значимым является не только результат разрешения конфликта (т.е. применение или неприменение норм материального права), но и процедура его разрешения»<sup>15</sup>. Признавая некоторую справедливость подобных тезисов, заметим, что судебные акты аккумулируют в себе характеристики, свойства, дефекты процесса рассмотрения и

разрешения конкретного гражданского дела. Поэтому судебные акты получают оценку в контексте условий их постановления, а основаниями для их отмены являются обстоятельства, связанные не только с самим актом, но и с деятельностью, предшествующей вынесению акта (например, определение подсудности дела, привлечение всех заинтересованных лиц, уведомление участников процесса о слушании и т.д.). В то же время, судебные акты представляют собой неотъемлемую составляющую процессуальной деятельности. Таким образом, для гражданского судопроизводства характерным является своеобразный процессуальный результат-деятельность, воплощенный в системе промежуточных и итоговых судебных актов.

Нельзя не заметить, что в процессуальной литературе часто категория результата применима к отдельным видам деятельности внутри судопроизводства. Так, например, А. П. Вершинин со ссылкой на С. Ф. Кечекьяна говорит о том, что в зависимости от содержания процессуальных действий, от их результата, они группируются на процессуальные волеизъявления и «результативные» действия<sup>16</sup>. По мнению М. А. Рожковой всякое процессуальное действие участника судебного процесса влечет соответствующий процедурный результат (в виде движения или нормального развертывания процессуальной правоотношения либо последствия защиты нарушенных процессуальных прав<sup>17</sup>. Таким образом, учеными выделяется и наделяется правовым значением результат отдельного процессуального действия.

Также наличие определенного результата используется некоторыми авторами в качестве признака, формирующего понятие стадии<sup>18</sup>.

В других исследованиях правовым значением наделяются результаты отдельных видов процессуальной деятельности, сформированных по признаку функциональной специфики. В частности, С. Ф. Афанасьевым предлагается определить результат судебного познания посредством термина «юридическая» истина<sup>19</sup>.

Также ученые замечают, что результат судопроизводства дифференцируется относительно субъектов процесса. Так, Н. А. Артебякина утверждает, что юридическая заинтересованность в деле – это основанное на законе намерение в получении определенного правового результата, который должен наступить для заинтересованного лица в связи с рассмотрением и разрешением дела в порядке гражданского судопроизводства<sup>20</sup>. Подобную дифференциацию результатов процессуальной деятельности следует признать весьма полезной. Прежде всего, структурирование гражданского судопроизводства и обособление в нем отдельных видов деятельности способствует более глубокому познанию его сути, а, следовательно, и повышению эффективности. Кроме того, объективная оценка окончательного результата судопроизводства невозможна без обращения к составляющим процесса, учитывая аккумулятивный характер конечных результатов, включающих в себя результаты промежуточные и частные.

Вряд ли вызовет сомнение утверждение о том, что судопроизводство оказывает разнообразнейшее влияние как в правовой, так и в смежных с ней сферах. Соответственно, результатами судопроизводства в том или ином роде может быть названо значительное количество явлений. Поэтому наиболее приемлемыми и объективными видятся нам те из разработанных в литературе подходов, которые содержат объемное толкование результатов судопроизводства. Примером подобного взгляда является позиция А. Р. Хакимулина, оценивающего акты применения права как результат действия судов, иных властных органов, который обеспечивают возникновение правоотношений или гарантируют осуществление прав и обязанностей, являясь частью «поднормативного» индивидуального регулирования<sup>21</sup>.

В данном исследовании мы ограничимся рассмотрением сугубо правовых результатов судопроизводства не с тем, чтобы отрицать его внеправовое воздействие, а ввиду того, что указанные сферы выходят за пределы собственно нашей работы. По нашему мнению, результат судопроизводства реализуется в материальной и процессуальной плоскости, имеет суть и форму, воспринимает влияние процессуальной деятельности, является необходимым и достаточным итогом гражданского судопроизводства как вида функциональной деятельности. Результаты судопроизводства воплощаются как на индивидуальном уровне, так и в масштабе правовой системы. Индивидуальный результат судопроизводства по гражданскому делу заключается в рассмотрении и разрешении гражданского дела, опосредующих индивидуальное применение норм материального права к конкретной жизненной ситуации, оформленных системой судебных актов. В свою очередь общим результатом судопроизводства является завершение процесса правового регулирования.

<sup>1</sup> Егорова О. В. Сущность гражданской процессуальной формы : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Егорова Олеся Васильевна ; Санкт-Петербургский государственный университет. – СПб., 2001. – 187 с. – С. 50.

<sup>2</sup> Царегородцева Е. А. Способы оптимизации гражданского судопроизводства : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Царегородцева Екатерина Анатольевна ; УГЮА. – Екатеринбург, 2006. – 236 с. – С. 30.

<sup>3</sup> Вершинин А. П. Содержание гражданских процессуальных правовых отношений : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Вершинин Александр Павлович ; Ленинградский государственный университет им. А. А. Жданова. – Л., 1986. – 17 с. – С. 10.

<sup>4</sup> Пахомова Л. А. Требования, предъявляемые к форме и содержанию постановлений суда первой инстанции в гражданском судопроизводстве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Пахомова Людмила Александровна ; СГАП. – Саратов, 2010. – 25 с. – С. 9.

<sup>5</sup> Ташкин С. А. Судові акти та господарська процесуальна форма: окремі аспекти співвідношення / Актуальні проблеми права: теорія і практика. – 2014. – № 29. – С. 86 – 93.

<sup>6</sup> Загайнова С. К. Судебные акты в гражданском и арбитражном процессе. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 400 с. – С. 11.

<sup>7</sup> Там же. – С. 4.

<sup>8</sup> Семикина С. А. Эффективность актов арбитражных судов : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Семикина Светлана Александровна ; СГАП. – Саратов, 2011 – 26 с. – С. 13.

<sup>9</sup> Юсупова А. Н. Арбитражный суд как гарант реализации принципа законности : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Юсупова Асия Наилевна ; СГАП. – Саратов, 2009. – 33 с. – С. 24.

<sup>10</sup> Дегтярев С. Л. Реализация судебной власти в гражданском судопроизводстве (теоретико-прикладные проблемы) : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.15 / Дегтярев Сергей Леонидович ; УГЮА. – Екатеринбург, 2008. – 44 с. – С. 17.

<sup>11</sup> Чечина Н. А. Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб.: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. – 656 с. – С. 127.

<sup>12</sup> Харламова И. В. Цели судопроизводства и условия их достижения арбитражным судом кассационной инстанции : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Харламова Ирина Вячеславовна ; МГЮА. – М., 2005. – 206 с. – С. 126.

<sup>13</sup> Гусарев С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти : автор. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Гусарев Станіслав Дмитрович ; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2007. – 35 с. – С. 16.

<sup>14</sup> Сидоров М. А. Процессуальная деятельность арбитражного суда первой инстанции : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Сидоров Михаил Александрович ; СГАП. – Саратов, 2009. – 28 с. – С. 24.

<sup>15</sup> Славгородских А. А. Уголовно-процессуальная форма и ее значение в обеспечении судебной защиты в российском досудебном производстве : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Славгородских Алла Анатольевна. – Оренбург, 2008 – 196 с. – С. 33.

<sup>16</sup> Вершинин А. П. Цит. соч. – С. 13.

<sup>17</sup> Рожкова М. А. Теории юридических фактов гражданского и процессуального права: понятия, классификации, основы взаимодействия : дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03, 12.00.15 / Рожкова Марина Александровна ; РАГС. – М., 2010. – 418 с. – С. 12.

<sup>18</sup> Біда К. М. Касаційне провадження в господарському судочинстві України : дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Біда Катерина Михайлівна ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2005. – 195 с. – С. 44; Дудникова Г. В. Арбитражная процессуальная форма: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Дудникова Галина Викторовна ; СГАП. – Саратов, 2005. – 202 с. – С. 82; Тимченко Г. П. Способы та процесуальні форми захисту цивільних прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Тимченко Геннадій Петрович ; НЮАУ. – Х., 2002. – 203 с. – С. 85; Малешин Д. Я. Структура гражданской процессуальной деятельности / Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. – 2010. – № 4. – С. 55.

<sup>19</sup> Афанасьев С. Ф. Проблема истины в гражданском судопроизводстве: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Афанасьев Сергей Федорович ; СГАП. – Саратов, 1998. – 216 с. – С. 8.

<sup>20</sup> Артебякина Н. А. Теоретические и практические проблемы института лиц, участвующих в деле : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Артебякина Наталья Александровна; СГАП. – Саратов, 2011. – 26 с. – С. 9.

<sup>21</sup> Хакимулин А. Р. Особенности механизма судебной защиты субъективных гражданских прав и охраняемых законом интересов в исковом процессе : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.15 / Хакимулин Антон Рафаилович ; Ярославский государственный университет. – Ярославль, 2004. – 204 с. – С. 19.

### Резюме

#### **Джавадов Х. А. Окремі аспекти визначення результатів цивільного судочинства.**

Стаття присвячена дослідженню такого елемента процесуальної діяльності, як результат цивільного судочинства. Розглядаються різні наукові погляди на сутність результатів цивільного судочинства. Аналізується їх спроможність і відповідність сучасним вимогам до судочинства. Грунтується висновок про реалізацію результатів судочинства в індивідуальній площині і в масштабі правової системи. Індивідуальний результат судочинства зв'язується з розглядом та вирішенням цивільної справи, а загальний – із завершенням процесу правового регулювання.

**Ключові слова:** цивільне судочинство, результат, процесуальна діяльність, розгляд і вирішення справи, правове регулювання.

### Резюме

#### **Джавадов Х. А. Отдельные аспекты определения результатов гражданского судопроизводства.**

Статья посвящена исследованию такого элемента процессуальной деятельности как результат гражданского судопроизводства. Рассматриваются различные научные точки зрения на сущность результатов гражданского судопроизводства. Анализируется их состоятельность и соответствие современным требованиям к судопроизводству. Обосновывается вывод о реализации результатов судопроизводства в индивидуальной плоскости и в масштабе правовой системы. Индивидуальный результат судопроизводства связывается с рассмотрением и разрешением гражданского дела, а общий – с завершением процесса правового регулирования.

**Ключевые слова:** гражданское судопроизводство, результат, процессуальная деятельность, рассмотрение и разрешение дела, правовое регулирование.

### Summary

#### **Javadov H. Separate aspects of definition of results of civil legal proceedings.**

Article is devoted to research of such element of procedural activity as result of civil legal proceedings. Various scientific points of view on essence of results of civil legal proceedings are considered. Their solvency and compliance to modern requirements to legal proceedings is analyzed. The conclusion about realization of results of legal proceedings locates in the individual plane and on the scale of legal system. The individual result of legal proceedings contacts consideration and permission of a civil case, and the general – completion of process of legal regulation.

**Key words:** civil legal proceedings, result, procedural activity, consideration and permission of business, legal regulation.

**Н. Д. КОГУТ**

*Наталія Дмитрівна Когут, кандидат юридичних наук, старший викладач НТУУ «КПІ»*

## **ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ БАЗОВИХ ПРАВ ДІТЕЙ НА ЖИТТЯ, ЗДОРОВ'Я ТА МАТЕРІАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ**

Правове регулювання захисту дитинства характеризується фрагментарністю, декларативністю та непослідовністю значної частини існуючих правових положень. Це пов'язано з різними чинниками, насамперед із тим, що, наприклад, діти є електорально непривабливою та непрацюючою частиною населення, яка, до того ж, практично не може самостійно захищати свої права як в не юрисдикційному, так і юрисдикційному порядку та здійснювати політичний тиск на державні органи влади через мітинги, профспілкові організації тощо.

Однак з морального, релігійного та соціального поглядів цінність дитини для суспільства є найбільшою порівняно з іншими прошарками суспільства. Це пов'язано як з її беззахисністю, так і з залежністю розвитку майбутнього суспільства від якості виховання та стану здоров'я кожної окремо взятої дитини.

У теорії права питання захисту дітей є мало розробленим як в частині концептуальних підходів, так і в частині аналізу існуючої законодавчої бази. Окремі питання захисту особистих немайнових прав дітей досліджені у працях Н. І. Беседкіної та О. В. Синегубова, майнових прав – у працях Н. Л. Бондаренко-Зелінської, Н. Д. Тедорадзе та інших науковців.

**Метою статті** є розкриття прогалин та аномалій у механізмах реалізації існуючих правових норм, що передбачають охорону й захист прав дітей, а також аналіз шляхів підвищення стандартів охорони та захисту прав дітей і формування пропозицій з удосконалення законодавства в цій частині. Основна спрямованість дослідження – захист прав дітей від власних батьків.

Будь-які цивільні права традиційно поділяють на особисті немайнові та майнові права, це ж стосується і дітей. Реалізація більшості особистих немайнових прав малолітньої дитини пов'язана з внутрішньою волею батьків їх реалізувати (право на піклування, виховання, здорові та безпечні умови життя, любов та повагу). Примусити батьків реалізувати ці права дитини є практично неможливим, як і проконтролювати їх реалізацію на кожному конкретному проміжку часу. У разі системного або разового грубого порушення цих прав дитину можуть відібрати у батьків з наступним позбавленням їх батьківських прав. Однак інші форми виховання дитини, яка позбавлена батьківського піклування (усиновлення, патронат, прийомна сім'я, дитячий будинок сімейного типу, опіка та піклування, інтернат, дитбудинок), мають певну низку недоліків, основними з яких є психологічна та генетична складові, а саме: відсутність кровної спорідненості та материнської і батьківської любові біологічних батьків.

Тож саме здорове виховання в благополучній сім'ї, правильне виховання в навчальних закладах та економічне благополуччя є запорукою формування адекватної особистості, яка в майбутньому виховуватиме власних дітей, дотримуючись їх прав та інтересів. Проте існуючі реалії, що свідчать про надзвичайно велику кількість так званих «неблагополучних сімей», вказують на потребу захисту дітей, які опинилися в таких сім'ях, що полягає у поточному контролі за дотриманням батьками, принаймні, мінімальних стандартів прав дитини або позбавлення батьківських прав і влаштування дитини в одну із форм виховання дітей, позбавлених батьківського піклування, про які йшлося вище. Загрозливе збільшення кількості дітей, позбавлених батьківського піклування, які, як свідчать психологічні дослідження, в більшості своїй нездатні створити власні благополучні сім'ї, призводить до погіршення генофонду нації та навіть деградації суспільства.

У деяких країнах для уникнення такого явища існує інститут «примусової стерилізації» певних осіб за державні кошти за рішенням суду, наприклад, психічно хворих на стійкі психічні хвороби; хронічних алкоголік; наркоманів; педофілів; схильних до жорстокості осіб, які відбували покарання за відповідні види злочинів; осіб, які вже були позбавлені батьківських прав тощо. Наразі стерилізація здійснюється лише за добровільною згодою пацієнта<sup>1</sup>.

Крім того, не зважаючи на те, що дитина набуває статусу «людини» чи «дитини» з моменту її народження, вона є сформованим людським створінням<sup>2</sup>, який в медицині називається «плодом» з 10 тижня вагітності, і права такої ненародженої дитини також повинні охоронятися<sup>3</sup>, оскільки можливе навмисне вбивство в утробі, а системне вживання алкоголю, наркотиків, деяких медичних препаратів може призвести до інвалідності дитини, яка вже існує в статусі «плід» і захищається у сукупності з вагітною мамою (наприклад, застосування заборонених для вагітної препаратів медпрацівником, що потягло за собою смерть плода, передбачає кримінальну відповідальність такого працівника (ст. 140 Кримінального кодексу України<sup>4</sup>)), але законом «плід» не захищається від самої матері. В юриспруденції вже є прецедент захисту прав ще ненародженої дитини в спадковому праві, йдеться про захист майнових прав майбутньої дитини, однак захист особистих немайнових прав ще ненародженої дитини, причому базових прав – на життя і здоров'я законом не

передбачений. Більше того, згідно з чинним законодавством аборти дозволені за бажанням матері до 12 тижнів (однак з 10 тижня плід є сформованим людським створінням), а проведення абортів на більш пізніх строках відповідно до ст. 281 Цивільного кодексу України<sup>5</sup> – з 12 до 22 тижнів (до 2006 р. було до 28 тижнів) допускається за наявності висновку спеціальної медкомісії<sup>6</sup>. Декларація щодо медичного абортів, прийнята в Осло<sup>7</sup> надає право на прийняття рішення про аборт кожною жінкою індивідуально без дозволу майбутнього батька, що пов'язано з правом кожної людини на дії з власним тілом та медичними ризиками виношування і народження дитини. Цілковита заборона на проведення абортів призводить до колосальної кількості незаконних абортів і високої смертності жінок, однак строки для прийняття відповідного рішення і здійснення абортів мають бути зменшені. А в ст. 134 Кримінального кодексу України, крім санкції за проведення абортів нефахівцями, має з'явитися санкція за проведення абортів хоча б з 22 тижня вагітності (як щодо матерів, так і щодо медпрацівників).

Чинне медичне законодавство містить значну кількість прогалин, що надає можливість зловживань з боку медпрацівників у пологових будинках, порушуючи права матерів та новонароджених дітей. Приміром, безпорадність породіллі надає можливість недобросовісним медпрацівникам сказати матері, що дитина народилася мертвою з метою «продажу» її іншій жінці, яка насправді не була вагітною (це актуально через важку й довготривалу процедуру усиновлення). Тут існує злочинна співпраця жіночих консультацій, які видають невагітним документи, що підтверджують вагітність, пологових будинків та моргів. Ще гіршим, на щастя, рідкіснішим, варіантом є «продаж» дитини для трансплантації органів. Наказ МОЗ «Про організацію акушерсько-гінекологічної допомоги Україні» від 15 липня 2011 р.<sup>8</sup> передбачає, що зразу після пологів дитину мають прикласти до грудей матері, якщо мати перебуває в задовільному стані, однак законодавство чітко не регулює, як мають діяти медпрацівники у разі народження мертвої дитини, до того ж бувають випадки необхідності надання дитині екстреної допомоги чи поміщення її у спеціальний кисневий бокс тощо. А відповідно до наказу МОЗ «Про розвиток та удосконалення патологоанатомічної служби України»<sup>9</sup> доставка мертвонародженої та померлої після народження дитини в патологоанатомічне бюро має бути здійснена в межах 12 годин після пологів чи смерті дитини. Відповідно до цього ж наказу, якщо труп не буде забраний з моргу в межах трьох діб, він підлягає похованню самим моргом або передачі на науково-дослідні цілі спеціальним установам. А підставою для отримання тіла в морзі є представлення свідоцтва про смерть. Однак відповідно до п. 5 ст. 13 Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» від 1 липня 2010 р.<sup>10</sup> у разі народження дитини мертвою державна реєстрація смерті не проводиться, видається лише довідка про народження із зазначенням факту мертвонародження. Тож одинока мати, яка лише оговталась після пологів, може навіть не побачити свою дитину і не впевнитись в тому, що вона дійсно померла і її не підмінили. Такий стан речей необхідно терміново змінювати, внівши відповідні зміни в законодавство, чітко прописавши право батьків на отримання мертвонароджених та померлих дітей з моргів у значно триваліший за три доби строк та на проведення генетичної експертизи в незалежних установах анонімно, яка підтвердить, чи їхня це новонароджена дитина. Складніше боротися зі злочинною змовою мед. працівників з матір'ю, яка полягає у «продажі» дитини, оскільки відмова від дитини та її усиновлення за законом здійснюється на безоплатній основі.

На жаль, можливе і народження дитини матір'ю, вагітність якої не була зареєстрована в жіночій консультації та поза межами пологового будинку. У такому разі контроль закладів охорони здоров'я, які повідомляються про новонароджених та здійснюють їх періодичний обхід за місцем проживання, служб захисту дітей та інших органів не здійснюється, тому виявити склад злочину у формі вбивства новонародженої дитини можна лише шляхом знайдення трупа дитини та свідчення свідків. Викорінити такі жахливі випадки можна лише шляхом забезпечення належного рівня статевого виховання дітей, стерилізації відповідних категорій осіб, підвищення загального рівня благополуччя людей в країні та правосвідомості пересічних громадян.

Важливими чинниками захисту здоров'я малолітніх дітей від власних батьків, шкода якому може бути завдана як навмисно, з необережності, так і ненавмисно з причин браку знань з догляду за немовлятами, є також запровадження обов'язкового проходження майбутніми батьками спеціальних курсів для батьків, а ще краще – введення таких курсів в обов'язкову програму навчання старшокласників. У разі грубих проявів асоціальної поведінки вагітної жінки та зловживання нею алкогольними, наркотичними, тютюновими та іншими токсичними препаратами варто примусово, за терміновим рішенням суду, поміщати таку жінку у спеціально створені реабілітаційні центри для вагітних з метою збереження здоров'я ще ненародженої дитини, вади внутрішньоутробного розвитку якої неодмінно позначатимуться на здоров'ї вже народженого малюка.

Труднощами захисту будь-яких особистих немайнових прав є неможливість їх відновлення, як це має місце з майновими правами, які можна виміряти в грошовому виразі. Відшкодування моральної шкоди у майновому еквіваленті, за своєю суттю, не відновлює особисті немайнові права. Крім того, існують серйозні труднощі у визначенні її розміру через відсутність законодавчо визначеної тарифної сітки за відповідні види моральних страждань. До того ж, відшкодування моральної шкоди батьками своїм неповнолітнім дітям, навіть за шкоду, завдану їх здоров'ю, не передбачено нормами цивільного законодавства, за яким самі ж батьки і є законними представниками своїх дітей у суді, а норми сімейного законодавства, які дозволяють дітям з 14 років самостійно звертатися до суду, не передбачають можливості відшкодування моральної шкоди батьками своїм неповнолітнім дітям. Дуже часто батьки не несуть жодного виду відповідальності як за неумисні, так і за умисні діяння, які містять в собі склад адміністративного правопорушення чи навіть зло-

чину. Найбільша складність захисту прав дітей, як це не парадоксально, є їх захист від власних батьків, в той час як наявність благополучної сім'ї забезпечує дитину від більшості можливих порушень її прав. До того ж, діти потребують багато піклування, любові і коштів на їх утримання, однак внутрішні стимули в забезпеченні їх цими благами можуть бути лише у добросовісних батьків, переважно біологічних, адже навіть найрозвинутіша держава спроможна задовольнити лише частинку потреб середньостатистичної дитини.

Не менш важливим аспектом захисту прав дітей є захист їх майнових прав, які значною мірою є базою для дотримання та захисту особистих немайнових прав. Оскільки недостатність коштів для лікування неодмінно потягне за собою порушення особистого немайнового права на здоров'я дитини, необхідність працювати надурочно матерям призводить до відсутності можливості виконання ними своїх батьківських обов'язків з піклування та виховання дитини тощо. Держава лише декларативно передбачає безплатне лікування дітей, однак відповідних ліків у державних та комунальних закладах охорони здоров'я, переважно, немає, а заборона працювати надурочно матерям малолітніх дітей в нормах трудового законодавства не свідчить про автоматичну реалізацію цієї норми. Крім того, особа може працювати на декількох роботах одночасно або бути приватним підприємцем, на якого ці норми не поширюються.

Законодавство передбачає, що діти не претендують на майно батьків до їх смерті і їм належать лише речі індивідуального користування, придбані спеціально для них, а також подаровані їм речі. Тож знову майнові права дітей залежать від добросовісності батьків. Винятком з цього правила є захист житлових умов дітей, зокрема при відчуженні, обміну чи даруванні житла батьків чи одного з батьків (або навіть інших родичів), лише якщо в ньому зареєстроване місце проживання дитини, має бути отриманий дозвіл органів опіки і піклування на здійснення такої операції (ч. 4 ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей» від 2 червня 2005 р.<sup>11</sup>). Відповідно до п. 7 ч. 5 ст. 177 Сімейного кодексу України органи опіки та піклування не мають права надавати дозволи на укладення правочинів, які призведуть до звуження обсягу існуючих майнових прав дитини (наприклад, зменшення площі житла). Однак, якщо дитина народиться після передачі в заставу квартири, в якій проживають батьки, то обмеження щодо її реалізації в разі невиконання ними основного зобов'язання законодавством не встановлені. Проте квартира, право власності на яку зареєстровано на одного з подружжя, але вона набута у шлюбі і вважається спільною сумісною власністю, може бути передана в заставу лише за нотаріально засвідченою згодою іншого з подружжя, в іншому випадку така угода буде недійсна щодо половини квартири. У разі розлучення батьків житло між ними ділиться порівну незалежно від того, з ким проживатиме дитина, і норми жилої площі на дитину (дітей) при поділі майна в такому разі не враховуються, що є надзвичайним порушенням прав дітей та непослідовністю законодавця в цій частині.

Законодавство містить і деякі інші запобіжні норми щодо дотримання житлових прав дітей. Наприклад, відповідно до п. 2.12 Порядку реєстрації місця проживання та місця перебування фізичних осіб та зразків необхідних документів<sup>12</sup>, якщо після здійснення реєстрації місця проживання особи з одночасним зняттям з реєстрації попереднього місця проживання буде встановлено, що особа не повідомила про реєстрацію місця проживання разом з нею неповнолітніх дітей, обидві дії скасовуються. Однак це не свідчить про автоматичне відновлення житлових прав дитини, у разі якщо житло вже реалізовано, оскільки нерідко дитину виписують з житла, а потім його реалізують, оминаючи процедуру отримання дозволу органів опіки і піклування на реалізацію житла. Тож у правовому регулюванні зазначеного питання маємо певну прогалину. На наш погляд, в ч. 2 п. 4. 7 Правил опіки та піклування<sup>13</sup> має бути внесено положення про надання дозволу на зняття з реєстрації місця проживання дитини органами опіки і піклування з контролем щодо вселення дитини в нове помешкання (контроль за обміном житла, отриманням житла у кредит тощо), а підстави для погіршення житлових умов мають бути визначені відповідним положенням. А зняття з реєстрації місця проживання дитини в комунальному житлі позбавляє її права на безкоштовну приватизацію цього житла, а якщо ніхто з батьків дитини не зареєстрований в комунальному житлі, примусове вселення в неї можливе за рішенням суду тільки у разі доведення факту безпідставного погіршення житлових умов дитини (якщо її прописали, але в значно гіршому помешканні, а, можливо, прописали формально, але не вселили). До того ж, Державна міграційна служба України не зобов'язана контролювати, чи достатня житлова площа для дитини у житлі, місце проживання якої реєструється, і чи належні в ньому житлові умови. А органи опіки і піклування здійснюють обстеження житлових умов лише в разі надходження до них відповідної заяви. На наш погляд, варто також внести в Порядок про реєстрацію місця проживання особи заборону на реєстрацію місця проживання дитини у приміщенні, в якому не зареєстрований жоден з батьків (бо, як правило, це непридатні для проживання приміщення). Наразі, належного механізму реалізації житлових прав дітей не встановлено<sup>14</sup>.

Враховуючи норми сімейного законодавства, що регулюють аліментні правовідносини, в яких розмір, порядок сплати аліментів та відповідальність за їх несплату передбачають надзвичайно низькі стандарти охорони та захисту прав дітей, останні нерідко перебувають в дуже скрутному становищі. Приміром, мінімальний розмір аліментів встановлено на рівні 30 % прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. Незрозуміло, чому 30, а не 50 %, якщо говорити про справедливий розподіл витрат на дитину між батьками. Крім того, законодавець чомусь не враховує, що щоденний догляд за дитиною є важкою працею, яка в багатьох випадках не надає можливості працювати матері (батькові). Така праця теж повинна бути оцінена в грошовому еквіваленті, і батько (матір), який не проживає разом з дитиною та не доглядає за нею, мав би сплачувати значно більшу суму, ніж 50 % витрат на дитину. До того ж, загальновідомо, що прожитковий мінімум, який наразі встановлений державою, є значно нижчим прожиткового мінімуму, який існує об'єктивно.

А кожного разу звертатися до суду, а потім у виконавчу службу для отримання коштів на додаткові витрати на дитину (для лікування, навчання тощо) є дуже затратною, довготривалою та часто безрезультатною справою, тож варто законодавчо встановити, що половина витрат на лікування, підтверджених документально, а також половина витрат на освіту має погашатися автоматично через виконавчу службу за наслідками наявності первинного судового рішення про призначення аліментів.

У разі, якщо особа працює, розмір аліментів на одну дитину може бути визначений судом в розмірі 25 % від зарплати, а на двох і більше дітей – не більше 50 % від зарплати (ч. 1 п. 3 ст. 70 Закону України «Про виконавче провадження»<sup>15</sup>). Знову ж таки, законодавство не повинно бути відірваним від об'єктивно існуючих реалій, а вони такі, що переважна частина працюючих осіб офіційно отримують мінімальну зарплату, хоч «зарплата в конверті» може бути в 10–15 разів більшою. Крім того, суд, встановлюючи розмір аліментів на дитину/дітей, також враховує зобов'язання платника аліментів зі сплати утримання іншим дітям, у т. ч. повнолітнім непрацездатним дітям, другому з подружжя з попереднього шлюбу, непрацездатним батькам (причому наявність пенсійного віку батьків надає їм право на отримання аліментів, а аліментозобов'язаній особі перед неповнолітньою дитиною надає можливість зловживати цими нормами, формально нібито здійснюючи платежі своїм батькам). Питання розміру відрахувань від інших доходів чітко законодавством не врегульовано, але суди переважно застосовують ті ж норми, що стосуються зарплати, тобто не більше 50 %. Сімейний кодекс України<sup>16</sup> (далі – СК України) не встановлює чіткого переліку інших видів доходів, крім зарплати, з яких можуть стягуватися аліменти. Логічно було б до них віднести наступні види пасивних доходів: відсотки з банківських депозитів, дивіденди від корпоративних прав, виплати по цінних паперах, орендна плата тощо. Однак із перелічених видів доходів у Переліку видів доходів, що враховуються при визначенні розміру аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків, інших осіб, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 26 грудня 1993 р. № 146<sup>17</sup>, визначено лише орендну плату. Важливо надати суду докази наявності таких доходів у платника аліментів, а це особливо важко здійснити саме з приводу орендної плати, оскільки нерухомість, як правило, здається в оренду нелегально, тобто без оформлення договору оренди з метою уникнення оподаткування орендної плати податком з доходів фізичних осіб.

Однак навіть при наявності позитивного рішення суду на користь одержувача аліментів основною трудністю є його належне виконання. Оскільки, як вже зазначалося вище, для належного стягнення аліментів потрібна наявність постійного офіційного місця роботи аліментозобов'язаної особи та наявність в неї офіційної заробітної плати. Що стосується інших доходів, то нерідко аліментозобов'язані особи реалізують або дарують своє майно комусь зі своїх родичів. Закон не передбачає можливості визнання таких правочинів недійсними за наслідками неможливості сплати аліментів аліментозобов'язаною особою та відсутністю в неї майна для примусового стягнення аліментів після такої трансакції. Клопотання про вжиття заходів забезпечення позову, наприклад, про арешт на майно відповідача, може бути подане після порушення справи на будь-якій стадії судового процесу аж до моменту винесення судового рішення. Таке клопотання розглядається судом в день його надходження без повідомлення відповідача, ухвала про вжиття запобіжних заходів виконується виконавчою службою негайно, а процес її оскарження не зупиняє її дію<sup>18</sup>. Однак арешт на майно відповідача мало що вирішує, оскільки після прийняття судового рішення та порушення виконавчого провадження і сплати аліментів за перший же місяць такий арешт за клопотанням відповідача, як правило, знімається. Особа може припинити сплачувати аліменти будь-якого місяця, тож такий арешт не забезпечує одержувача аліментів від можливої їх несплати. У межах виконавчого провадження виконавець накладає арешт на майно аліментозобов'язаної особи лише в разі, якщо заборгованість щодо сплати аліментів перевищує суму відповідних платежів за три місяці<sup>19</sup>. Тобто, навіть якщо на 10 грн сума заборгованості менша за сукупну суму боргу за три місяці, то арешт на майно платника аліментів не накладається.

Законодавець передбачає можливість передачі нерухомого майна другому з батьків, з яким проживає дитина чи самій дитині в рахунок сплати аліментів до настання повноліття (чи 23-річного віку дитини, яка навчається у вузі на денній формі навчання), але така можливість є правом, а не обов'язком аліментозобов'язаної особи, якщо на це погодиться друга сторона і буде укладено цивільно-правовий договір, тобто суд не може прийняти рішення про передачу нерухомості в рахунок сплати аліментів. Однак відповідно до ч. 2 ст. 70 СК України суд може відступити від засад рівності часток майна подружжя при їх поділі на користь одного з подружжя, якщо другий без поважних причин не працював та руйнував спільне майно тощо. Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 70 СК України суд може збільшити частку майна того з подружжя, з яким проживає дитина/діти у разі, якщо розмір сплачуваних другим з подружжя аліментів є недостатнім для забезпечення їхнього фізичного та духовного розвитку, а також лікування. Проте, як вбачається зі змісту статті, йдеться про той випадок, коли аліменти вже судом призначені і сплачуються, але їх розмір є недостатнім, а майно до цього часу між подружжям ще не поділено, що трапляється нечасто. Крім того, по спливу 3-річного строку давності після розлучення спільно набуте у шлюбі майно, право власності на яке зареєстроване на одного з подружжя, вже не підлягатиме поділу.

За наявності заборгованості зі сплати аліментів у розмірі, що сукупно перевищує суму відповідних платежів за шість місяців, боржник притягається до кримінальної відповідальності за злісне ухилення від сплати аліментів. Однак у даному випадку ст. 164 Кримінального кодексу України передбачає навмисні дії щодо несплати аліментів, факт наявності яких було доведено судом, проте втрата роботи і не влаштування на іншу не є підставою для притягнення до кримінальної відповідальності, а наявність інших доходів, які приховуються, необхідно довести. Крім того, для полегшення розшуку осіб, які ухиляються від сплати аліментів,



варто внести зміни до ч. 5 ст. 6 Положення про паспорт громадянина України від 26 червня 1996 р.<sup>20</sup>, передбачивши не в добровільному, а в обов'язковому порядку внесення відомостей про дітей на відповідних сторінках паспорта. Це надасть можливість передбачити додаткові майнові права дітей з обов'язком щодо їх захисту нотаріусами. Наприклад, варто передбачити, що з вартості будь-якого відчуження нерухомості особою, в якій поза межами зареєстрованого шлюбу є неповнолітні діти, з якими така особа не проживає, нотаріусом має бути здійснене обов'язкове відрахування на рахунок дитини/дітей в розмірі, приміром 5 % на дитину, що не впливатиме на розмір сплачуваних аліментів.

Наразі варто констатувати, що окрім тих передумов відсутності внутрішніх стимулів законодавців для підвищення рівня майнового захисту дітей, що були вказані на початку статті, тут прослідковуються також наслідки гендерного співвідношення Парламенту, в якому лише приблизно 12 % жінок, а решта – чоловіки як потенційні платники аліментів, оскільки понад 97 % платників аліментів в Україні – це чоловіки.

У разі, якщо місце проживання (перебування) батьків невідоме або батько/мати ухиляється від сплати аліментів або вони не мають можливості утримувати дитину, дитині призначається тимчасова державна допомога, що не може бути меншою за 30 % прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку. Порядок нарахування та виплати такої допомоги визначається постановою Кабінету Міністрів України<sup>21</sup>, яка передбачає, що тимчасова допомога не призначається на дітей, які перебувають на повному державному утриманні або під опікою та піклуванням (опікунам виплачується два прожиткові мінімуми на утримання дитини відповідного віку щомісяця).

Місце проживання дитини визначають батьки дитини за спільною згодою, а з настанням 10-річного віку дитини – також за згодою самої дитини. У разі наявності спору між батьками щодо місця проживання дитини його вирішує суд, думка дитини з усіх питань, що стосуються її прав, повинна бути заслухана судом з 7-річного віку, але остаточне рішення приймає суд, виходячи з інтересів дитини. У 14 років дитина самостійно вирішує, з ким її проживати, звичайно якщо інший з батьків погодиться на проживання дитини в його житлі, хоч це і є обов'язком батьків утримувати дитину, але примусове вселення дитини за рішенням суду є недоцільним через явно негативне ставлення до дитини одного з батьків, який не хоче вселення своєї дитини в його житло. Законодавство також не встановлює заборону на «поділ» дітей за спільною згодою батьків, на кшталт майна, при розлученні, як це має місце при усиновленні, коли роз'єднання рідних братів і сестер допускається лише з медичних показників з правом знати місце знаходження один одного.

Пункт 2 ст. 161 СК України встановлює умови, при яких дитину не можуть передати батькові/матері, який/яка зловживає спиртними напоями, веде аморальний спосіб життя, а також не має самостійного доходу. Останнє, на наш погляд, не цілком логічно, оскільки нерідко матері повністю присвячують себе дітям, доглядають, виховують та навчають дітей, тож не мають можливості працювати, але, разом із тим, працюючий батько не зможе належним чином виконувати свої батьківські обов'язки, тому логічно, щоб він просто сплачував аліменти та періодично бачився з дітьми. Крім того, діти дуже тісно пов'язані з матір'ю психологічно і відбирати їх у неї можна лише в разі, якщо вона є джерелом небезпеки або не піклується про них. Взагалі, загальноприйнята європейська теорія рівності прав батьків і матерів щодо дітей не повною мірою відповідає юридичному принципу справедливості, оскільки сама природа поклала на матерів значно більше обов'язків, ніж на батьків, а саме: виношування, народження на вигодовування груддю дітей, тож і прав на дітей у неї має бути більше, звісно враховуючи її належне ставлення до своїх материнських обов'язків щодо піклування про своїх дітей. Тому відібрання дітей у матері з економічних мотивів, навіть на користь батька, на наш погляд, є неприпустимим явищем. Також доцільно на законодавчому рівні позбавити батьків, які не утримують та не піклуються про дітей, прав на надання дозволу про виїзд дитини за кордон, зміну її місця проживання, вчинення медичних маніпуляцій та інших юридично значимих дій немайнового характеру щодо дитини<sup>22</sup>. Оскільки ч. 3 п. 5 ст. 177 СК України передбачає можливість укладення правочинів без дозволу того з батьків, хто не проживає з дитиною не менш як шість місяців, не бере участі в її вихованні та не утримує її, лише щодо майнових прав дитини, які потребують такого дозволу, а щодо особистих немайнових таке положення не передбачено.

У разі, якщо обоє батьків є хронічними алкоголіками, наркоманами; померли; позбавлені батьківських прав чи ухиляються від виконання своїх батьківських обов'язків, то про дитину добровільно можуть піклуватися інші близькі родичі, переважно це бабусі та дідусі. Законодавчого обов'язку з піклування про своїх внуків у них немає. Але якщо дитина залишилася без батьківського піклування, вони зобов'язані повідомити про це органи опіки і піклування, а в разі, якщо йдеться про немовлят, вони зобов'язані тимчасово попіклуватися про них або ж викликати медпрацівника, в іншому випадку їх можна притягнути до кримінальної відповідальності за залишення в небезпеці. Це стосується всіх повнолітніх осіб, що знали про немовля, яке знаходиться одне без опіки дорослих.

У всіх випадках, коли дитина фактично залишилася без батьківського піклування обох батьків, законодавство передбачає обов'язок органів опіки і піклування взяти дитину під нагляд та призначити їй опікуна (якщо дитині до 15 років) чи піклувальника (з 15 до 18-річного віку дитини). Однак, відповідно до чинного законодавства, якщо жоден з осіб та органів, перелічених у п. 2.5 Правил опіки та піклування, не звернувся до органів опіки і піклування з письмовою заявою про наявність конкретної дитини, яка залишилася без батьківського піклування, то ніхто в нашій країні не несе відповідальності за долю таких дітей.

На практиці у багатьох випадках органи опіки і піклування не призначають опікунів та піклувальників з власної ініціативи, якщо є так звані «фактичні вихователі», тобто родичі дитини, в яких вона проживає.

Відповідно до ст. ст. 258, 260, 261, 262 СК України баба і дід, повнолітні брат і сестра, мачуха чи вітчим є законними представниками дітей у суді без спеціальних на те повноважень, однак вони не мають права на укладення правочинів щодо майнових прав дітей, які потребують нотаріального посвідчення; на дозвіл щодо лікування дітей чи відмову від нього; на надання дозволу щодо виїзду дитини за кордон тощо. Для вчинення перелічених юридично значимих дій щодо дитини їм потрібно офіційно оформити опіку над дитиною, звернувшись з відповідною заявою до органів опіки і піклування. На жаль, трапляються випадки, коли рідним бабусям і дідусям відмовляють в оформленні опіки над дитиною, надаючи перевагу іншій людині, нібито керуючись ч. 5 п. 3.2 Правил опіки та піклування, а саме: опікунами не можуть бути особи, інтереси яких суперечать інтересам дітей, передаючи право на опіку над дітьми сторонній особі, яка виявила таке бажання. Таке можливо у разі, якщо у дитини, як правило, після смерті батьків, залишилося нерухоме майно, оскільки опікуни мають право управляти ним до настання повноліття дітей/дитини, отримані кошти перераховувати на банківський рахунок дитини, а решту – на покриття витрат на ремонт і утримання нерухомості, а це містити в собі значний обсяг можливостей для зловживань з боку опікуна (орендна плата вища за передбачену у договорі тощо). Крім того, у представників органів опіки і піклування може бути домовленість з потенційними опікунами, які виявляють бажання опікуватися дитиною та її майном. Законодавство не встановило ніяких запобіжних заходів у цій частині. Питання визначення конкретного опікуна чи піклувальника дитини є компетенцією органів опіки та піклування, а не суду, але оскаржити дії чи бездіяльність органів опіки та піклування завжди можна до суду.

Також, на наш погляд, є не зовсім логічним, що дітей інколи примусово відбирають від бабусі чи дідуся, допоки офіційно не встановлена опіка, адже до офіційного встановлення опіки вони могли б опікуватися дітьми просто на підставі того, що є кровними бабою та дідом дитини.

Резюмуючи викладене вище, варто зробити такі основні висновки та пропозиції щодо вдосконалення законодавства: 1. Право на життя і здоров'я дитини має охоронятися законом не пізніше як з 22 тижня вагітності, у т. ч. від самої матері, шляхом встановлення кримінальної відповідальності за пізній аборт, у т. ч. і для медпрацівників, а також шляхом створення спеціальних реабілітаційних центрів для вагітних, які зловживають алкоголем, наркотичними засобами тощо. 2. За чинним законодавством непередбачено можливості відшкодування моральної шкоди батьками своїм дітям за порушення їх особистих прав, включаючи право на здоров'я та особисту недоторканність. 3. Правове регулювання захисту майнових прав дітей містить надзвичайно низькі стандарти їх захисту та багато прогалин, що надають можливість ухилитися від їх дотримання. Це стосується житлових прав та прав на утримання. Для забезпечення житлових прав дітей необхідно встановити чіткі механізми погодження відчуження нерухомості та зняття з реєстрації місця проживання дитини з органами опіки та піклування і встановлення норм про врахування житлової площі на неповнолітніх дітей при поділі житла у разі розлучення батьків, а в разі реалізації нерухомості батьком (матір'ю), який (яка) проживає окремо від дитини, має бути встановлений певний відсоток від суми реалізації на утримання дитини понад аліменти. Для забезпечення прав дітей на матеріальне утримання мають бути встановлені більші розміри аліментів. На наш погляд, мінімальний розмір аліментів має становити не менше одного прожиткового мінімуму на одну дитину незалежно від рівня доходів аліментозобов'язаної особи.

Подальші дослідження проблем захисту прав дітей актуальні в частині захисту дітей від насильства в сім'ї, дітей, позбавлених батьківського піклування, дітей-інвалідів; прав дітей за участю іноземного елемента (батька, матері) та проблем контролю за усиновленням дітей за кордон; проблемних питань визначення батьківства/материнства; захисту прав дітей при застосуванні репродуктивних технологій; проблем неповнолітніх батьків тощо.

<sup>1</sup> Про застосування методів стерилізації громадян : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 6 липня 1994 р. № 121 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0187-94>

<sup>2</sup> *Беседкина Н. И.* Права неродившегося ребенка // Н. И. Беседкина // Государство и право. – 2006. – № 4. – С. 54–66.

<sup>3</sup> *Синегубов О. В.* Здійснення особистого немайнового права дитини на життя на кожному етапі її розвитку / О. В. Синегубов // Право і безпека. – 2013. – № 1. – С. 195–200.

<sup>4</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

<sup>5</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

<sup>6</sup> Про реалізацію ст. 281 Цивільного кодексу України : постановка Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 р. № 926 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 7. – Ст. 357.

<sup>7</sup> Декларація щодо медичного аборту, прийнята в Осло, прийнята 24-ю Всесвітньою медичною асамблеєю, Осло, Норвегія, серпень 1970 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/990\\_009](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/990_009)

<sup>8</sup> Про організацію амбулаторної акушерсько-гінекологічної допомоги України : наказ Міністерства охорони здоров'я від 15 липня 2011 р. № 417 121 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://document.ua/pro-organizaciyu-ambulatornoyi-akushersko-ginekologichnoyi-d-doc70394.html>

<sup>9</sup> Про розвиток та удосконалення патологоанатомічної служби України : наказ Міністерства охорони здоров'я від 12 травня 1992 року № 81 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ukrmedserv.com/content/view/789/94/lang.uk/>

<sup>10</sup> Про державну реєстрацію актів цивільного стану : Закон України від 1 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 38. – Ст. 509.

<sup>11</sup> Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей : Закон України від 2 червня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 26. – Ст. 354.

<sup>12</sup> Порядок реєстрації місця проживання та місця перебування фізичних осіб в Україні та зразків необхідних для цього документів, затверджений наказом Міністерства внутрішніх справ України від 22 листопада 2012 р. // Офіційний вісник України. – 2012. – № 99. – Ст. 4026.

<sup>13</sup> Правила опіки та піклування, затверджені наказом Державного комітету України у справах сім'ї та молоді, Міністерством освіти та соціальної політики України від 26 травня 1999 р. № 34/166/131/88 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 26. – Ст. 115.

<sup>14</sup> Тодорадзе Н. Д. Правові аспекти майнових прав дітей і засоби їх захисту / Н. Д. Тодорадзе // Митна справа. – № 6 (96). – 2014. – Ч. 2. – Кн. 2. – С. 251–257.

<sup>15</sup> Про виконавче провадження : Закон України від 21 квітня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 24. – Ст. 207.

<sup>16</sup> Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.

<sup>17</sup> Перелік видів доходів, що враховуються при визначенні розміру аліментів на одного з подружжя, дітей, батьків, інших осіб затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 26 грудня 1993 р. № 146 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/146-93-p>

<sup>18</sup> Цивільно-процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–42. – Ст. 492.

<sup>19</sup> Інструкція з організації примусового виконання судових рішень, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 2 квітня 2012 р. № 512/5 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 27. – Ст. 1018. – 17 квітня.

<sup>20</sup> Положення про паспорт громадянина України, затверджене постановою Верховної Ради України від 26 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 37. – Ст. 545.

<sup>21</sup> Порядок призначення та виплати тимчасової допомоги дітям, батьки яких ухиляються від сплати аліментів, не мають можливості утримувати дитину або місце проживання їх невідоме, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 22 лютого 2006 р. № 189 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 8. – Ст. 446.

<sup>22</sup> Бондаренко-Зелінська Н. Л. До питання про ефективний судовий захист прав дітей відповідно до європейських стандартів / Н. Л. Бондаренко-Зелінська // Університетські записки. – 2013. – № 4. – С. 110–116.

#### Резюме

##### **Козут Н. Д. Проблемні питання захисту базових прав дітей на життя, здоров'я та матеріальне забезпечення.**

Досліджується правова база в частині охорони та захисту прав дітей, а також надійність механізмів її реалізації. Особлива увага приділяється шляхам перетворення декларативних норм про захист прав на життя і здоров'я дітей та гарантії їх матеріального утримання на реально діючі з наданням чітких пропозицій про внесення коректив у чинне законодавство. Основна спрямованість дослідження – захист прав дітей від ухилення та зловживань з боку власних батьків. Автор пропонує передбачити можливість відшкодування моральної шкоди батьками своїм дітям, а також чіткий механізм захисту житлових прав дітей та підвищення мінімального розміру аліментів.

**Ключові слова:** захист прав дітей, право дитини на життя і здоров'я, аліменти, захист житлових прав дітей, опіка і піклування.

#### Резюме

##### **Козут Н. Д. Проблемные вопросы защиты базисных прав детей на жизнь, здоровье и материальное обеспечение.**

Исследуется правовая база по части охраны и защиты прав детей, а также надежность механизмов ее реализации. Особенное внимание уделяется путем превращения декларативных норм о защите прав на жизнь, здоровье детей и гарантии их материального содержания на реально работающие, с предоставлением четких предложений по внесению корректив в законодательство. Основная направленность исследования – защита прав детей от уклонения и злоупотребления со стороны родителей. Автор предлагает предусмотреть возможность возмещения морального ущерба родителями своим детям, а также четкий механизм защиты жилищных прав детей, повышение минимального размера алиментов.

**Ключевые слова:** защита прав детей, право ребенка на жизнь и здоровье, алименты, защита жилищных прав детей, опека и попечительство.

#### Summary

##### **Kogut N. Complicated questions of the protection of the children's rights to life, health & financial allowance.**

The legal base in the sphere of children's rights protection and mechanisms of its realization is investigated. A special attention is paid to the ways of declarative norms anticipating children's rights to life, health and financial allowance to be transformed into active ones with supplying definite proposals to correct valid legislation. The main course of the research is the protection of children from the harm and power abuse of their own parents. The author proposes to anticipate possibility of the moral compensation from parents to children, also to set up a distinct mechanism of the dwelling children's rights protection and to raise the financial allowance for children.

**Key words:** children's rights protection, children's rights to life and health, financial allowance, dwelling children's rights protection, ward ship.

**М. Д. ПЛЕНЮК**

*Мар'яна Дмитрівна Пленюк, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

## **ЮРИДИЧНІ ФАКТИ І ПРАВОВІ УМОВИ В МЕХАНІЗМІ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ**

Зміна економічних векторів розвитку держави Україна приводить до перегляду концепцій правового регулювання відносин у сфері договірної права. Тому особливим випробуванням на сьогодні є, власне, ефективне правове забезпечення ринкової економіки, яка, в свою чергу, не може регулюватися без майнового обороту, продуманих певних правил поведінки учасників цивільного обороту тощо.

Відомо, що динаміка розвитку відображена відповідними стадіями правового регулювання цивільних майнових відносин і забезпечується певним правовим механізмом. У загальному вигляді саме механізм правового регулювання суспільних відносин сприяє їх виникненню та становленню, дає змогу налагодити правові зв'язки між окремими суб'єктами соціуму, наділити їх правами та покласти на них певні обов'язки, тобто визначити розвиток і забезпечити їх припинення.

Зважаючи на те, що в цивільному праві постійно доводиться мати справу з загальними поняттями, які містяться в законах, судовій практиці, тому слушною видається думка М. М. Агаркова про те, що загальні поняття повинні бути досліджені й наукою цивільного права<sup>1</sup>.

У доктрині цивільного права розуміння «механізму правового регулювання» на сьогодні є усталеним, адже ніким не заперечується, що «механізм» є важливим науково-гносеологічним поєднанням тих елементів, за допомогою яких забезпечується регулятивна та охоронна функція врегулювання правовідносин, а також і те, що механізм правового регулювання – це особлива система, з властивою їй внутрішньою організацією, що побудована за особливою логікою, яка відображена у вигляді послідовного ланцюга зміни окремих правових явищ: норми права, яка регулює цивільні відносини; юридичного факту; прав та обов'язків, які існують у цивільних правовідносинах, що виникли на його підставі; реалізації цих прав та виконання обов'язків, а в разі необхідності – захист порушених прав чи інтересів<sup>2,3</sup>.

Як відомо, врегулювання договірних зобов'язань здійснюється через вплив на них норм цивільного права, які упорядковані відповідно до об'єктивно виправданих та апробованих практикою ідеальних моделей поведінки. Тому мета в механізмі правового регулювання є загальною, що виражається у забезпеченні безперешкодного здійснення суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів у приватній сфері щодо однакового врегулювання окремих видів цивільно-правових відносин.

Ефективності правового регулювання на сторінках наукової літератури приділяється увага майже завжди. У доктрині права побутує загальна думка, що ефективність правового регулювання суспільних відносин краще досягається не засобами адміністративно-правового примусу, а за допомогою економічних чинників, які запроваджуються через юридичні конструкції, напрацьовані в межах приватного права<sup>4</sup>. Не заперечуючи наведене, окреслимо основні характерні ознаки механізму правового регулювання договірних зобов'язань. Зокрема: 1) правовий механізм завжди являє собою комплекс (систему) юридичних засобів, а його структура охоплює цілу низку нормативних та правореалізаційних юридичних засобів; 2) правовий механізм існує для реалізації певної юридичної мети і являє собою не просто сукупність, а цілу систему взаємоузгоджених, послідовно організованих засобів, які покликані діяти спільно, так би мовити допомагаючи один одному; 3) дія правового механізму здійснюється залежно від заданої програми, своєрідної «схеми» чи «алгоритму», що передбачає певну чітку процедуру виконання договірних зобов'язань.

Таким чином, з наведеного випливає, що механізм правового регулювання не є формальним (штучним) явищем чи виключно теоретичною конструкцією, а являє собою відображення реально існуючих на практиці явищ.

Відомо, що для виникнення договірних зобов'язальних відносин ступінь договірної регулювання має перевагу, адже імперативний характер законодавчих норм у зрештою приводить до використання саме договірної (індивідуального) регулювання зобов'язань. При цьому для забезпечення належного зв'язку між елементами механізму, що в кінцевому результаті приведе до отримання бажаного результату, на який сподівались суб'єкти, потрібно звернути увагу саме й на окремі його елементи, а саме юридичні факти.

Зважаючи на те, що суб'єктивне право не може виникнути без відповідного юридичного факту, підкреслимо, що юридичний факт неможливий без юридичної детермінації правовою нормою, тому можна припустити, що їх взаємозв'язок має два рівні, які відображені у факті-норми і зворотному зв'язку норма-юридичний факт. Отже, підкреслимо, що зв'язок норми права з юридичними фактами не перебуває у відношенні повного структурного збігу. У такому зв'язку нормативна модель юридичного факту відображає не кінцеву поведінкову реакцію, а моделює певні фази, які формують їх кінцеву дію.

У механізмі правового регулювання договірних зобов'язань юридичні факти виконують свою головну роль – забезпечують виникнення, зміну й припинення правовідносин. Адже саме юридичні факти створюють перехід від загальної моделі прав та обов'язків, зафіксованої в юридичній нормі, до конкретної, що втілюється у цих правовідносинах. При цьому зауважимо, що інколи самого юридичного факту як підстави виникнення договірних зобов'язань стає недостатньо, адже більшість юридичних наслідків у договірному праві встановлюються не в результаті дії окремого юридичного факту, а виникають із юридичних складів. Таке становище не випадкове і його можливо пояснити специфікою галузі, оскільки нерозривно пов'язане з тими конкретними завданнями, які ставляться перед нею при регулюванні визначеного виду суспільних відносин. Окрім цього, важливим залишається завдання організувати за допомогою правових засобів діяльність суб'єктів правовідношення, адже кожна людина наділена індивідуальністю, відповідно, кожний етап врегулювання цивільних відносин вимагатиме врахування значної кількості різноманітних чинників, які мають бути узагальнені та стандартизовані у тій чи іншій правовій нормі. Саме тому виникнення договірних зобов'язань зазвичай відбувається саме за конструкцією юридичного складу.

Юридичний склад як підстава виникнення договірних зобов'язань розглядаємо як комплекс різнорідних, самостійних життєвих обставин, кожна з яких може мати значення самостійного юридичного факту. Проте для забезпечення належного внутрішнього зв'язку і певної конкретизації самого складу серед його елементів прийнято розглядати й юридичні умови.

Під «умовою» в правовій літературі одні дослідники розуміють сам юридичний факт, при цьому отожднюють наведені правові категорії. Інші ж звертають увагу на те, що тільки *дії* є власне юридичними фактами, а умови становлять юридично значущі обставини<sup>5</sup>. На нашу думку, отожднення юридично значущих обставин та юридичних фактів не слід допускати хоча б з тієї причини, що юридичний факт завжди породжує певний наслідок, у той час як умова може існувати без останнього.

Необхідність виділення умов як самостійного правового поняття у свій час розглядали В. Б. Ісаков<sup>6</sup>, О. А. Матюхіна<sup>7</sup>. Натомість на розмежуванні фактичного складу та інших юридично значущих умов звертав увагу Н. М. Коркунов. Вчений розрізняв об'єктивний та суб'єктивний юридичний склад фактичних припущень, наголошуючи на тому, що об'єктивним складом слід вважати сукупність певних зовнішніх умов (форма договору, законність умов). У свою чергу, суб'єктивний склад повинен включати факт здорового розсуду, твердої пам'яті тощо, тобто факти, пов'язані із волевиявленням та дієздатністю суб'єкта<sup>8</sup>.

Р. О. Ханнонов наголошував, що юридично значущі умови мають тривалий характер і виникають до появи юридичних фактів (складів), при цьому можуть упродовж значного періоду існувати в потенційному стані, не породжуючи будь-яких правових наслідків<sup>9</sup>. З такою думкою автора варто погодитись, адже для виникнення договірних зобов'язань особа має насамперед своїм волевиявленням надати згоду на укладення договору, більше того, боржник повинен відповідати певному віковому критерію тощо.

Таким чином, з наведеного можна стверджувати, що умови – це обставини, які зумовлюють створення юридичного факту як підстави договірних зобов'язань, а також його припинення, або від яких залежить здійснення дій, які викликатимуть правові наслідки.

Враховуючи, що умови є певними обставинами для юридичних фактів, звернемо увагу на те, що між юридичними фактами та умовами існує спільна ознака, а саме: як і юридичний факт, так і умова повинна бути передбачена нормою права. Різницю вбачаємо лише ту, що дія (бездіяльність) чи результати діяльності є підставою виникнення, зміни та припинення договірних зобов'язань, а умова, як уже зазначалося, сама по собі не породжує таких наслідків. Наприклад, для того, щоб підрядник за договором побутового підряду зміг виконувати певні роботи, або для того, щоб його діяльність була визнана підприємницькою, йому потрібно зареєструватися як суб'єкт підприємницької діяльності. Останнє надасть право вступати в цивільні правовідносини і виконувати обумовлені види робіт. До того ж передбачені законодавством наслідки повинні відповідати усім, встановленим главою 7 ЦК України умовам, тобто здійснюватися за власною ініціативою, систематично, на власний ризик, при цьому мета суб'єкта має бути чітко сформованою.

Таким чином, наведені умови самі по собі не є юридичними фактами, проте вони мають важливе юридичне значення. Оскільки саме на юридичному рівні відокремлюють будь-яку іншу практичну діяльність людини від підприємницької. При цьому наведені умови окреслюють певні межі й створюють середовище для зайняття підприємницької діяльності, наділяючи їх відмінними характеристиками.

Юридичні умови не слід змішувати з юридичними фактами, оскільки термін «умова» поєднує в собі сукупність пов'язаних між собою юридичних фактів. Тому наведемо декілька підходів щодо розмежування юридичних умов та юридичних фактів.

По-перше, юридичні умови обумовлюють правові наслідки лише побічно, натомість юридичні факти прямо обумовлюють правові наслідки. Наприклад, у випадку, коли право власності переходить до покупця раніше за передачу самої речі, продавець зобов'язаний до її передачі зберігати річ і не допускати її погіршення. Отже, зазначимо, що передачу речі від продавця до покупця розуміємо як юридичний факт, відповідно, зобов'язання щодо належного її зберігання – умова, яка має важливе значення і виникає при реалізації самого правовідношення.

По-друге, юридичні факти завжди пов'язані із певним правовідношенням, як-от укладення договору зумовлює виникнення договірних зобов'язань, видача довіреності – виникнення прав та обов'язків, тобто юридичний факт завжди породжує цивільні правовідносини. Натомість юридична умова може детермінувати декілька різних правових зв'язків, адже наявність однієї юридично значущої умови може привести до

виникнення найрізноманітніших правовідносин, в тому числі й цивільних. Зокрема, хронічне захворювання громадянина надає право членам його сім'ї на одержання додаткової житлової площі, визнання громадянина недієздатним приведе до уникнення сплати аліментних зобов'язань, визнання договору недійсним тощо.

По-третє, якщо юридичні факти зазвичай розглядають як обставини разового значення (смерть людини, вчинення правочину, укладення договору), то юридичні умови розуміють як дії, які існують певний час і впливають на виникнення договірних зобов'язань.

Здійснюючи розмежування юридичних фактів та юридичних умов, зазначимо, що в правовій літературі звертається увага на певні фактичні обставини, йменуєючи їх юридичними умовами<sup>10</sup>. Відразу ж зауважимо, що таке отождоження цілком можливе, адже в одних правовідносинах фактичні обставини можуть бути юридичними фактами, в інших, пов'язаних з першими, – вони виявляють себе як юридичні (нормативні) умови

Враховуючи те, що юридичні обставини супроводжують виникнення юридичного факту (складу), слід зазначити, що й фактичні умови, деякою мірою, виконують своєрідну роль щодо виникнення юридичного факту. Тому як і юридичні умови входять до складу юридичного факту (складу). Тому правильне розуміння значення та ролі юридичних та юридичних умов є особливо важливим при вирішенні питань, що виникають на стадії реалізації договірних зобов'язань. Адже належне виконання зобов'язань значною мірою залежить від того, наскільки правильно й чітко визначено умови його виконання як і в нормативному, так і у договірному аспектах. Саме тому, досліджуючи юридичні факти як підстави виникнення договірних зобов'язань, розглядаємо їх з урахуванням цивільної правосуб'єктності, яка включає цивільну правоздатність, цивільну дієздатність, цивільну деліктоздатність зокрема.

Отже, розмежування юридичних фактів і юридичних умов має важливе практичне значення, адже при застосуванні права повинні бути встановлені всі необхідні юридичні факти, у той час як наявність юридичних умов презюмується. При цьому їх забезпечувальна функція полягає в тому, що вони можуть породжувати проміжні правові наслідки, які виступатимуть гарантією інтересів учасників правових відносин. Наприклад, настання певного віку чи наявність диплома про вищу освіту ще не породжують певних цивільних правовідносин, проте «відкривають» можливість для активної дії суб'єкта, зокрема й укладення цивільно-правових договорів.

Наявність у сторін (сторони) необхідного обсягу цивільної дієздатності; об'єктивно вираженого волевиявлення учасника правочину та його адекватність внутрішній волі; відповідність форми вчиненого правочину вимогам закону; спрямованість волі учасників правочину на реальне досягнення обумовленого ним результату; відсутність у сторін – батьків (усиновлювачів), які вчиняють правочин; спрямованості на порушення прав та інтересів їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей, це саме ті умови, у разі недотримання яких вчинений правочин визнаватиметься недійсним.

Таким чином, першою умовою дійсності правочину є відповідність його змісту вимогам ЦК України, інших актів цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Зміст правочину розуміється як сукупність його умов, сформульованих однією стороною, якщо вчиняється односторонній правочин, або узгодження дії усіма сторонами при двосторонніх або багатосторонніх правочинах.

Враховуючи те, що ст. 4 ЦК України закріплено систему актів цивільного законодавства, стає зрозумілим, що умови правочину не можуть суперечити вимогам будь-якого акта, що охоплюється цією системою. Звідси виникає запитання, чи повинен правочин відповідати лише актам цивільного законодавства, чи й іншим актам галузевої належності. Відповідаючи на нього, насамперед зазначимо, що правова природа законів не може бути виключно цивільно-правовою, як правило, вони покликані здійснити комплексне регулювання, тому відповідь є очевидною. Проте невідповідність правочину публічним вимогам не повинна спричинювати певних цивільно-правових наслідків, серед яких – визнання правочину недійсним, що настають у випадках порушення цивільно-правових норм. Враховуючи наведене, позиція Верховного Суду України (далі – ВСУ), який вказує, що зміст правочину не повинен суперечити положенням також інших, крім актів цивільного законодавства, нормативно-правових актів, прийнятих відповідно до Конституції України (ст.ст. 1, 8 Конституції України)<sup>11</sup> видається не надто зрозумілою.

Наступною є умова про волевиявлення суб'єкта договірних зобов'язань, адже правочин, що вчиняється, має не тільки вчинятися у формі, встановленій законом, а й відповідати внутрішній волі суб'єкта. Відомо, що на волю можуть впливати різні чинники, зокрема рівень свідомості людини, її бажання та прагнення тощо. Саме дії особи, які є волевиявленням, і являють собою безпосереднє вираження її волі. При цьому слід мати на увазі, що правочин становить не лише активну правомірну усвідомлену дію, яка виражає волю сторони (сторін) правочину, спрямовану на настання правових наслідків, а й може виявлятися у пасивній поведінці особи. Така пасивна поведінка особи, на думку К. В. Скиданова, може проявлятися у випадках, коли воля презюмується або взагалі не враховується, що тим не менше не перешкоджає настанню правових наслідків<sup>12</sup>. Тому характеризуючи волевиявлення, звертаємо увагу на його тристороннє вираження, зокрема пряме, непряме, мовчазне. Наведені способи розглядаємо як дії, які тягнуть за собою юридично значущі наслідки, серед яких укладення правочинів та ін.

Далі йде умова про настання реальних правових наслідків (ст. 203 ЦК України). Сторони, укладаючи правочин, насамперед діють задля досягнення мети – набуття прав та обов'язків. Під метою правочину слід розуміти певний намір осіб, що вчиняють правочин, який полягає в досягненні правового результату, передбаченого умовами правочину. Ведучи мову про мету правочину, звертаємо увагу на мотив, заради якого особа вчиняє правочин. Під мотивом зазвичай розуміється певний психологічний стимул вчинення правочи-

ну, тобто те, заради чого особа вчиняє правочин. При цьому мотив та мету вчинення правочинів не слід отожднювати, а особа, яка вчиняє правочин, має усвідомлювати обидва наведені елементи.

Таким чином, для набуття прав та обов'язків важливим є не лише дотримання певної правової форми правочину чи відповідного зовнішнього волевиявлення, а й мотив та мета вчинення правочину. Адже у випадку, коли форма зовнішнього волевиявлення виявиться неадекватною внутрішній волі суб'єкта правочину внаслідок неправомірних дій контрагента чи третіх осіб, внаслідок юридично значимої помилки у сприйнятті суб'єктом правочину, очікування певного юридичного результату будуть марними.

Оскільки правочин є дією особи, спрямованою на набуття, зміну та припинення цивільно-правових зобов'язань, законодавець встановлює підвищену правову охорону прав та інтересів соціально вразливої верстви населення, шляхом заборони батькам (усиновлювачам) вчиняти правочини як ті, що стосуються конкретного суб'єктивного права, належного малолітнім, неповнолітнім чи працездатним дітям, так і інтересів, що обумовлюють їх особливий правовий статус (ч. 6 ст. 203 ЦК України). Звідси стає зрозуміло, що дотримання умов дійсності правочинів приведе до отримання бажаного результату.

Підсумовуючи наведене вище, доходимо до висновку, що юридичний склад слід розуміти як систему юридичних фактів, яка включає в себе юридично значущі умови. Відповідно, уточнене визначення юридичного складу може бути сформульоване у такий спосіб: юридичний склад – це система юридичних фактів і умов, передбачених нормами права, дотримання яких приведе до настання правових наслідків. Саме завдяки сукупності правових умов та юридичних фактів відбувається вплив на свідомість і волю осіб, наслідком яких, при певному волевиявленні, є виникнення цивільно-правових зобов'язань.

<sup>1</sup> Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков. – М., 1940. – 192 с. – С. 25.

<sup>2</sup> Правова доктрина України : у 5 т. // Доктрина приватного права України / Н. С. Кузнецова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін.; за заг. ред. Н. С. Кузнецової. – Право, 2013. – 760 с. – С. 304.

<sup>3</sup> Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03 / С. О. Погрібний. – К., 2009. – 412 с. – С. 136.

<sup>4</sup> Молодило К. Ю. Особливості цивільно-правових гарантій, що забезпечують публічно-правові гарантії [Текст] // Приватне право і підприємництво / К. Ю. Молодило; редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПРН України, 2007. – Вип. 6. – С. 54–64. – С. 54.

<sup>5</sup> Чувакова Г. М. Фактичний склад у механізмі дії права / Г. М. Чувакова // Актуальні проблеми держави і права. – 2005. – С. 114–118.

<sup>6</sup> Исаков В. Б. Фактический состав в механизме правового регулирования : моногр. / В. Б. Исаков. – Саратов : Изд-во Саратовского университета, 1980. – 78 с. – С. 36.

<sup>7</sup> Матюхина А. А. Нормативные условия осуществления норм советского права / А. А. Матюхина // Вестник Московского университета. Право. – 1982. – № 6. – С. 71.

<sup>8</sup> Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / М. Н. Коркунов. – СПб.: Книж. маг. А. Ф. Цинзерлинга, 1890. – С. 160.

<sup>9</sup> Ханнанов Р. А. Нормативные условия в динамике гражданского правоотношения / Р. А. Ханнанов // Советское государство и право. – 1973. – № 8. – С. 125–126.

<sup>10</sup> Бодерскова Г. С. Юридические факты в механизме правового регулирования трудовых отношений рабочих и служащих / Г. С. Бодерскова // Межвузовский тематический сборник. – Калинин, 1982. – С. 183.

<sup>11</sup> Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними : постанова Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 9 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua>

<sup>12</sup> Скиданов К. В. Воля і волевиявлення в правочині : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / К. В. Скиданов. – К., 2015. – 20 с. – С. 3.

## Резюме

### **Пленюк М. Д. Юридичні факти і правові умови в механізмі регулювання договірних зобов'язань.**

У статті проводиться аналіз юридичних фактів і правових умов, які виступають підставами виникнення договірних зобов'язань. Зазначається, що як юридичні обставини, так і фактичні умови виконують своєрідну роль щодо виникнення юридичного факту, тому входять до складу юридичного факту. Звертається увага на правильне розуміння значення ролі фактичних та юридичних умов, оскільки саме вони є особливо важливими при вирішенні питань, які виникають на стадії реалізації договірних зобов'язань.

**Ключові слова:** зобов'язання, цивільно-правові відносини, юридичні факти, правові умови, юридичний склад.

## Резюме

### **Пленюк М. Д. Юридические факты и правовые условия в механизме регулирования договорных обязательств.**

В статье проводится анализ юридических фактов и правовых условий, которые выступают основаниями возникновения договорных обязательств. Отмечается, что как юридические обстоятельства, так и фактические условия выполняют своеобразную роль для возникновения юридического факта, поэтому входят в состав юридического факта. Обращается внимание на правильное понимание значения роли фактических и юридических условий, поскольку именно они являются особенно важными при решении вопросов, возникающих на стадии реализации договорных обязательств.

**Ключевые слова:** обязательство, гражданско-правовые отношения, юридические факты, правовые условия, юридический состав.

Summary

*Plenyuk M. Legal facts and legal conditions in the mechanism of regulation of contractual obligations.*

The article analyzes the legal facts and legal conditions that are the bases of contractual obligations. It is noted that, as the legal conditions and actual conditions carry a peculiar role in the emergence of legal fact, as members of the legal fact. Attention is paid to proper understanding of the role of the factual and legal conditions, as they are particularly important when dealing with issues that arise at the stage of implementation of contractual obligations.

**Key words:** liability, civil-legal relations, legal facts, legal conditions, legal structure.

УДК 346.7

**I. С. ПОХИЛЕНКО**

*Ірина Сергіївна Похиленко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського університету права НАН України*

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НАДАННЯ РИТУАЛЬНИХ ПОСЛУГ**

Поховання є однією з найбільш соціально значущих галузей в сфері послуг та зачіпає інтереси всього населення держави. Практично всі українці кожного року відвідують кладовища, щоб віддати шану померлим рідним і близьким.

Частково науково-теоретична розробка даної проблематики здійснювалася такими науковцями, як, Є. М. Мойсєєва, О. В. Розгон, Б. І. Сташків, А. О. Гунда, П. Є. Уланов. Проте в науковій господарсько-правовій літературі ця проблема є взагалі недослідженою і потребує ґрунтовного аналізу.

**Метою** статті є дослідження правового регулювання надання ритуальних послуг в Україні та за її межами, визначення їх особливостей.

На ранніх етапах розвитку суспільства велику роль в становленні інституту надання ритуальних послуг відіграла община, яка контролювала і координувала діяльність людей в похоронній сфері. У ці часи відбувається процес формування особливого ритуалу похоронів і технологій поховання, з'являються спеціальна похоронна атрибутика і символіка, а також особливі місця, призначені для поховання померлих.

З посиленням впливу церкви на соціальне і політичне життя суспільства функція соціальної регуляції і контролю в ритуально-похоронній сфері переходить до рук церковної влади. Упродовж декількох століть церква отримує монополію на поховання померлих і стає невід'ємним елементом інституту ритуально-похоронної справи. У зв'язку із збільшенням ролі права і прийняттям ряду законодавчих актів, що по-новому визначають порядок ведення кладовищенського господарства, функція контролю частково переходить до держави. На цьому етапі відбувається обмеження впливу церкви з боку держави на світське життя, а отже, на ритуальні послуги як на елемент соціальної системи суспільства. Черговий стрибок в еволюції інституту ритуальних послуг стався з появою в Україні перших похоронних агентств, які пропонували широкий асортимент похоронного приладдя і траурних ходів та задавали певну моду в організації. Виникає тенденція тяжіння до цивільних (світських) похоронів, законодавчо закріплюється їх офіційна процедура. Крім того, важливим кроком на шляху до інституціоналізації ритуальних послуг стала поява цілого співтовариства людей, які професійно займалися організацією і проведенням похоронів.

На наступному етапі розвитку інституту ритуальних послуг відбувається витіснення церкви зі сфери ритуально-похоронного обслуговування та повний перехід функцій регулювання і контролю від церкви до держави. Позбавлення церкви впливу на обряд і культуру поховання сприяло виникненню цивільних похоронів і обслуговуючих їх установ. Організацією похоронів та їх проведенням стали займатися спеціалізовані організації, підприємства житлово-комунального господарства й побутового обслуговування населення.

Початком сучасного етапу інституціоналізації ритуально-похоронної справи стало руйнування соціалістичного порядку і глибокі перетворення системи власності, які сприяли кардинальній трансформації усього інституту ритуальних послуг. Цей етап його розвитку знаменується ліквідацією монополії держави і делегуванням частини функцій регулювання і контролю в похоронній сфері органам місцевого самоврядування.

Розвиток України в пострадянський період під гаслом ринкової економіки призвів до комерціалізації похоронної справи. Діяльність з надання ритуальних послуг населенню і виконання робіт у сфері поховання стає підприємницькою.

Перехід нашої країни до ринкових умов позитивно вплинув на розвиток похоронної галузі: збільшилася кількість ритуальних служб, істотно розширився асортимент послуг, зник дефіцит предметів похоронного призначення, з'явилися нові об'єкти траурної обрядовості, крематорії, нові форми й методи обслуговування. Так, в Україні протягом 2014 р. ритуальні послуги населенню надавали 559 ритуальних служб та 2224 суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність на договірних засадах із ритуальними службами.



Протягом 2014 р. в Україні ритуальними службами поховано майже 490 тис. померлих осіб, що становить 77 % від загальної кількості померлих, яка за статистичними даними, наданими Державною службою статистики України за 2014 р., становить 633 тис. осіб.

Ритуальними службами протягом минулого року надано населенню ритуальних послуг та реалізовано предметів ритуальної належності на загальну суму майже 690 млн грн.

Загальний обсяг наданих ритуальних послуг та предметів ритуальної належності населенню суб'єктами господарювання різних форм власності у 2014 р. становив 1,30 млрд грн., з яких майже 53 % надано ритуальними службами.

Ритуальні послуги населенню протягом 2014 р. надавали 2224 суб'єктів господарювання різних форм власності на договірних засадах із ритуальними службами, з яких: 351 підприємство комунальної форми власності, 752 підприємства приватної форми власності та 1121 – окремих підприємств.

Середня вартість одного поховання в Україні за 2014 рік становила 2653 грн. Найвищий показник середньої вартості поховання зазначено в містах Києві (4239 грн), Львівській (4000 грн) та Житомирській (3098 грн) областях, тоді як найнижчий – у Чернівецькій (1470 грн) області.

Наразі стан галузі поховання в Україні наведено без урахування даних АР Крим, Луганської області та м. Севастополя<sup>1</sup>.

Правовому регулюванню надання ритуальних послуг присвячені положення Закону України «Про поховання та похоронну справу» (далі – Закон). Так, відповідно до ст. 2 цього Закону під ритуальними послугами слід розуміти послуги, пов'язані з організацією поховання та облаштуванням місця поховання.

Якщо звернутись до національного класифікатора України ДК 009:2010 «Класифікація видів економічної діяльності», затвердженого наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 11 жовтня 2010 р. № 457, то там організування поховань і надання суміжних послуг включає: поховання та кремацію трупів людей або тварин (підготовку тіла для поховання або кремації, бальзамування та надання інших похоронних послуг, поховання або кремацію, оренду обладнаного місця в ритуальних залах), оренду або продаж місць на цвинтарі, догляд за могилами та мавзолеями.

Проте найбільш детальне визначення можна знайти в положеннях ст. 197 Податкового кодексу України, де під постачанням послуг з поховання та постачання ритуальних товарів державними та комунальними службами слід розуміти:

- а) виклик агента ритуальної служби для оформлення замовлення на організацію та проведення поховання;
- б) оформлення медичної довідки про причини смерті;
- в) доставка замовникові ритуальних атрибутів для організації поховання;
- г) навантаження, розвантаження та перенесення ритуальних атрибутів;
- ґ) транспортні послуги, що надаються у процесі організації поховання;
- д) продаж стандартної труни;
- е) продаж контейнера для перевезення оцинкованої труни; запаювання оцинкованої труни;
- є) утримання тіл померлих у холодильних камерах понад норму перебування (після смерті у лікувальному закладі, а також тих, які померли вдома чи інших місцях);
- ж) послуги з підготовки тіла покійного до поховання або кремації (послуги перукаря та косметолога, обмивання, бальзамування, укладання в труну);
- з) копання могили;
- и) перенесення труни з тілом покійного (додому, до квартири в багатоповерховому будинку, до моргу; з дому, квартири, моргу тощо до місця поховання);
- і) музичний супровід обряду поховання;
- ї) проведення громадянської панахиди;
- й) послуги організатора обряду поховання;
- к) виготовлення та встановлення металевої намогильної таблички, хреста, надголовника або тимчасового пам'ятного знака;
- л) продаж стандартних похоронних вінків і траурних стрічок для них;
- м) організація відправлення труни з тілом покійного чи урни з прахом покійного за кордон;
- н) у разі проведення підпоховання в могилу – послуги з демонтажу елементів існуючого надгробка (пам'ятника) та їх установка;
- о) написання тексту на траурній стрічці;
- п) кремація;
- р) продаж урни;
- с) продаж кубка для урни;
- т) поховання урни з прахом у могилу, у колумбарії, розвіювання праху.

З'ясуємо, як на законодавчому рівні розуміються терміни «організація поховання» та «місце поховання». Так під похованням слід розуміти діяльність відповідних органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у межах повноважень, визначених законодавством, а також суб'єктів господарювання, спрямована на:

- 1) забезпечення належного ставлення до тіла (останків, праху) померлого;
- 2) забезпечення права громадян на захоронення їхнього тіла відповідно до їх волевиявлення, якщо таке є;

3) створення та експлуатацію об'єктів, призначених для поховання, утримання і збереження місць поховань;

4) організацію і проведення поховань померлих та/або загиблих;

5) надання ритуальних послуг, реалізацію предметів ритуальної належності.

Питанню щодо «організації поховання» присвячені положення ст. 8 Закону, де зазначається, що організація діяльності в галузі поховання померлих здійснюється центральним органом виконавчої влади, який забезпечує формування державної політики у сфері житлово-комунального господарства, іншими центральними органами виконавчої влади, місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування та їх виконавчими органами.

Більш детальна інформація міститься у Переліку Держжитлокомунгосп України «Необхідний мінімальний перелік вимог щодо порядку організації поховання і ритуального обслуговування населення» від 19 листопада 2003 р. № 193.

Цей Перелік вимог визначає необхідний мінімальний перелік вимог щодо порядку організації поховання померлих, ритуального обслуговування населення в населених пунктах України та примірний договір замовлення на організацію й проведення поховання.

З метою здійснення організації поховання померлих і надання ритуальних послуг, реалізації предметів ритуальної належності органами місцевого самоврядування в порядку, встановленому законом, створюються спеціалізовані комунальні підприємства – ритуальні служби.

Під «місцем поховання», відповідно до ст. 2 Закону, слід розуміти кладовище, крематорій, колумбарій або іншу будівлю чи споруду, призначену для організації поховання померлих.

Проте перш ніж зробити остаточні висновки, вважаємо за потрібне дослідити зарубіжний досвід у цій сфері. Так, в Російській Федерації відносини, пов'язані з похованням померлих та встановленням гарантії поховання померлого з урахуванням вираженого ним за життя волевиявлення і побажання родичів, гарантії надання матеріальної й іншої допомоги для поховання померлого, санітарні і екологічні вимоги щодо розміщення місць поховання, основи організації похоронної справи в Російській Федерації як самостійного виду діяльності, передбачаються Федеральним Законом Російської Федерації «Про поховання та похоронну справу» від 8 грудня 1995 р., аналогічні положення містить Закон Республіки Білорусь «Про поховання та похоронну справу» від 12 листопада 2001 року. Слід зазначити, що обидва Закони не містять визначення поняття «ритуальні послуги», проте визначають положення щодо організації, джерел фінансування похоронної справи, наглядових рад з питань похоронної справи, організації, класифікації та функціонування міст поховання.

Говорячи про Німеччину, слід підкреслити, що тут порядок проведення похоронів і похоронна культура великою мірою підкоряється державним законам і правилам. У кожній землі Німеччини існує свій закон. Отже, в країні немає єдиного уніфікованого закону про поховання і похоронну справу. В окремих федеральних законах існують певні вимоги з приводу термінів поховання, законних видів поховання, правил роботи кладовищ. Муніципальна влада і церква, за рахунок яких фінансується підтримка кладовищ, мають право встановлювати свої правила роботи кладовища, порядок установки пам'ятників, а також розцінки на свої послуги. Таким чином, в Німеччині можна спостерігати значні відмінності в регулюванні похоронної справи в окремих регіонах і землях.

Діяльність ритуальних служб у Франції головним чином підпорядкована Загальному кодексу адміністративно-територіальних утворень. Усі законодавчі акти, положення, правила, які так чи інакше пов'язані з похоронною справою, зведені в одну книгу – «Кодекс практики похоронних організацій». У 2005 р. вийшло третє видання цього керівництва для всіх, хто професійно пов'язаний із похованням і похоронною сферою. Так, ритуальні послуги належать до сфери суспільних послуг і включають (ст. L 2223-19) :

– транспортування тіла до і після вкладення в труну;

– організацію поховання;

– консервацію тіла;

– надання труни, аксесуарів, урн для праху;

– надання наметів для установки тимчасових моргів;

– використання траурних залів і моргів;

– надання катафалків і траурних машин;

– надання персоналу, предметів і послуг, необхідних для похоронів, поховання, ексгумації і кремації, за винятком похоронних табличок, релігійних емблем, поліграфічних робіт і похоронних послуг майстерень з обробки мармуру.

Новий закон скасував монополію комун і муніципалітетів на надання ритуальних послуг. Усі вищезазначені послуги можуть надаватися безпосередньо комунами, муніципалітетами або шляхом делегованого управління. Комуни, муніципалітети або їх уповноважені особи не користуються жодним винятковим правом для здійснення цієї місії. Ця діяльність може також здійснюватися будь-яким іншим підприємством або асоціацією, що мають ліцензію на похоронну діяльність. З 1998 р. ритуальні послуги, що надаються муніципальними управліннями, похоронними фірмами або будь-якими іншими приватними підприємствами, носять характер промислової і комерційної громадської послуги.

Досліджуючи наукові підходи в цьому напрямі, слід виділити певні аспекти, щодо розуміння ритуальних послуг. Так, на думку, Є. М. Мойсєвої<sup>2</sup> в самому терміні «ритуальні послуги» первісно міститься вказівка на профанний компонент (послуги) і сакральний компонент (ритуал). Привертає увагу позиція

П. Є. Уланова<sup>3</sup>. Так, на його думку, говорячи про сучасний понятійний апарат цієї сфери, необхідно звернути увагу на існуючу в ньому неточність – використання поняття «ритуальний» щодо послуг і обслуговування. Під поняттям ритуалу слід розуміти виключно порядок проведення обряду, а обряди не завжди пов'язані з похованням. На його погляд, потрібне використання більш точної термінології. Використовуючи класичне визначення послуги, похоронну послугу можна визначити як працю, що втілюється в тій або іншій споживній вартості, що задовольняє потреби (кожної людини окремо, організації або суспільства в цілому), які виникають в процесах організації і проведення похоронів, а також потреби, пов'язані з утриманням місць поховань і збереженням пам'яті про померлих. Отже, похоронне обслуговування населення – це діяльність, спрямована на надання похоронних послуг населенню.

Підсумовуючи викладене, можна визначити наступні особливості надання ритуальних послуг:

- 1) примусове споживання – можна відмовитися від весілля і жити в незареєстрованому шлюбі, проте неможливо не поховати члена суспільства, який помер;
- 2) носить комплексний характер, оскільки включає сукупність дій, необхідних для проведення усього процесу поховання тіла або останків тіла після його смерті, – від оформлення документів до поховання;
- 3) джерелом правил їх господарсько-правового здійснення є звичай;
- 4) споживачем ритуальних послуг є особа, яка знаходиться у важкій життєвій ситуації, тому вона має отримати надійнішу правову гарантію захисту своїх прав, ніж споживач звичайних послуг;
- 5) норми чинного законодавства України у сфері ритуальних послуг сприяють монополізації даного ринку та надають органу місцевого самоврядування виключні права щодо визначення виконавця ритуальних послуг у відповідних територіальних межах, але це не завжди відбувається на конкурсних засадах;
- 6) передача органом місцевого самоврядування функцій з утримання кладовища суб'єкту господарювання, визначеному виконавцем необхідного мінімального переліку окремих видів ритуальних послуг у відповідних територіальних межах (таким чином, суб'єкт господарювання отримує абсолютну ринкову владу у певних територіальних межах, що дає йому можливість не допускати інших можливих учасників ринку до надання ритуальних послуг на місцевому кладовищі).

Отже, **ритуальними послугами** є комплексна діяльність, спрямована на задоволення потреби споживача в проведенні обряду поховання, відповідно до волевиявлення, релігійних, національних традицій і звичаїв, а також пов'язана із здійсненням представництва і (чи) сприяння при укладенні ним договорів, захисту його прав і інтересів перед третіми особами.

<sup>1</sup> [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minregion.gov.ua/zhkh/Blahoustri-terytoriy/stan-galuzi-pohovannya-v-ukrayini-za-2014-r-572716/?print=1>

<sup>2</sup> Моисеева Е. Н. Экономико-социологический анализ рынка ритуальных услуг в России: дисс. ... канд. социологических наук : спец. 22.00.03 «Экономическая социология и демография (социологические науки)» / Моисеева Екатерина Николаевна. – М., 2013.

<sup>3</sup> Уланов П. Е. Организационно-экономические аспекты государственного управления сферой похоронных услуг : автореф. дисс. ... канд. экон. наук : спец. 03.00.05 «Экономика и управление народным хозяйством» / П. Е. Уланов. – М., 2000. – С. 11.

#### Резюме

##### **Похиленко І. С. Правове регулювання надання ритуальних послуг.**

У статті розкрито історико-правові засади виникнення та розвитку ритуальних послуг. На основі аналізу нормативно-правових актів показано особливості правового регулювання надання ритуальних послуг. Відображено наукові підходи до розуміння поняття «ритуальні послуги» та дається його авторське визначення.

**Ключові слова:** поховання, ритуальні послуги, ритуальна служба.

#### Резюме

##### **Похиленко И. С. Правовое регулирование предоставления ритуальных услуг.**

В статье раскрываются историко-правовые основы возникновения и развития ритуальных услуг. На основании анализа нормативно-правовых актов определены особенности правового регулирования предоставления ритуальных услуг. Отражены научные подходы относительно понимания понятия «ритуальные услуги» и дается его авторское определение.

**Ключевые слова:** погребение, ритуальные услуги, ритуальная служба.

#### Summary

##### **Pokhilenko I. Legal regulations of funeral services.**

The article shows historical and legal bases of the emergence and development of funeral services. Based on the analysis of legal acts it describes the peculiarities of legal regulations of funeral services. The article reflects scientific approaches in order to understand the concept of “funeral services” and there is also the author’s definition.

**Key words:** burial, funeral services, ritual services.

**О. П. РУДНИЦЬКА**

*Ольга Павлівна Рудницька, кандидат юридичних наук, доцент Житомирського державного університету ім. І. Франка*

## **ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ГАРАНТІЙНИХ ВИПЛАТ ПРОЕКТОМ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ**

Після проголошення незалежності України, а особливо за останні роки, у державі відбулося суттєве реформування суспільно-політичного та економічного ладу. Ці зміни значною мірою обумовили необхідність реформування законодавства, зокрема, трудового. Триває процес роботи щодо нової кодифікації законодавства про працю. Реформа трудового законодавства неможлива без прийняття нового Трудового кодексу України. На сьогодні правниками розроблено проект Трудового кодексу України (далі – проект ТК України), який прийнято Верховною Радою України у першому читанні. Понятійний апарат та види гарантійних виплат, їх правове регулювання в проекті Трудового кодексу України суттєво відрізняються від чинного трудового законодавства. Зокрема, в проекті ТК України до гарантійних виплат включені грошові виплати працівникам, які працюють у польових умовах або вахтовим методом та у разі їх репатріації, а також за відпустку, невикористану відпустку або її частину і вихідна допомога, що є новелою в трудовому законодавстві України. Актуальним є дослідження норм проекту ТК України, що регулюють гарантійні виплати, з метою виявлення його недоліків та позитивних норм, що дасть можливість їх удосконалити. Метою даної публікації є надання пропозицій щодо удосконалення правового регулювання гарантійних виплат проектом Трудового кодексу України.

Чинне законодавство про працю України передбачає гарантійні виплати на користь працівників, які забезпечують повне або часткове збереження їх заробітку у випадках, зазначених у законі, коли через поважні причини вони тимчасово звільняються від виконання трудових обов'язків і за ними зберігається місце роботи.

Правові норми, що регулюють гарантійні виплати, включені у главу VIII «Гарантії і компенсації» (ст.ст. 118–126) та ст.ст. 44, 74, 83, 113, 235 КЗпП України. Однак автор вважає, що назва глави «Гарантії і компенсації» сформульована не коректно, оскільки вона не дає однозначної відповіді на те, йдеться у ній про гарантійні виплати чи гарантії. Правильною є позиція трудового законодавства щодо визначення поняття гарантійних виплат і відокремлення порядку та випадків надання таких виплат в окрему главу 7 проекту Трудового кодексу України «Гарантійні та компенсаційні виплати».

У КЗпП України гарантійні виплати надаються працівникам у наступних випадках: у разі їх переїзду на роботу в іншу місцевість (ст. 120); за час проходження медичного обстеження (ст. 123); донорам крові та її компонентів (ст. 124); за час направлення для підвищення кваліфікації (ст. 122); за час виконання державних або громадських обов'язків (ст. 119); у зв'язку з відрядженням (ст. 121); авторам винаходів, корисних моделей, промислових зразків і раціоналізаторських пропозицій (ст. 126)<sup>1</sup>.

У проекті ТК України № 1658 від 27 грудня 2014 р.<sup>2</sup> до гарантійних виплат належать гарантії працівникам, яких направлено на медичне обстеження (ст. 249), гарантії для працівників на час виконання державних або громадських обов'язків (ст. 250), гарантії під час підвищення кваліфікації (ст. 253), гарантії у зв'язку з відрядженням (ст. 254), гарантії для осіб, які беруть участь у колективних переговорах, гарантії для донорів крові та її компонентів (ст. 259).

Крім того, у проекті ТК України до гарантійних виплат належать також грошова виплата за відпустку, невикористану відпустку або її частину (ст. 248) і вихідна допомога (ст. 252). Новелою є визнання гарантійними виплати працівникам, які працюють у польових умовах або вахтовим методом (ст. 255) та у разі їх репатріації (ст. 256). У чинному Кодексі законів про працю України до гарантійних виплат включені виплати працівникам – авторам винаходів, корисних моделей, промислових зразків і раціоналізаторських пропозицій. Гарантії для зазначених працівників проектом Трудового кодексу України не регулюються.

У науковій літературі як за часів СРСР, так і після проголошення незалежності України поняття гарантійних виплат не зазнало суттєвих змін. Однак єдиного підходу до праворозуміння терміна «гарантійні виплати» у науці трудового права немає. Питання визначення поняття гарантійних виплат залишається дискусійним, насамперед у зв'язку з невизначеністю його у чинному законодавстві про працю. Н. Б. Болотіна вважає, що гарантійні виплати – це суми, що зберігають працівникові заробітну плату (повністю або частково) за час, коли він з поважних причин, передбачених законом, звільняється від виконання трудових обов'язків і за ним зберігається місце роботи<sup>3</sup>. Д. О. Карпенко робить свій висновок про те, що гарантійними називають виплати, коли працівник не виконує трудових обов'язків з поважних причин, передбачених законодавством<sup>4</sup>. На думку В. І. Прокопенка, гарантійними вважаються виплати, коли працівник безпосередньо не виконує своїх трудових обов'язків, але за ним зберігається і йому виплачується середня заробітна плата<sup>5</sup>.

Дещо інакше це питання розглядає В. С. Коротков, на думку якого всі ті види винагороди, які виплачуються замість заробітної плати за час, коли працівник фактично не працював з поважної причини, є гарантійними виплатами. В. С. Коротков, характеризуючи поняття «гарантійні виплати», вживає такий термін, як «винагорода». Хоча сам автор у подальшому визначає, що винагорода у трудовому законодавстві – це плата за працю<sup>6</sup>. Тому, оцінюючи в основному складові елементи поняття «гарантійні виплати», даного В. С. Коротковим, позитивно, водночас варто зауважити, що гарантійні виплати не можна характеризувати як винагороду (плату за працю). По-перше, вони виплачуються за час, коли працівник фактично не виконував своїх трудових обов'язків з поважної причини, визначеної у трудовому законодавстві. По-друге, метою надання гарантійних виплат є збереження вже існуючого доходу працівника. Отже, немає зв'язку між виконанням роботи і отриманням працівником гарантійних виплат.

Поняття гарантійних виплат визначено у ст. 246 проекту ТК України. Вони визначаються як виплати, що здійснюються роботодавцем за періоди, коли працівник з підстав, визначених законом, угодою, колективним чи трудовим договором, не працював, з метою збереження доходів такого працівника. Таке поняття прийнятне для використання його як в законодавстві, так і в теорії трудового права.

Частиною 2 ст. 246 проекту ТК України встановлено, що розмір гарантійних виплат визначається, як правило, виходячи із середньої заробітної плати працівника. У разі якщо гарантійні виплати здійснюються за місцем виконання державних або громадських обов'язків, такі виплати враховуються в усіх випадках, у тому числі при визначенні розміру допомоги за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням, нарівні з гарантійними виплатами за місцем роботи. Порядок обчислення середньої заробітної плати визначається Кабінетом Міністрів України.

У чинному КЗпП України грошова виплата за відпустку, невикористану відпустку або її частину характеризується як компенсаційна виплата. Надання цих грошових сум не мають мети компенсувати витрати працівників, а тому не можуть визнаватися компенсаційними виплатами.

А. М. Островерх визначає, що основна мета гарантійних виплат – це охорона матеріальних інтересів працівника в періоди, коли він не працював і не міг отримувати заробітної плати не з власної вини<sup>7</sup>. Призначенням грошових сум, що здійснюються за час відпустки, виплати за невикористану відпустку або її частину, є забезпечення збереження середнього заробітку працівника (повністю чи частково), а також попередження втрати цього заробітку. Тобто, їх призначенням є збереження права працівника на отримання доходу. Це зумовлено тим, що відповідно до ст. 74 КЗпП України та ст. 21 Закону України «Про відпустки» 15 листопада 1996 р.<sup>8</sup> на час знаходження працівника в щорічній основній відпустці за ним зберігається на її період середня заробітна плата. Стаття 248 проекту ТК України передбачає, що за час відпустки роботодавець здійснює працівнику гарантійні виплати в розмірі середньої заробітної плати.

Тому коли отримання відпустки є неможливим у зв'язку з припиненням трудового договору або працівник, який використав відпустку частково, не бажає отримати її повністю, законодавством встановлено право працівника на отримання грошової суми. Грошову виплату, що сплачується роботодавцем на користь працівника за відпустку, невикористану відпустку або її частину, необхідно визнати гарантійною.

Вихідна допомога не включена до глави VIII «Гарантії і компенсації», що регулює відносини щодо надання роботодавцями працівникам гарантійних та компенсаційних виплат. Дана виплата за чинним законодавством про працю не належить ні до гарантійних, ні до компенсаційних виплат. Вихідну допомогу вважає гарантійною виплатою В. М. Філіповський<sup>9</sup>. Вказана виплата, що здійснюється при звільненні з підстав, передбачених ст. ст. 36, 40 КЗпП України, за своїм змістом призначена для збереження за працівниками рівня доходів. Тому, враховуючи призначення вихідної допомоги, можна визнати цю виплату гарантійною.

У проекті Трудового кодексу України вихідну допомогу включено до глави 7 цього законодавчого акта, що має назву «Гарантійні та компенсаційні виплати» та здійснює регулювання питань надання працівникам гарантійних виплат, а, отже, визнано, що ця виплата є гарантійною. Доцільно підкреслити, що законодавством у проекті ТК України розширено перелік підстав надання працівникам вихідної допомоги при звільненні. Так, новелою є закріплене у ч. 1 ст. 252 проекту ТК України право працівників у разі розірвання трудового договору у зв'язку із скороченням на вихідну допомогу залежно від безперервного стажу роботи працівника. За нормами вказаної статті ТК України роботодавець зобов'язаний виплатити вихідну допомогу працівнику, який має безперервний стаж роботи в даного роботодавця: до п'яти років – у розмірі середньомісячної заробітної плати; до десяти років – у розмірі двомісячної середньої заробітної плати; від десяти років – у розмірі тримісячної середньої заробітної плати. Така правова позиція більш повно захищає інтереси працівників, які мають значний безперервний стаж роботи, у разі їх звільнення у зв'язку зі скороченням. Тому таке положення необхідно закріпити і у чинному законодавстві про працю. Крім того, даним законопроектом передбачено право сторін трудових правовідносин встановлювати у трудовому або колективному договорі виплату вихідної допомоги при звільненні з інших підстав, а також встановлюватися підвищені розміри даної допомоги.

Отже, грошова виплата за відпустку, невикористану відпустку або її частину та вихідна допомога, враховуючи їх зміст та призначення, є гарантійними виплатами, а тому вони обґрунтовано включені у проекті ТК України до інституту гарантійних виплат.

Доцільно звернути увагу на норми ст. 255 проекту ТК України, що встановлюють гарантії та компенсації працівникам, які працюють у польових умовах або вахтовим методом. Так, ч. 2 ст. 255 даного законопроекту передбачено, що за час перебування в дорозі від місця знаходження роботодавця (пункту збору) до

місця виконання роботи і у зворотному напрямку, що передбачені графіком роботи на вахті чи зміні, а також за час затримки в дорозі через несприятливі метеорологічні умови чи з вини перевізника роботодавець здійснює працівникам гарантійні виплати в розмірі тарифної ставки (окладу). Дні перебування в дорозі від місця постійного проживання до роботи та у зворотному напрямку до робочого часу не включаються, а належать до часу міжвахтового відпочинку.

Важливою новелою є у встановлення у проекті ТК України норми щодо права на репатріацію працівників, а також на належні їм гарантії та компенсації. Встановлення такої норми продиктовано євроінтеграційними процесами в Україні, побудовою відкритого громадянського суспільства та вільної економіки.

Статтею 256 даного законопроекту визначено поняття репатріації, тобто повернення працівника, який знаходиться поза межами України у відрядженні, для виконання монтажних, налагоджувальних, ремонтних, будівельних робіт чи робіт, виконуваних вахтовим методом, або навчання з відривом від виробництва, працівника – члена екіпажу морського, річкового, повітряного судна чи поїзної бригади, працівника, зайнятого на міжнародних перевезеннях автомобільним транспортом, до його постійного місця проживання чи до місця укладення з ним трудового договору для відпочинку (відпустки), продовження виконання трудових обов'язків чи звільнення.

Зокрема, передбачається, що працівники користуються правом на репатріацію у випадках: закінчення строку трудового договору або трудового договору на конкретний рейс, що закінчився за кордоном; захворювання чи отримання травм, чи з інших причин, підтверджених медичним висновком; катастрофи транспортного засобу, на якому працював працівник; коли власник транспортного засобу не може далі виконувати свої зобов'язання роботодавця з причин банкрутства, продажу транспортного засобу, зміни реєстрації чи арешту транспортного засобу чи з інших аналогічних причин; коли транспортний засіб без згоди працівника направляється в зону військових дій.

Репатріація працівника має бути організована роботодавцем, а у разі неможливості забезпечення її роботодавцем – компетентним органом влади, визначеним Кабінетом Міністрів України, з наступним відшкодуванням витрат за рахунок роботодавця.

Гарантійні виплати надаються працівнику за весь час його повернення з місця роботи до місця постійного проживання або до місця укладення з ним трудового договору день.

У чинному Кодексі законів про працю України до гарантійних виплат включені виплати працівникам - авторам винаходів, корисних моделей, промислових зразків і раціоналізаторських пропозицій. Гарантійні виплати для зазначених працівників проектом Трудового кодексу України не регулюються. Така позиція щодо виключення з переліку випадків надання гарантійних виплат працівникам - авторам винаходів, корисних моделей, промислових зразків і раціоналізаторських пропозицій є необґрунтованою.

Так, умови винагороди за винахід, корисну модель, промисловий зразок встановлюються у цивільно-правових договорах (ст. 9 Закону «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15 грудня 1993 р. № 3687-ХІІ (в редакції Закону від 1 червня 2000 р. № 1771-ІІІ)<sup>10</sup>, ст. 8 Закону «Про охорону прав на промислові зразки» від 15 грудня 1993 р. № 3688-ХІІ<sup>11</sup>. Відносини, що виникають внаслідок укладення таких договорів, мають цивільно-правовий характер. Правове регулювання гарантійних виплат здійснюється нормами трудового законодавства; відносини, що виникають між роботодавцем і працівником-винахідником з приводу надання цих виплат, є трудовими. Не врегулювання у проекті ТК України питань звільнення працівника від основної роботи для участі у впровадженні створеного ним винаходу, корисної моделі, промислового зразка або раціоналізаторської пропозиції та виникнення у зв'язку з цим права на гарантійні виплати може погіршити правове становище цих працівників. Право працівників - авторів винаходів, корисних моделей, промислових зразків і раціоналізаторських пропозицій на гарантійні виплати повинно бути встановлено у трудовому законодавстві України.

Тому, на нашу думку, необхідно внести зміни до проекту ТК України, доповнити главу 7 ст. 259<sup>1</sup> «1. Гарантійні виплати для працівників – авторів винаходів, корисних моделей, промислових зразків і раціоналізаторських пропозицій» наступного змісту: «За працівниками – авторами винаходів, корисних моделей, промислових зразків і раціоналізаторських пропозицій зберігається середній заробіток при звільненні від основної роботи для участі у впровадженні винаходу, корисної моделі, промислового зразка чи раціоналізаторської пропозиції на тому ж підприємстві, установі, організації. 2. При впровадженні винаходу, корисної моделі, промислового зразка або раціоналізаторської пропозиції на іншому підприємстві, установі, організації за працівниками зберігається посада за місцем постійної роботи, а робота по впровадженню винаходу, корисної моделі, промислового зразка або раціоналізаторської пропозиції оплачується за погодженням сторін у розмірі не нижче середнього заробітку за місцем постійної роботи».

Гарантії працівникам на час виконання державних або громадських обов'язків встановлюються ст. 250 проекту ТК України. Так, ч. 4 ст. 250 даного законопроекту передбачено, що за працівниками, які були призвані під час мобілізації, на особливий період та які підлягають звільненню з військової служби у зв'язку з оголошенням демобілізації, але продовжують військову службу у зв'язку з прийняттям на військову службу за контрактом, зберігаються місце роботи (посада), середній заробіток у роботодавця більше ніж на один рік.

Проект Трудового кодексу України не зазначає, при виконанні яких саме державних чи громадських обов'язків працівник має право на отримання гарантійних виплат. Тому необхідно доповнити ст. 250 проекту ТК України частиною шостою такого змісту: «середній заробіток зберігається у випадках виконання наступних державних чи громадських обов'язків: здійснення працівником виборчого права або депутатських

повноважень, явки по виклику до органів досудового розслідування, до прокуратури та до суду як свідка, потерпілого, експерта, спеціаліста, перекладача, понятого, участь у судових засіданнях в якості присяжних або народних засідателів, участь у колективних переговорах, у роботі комісій із проведення виборів та референдумів, у зв'язку з альтернативною службою або виконанням військового обов'язку, під час мобілізації, забезпечення проведення призову, участь у ліквідації наслідків аварії або пожежі, стихійних лих, виконання інших державних чи громадських обов'язків у випадках, які передбачені законодавством».

Стаття 262 проекту ТК України забороняє відрахування із вихідної допомоги, яка належить до гарантійних виплат. Новелою є і встановлення відповідальності роботодавця за порушення строків виплати гарантійних виплат працівнику. Так, ч. 1 ст. 263 передбачено, що в разі порушення встановлених законом, колективним договором строків виплати заробітної плати, гарантійних та компенсаційних виплат роботодавць зобов'язаний сплатити працівнику пеню (компенсацію) у розмірі подвійної ставки Національного банку з розрахунку на рік за кожний день затримки та сплатити всю суму заборгованості по зазубітній платі з урахуванням індексу інфляції за весь час прострочення, а також проценти річних від простроченої суми.

Отже, випадки надання працівникам гарантійних виплат (збереження місця роботи та середньої заробітної плати) у проекті ТК України та в чинному законодавстві про працю в більшості збігаються, але й мають деякі відмінності та новели. Так, у проекті ТК України до гарантійних виплат включені грошові виплати працівникам, які працюють у польових умовах або вахтовим методом та у разі їх репатріації. У проекті ТК України також необхідно передбачити надання гарантійних виплат працівникам – авторам винаходів, корисних моделей, промислових зразків і раціоналізаторських пропозицій. Висловлені пропозиції щодо удосконалення норм проекту ТК України сприятимуть прискоренню процедури кодифікації, покращенню правового регулювання гарантійних виплат та зміцненню правового забезпечення цих виплат роботодавцями на користь працівників.

<sup>1</sup> Кодекс Законів про працю України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/322-08>

<sup>2</sup> Трудовий кодекс України : Текст законопроекту № 1658 від 27 грудня 2014 р., підготовлений до повторного другого читання / Офіційний сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=53221](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221)

<sup>3</sup> Болотіна Н. Б. Трудове право України : підруч. ; 2-ге вид., стереотипне / Н. Б. Болотіна. – К. : Вікар, 2004. – 723 с. – С. 413.

<sup>4</sup> Карпенко Д. О. Трудове право України: Курс лекцій / Д. О. Карпенко ; Міжрегіональна академія управління персоналом. – К., 1999. – 187 с. – С. 119.

<sup>5</sup> Прокопенко В. І. Трудове право : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. ; 3-те вид., перер. та доп. / В. І. Прокопенко. – Х. : Консум, 2002. – 528 с. – С. 353.

<sup>6</sup> Коротков В. С. Гарантійні виплати і гарантійні доплати к заробітній платі по советскому трудовому праву: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 «Трудове право і право соціального забезпечення» / В. С. Коротков. – М., 1965. – 21 с. – С. 3.

<sup>7</sup> Островерх А. М. Гарантійні та компенсаційні виплати за законодавством України в умовах ринкової економіки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 «Трудове право і право соціального забезпечення» / А. М. Островерх. – Луганськ, 2009. – 20 с. – С. 6.

<sup>8</sup> Про відпустки: Закон України від 15 листопада 1996 р. №5-4/96 / Офіційний сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/504/96-вр?test=XX7MfygCSgkyTToIzizPbmFH147Is80msh8Ie6>

<sup>9</sup> Філіповський В. М. Юридична енциклопедія / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького / Ю. С. Шемшученко (ред.). – К. : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1998. – Т. 1. – 1998. – 669 с. – С. 555–556.

<sup>10</sup> Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3687 / Офіційний сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>

<sup>11</sup> Про охорону прав на промислові зразки: Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3688 / Офіційний сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3688-12>

## Резюме

### **Рудницька О. П. Правове регулювання гарантійних виплат проектом Трудового кодексу України.**

У статті досліджено правове регулювання гарантійних виплат проектом Трудового кодексу України та законодавством про працю України, здійснено їх порівняльний аналіз. Визначено випадки надання гарантійних виплат, встановлені у проекті Трудового кодексу України.

**Ключові слова:** гарантійні виплати, гарантії, середня заробітна плата, збереження місця роботи (посади), вихідна допомога, репатріація.

## Резюме

### **Рудницькая О. П. Правовое регулирование гарантийных выплат проектом Трудового кодекса Украины.**

В статье исследовано правовое регулирование гарантийных выплат проектом Трудового кодекса Украины и законодательством о труде Украины, проведен их сравнительный анализ. Определены случаи предоставления гарантийных выплат, предусмотренные проектом Трудового кодекса Украины.

**Ключевые слова:** гарантийные выплаты, гарантии, сохранение места работы (должности), выходное пособие, репатриация.

Summary

**Rudnytska O. Legal regulation of guarantee payments project Labour Code of Ukraine.**

In the article investigate the legal regulation of guarantee payments project Labour Code of Ukraine and the law on Labour of Ukraine, made a comparative analysis. Defined cases concession of the guarantee payments that establishment in the project Labour Code of Ukraine.

**Key words:** guarantee payment, guarantees, average salary, saving jobs (positions), severance payment, repatriation.

УДК 346.2:368.339.178

**A. С. ГОЛОВАЧОВА**

*Анастасія Сергіївна Головачова, здобувач Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**ДЕРЖАВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОСЕРЕДНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СТРАХУВАННІ ТА ПЕРЕСТРАХУВАННІ: НЕОБХІДНІСТЬ І МЕТА**

Посередницька діяльність у страхуванні та перестраховуванні є господарською діяльністю, яка провадиться у сфері суспільного виробництва. Вказана діяльність є економічною за своєю суттю. Як відомо, за теорією Карла Маркса, економіка є матеріальним базисом суспільства, а держава – політичною надбудовою. Потреба в державному регулюванні економіки теоретично була обґрунтована Дж. М. Кейнсом, мета якого полягає в забезпеченні прибутковості капіталу, запобіганні соціальному вибуху, який може статися внаслідок безробіття, падіння рівня життя, інфляції та інших явищ. На думку Дж. М. Кейнса та його прихильників, держава повинна взяти на себе відповідальність не лише за стан виробництва, формування сукупного попиту, а й за ситуацію у сфері зайнятості, використання трудових ресурсів, регулювання доходів населення<sup>1</sup>.

Як відомо, Україна ще знаходиться в умовах трансформаційних процесів, які спрямовані на становлення ринкової економіки, що в свою чергу, безумовно, потребує регулюючого впливу з боку держави. Не є винятком і сфера посередницької діяльності у страхуванні та перестраховуванні, зважаючи на те, що ефективність провадження такої діяльності безпосередньо залежить і від її належного регулювання з боку держави за допомогою комплексу економіко-правових та організаційних (управлінських) заходів.

Проблематику питання державного регулювання господарської діяльності та в цілому економіки неодноразово досліджували у своїх працях такі вчені правової та економічної науки, як В. С. Щербина, О. П. Віхров, В. В. Резнікова, О. П. Рябченко, А. Л. Бейкун, Т. М. Кравцова, Е. Б. Адельсеїтова, В. М. Гриньова, Л. І. Дідківська, Л. С. Головка, Р. М. Рудницька, І. Р. Михасюк, Л. А. Швайка, Д. С. Зухба, Е. Н. Зухба, Н. Г. Каптуренко та інші.

Звертаючись до правової науки та нормативно-правових актів України, можна побачити множинність підходів до розуміння поняття «державне регулювання господарської діяльності», співвідношення його із поняттями «управління господарською діяльністю», «економічна політика», «нормативне регулювання» та іншими. Оскільки наше дослідження присвячено саме державному регулюванню посередницької діяльності у страхуванні та перестраховуванні, не вважаємо за доцільне заглиблюватись в аналіз загальнотеоретичної категорії «державне регулювання господарської діяльності», а використовувати вже напрацьовані положення доктрини господарського права у вказаній сфері, які, на нашу думку, є найбільш повними.

Відтак, науковий інтерес для нас становить сформульоване В. С. Щербиною поняття «державне регулювання підприємницької діяльності\*» як здійснення державою в особі її компетентних органів комплексу економіко-правових та організаційних (управлінських) заходів щодо упорядкування діяльності господарських організацій та фізичних осіб-підприємців з метою реалізації економічної політики, виконання цільових економічних та інших програм і програм економічного і соціального розвитку шляхом застосування різноманітних засобів і механізмів такого регулювання<sup>2</sup>.

Указом Президента України від 3 вересня 2007 р. була затверджена Концепція вдосконалення державного регулювання господарської діяльності<sup>3</sup>, відповідно до якої забезпечення економічної безпеки держави та добробуту її громадян шляхом захисту конкурентного ринкового середовища, реалізації конституційного права кожного громадянина на підприємницьку діяльність, формування сприятливого та передбачуваного правового поля для реалізації відповідного права є однією з основних функцій держави в умовах подальшого розвитку ринкової економіки. Метою цієї Концепції є визначення пріоритетних напрямів та завдань щодо вдосконалення державного регулювання господарської діяльності, спрямованих на забезпечення реалізації права кожного на підприємницьку діяльність та системне правове розв'язання існуючих у цій сфері проблем.

© А. С. Головачова, 2015

\* Звертаємо увагу саме на поняття «державне регулювання підприємницької діяльності», оскільки посередницька діяльність у страхуванні та перестраховуванні є підприємницькою за своєю суттю, тобто такою, що здійснюється з метою отримання прибутку.



Виходячи з того, що страхова та перестрахова діяльність в Україні може провадитися за участю посередників (страхових агентів, страхових та перестрахових брокерів), державне регулювання посередницької діяльності у страхуванні та перестрахованні доцільно досліджувати як частину державного регулювання страхової та перестрахової діяльності\*.

Досвід зарубіжних країн, в яких ринок страхування є розвинутим і ефективно функціонує, показує, що державне регулювання у сфері здійснення діяльності як самих страхових компаній, так і страхових посередників є необхідною умовою успішного розвитку страхового ринку, оскільки без цього неможливо гарантувати захист інтересів споживачів страхових послуг.

У світовій практиці використовують два основних підходи до державного регулювання страхової діяльності, кожен з яких реалізовується в рамках однієї із систем права – континентальної та англо-американської. Система континентального права, яка існує в Німеччині, Франції, Італії, Іспанії, Японії та інших державах, полягає у жорсткій законодавчій регламентації діяльності суб'єктів страхового ринку та систематичному контролі за дотриманням законодавства при проведенні страхових операцій. Слід зауважити, що саме цю модель державного регулювання страхової діяльності почала розвивати Україна на початку 90-х років минулого століття. На відміну від системи континентального права, за англо-американською системою права, яка діє в США, Великобританії, Австралії, Канаді та інших державах, закон не є найвищим та єдиним джерелом права. Поряд із законом важливого значення набув судовий прецедент. У рамках цієї правової системи будується ліберальна модель регулювання страхування, в якій основну увагу приділяють контролю за фінансовим станом страхових компаній на підставі їх звітності, але відсутні жорстка регламентація, затвердження страхових тарифів тощо. У рамках цієї моделі деякі регулюючі функції держави передано саморегулювними організаціям. Операції зі страхування, як і в континентальній моделі, підлягають ліцензуванню, однак нагляд за страховиками з боку державних органів порівняно слабкий та полягає, зазвичай, у здійсненні контролю за їх фінансовим станом<sup>4</sup>. Саме такі моделі в світі використовуються для державного регулювання страхової посередницької діяльності.

На європейському рівні міждержавна система регулювання страхування поєднує саморегулювання і державне регулювання. Державне регулювання страхування на рівні ЄС базується на нормах Директив, що видаються окремо по страхуванню життя та інших видах страхування. Проте уніфікація вимог у директивах ЄС зовсім не означає відмову від національних систем регулювання страхового ринку. Зокрема, за національними органами страхового нагляду залишено виключне право нагляду за внутрішніми та іноземними страховиками, що оперують у країні, контролю їх фінансового стану тощо. Крім того, директиви ЄС – це інструмент виключно прямого регулювання, а непряме (економічне) регулювання повністю здійснюється на рівні національних систем<sup>5</sup>. Поряд із Директивами, які стосуються безпосередньо страхування, існує і Директива 2002/92 ЄС Європейського Парламенту та Ради *про посередництво у страхуванні* від 9 грудня 2002 р.<sup>6</sup>, метою прийняття якої було створення правових засад, що забезпечують високий рівень професіоналізму та компетенції страхових посередників та водночас гарантують високий рівень захисту інтересів споживача.

Державне регулювання посередницької діяльності в сфері господарювання В. В. Рєзнікова визначає як діяльність державних органів, що здійснюється за допомогою використання засобів впливу на посередницькі відносини, визначених законодавством, з метою забезпечення рівного підпорядкування всіх учасників посередницьких відносин правовому господарському порядку та рівного захисту державою усіх суб'єктів посередництва<sup>7</sup>.

Зважаючи на велику кількість наукових досліджень у сфері державного регулювання господарської діяльності, закріплення на законодавчому рівні спеціальних норм, які присвячені державному регулюванню різних сфер господарювання, прийняття Концепції вдосконалення державного регулювання господарської діяльності, а також враховуючи позитивний міжнародний досвід застосування державного регулювання до страхової і перестрахової діяльності, в тому числі посередницької діяльності у вказаній сфері, вважаємо, що необхідність регулюючого впливу на посередницьку діяльність у страхуванні та перестрахованні є беззаперечною в умовах сьогодення. Вказане детерміновано і тим, що діяльність страхових та перестрахових посередників є за своєю правовою суттю господарською діяльністю у сфері нематеріального виробництва, що спрямована на оплатне надання посередницьких послуг у страхуванні та перестрахованні, здійснюється суб'єктами господарювання (страховими та перестраховими посередниками), які отримали право займатися нею в порядку, встановленому законодавством, з метою отримання прибутку. Вказана діяльність заснована на поєднанні *приватних* інтересів суб'єктів, що надають послуги, і *публічних* інтересів суспільства, які пов'язані із необхідністю створення сприятливих умов для активізації господарського процесу у сфері страхового та перестрахового посередництва, захисту прав і законних інтересів суб'єктів цієї діяльності, попередження зловживань та проявів шахрайства у вказаній сфері, а також в цілому – на ринку страхування.

Враховуючи викладене вище, *метою державно регулювання посередницької діяльності у страхуванні та перестрахованні* є забезпечення дотримання вимог законодавства України про страхування, ефективного розвитку посередницьких послуг у сфері страхування та перестраховання, захисту інтересів страхувальни-

\* Надалі будемо використовувати загальний термін «страхова діяльність» щодо понять страхова діяльність і перестрахова діяльність, оскільки на сьогодні законодавець майже не розрізняє вказані види діяльності, в тому числі і їх державне регулювання.

ків (при провадженні діяльності страхових агентів) та страховиків (при провадженні діяльності страхових та перестрахових брокерів), а також підпорядкування всіх учасників посередницької діяльності у вказаній сфері правовому господарському порядку та їх рівного захисту державою.

Сучасний стан ринкової трансформації економіки України передбачає насамперед подальшу розбудову таких елементів економічної системи, які, з одного боку, можуть забезпечувати рівні умови для здійснення підприємницької діяльності для всіх суб'єктів господарювання, а з іншого, – виступають інструментами державного впливу на загальну ситуацію в економіці держави. З огляду на це роль державного регулювання посередництва в сфері господарювання залишається значною. Незалежній Україні потрібна сильна державна влада, а також результативна й ефективна система державного управління, зусилля для поживлення як господарського життя взагалі, так і посередницької діяльності зокрема для забезпечення стабілізації економіки та економічного розвитку<sup>8</sup>.

Як вже зазначалося вище, в усіх країнах ступінь державного регулювання різний. Це викликано тим, що крім засобів державного регулювання є необхідність застосування такого інституту, як *саморегулювання* господарської діяльності. Саморегулювання (англ. *self-regulation* – як правило, незалежно від держави) – це підтримане державою делегування регулюючих функцій окремим галузевим об'єднанням учасників ринку. Суть делегування – максимально усунути вплив держави на ринок, щоб забезпечити сувору конкуренцію всіх з усіма і таким чином змусити використовувати передові й інноваційні технології. Це дає змогу отримувати більшу різноманітність послуг при менших цінах та забезпечує інвестиційну привабливість<sup>9</sup>. Саме з метою створення нормальних умов для функціонування ринкового механізму, вирішення економічних та соціальних проблем необхідно, щоб правопорядок у сфері господарювання був сформований на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів в країні.

З початком формування страхового ринку в незалежній Україні виникла потреба координувати дії страховиків із багатьох питань, що становлять спільний професійний інтерес. Ця потреба задовольняється через використання організаційної форми об'єднання страховиків, яким присвячена ст. 13 Закону України «Про страхування»<sup>10</sup>. Зокрема, у вказаній статті зазначено, що страховики можуть утворювати спілки, асоціації та інші об'єднання для координації своєї діяльності, захисту інтересів своїх членів та здійснення спільних програм, якщо їх утворення не суперечить законодавству України. Ці об'єднання не можуть займатися страховою діяльністю.

Ще у 2008 р. розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України було затверджене Положення про делегування Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, окремих повноважень об'єднанню страховиків<sup>11</sup>. Це Положення визначає умови та порядок делегування Нацкомфінпослуг об'єднанню страховиків повноважень щодо розроблення і впровадження правил поведінки на ринку страхових послуг та сертифікації фахівців ринку страхових послуг. Контроль за дотриманням вимог вказаного Положення здійснюється Нацкомфінпослуг відповідно до законодавства.

Отже, законодавство в сфері страхування містить спеціальну норму, яка дозволяє створювати саморегулюючі організації страховиків. Вважаємо за необхідне внести доповнення до Закону України «Про страхування» шляхом прийняття окремої статті, яка б регламентувала можливість об'єднання страхових та перестрахових посередників для координації своєї діяльності, захисту інтересів своїх членів та здійснення спільних програм, якщо їх утворення не суперечить законодавству України.

У сучасних умовах одним із напрямів удосконалення державного контролю за господарською діяльністю посередників у сфері господарювання є розвиток інституту саморегулювання діяльності посередників на страховому ринку. У зв'язку з цим розвиток саморегулювальних організацій посередників в Україні необхідно спрямувати насамперед на забезпечення додаткового контролю своїх членів. Основною підставою для надання об'єднанням професійних посередників статусу саморегулювальних організацій, відповідно до чинного законодавства, повинна бути їх здатність забезпечити ефективний контроль за діяльністю її членів. Діяльність саморегулювальних організацій страхових посередників повинна здійснюватись у тісному співробітництві та під загальним наглядом відповідного спеціально уповноваженого державного органу (Нацкомфінпослуг)<sup>12</sup>.

Для реалізації принципу саморегулювання в багатьох країнах законодавством передбачається створення національних асоціацій страховиків та страхових посередників. В Україні на сьогодні вже існує Федерація страхових посередників України, метою створення якої є сприяння розвитку посередницької діяльності на страховому ринку в Україні, представництво інтересів членів федерації в органах державної влади та управління, захист прав та інтересів учасників посередницької діяльності на ринку страхових послуг, забезпечення всебічних зв'язків із громадськістю тощо<sup>13</sup>.

На сьогодні Федерація страхових посередників України взаємодіє з Лігою страхових організацій України, а також із Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг. Федерація є постійно діючим членом Консультативно-експертної ради при Нацкомфінпослуг та консультативно-методичної групи з питань страхування. Також вона є членом Європейської федерації страхових посередників VIPAR.

В умовах сьогодення не можна здійснювати регулювання страхового ринку, а також у цілому усього фінансового ринку, переважно на засадах саморегулювання. Відсутність або мінімальне державне регулю-

вання в Україні може призвести до таких негативних явищ, як приховування прибутків, недобросовісна конкуренція, негосподарське ставлення до навколишнього природного середовища, втрата фінансової та валютної стабільності, загострення соціальної нерівності та принесення в жертву довгострокові потреби суспільства заради реалізації миттєвих можливостей<sup>14</sup>.

В. Цветков у праці «Адміністративна реформа – ефективність державного управління» підкреслював, що для досягнення економічної стабілізації подальшого розвитку економіки необхідно забезпечити безумовний пріоритет державного регулювання над стихійними ринковими саморегулюючими процесами, які часто призводять до руйнівних наслідків<sup>15</sup>. Таку саму позицію займають такі відомі представники господарсько-правової науки як В. К. Мамутов, доктори юридичних наук Г. Л. Знаменський, Н. О. Саниахметова та інші<sup>16</sup>.

Отже, на сьогодні, в умовах переходу України до ринкової економіки, для розвитку посередницької діяльності у страхуванні та перестрахованні необхідним і найбільш ефективним видається поєднання регулюючого впливу органів державної влади та саморегулюючих організацій.

<sup>1</sup> Степаненко С. В. Еволюція наукових поглядів і вибір концепцій підвищення ефективності державного регулювання процесів економічного розвитку / С. В. Степаненко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/tpdu/2013-2/doc/2/08.pdf>

<sup>2</sup> Актуальні проблеми господарського права: навч. посіб. / за ред. В. С. Щербини. – К. : Юрінком Інтер, 2012. – С. 46.

<sup>3</sup> Про Концепцію вдосконалення державного регулювання господарської діяльності : Указ Президента України від 3 вересня 2007 р. № 816/2007 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 66. – Ст. 2540.

<sup>4</sup> Жабинець О. Й. Державне регулювання страхової діяльності у контексті глобалізації світового страхового простору / О. Й. Жабинець // Науковий вісник НЛТУ України. – 2008. – Вип. 18.10. – С. 189.

<sup>5</sup> Журавка О. С. Науково-методичні засади стратегічного розвитку страхового ринку України : дис. ... канд. екон. наук. : спец. 08.00.08 «Гроші, фінанси і кредит» / О. С. Журавка ; Державний вищий навчальний заклад «Українська академія банківської справи Національного Банку України». – К., 2010. – С. 50.

<sup>6</sup> Директива 2002/92 ЄС Європейського Парламенту та Ради про посередництво у страхуванні від 9 грудня 2002 року // Official Journal. – L 9. – 15.01.2003. – Р. 3–10.

<sup>7</sup> Резнікова В. В. Державне регулювання посередництва в сфері господарювання / В. В. Резнікова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2011. – Вип. 86. – С. 47. – (Серія «Юридичні науки»).

<sup>8</sup> Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва у сфері господарювання (теоретичні аспекти) : моногр. / В. В. Резнікова. – Хмельницький : Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2010. – С. 98.

<sup>9</sup> Залетов О. М. Убезпечення життя : моногр. / О. М. Залетов. – К. : Міжнародна агенція «БІЗОН», 2006. – С. 271.

<sup>10</sup> Пацурія Н. Б. Страхове право України : навч. посіб. / Н. Б. Пацурія ; МОНУ. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 83.

<sup>11</sup> Про затвердження Положення про делегування Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, окремих повноважень об'єднанню страховиків : розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 21 серпня 2008 р. № 1000 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1063-08>

<sup>12</sup> Резнікова В. В. Вказана праця. – С. 121.

<sup>13</sup> Загальні відомості про Федерацію страхових посередників України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://fspu.com.ua/pro\\_federaciju\\_zagalni\\_vidomosti](http://fspu.com.ua/pro_federaciju_zagalni_vidomosti)

<sup>14</sup> Резнікова В. В. Вказана праця. – С. 100.

<sup>15</sup> Цветков В. В. Адміністративна реформа-ефективність державного управління / В. В. Цветков // Часопис Київського університету права. – 2002. – № 2. – С. 9–14.

<sup>16</sup> Смолин Г. В. До питання визначення співвідношення регулювання та дерегулювання господарської діяльності / Г. В. Смолин // Удосконалення правового статусу учасників відносин у сфері господарювання : зб. наук. праць (за матеріалами Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Київ, 20 листопада 2008 р.). – К. : НДІ приватного права і підприємництва АПРН України, 2009. – С. 62–63.

## Резюме

**Головачова А. С. Державне регулювання посередницької діяльності у страхуванні та перестрахованні: необхідність і мета.**

У статті розглянуто моделі державного регулювання страхової діяльності, в тому числі посередницької діяльності у страхуванні та перестрахованні. Окреслено мету державного регулювання вказаного виду господарської діяльності. Встановлено необхідність державного регулювання посередництва у сфері страхування та перестраховання, а також його поєднання із саморегулюванням вказаної господарської діяльності.

**Ключові слова:** державне регулювання, посередницька діяльність у страхуванні та перестрахованні, моделі державного регулювання, саморегулювання.

## Резюме

**Головачева А. С. Государственное регулирование посреднической деятельности в страховании и перестраховании: необходимость и цель.**

В статье рассмотрены модели государственного регулирования страховой деятельности, в том числе посреднической деятельности в страховании и перестраховании. Определена цель государственного регулирования указанного вида хозяйственной деятельности. Установлена необходимость государственного регулирования посредничества в сфере страхования и перестрахования, а также их сочетание с саморегулированием указанной хозяйственной деятельности.

**Ключевые слова:** государственное регулирование, посредническая деятельность в страховании и перестраховании, модели государственного регулирования, саморегулирование.

Summary

**Golovachova A. Public (state) regulation of mediation in insurance and reinsurance: the necessity and the purpose.**

The article considers the models of public (state) regulation of insurance, including mediation in insurance and reinsurance. It outlines the purpose of public (state) regulation of the mentioned types of economic activity. The necessity of public (state) regulation of mediation in insurance and reinsurance, as well as its combination with self-regulation of the mentioned economic activity has been established.

**Key words:** public (state) regulation, mediation in insurance and reinsurance, models of public (state) regulation, self-regulation.

УДК 347.440

**М. В. КРАВЧЕНКО**

*Максим Віталійович Кравченко, адвокат, здобувач Запорізького національного університету*

## **ЗВІЛЬНЕННЯ АДВОКАТІВ ВІД ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ДОГОВОРОМ ПРО НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ**

Правову допомогу клієнтам адвокати надають на підставі договору про надання правової допомоги. Незважаючи на те, що випадки притягнення адвокатів до цивільно-правової відповідальності поодинокі, але вони не виключені в ч. 3 ст. 614 ЦК України<sup>1</sup>. Якщо є можливість притягнути до такої відповідальності, то мають бути й підстави для звільнення адвокатів від неї. Між тим такі питання є мало дослідженими, і лише окремі автори звертаються як до загальних проблем звільнення від договірної відповідальності (І. А. Безклубий, Р. А. Майданик, Є. О. Харитонов, Р. Б. Шишка) та ще менше – щодо звільнення від неї адвокатів в силу їх певного імунітету від притягнення до відповідальності як міри убезпечення від переслідувань за професійну діяльність та їх професійності. Тому й існує золоте правило у відносинах адвоката з клієнтами: «пообіцяй менше – зроби більше». Це актуально у зв'язку з тим, що українське законодавство не передбачає традиційних для інших країн інститутів страхування ризиків адвокатської діяльності або страхування їх цивільно-правової відповідальності. Водночас у ст. 7 Закону України «Про страхування»<sup>2</sup> законодавець передбачає страхування ризиків професійної діяльності в разі, якщо така діяльність може завдати шкоди третім особам.

Окрім того, для мінімізації невдоволення клієнта результатами наданої правової допомоги адвокат при виконанні своїх обов'язків має регулярно сповіщати клієнта про здійснені заходи, отримані та очікувані результати. Досвідчені адвокати керуються тим, що не можна створювати у клієнта ілюзорне уявлення про можливий результат діяльності адвоката, зокрема щодо необґрунтованих очікувань, а отже, не було підстав для подальшого звернення до КДКА або до суду для притягнення адвоката до цивільно-правової відповідальності.

**Мета** статті полягає в моделюванні теоретичного підґрунтя для забезпечення прав клієнтів адвокатів на захист від окремих недобросовісних представників, а також і самих адвокатів від можливих переслідувань з боку клієнтів.

Об'єктом є правовідносини, які настають при звільненні від цивільно-правової відповідальності адвокатів, зокрема підстави такого звільнення, а предметом – положення актів цивільного законодавства, практика застосування норм про звільнення від договірної відповідальності.

Серед гарантій здійснення адвокатської діяльності п. 15 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»<sup>3</sup> не можуть бути підставою для притягнення адвоката до відповідальності його висловлювання у справі, у тому числі ті, що відображають позицію клієнта, заяви у засобах масової інформації, якщо при цьому не порушуються професійні обов'язки адвоката. У цій статті передбачено й інші гарантії, які можуть бути порушені, зокрема проведення обшуку у адвоката і спростування отриманими даними його позиції щодо захисту клієнта. Відповідно, можна передбачити, що такими гарантіями може бути й звільнення адвоката від відповідальності, що є гіпотетичним, але можливим.

Загальновідомо, що відповідальність у цивільному праві започаткована на засадах вини (згідно з ч. 1 ст. 614 ЦК України особа, яка не виконала зобов'язання або виконала його неналежно, несе відповідальність за наявності вини (умислу або необережності)), якщо інше не встановлено договором або законом. Отже, відсутність вини адвоката та змагальність юридичних процесів самі по собі зводять до мінімуму можливість як притягнення адвокатів до відповідальності, так і їх звільнення від неї.

Звільнення від цивільно-правової відповідальності адвокатів за завдання збитків клієнтові в разі порушення зобов'язань за договором з надання правової допомоги є уточненням загальних правил про звільнення від цивільно-правової відповідальності. Воно має певні особливості загального та спеціального спрямування, які зумовлені правовою природою та характеристикою договору з надання правової допомоги. З огляду

на правову природу і характеристику договору про надання правової допомоги ми погоджуємося із Р. А. Лідовцем у тому, що відповідальність за порушення зобов'язань, які виникають із змішаних договорів, має певні особливості, зумовлені різною правовою приналежністю таких договорів, різним механізмом визначення відповідальності: потребою чітко розмежувати елементи окремих договорів<sup>4</sup> та врахувати вибачальні обставини.

Так, згідно з ч. 2 ст. 828 ЦК України до відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору. З огляду на це здійснюється реалізація права на притягнення порушника зобов'язань до цивільно-правової відповідальності та право останнього її уникнути чи зменшити. Типовою є така ситуація: адвокат не повідомив клієнту, що не братиме участі в судовому процесі, а клієнт, інколи разом із залученими свідками, приїхав на відкладене засідання і витратився. Адвокат тим порушив вимоги Правил адвокатської етики у формі бездіяльності адвоката, що призвело до виникнення у клієнта неправильного уявлення про його позицію, перспективи судового розгляду спору чи про щось інше. Це вина адвоката, оскільки підривається довіра не тільки конкретного клієнта до цього адвоката, а й до адвокатури як інституту. Принагідно зауважимо: у ст. 8 Правил адвокатської етики<sup>5</sup> встановлено, що в межах дотримання принципу законності адвокат зобов'язаний у своїй професійній діяльності виходити з переваги інтересів клієнтів перед своїми власними інтересами, інтересами колег, партнерів, співробітників, законних представників клієнтів або їх опікунів, піклувальників та інших осіб, а також перед будь-якими іншими міркуваннями.

Засада справедливості та право на захист охоплюють собою всі можливі матеріальні та процесуальні засоби та способи щодо здійснення такого права. Тому завдання полягає у встановленні можливих підстав та способів для звільнення: від вимог про відшкодування завданих збитків; про звільнення від цивільно-правової відповідальності в разі винесення рішення про притягнення до неї. Тож йдеться про можливі засоби запобігання наслідків матеріальної відповідальності.

Щодо першого, то йдеться про достатність доказів наявності підстав для притягнення до цивільно-правової відповідальності адвокатів, як і будь якого іншого порушника зобов'язання. Підстави притягнення до цивільно-правової відповідальності є найбільш варіативними та надають можливість адвокату довести відсутність хоча б однієї з них. Відповідно, за умови доказування відсутності хоча б однієї чи кількох умов притягнення до цивільно-правової відповідальності вона не може настати. Зокрема, якщо інше не передбачено законом чи договором, відсутність вини боржника звільняє його від відповідальності за порушення зобов'язання. Показовим у цьому є справа дисциплінарної палати Одеської обласної кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, де встановлено, що адвокат отримав від підзахисного, який знаходився під вартою, відомості про знаходження грошей у його квартирі та запропонував їх забрати як гонорар. Гроші потім були внесені в касу юридичної консультації, частину з них у сумі 300 грн списані за виконану роботу, а 600 грн у подальшому були вилучені прокуратурою. Фактично адвокат завдав клієнту збитки безпідставним посяганням на гроші, які не охоплювалися обсягом виконаної роботи. Проте адвокат довів, що ця сума йому потрібна для оплати експертизи і є виправданою. Вказана комісія обмежилась попередженням адвоката<sup>6</sup>.

На теоретичному рівні підстави звільнення від цивільно-правової відповідальності поділені на декілька груп: загальні, спеціальні та інституційні (окремі). Перші встановлені в загальних положеннях про зобов'язання, спеціальні містяться в окремих інститутах цивільного права, окремі – в його нормах. Щодо загальних підстав звільнення від відповідальності за порушення зобов'язання, то вони передбачені в ст. 617 ЦК України. До них належать: непереборна сила; вина кредитора; випадок (казус); інші обставини, що спричиняють неможливість виконання зобов'язання, якщо вони виникли не з вини боржника. За загальним правилом особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили. Проте не вважається випадком, зокрема, недодержання своїх обов'язків контрагентом боржника, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів.

Стосовно договору про надання правової допомоги, то ця обставина має скоріше гіпотетичний характер і практично не застосовується. Якщо під непереборною силою розуміти надзвичайні та невідворотні умови, що склалися, обставини, то до них відносять: 1) природні стихійні явища (землетрус, повінь, пожежі, тайфун, різкі температурні коливання), що спричиняють загибель врожаю чи пізнє визрівання хлібів тощо, які характеризуються тим, що є надзвичайними – виходять за межі повсякденних звичайних природних явищ та є невідворотними – не можуть бути попереджені в результаті профілактичних заходів та подолані за стану сучасного розвитку науки та техніки; 2) деякі обставини суспільного життя (військові дії, масові захворювання (епідемії), національні та галузеві страйки) та забороняючі акти державних органів, то вибачальними можуть бути саме другі. Наприклад, якщо адвокат не зміг вчасно прибути на судове засідання в силу «сидячої забастовки» транспортників, чи запізнення поїзда, а судове засідання відбулося, і винесене рішення – не на користь клієнта. Тут йдеться про неможливість притягнення адвоката до відповідальності за відсутності його вини.

Досвідчений адвокат завжди може звернутися до суду із аргументованим проханням за допомогою сучасних засобів зв'язку, перенести засідання на більш пізній строк. Те саме стосується запізнення транспорту, якщо справа ведеться не в місті проживання адвоката. У договірній практиці набуло поширення в тексті договору визначати як вибачальні обставини не тільки непереборну силу, а й форс-мажор. При цьому

останній вказується як визначений сторонами перелік тих обставин, які призводять до звільнення сторін від відповідальності чи зменшення її розміру. Форс-мажор визнано обставиною, яка звільняє сторони договору від відповідальності у випадках невиконання або неналежного виконання ними зобов'язань. За ним принциповими положеннями конструкції форс-мажору є:

1) з настанням обставин форс-мажору строк виконання контракту для сторони, що піддається його впливу, відкладається на весь період їх дії до моменту усунення. Це може стосуватися подання іншою стороною касації чи скарги, за яких виконання рішення суду, а відповідно, й адвокатом своїх зобов'язань, відстрочується;

2) обумовлене форс-мажором неналежне виконання зобов'язання не визнається його простроченням і не призводить до штрафних санкцій (відповідальності). Зокрема, до тих пір, поки судом не буде винесено рішення за спором, а спір у суді може розглядатися роками, зобов'язання адвоката не можуть вважатися простроченими і йому не можна заявити вимоги про притягнення до цивільно-правової відповідальності;

3) форс-мажор – юридичний факт, що спричиняє неможливість виконання зобов'язання у встановлений строк. До нього можна віднести певні суб'єктивні фактори: хворобу сторін процесу чи їх представників, завантаженість судді справами, перебування у від'їзді, відпустці, якщо учасники цивільного процесу заявили в установленому законом порядку клопотання про перенесення слухання справи. Правда, тут є й інша проблема – затягування розгляду спору у суді;

4) форс-мажор повинен настати після укладення договору;

5) якщо одна зі сторін заздалегідь знала про неможливість виконання договірних зобов'язань, але приховала ці відомості від контрагента, то договір визнається недійсним із наслідками визнання правочину недійсним.

За такого підходу форс-мажор розглядається як «...зовнішня обставина, яку, як правило, не можна передбачити в момент виникнення зобов'язання, запобігти її виникненню та не можна уникнути, або ж попередити її наслідки, не зв'язана з винними діями сторін і призводить до неможливості виконання зобов'язань»<sup>7</sup>. Як уже зазначалось, такий форс-мажор передбачається у текстах договорів: 1) як його особливі умови; 2) як застереження; 3) як підстави звільнення від відповідальності. Проте зустрічаються такі з них, що змушують замислитися, на які якості та обставини сподівається адвокат при наданні правової допомоги. Так, на практиці нам трапилася доволі цікава форс-мажорна умова – «зміна складу суду». Йшлося про те, що в разі зміни суду адвокат за таким договором не гарантує успіху у справі. Вважаємо, що ці умови звільнення від відповідальності не відповідають вимогам чинного законодавства і мають визнаватися нікчемними.

Форс-мажорне застереження у тексті договору про надання правової допомоги повинне бути невелике і передбачати юридичні факти об'єктивного характеру, що можуть виникнути за час виконання такого договору і вплинути на неможливість виконання сторонами договору своїх зобов'язань. Це можуть бути події техногенного, природного, соціально-політичного та воєнного характеру, які повинні мати свою чітку правову оцінку і об'єктивно призводити до неможливості виконання адвокатом своїх зобов'язань, зокрема на території проведення АТО.

Може йтися про зміну чинного законодавства, зокрема надання його актам зворотної сили. Такі випадки хоча й непоодинокі, але ніхто від них не застрахований. Відповідно, якщо адвокат при ознайомленні з обставинами справи виходив із однієї диспозиції права і бачив можливість позитивного для клієнта рішення у справі, то з урахуванням зміненого законодавства диспозиція норми права корінним чином змінилася.

Такі обставини можуть бути і суб'єктивного характеру. Найчастіше це надання адвокатом не повної і не точної інформації про обставини порушення прав клієнта та поведінку самого клієнта під час факту, найчастіше – злочину чи навіть адміністративного порушення. Це призводить до помилок у кваліфікації порушення, вибору тактики захисту, пошуку доказів тощо. Тому нещирість клієнта в описі обставин справи чи намагання обдурити адвоката дійсно повинне розглядатися як обставина, яка у подальшому слугуватиме підставою для звільнення адвоката від відповідальності.

Проблемним є ігнорування клієнтами інструкцій адвоката, як вести себе у процесі слухання у справі. Якщо такі інструкції є правомірними, зокрема адвокат не змушує клієнта обманювати суд в обставинах справи чи їх перекручувати, то адвокат їх включає у тактику захисту. Відповідно, порушення інструкцій клієнтом не гарантує того результату, на який розраховував адвокат. Проте вина тут самого клієнта. Отже, вихід клієнта за межі інструкцій може розглядатися як вибачальна обставина. Тож її можна включати у текст договору. При укладенні договору з надання правової допомоги його *сторони можуть встановити такий перелік*.

Більшість таких вибачальних обставин належать до вини клієнта. Так, згідно зі ст. 616 ЦКУ, якщо порушення сталося з вини кредитора, суд відповідно зменшує розмір збитків та неустойки, які стягуються з боржника. Суд також вправі зменшити розмір збитків та неустойки, що стягуються з боржника, якщо кредитор умисно або з необережності сприяв у збільшенню розмірів збитків, завданих порушенням зобов'язання, або не вжив заходів щодо їх зменшення. Це правило може бути й застосоване для врахування вини клієнта як кредитора за договором про надання правової допомоги.

Окремо йдеться про звільнення адвоката від відповідальності, якщо невиконання чи неналежне виконання ним зобов'язання обумовлене умислом або необережністю клієнта. У таких випадках видається допустимим використати правило про вину, яке передбачене ст. 614 ЦК України, та положення окремих статей. З огляду підрядної природи договору про надання правової допомоги, то підставами для звільнення адвоката від відповідальності є положення § 1 Глави 61 ЦК України, зокрема про правові наслідки не вико-

нання замовником вимог підрядника (ст. 848 ЦК України) щодо усунення обставин, які загрожують якості або придатності результату роботи (ч. 1). Це стосується обов'язку клієнта сприяти підряднику під час виконання ним зобов'язань за договором підряду (ст. 850 ЦК України).

Заслуговує на увагу також проблема виконання клієнтом своїх зобов'язань щодо сплати витрат, наприклад, на проведення необхідних для успіху справи експертиз. У таких випадках доцільним є поширення ст. 851 ЦК України. Так, у справі про визнання батьківства за згоди відповідача була призначена експертиза крові. Але коли відповідачу було пояснено, що така експертиза не дає стовідсоткової результативності і він може бути визнаний батьком, якщо буде висновок «батьківство не виключається», відповідач від давання зразків крові відмовився. Позивачка звинуватила у тому некомпетентність адвоката, у якого привселюдно запитала, за що ж вона йому платила гроші?

Не менш цікавим для звільнення від цивільно-правової відповідальності за договором є випадок: обставина, яку можна та слід було б передбачити і запобігти, але це не було зроблено. Казус здебільшого зв'язується з психічним станом особи, яка учинила правопорушення, але не усвідомлювала або не могла усвідомлювати його протиправність і передбачувати негативні наслідки. Проте на практиці, стосовно адвокатів, їхній психічний стан не спричиняє ускладнень. Все-таки відчувається професіоналізм.

Щодо підстав звільнення від відповідальності за підстав, які властиві лише окремим видам договорів, то для договору про надання правової допомоги та відсутності розгорнутого законодавства про договірне надання правової допомоги поки що говорити зарано.

Таким чином, звільнення адвокатів від відповідальності за неналежне виконання обов'язків за договором з надання правової допомоги може бути проведене з урахуванням загальних положень про звільнення від цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язань та загальних положень про підрядний тип договору. Важливо, щоб це отримало позитивне врегулювання, що стане гарантією для здійснення адвокатської діяльності.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України : Кодекс від 16 січня 2003 р. № 435- IV (редакція станом на 1 лютого 2016 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [zakon.rada.gov.ua/go/435-15](http://zakon.rada.gov.ua/go/435-15)

<sup>2</sup> Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР, : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [zakon.rada.gov.ua/go/85/96-вр](http://zakon.rada.gov.ua/go/85/96-вр)

<sup>3</sup> Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [zakon.rada.gov.ua/go/5076-17](http://zakon.rada.gov.ua/go/5076-17)

<sup>4</sup> Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук / Р. А. Лідовець. – Острог, 2004. – 203 с. – С. 183.

<sup>5</sup> Правила адвокатської етики : від 18 січня 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [vkdka.org/pravila-advokatskoji-etiki/](http://vkdka.org/pravila-advokatskoji-etiki/)

<sup>6</sup> Рішення дисциплінарної палати Одеської обласної кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури від 4 лютого 1999 р. // Адвокат. – 2000. – № 1. – С. 52.

<sup>7</sup> Цивільне право України: курс лекцій: у 6 т. / Р. Б. Шишка, Л. В. Красицька, В. В. Сергієнко, О. І. Смотров, Є. О. Мічурін, О. Р. Шишка ; за ред. Р. Б. Шишки. – Х. : Еспада, 2005. – Т. V. Кн. 1. Загальні положення зобов'язального права. – 224 с. – С. 201.

## Резюме

**Кравченко М. В. Звільнення адвокатів від цивільно-правової відповідальності за договором про надання правової допомоги.**

У статті йдеться про підстави та порядок звільнення адвокатів від цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язань за договором про надання правової допомоги. Автор виходить із теорії вини, але зважає на об'єктивні та суб'єктивні обставини у адвокатській практиці, які можуть слугувати підставами звільнення їх від відповідальності за порушення зобов'язань за таким договором.

**Ключові слова:** адвокат, клієнт, відповідальність, вина, підстави звільнення.

## Резюме

**Кравченко М. В. Освобождение адвокатов от гражданско-правовой ответственности за договором о предоставлении правовой помощи.**

В статье идет речь об основаниях и порядке освобождения адвокатов от гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательств за договором о предоставлении правовой помощи. Автор выходит из теории вины, но считает с объективными и субъективными обстоятельствами в адвокатской практике, которые могут служить основаниями освобождения их от ответственности за нарушение обязательств по такому договору.

**Ключевые слова:** адвокат, клиент, ответственность, вина, основания освобождения.

## Summary

**Кравченко М. Exemption lawyers from civil liability under the agreement on legal assistance.**

Speech goes in the article about grounds and order of liberation of advocates from civil liability for neglect of duties by agreement on the grant of legal aid. An author goes out the theory of guilt, but considers by objective and subjective circumstances in advocate practice, that can serve as the grounds of liberation of them from responsibility for neglect of duties by such agreement.

**Key words:** advocate, client, responsibility, guilt, grounds of liberation.

**Н. В. МАЙКА**

*Наталія Володимирівна Майка, аспірантка  
Хмельницького університету управління та права*

## **ПОНЯТТЯ І ВИДИ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ, ЯКІ ОПОСЕРЕДКОВУЮТЬ ВИНИКНЕННЯ ПРАВОВІДНОСИН З ПРИВОДУ КОРИСТУВАННЯ ЧУЖИМ НЕРУХОМИМ МАЙНОМ**

Доцільність наукового дослідження юридичних фактів з приводу користування чужим нерухомим майном визначається тим, що вони займають провідне місце в механізмі правового регулювання виникнення речових правовідносин. Їх завданням є юридичне забезпечення виникнення, зміни або припинення речових правовідносин щодо чужої нерухомості. Адаже саме юридичні факти забезпечують перехід від загальної моделі поведінки, закріпленої в юридичній нормі, до конкретних речових прав на чужу річ.

Не зважаючи на значення правового регулювання юридичних фактів, які є підставою виникнення правовідносин користування чужим нерухомим майном, все ж таки сьогодні у сучасній юридичній науці України відсутнє комплексне дослідження цього питання. Передусім так і не досліджено залишається природа договорів, які опосередковують виникнення таких правовідносин, характер адміністративних та юрисдикційних актів, якими встановлюються речові права на чужу нерухомість тощо.

Окремі питання визначення підстав встановлення речових прав на чуже нерухоме майно досліджувалися такими вітчизняними вченими, як: В. В. Гутьєва, П. Ф. Кулинич, В. О. Кутателадзе, В. М. Мартин, Р. І. Марусенко, В. В. Носік, І. В. Спасибо-Фатєєва, В. І. Нагнибіда, В. В. Цюра, С. О. Погрібний, С. О. Слободянюк, Є. О. Харитонов, С. І. Шимон, Д. М. Яценко та інші.

**Метою** даної статті є визначення видів юридичних фактів, які є підставою виникнення речових прав на чужу нерухомість, їх поняття для окреслення перспектив удосконалення їх правового регулювання. Зважаючи на існування значної кількості видів юридичних фактів, які встановлюють речові права на чужу нерухомість, ми розглянемо найбільш поширені з них у практиці.

Теорія юридичних фактів у цивільному праві на сьогодні залишається досить консервативною. У більшості наукових праць поняття «юридичний факт», види юридичних фактів та їх класифікація відтворюються і з незначними варіаціями. Юридичними фактами є певні життєві обставини, у зв'язку з якими виникають, змінюються та припиняються відповідні правовідносини. Головною ознакою таких фактів є те, що моделі цього явища закріплені у нормах права. Це основний критерій, за яким можна розмежувати поняття «факт» від «юридичного факту».

Враховуючи предмет нашого дослідження, юридичний факт можна кваліфікувати як життєву обставину, передбачену у нормах права, як підставу виникнення, зміни або припинення речових правовідносин з приводу користування чужою нерухомістю.

Основним критерієм класифікації юридичних фактів є вольовий принцип, за яким вони поділяються на юридичні дії (настання яких залежить від волі людини) та юридичні події (настання не залежить від волі людини)<sup>1</sup>.

Аналіз законодавства в частині закріплення підстав виникнення правовідносин з речових прав користування чужим нерухомим майном показує, що саме юридичні дії застосовуються як вид юридичного факту, що опосередковує виникнення речових правовідносин на чужу нерухомість. Серед них: правочин (договір, заповіт), закон, рішення суду, адміністративний акт (ст.ст. 402, 407, 413 ЦК України).

Згідно з ч. 1 ст. 402, ч. 1–2 ст. 407, ч. 1–2 ст. 413 ЦК України<sup>2</sup>, правочинами, які опосередковують виникнення речових прав на чуже нерухоме майно, є договір, заповіт, спадковий договір.

Законодавець до договорів, що встановлюють речові права на користування чужою нерухомістю, відносить: договори про встановлення сервітуту (щодо земельної ділянки або права проживання), договір про встановлення права користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб, договір про встановлення права користування чужою земельною ділянкою для забудови. На жаль, істотні умови цих договірних зобов'язань законодавством не визначено, крім, власне, умов про предмет договору, що є істотним для всіх видів договорів (ст. 638 ЦК України). З аналізу норм ЦК України випливає, що предметом договору про встановлення речових прав на користування чужим нерухомим майном є обсяг прав щодо користування чужим нерухомим майном. З огляду на дію принципу *numerus clausus* ці права повинні бути визначені в договорі чітко, точно і повно. Речові права на чуже нерухоме майно можуть бути встановлені на певний строк або без визначення строку, проте строк про надання права користування чужою земельною ділянкою, що перебуває у державній чи комунальній власності, не може перевищувати 50 років. Тому строк, де стороною є держава чи територіальна громада – обов'язкова умова договору. Плата є також істотною умовою договору, якщо інше не встановлено договором (ч. 3 ст. 403, ч. 2 ст. 409, ч. 4 ст. 415 ЦК України).

Вважаємо, що суттєвим недоліком вітчизняного законодавства є відсутність переліку істотних умов договору про встановлення речових прав на чужу нерухомість, що створює можливість укладення удаваних



правочинів. Тому однією із нагальних потреб є закріплення таких істотних умов на законодавчому рівні. До них, на наш погляд, слід віднести:

1. предмет договору – обсяг прав щодо користування чужим нерухомим майном;
2. об'єкт договору – об'єкт нерухомого майна, щодо якого є потреба у користуванні суб'єктом, що не є власником (опис об'єкта, місце розташування тощо);
3. строк дії договору (незалежно від того, укладено договір на визначений чи невизначений строк);
4. плата за користування чужою нерухомістю (якщо користування є безоплатним, в договорі це має бути зазначено);
5. умови і строк передачі об'єкта у користування;
6. умови повернення об'єкта користування.

Незаперечний інтерес викликає шлюбний договір як правочин, який встановлює речові права на чуже нерухоме майно. Адже згідно зі ст. 93 СК України<sup>3</sup> шлюбним договором регулюються майнові відносини між подружжям, за цим договором не може передаватися у власність одному з подружжя нерухоме майно та інше майно, право на яке підлягає державній реєстрації. Оскільки речові права на користування чужою нерухомістю мають майнову природу, а окремі з них (право емфітевзису та право суперфіцію) є оборотоздатними, то звичайно ж допустимо встановлення цих прав шлюбним договором. Тим більше, що ч. 4 ст. 97, ч. 2 ст. 98 СК України визначено, що сторони можуть передбачити використання належного їм обом або одному з них майна для забезпечення потреб їхніх дітей, а також інших осіб, можуть домовитися про проживання у житловому приміщенні, яке належить одному з них чи є їхньою спільною власністю, їхніх родичів. З аналізу випливає, що таке право може здійснюватися як речове право на чуже нерухоме майно. Єдиним критерієм, відмінним від інших договорів, які встановлюють речові права на чуже нерухоме майно, є суб'єктний склад цих правовідносин. Вони складаються лише у рамках сімейних відносин, а саме: між подружжям, їхніми дітьми та родичами.

Для усунення суперечностей між нормами пропонуємо доповнити ч. 3 ст. 95 СК України та викласти її в наступній редакції: «Шлюбний договір підлягає обов'язковій державній реєстрації у передбачених законом випадках».

Аналізуючи норми цивільного законодавства, слід згадати і договір дарування із встановленням речового права на чуже нерухоме майно, як один із договорів, які встановлюють речові права на чуже нерухоме майно. На обдарованого може бути покладено обов'язок вчинити певну дію майнового характеру на користь третьої особи (ч. 1 ст. 725 ЦК України). Однією із таких майнових дій може бути обов'язок передачі майна у користування на правах сервітуту, емфітевзису чи суперфіцію. Тобто, право власності обдарованого може бути обтяжене через покладення на нього певних обов'язків на користь третіх осіб. Їх дотримання обдаровуваним забезпечується юридичною можливістю дарувальника вимагати розірвання договору і повернення дарунка, а якщо повернення неможливе – відшкодування його вартості.

Покладення на обдаровуваного обов'язку на користь третіх осіб є обмеженням його абсолютних прав як власника. Зазначене обмеження виникає на підставі договору в результаті погодженого волевиявлення сторін, укладення у передбаченій законом формі договору (ст. 719 ЦК України). З метою недопущення ухилення обдарованого від виконання обов'язку майнового характеру вважаємо, що у чинному законодавстві доречно передбачити одночасну державну реєстрацію речових прав (права власності та речового права на користування чужим нерухомим майном).

Стосовно договору дарування з відкладальною умовою про виконання обов'язку на користь третьої особи, то в такій ситуації можуть виникнути певні проблеми. Адже відсутні норми щодо права третьої особи вимагати виконання обов'язку обдарованим на його користь. Тому пропонуємо внести зміни до ч. 1 ст. 726 ЦК України та викласти її в наступній редакції: «У разі порушення обдаровуваним обов'язку на користь третьої особи дарувальник та третя особа, на користь якої встановлений цей обов'язок, має право вимагати розірвання договору і повернення дарунка, а якщо таке повернення неможливе – відшкодування його вартості».

Речові права на чуже нерухоме майно можуть набуватися та відчужуватися в порядку спадкування (ч. 2 ст. 407, ч. 2 ст. 413, ст. 1246 ЦК України).

Заповіт є особистим розпорядженням фізичної особи, заповідач має право відповідно до закону (ст. 1242 ЦК України) скласти заповіт з умовою. Одним із розпоряджень заповідача може бути встановлення у заповіті речових прав на чуже нерухоме майно, тобто надання третій особі, зазначеній або не зазначеній у заповіті, права користування майном, яке перейшло до спадкоємців. Законодавець дещо непослідовний у викладенні норм щодо встановлення заповітом речових прав на чуже майно. Якщо у ч. 1 ст. 402 та ч. 1 ст. 413 передбачено заповіт, як підставу виникнення цих прав, то у книзі шостій ЦК України визначено встановлення заповітом лише сервітуту. Це в свою чергу залишає поза сферою правового регулювання інші речові права на чуже майно. З огляду на природу цих прав, передусім права емфітевзису та права суперфіцію, вважаємо за доцільне внесення змін до назви та змісту ст. 1246 ЦК України та викласти її у наступній редакції: «Стаття 1246. Встановлення речових прав на чуже майно у заповіті».

Спадкодавець має право встановити у заповіті речові права на чуже майно щодо земельної ділянки, інших природних ресурсів або іншого нерухомого майна для задоволення потреб інших осіб».

За спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і у разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача (ст. 1302 ЦК України).

С. В. Мазуренко у своїй дисертаційній роботі пише, що спадковий договір посідає особливе місце поміж цих та інших юридичних фактів, що тягнуть за собою виникнення права на майно небіжчика. Це пояснюється тим, що спадковий договір поєднує в собі елементи речового і зобов'язального правочину, внаслідок чого право власності на спадкове майно може виникати після смерті відчужувача раніше за виконання зобов'язання набувачем<sup>4</sup>.

Набувач у спадковому договорі може бути зобов'язаний вчинити певну дію майнового або немайнового характеру до відкриття спадщини або після її відкриття (ст. 1305 ЦК України). Водночас важко погодитися з таким твердженням: «незважаючи на те, що в ст. 1305 ЦК України законодавець передбачив зобов'язання набувача вчинити «певну дію», немає сумніву, що тут йдеться не про виконання набувачем одноразового акту, а саме про «дії» набувача»<sup>5</sup>.

Із норм ЦК України випливає, що за спадковим договором на набувача можуть бути покладені обов'язки вчинення певних дій не тільки на користь відчужувача, а й визначених ним третіх осіб, у тому числі й після смерті відчужувача. При такому варіанті спадковий договір буде містити елементи договору на користь третьої особи, що встановлює речові права на чуже майно.

З аналізу норм законодавства випливає, що встановлення речових прав на чуже нерухоме майно законом можливе лише щодо сервітутних прав. Такими законодавчими актами, як Закон України «Про благодійницьку діяльність та благодійні організації»<sup>6</sup>, Повітряним кодексом України<sup>7</sup>, Законом України «Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об'єктів»<sup>8</sup> передбачена можливість встановлення сервітуту.

Щодо інших речових прав на чужу нерухомість, то закон не є юридичним фактом, що породжує юридичні наслідки, адже подібна можливість застосування як на практиці, так на нормативному рівні відсутня.

Адміністративні акти породжують правовідносини між органом, що видав акт, і особами, яким цей акт адресований. Такими актами, що встановлюють речові права на чуже нерухоме майно, є рішення органу місцевого самоврядування про передачу земельної ділянки у право постійного користування, про передачу земельної ділянки під забудову та ін. Також до адміністративних актів відносять ще й дії органів державної влади щодо проведення державної реєстрації. З цього приводу Є. О. Суханов зауважує, що надзвичайно важливу роль у процесі виникнення, зміни або припинення цивільних правовідносин відіграють такі адміністративні акти, як державна реєстрація юридичних дій і подій<sup>9</sup>. Зауважимо, що згідно зі ст. 182 ЦК України та Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»<sup>10</sup> діє імперативна норма щодо обов'язкової державної реєстрації речових прав на нерухомість. З моменту вчинення цих дій виникають, змінюються та припиняються абсолютні правовідносини.

Державна реєстрація речових прав є обов'язковим та кінцевим юридичним фактом, який породжує настання юридичних наслідків. Водночас цей юридичний факт є залежним від інших юридичних фактів, що встановлюють речові права. Звідси випливає, що виникнення правових наслідків можливе лише при сукупності юридичних фактів: юридичного акта встановлення речових прав та їх державної реєстрації.

Особливим видом актів є судові рішення, які встановлюють цивільні права та обов'язки. З аналізу судової практики випливає, що задоволення позову про встановлення речових прав на чуже нерухоме майно відбувається насамперед, коли сторони не змогли досягнути згоди для укладення відповідного правочину.

Відповідно до п. 5 Листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28 січня 2013 р. № 24-150/0/4-13 «Про практику застосування судами законодавства під час розгляду цивільних справ про захист права власності та інших речових прав» при вирішенні спорів щодо встановлення сервітуту судам слід з'ясувати, чи звертався позивач з такою вимогою безпосередньо до власників майна і чи вирішувалося це питання між сторонами в добровільному порядку, чи може позивач задовольнити свою потребу у користуванні своїм майном інакше як установленням такого сервітуту. Якщо ж відповідач взагалі відмовляється від встановлення сервітуту, то суд встановлює його своїм рішенням<sup>11</sup>.

Ми вважаємо, що це позитивна практика, оскільки дотримано норму ч. 3 ст. 402 ЦК України, в яких випадках вирішується встановлення сервітуту на підставі акту судової влади.

Щодо інших речових прав на чуже нерухоме майно, то діє аналогічна практика. Рішенням господарського суду Дніпропетровської області від 15 листопада 2010 р. у справі № 8/178-10 за позовом Приватного підприємства «Агролюкс» до Синельниківської районної державної адміністрації Дніпропетровської області про зобов'язання укласти договір користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) було задоволено позов, мотивуючи тим, що відповідно до норм ст. 641 Цивільного кодексу України запропонувати укласти договір (оферту) може зробити будь-яка зі сторін майбутнього договору<sup>12</sup>.

Неможливо оминати увагою такого виду юридичних фактів, як виникнення речових прав на чуже нерухоме майно за набувальною давністю. У даному випадку ця категорія є відносною юридичною подією, що мало місце в цивільних правовідносинах дореволюційної Росії<sup>13</sup> та існує також сьогодні в і зарубіжних приватноправових правових системах. Однак в українському законодавстві така підстава встановлення речових прав на чуже нерухоме майно відсутня. Цей інститут був відомий і у римському приватному праві. На початку республіки сервітут міг бути придбаний за давністю – користування упродовж двох років приводило до встановлення права на нього<sup>14</sup>. Емфітевзис міг бути встановлений також за давністю. Емфітевт набував право довготривалого користування чужою земельною ділянкою. Плоди, отримані від використання земельної ділянки, емфітевт набував у власність, його права переходили в спадок, він міг їх також відчужувати, обтяжувати сервітутами та заставляти<sup>15</sup>. В. П. Маковій у своїй дисертаційній праці «Набувальна давність у цивіль-

ному праві» стверджує, що ординарна набувальна давність відтворена у ч. 1 ст. 344 ЦК<sup>16</sup>. Однак дослідник розглядає підставу виникнення речових прав за набувальною давністю лише щодо права власності.

Як було вказано вище, в українському законодавстві така підстава встановлення речових прав на чуже нерухоме майно відсутня, і це, на нашу думку є виправданим підходом. Адже подібний спосіб набуття речових прав на чуже нерухоме майно є негативним обтяженням прав власника, оскільки він фактично позбавляється можливості здійснення своїх абсолютних прав. Будь-які встановлення речових прав на чуже нерухоме майно повинні бути погоджені між власником та користувачем.

Підсумовуючи вищевикладене, можна зробити такі висновки:

- відповідно до чинного законодавства України в якості юридичних фактів, які породжують речові права на чуже нерухоме майно, можна назвати тільки юридичні дії;
- суттєвим недоліком вітчизняного законодавства є відсутність переліку істотних умов договору про встановлення речових прав на чуже нерухомість, що створює можливість укладення удаваних правочинів, тому однією із нагальних потреб є закріплення останніх на законодавчому рівні;
- іншими договорами, що встановлюють речові права на чуже нерухоме майно, можна назвати шлюбний договір та договір дарування;
- в порядку спадкування правочинами, що опосередковують виникнення речових прав на чуже нерухомість, є заповіт, заповідальний відказ, спадковий договір;
- встановлення речових прав на чуже нерухоме майно на підставі закону можливе лише щодо сервітутних прав;
- адміністративними актами, що опосередковують виникнення речових прав на чуже нерухомість, є рішення органів державної влади, державна реєстрація речових прав на нерухоме майно, акт судової влади.

<sup>1</sup> Толстой Ю. К. К теории правоотношения / Ю. К. Толстой. – Л. : Изд-во Ленинградского ун-та, 1959. – 88 с. – С. 7–8.

<sup>2</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

<sup>3</sup> Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.

<sup>4</sup> Мазуренко С. В. Спадковий договір у цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / С. В. Мазуренко; Одес. нац. юрид. акад. – Одеса, 2004. – 20 с. – С. 14–15.

<sup>5</sup> Заїка Ю. О. Спадкове право України [Текст] : навч. посіб. / Ю. О. Заїка. – К. : Істина, 2006. – 216 с. – С. 117.

<sup>6</sup> Про благодійну діяльність та благодійні організації: Закон України від 5 липня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 25. – Ст. 252.

<sup>7</sup> Повітряний кодекс України від 19 травня 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 48–49. – Ст. 536.

<sup>8</sup> Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об'єктів від 9 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 1. – Ст. 1.

<sup>9</sup> Гражданское право : в 2 т. Учебник / отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Изд-во БЕК, 1998. – Т. I. – 816 с. – С. 34.

<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 практику застосування судами законодавства під час розгляду цивільних справ про захист права власності та інших речових прав : інформаційний лист від 28 січня 2013 р. № 24-150/0/4-13 // Офіційний сайт Верховного Суду України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://pt.kg.court.gov.ua/sud1120/400inf/400inf1/info\\_6/](http://pt.kg.court.gov.ua/sud1120/400inf/400inf1/info_6/)

<sup>12</sup> Рішення господарського суду Дніпропетровської області від 15 листопада 2010 р. № 8/178-10 // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12242551>

<sup>13</sup> Мейер Д. И. Русское гражданское право : в 2 ч. / Д. И. Мейер [по исправленному и дополненному 8-му изд. 1902.] / изд. 2-е, испр. – М. : Статут, 2000. – 831 с. – С. 437.

<sup>14</sup> Підпригора О. А. Основы римского частного права. / О. А. Підпригора. – К. : Вища школа, 1995. – 267 с. – С. 127.

<sup>15</sup> Там само. – С. 128–129.

<sup>16</sup> Маковій В. П. Набувальна давність у цивільному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. П. Маковій, – Х. : Б.в., 2007. – 20 с. – С. 12.

## Резюме

**Майка Н. В. Поняття і види юридичних фактів, які опосередковують виникнення правовідносин з приводу користування чужим нерухомим майном.**

У статті вивчаються питання правового регулювання підстав виникнення речових прав на чуже нерухоме майно. Автором надається характеристика окремих видів юридичних фактів, які опосередковують виникнення цих речових правовідносин. Зроблено пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства України.

**Ключові слова:** юридичний факт, договір, заповіт, спадковий договір, адміністративний акт, державна реєстрація речових прав на нерухоме майно, набувальна давність.

## Резюме

**Майка Н. В. Понятие и виды юридических фактов, опосредующих возникновение правоотношений по поводу пользования чужим недвижимым имуществом.**

В статье изучаются вопросы правового регулирования оснований возникновения прав на чужое недвижимое имущество. Автором предоставляется характеристика отдельных видов юридических фактов, опосредующих возникновение этих вещных правоотношений. Сделаны предложения по совершенствованию действующего законодательства Украины.

**Ключевые слова:** юридический факт, договор, завещание, наследственный договор, административный акт, государственная регистрация прав на недвижимое имущество, приобретаемая давность.

Summary

**Mayka N. Concept and types of legal facts, which are the basis of nascence the legal establishment the limited use another person's real property.**

The article deals with the legal regulation of the basis nascence the legal establishment the limited use another person's real property. The author provides characteristics some types of legal facts, that mediate occurrence these legal establishment. Formed the deals for improving the current legislation of Ukraine.

**Key words:** legal fact, contract, testament, ancestral contract, administrative act, the state registration of property rights, usucap-tion.

УДК 347.4

**К. Е. НАСУРЛАЄВА**

*Катерина Енверівна Насурлаєва, аспірантка  
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького  
НАН України*

**СТОРОНИ ДОГОВОРУ ІНЖИНІРИНГУ**

В умовах стрімкого розвитку ринкової економіки в Україні особливого значення набуває такий вид цивільного зобов'язання, як договір інжинірингу. Необхідність наукового дослідження цивільно-правових відносин за договором інжинірингу зумовлена рядом державних завдань, що, зокрема, знайшли своє закріплення в розпорядженні Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2001 р. № 498-р, яке визначає інжинірингову діяльність як пріоритетний напрям розвитку експорту<sup>1</sup>.

Інжиніринг в Україні є доволі молодим видом господарської діяльності і наразі на науковому рівні ще не вироблено однозначної дефініції та не вирішено більшість питань, пов'язаних з регулюванням цивільно-правових відносин за договором інжинірингу. Актуальним нині є питання про сторони такого договору.

Кожен договір проявляє себе через власні елементи. До елементів договору як правовідношення насамперед належать його сторони. Можливість бути стороною договору започатковано на висхідних положеннях актів цивільного законодавства. Так, умовами участі у цих правовідносинах є наявність правоздатності та дієздатності. Сторонами досліджуваного договору є виконавець і замовник.

Виконавець може бути один або декілька, зокрема на основі послідовних договорів чи договорів субпідряду. У будь-якому разі в інжинірингових відносинах йдеться про висококваліфікованих професіоналів: інженерів, конструкторів, дизайнерів, технологів, будівельників, зокрема інжинірингові фірми. Замовник у свою чергу приймає виконану роботу та оплачує результат.

Виконавцем у досліджуваному договорі зазвичай є юридична особа, яка спеціалізується на виконанні цих робіт, є суб'єктом підприємництва і в силу свого правового становища може виконувати інжинірингові роботи. Відповідно до ст. 7 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» проєктні та будівельні роботи (до яких належить також інжиніринг) передбачають ліцензування такої діяльності<sup>2</sup>.

Як справедливо стверджують практики, під кожен вид інжинірингових робіт, який потрібен компанії, необхідні відповідні фахівці і техніка. При цьому на інжинірингові роботи особливі вимоги до фахівців – обов'язкова робота в штаті і досвід роботи не менше п'яти років. Техніка, інструменти мають бути обов'язково підтвержені метрологічною перевіркою. При обстеженні технічного стану будівель, споруд і інженерних мереж потрібна власна лабораторія. На техніку мають бути техпаспорти. Підприємство повинно бути забезпечене нормативно-технічною літературою, підтвержене договорами, накладними або актами прийому-передачі. У організації мають бути створені спеціальні відділи – такі, наприклад, як кошторисний, планово-договірний, юридичний супровід ведення договорів тощо<sup>3</sup>.

Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб підприємців»<sup>4</sup> встановлено, що цивільна правоздатність та дієздатність юридичної особи виникають з моменту її державної реєстрації, з чим пов'язується набуття статусу юридичної особи<sup>5</sup>, але це не зовсім так.

Загальноприйнятим є те, що юридична особа набуває необхідного обсягу правоздатності з моменту створення, тобто з моменту державної реєстрації (ч. 4 ст. 87, ст. ст. 91, 92 ЦК України). Відтак із моменту свого виникнення інжинірингова компанія має всі цивільні права та обов'язки, які властиві юридичним особам.

Так, звертаючись до міжнародної практики, М. Вольф в 40-х рр. минулого століття порушив питання про здатність до укладення договорів, що зазвичай мали назву торгових (комерційних) угод, тобто договорів, які укладали між собою купці або з іншими діловими особами – договорів ділового типу: договорів продажу, договорів про надання послуг, про страхування, про оборотні документи, морські договори тощо. Стосовно

цих договорів англійські судді, як правило, застосовували такий самий колізійний принцип, як і для угод неторговельного характеру: принцип доміцилія. Разом із тим є рішення, відповідно до яких здатність до укладення торговельних угод визначалася не за правом доміцилія, а за місцем укладення угоди. Згодом задля стійкості торговельних відносин принцип доміцилія було пом'якшено наступним чином: сторона, яка бере участь у договорі, не може посылатися на власну «нездатність» за законом доміцилія, якщо вона була здатна за законом місця укладення договору<sup>6</sup>.

У сфері міжнародного приватного права більшості країн існує положення, аналогічне встановленому французькою судовою практикою: «француз не може бути зобов'язаний знати закони різних держав, що стосуються повноліття... для дійсності угоди достатнім є те, що француз діяв не легковажно, добросовісно та не допускав необережності». Така норма була прийнята законодавством різних країн, зокрема Алжира, Німеччини, Сирії, Італії.

Вітчизняне законодавство визначає, що фізичні особи мають право здійснювати зовнішньоекономічну діяльність з моменту набуття ними цивільної дієздатності згідно з законами України. Фізичні особи, які постійно проживають на території нашої країни, мають зазначене право, якщо вони зареєстровані як підприємці. Фізичні особи, які не проживають на території України постійно, мають зазначене право, якщо вони є суб'єктами господарської діяльності за законом держави, в якій вони постійно проживають або громадянами якої вони є. Юридичні особи мають право здійснювати зовнішньоекономічну діяльність відповідно до їх статутних документів з моменту набуття ними статусу юридичної особи.

Стаття 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» встановлює, що суб'єкти, які є сторонами зовнішньоекономічного договору (контракту), мають бути здатними до укладення договору (контракту) відповідно до цього та інших законів України та/або закону місця укладення договору<sup>7</sup>. Це означає, що для з'ясування договірної правосуб'єктності сторони зовнішньоекономічного договору (однією зі сторін якого є український суб'єкт господарювання) законодавець пропонує використовувати альтернативно дві колізійні прив'язки: односторонню, яка завжди відсилає до права України, та закон місця укладення договору.

У вітчизняній юридичній літературі міститься концепція, згідно з якою правосуб'єктність юридичних осіб має спеціальний характер<sup>8</sup>. Тобто правоздатність та дієздатність юридичної особи повинна відповідати статуту юридичної особи, її статутним цілям. Цивільний кодекс УРСР 1963 р. регламентував, що правоздатність юридичної особи повинна відповідати встановленим цілям її діяльності (ст. 26)<sup>9</sup>. За радянських часів цей принцип закріплював планове ведення народного господарства, вимагав, щоб кожна з організацій діяла у точній відповідності з планом. З прийняттям у 2003 р. Цивільного кодексу України поняття правоздатності юридичної особи наповнилося новим змістом.

Наразі у вітчизняній юридичній доктрині правоздатність юридичної особи вважається універсальною<sup>10,11</sup>. Отже, з моменту створення будь-якої юридичної особи має всі цивільні права і обов'язки, властиві юридичним особам. Ця концепція викладена в абз. 2 ч. 1 ст. 80, ст. 91 ЦК України.

Проте було б помилковим, зазначає В.І. Борисова, вважати, що правоздатність усіх без винятку юридичних осіб має універсальний характер<sup>12</sup>. Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 91 ЦК України юридична особа може здійснювати окремі види діяльності, перелік яких встановлюється законом, після отримання ними спеціального дозволу (ліцензії). Наявність таких та інших обмежень для юридичних осіб виправдана. Інакше був би втрачений будь-який державний контроль за діяльністю юридичних осіб, без якого неможливо обійтись і в ринковій економіці.

Доктор юридичних наук В. С. Мілаш, яка критикує зв'язок між спеціальною та загальною правоздатністю і ліцензуванням, зазначає, що коли фізична особа отримує ліцензію для зайняття певною діяльністю, то в цьому разі її правоздатність, як і раніше, вважається загальною<sup>13</sup>. Вона стверджує, що ліцензія вказує на момент виникнення дієздатності і пов'язує спеціальну правоздатність господарської організації зі встановленими цілями діяльності в установчих документах та ролі, в якій виступає господарська організація у конкретних договірних відносинах.

Професор Р. Б. Шишка, вказуючи на таку особливість діяльності юридичних осіб, висловлює тезу, що в цьому разі дієздатність юридичної особи виникає перманентно, а тому і правосуб'єктність таких юридичних осіб називає перманентною, яка може розширюватися та звужуватися<sup>14</sup>. На наш погляд, таке визначення правосуб'єктності юридичної особи, не звужуючи її в цілому, є більш обґрунтованим та конструктивним.

Відповідно до ст. 91 юридична особа може мати такі ж самі цивільні права та обов'язки, як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. В. М. Кравчук вважає, що джерелом правоздатності організацій є правоздатність її засновників, тому обсяг правоздатності організацій не може бути більшим, ніж обсяг правоздатності її засновників<sup>15</sup>. З цим поглядом на правоздатність ми не можемо погодитись. Чинне законодавство передбачає, що певні види діяльності може здійснюватися лише юридичною особою. Це дає нам підставу стверджувати, що юридичні особи створюються саме з метою розширення можливостей фізичної особи для здійснення тих видів діяльності, які вона не може провадити без отримання нею відповідного статусу.

Зокрема, потребує уточнення питання можливості укладення договорів філіями юридичної особи. З цього приводу звернемося до п. 1 Роз'яснення президії Вишого Арбітражного суду України «Про укладення договорів відособленими підрозділами юридичних осіб», де зазначено, що за наявності належно оформлених повноважень юридичної особи керівники її відособлених підрозділів (філій, представництв, відділень) мають право укладати договори від імені юридичної особи у межах наданих їм повноважень<sup>16</sup>. Право

керівника філії чи представництва визначені ч. 4 ст. 95 ЦК та ч. 2 ст. 28 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» і зв'язується з довіреністю, як підставою для вчинення юридичних дій від імені юридичної особи, у тому числі укладати договори,

Таким чином, з огляду на вищезазначене, можна стверджувати, що субпідрядні (співвиконавські) складові не виключені і цілком ймовірні. Відносини між провідним виконавцем і співвиконавцями будуються за принципом: перший є відповідальним за весь обсяг робіт перед замовником. Співвиконавці зазвичай укладають договори лише на частину робіт. Провідний виконавець організовує, фінансує та контролює виконання робіт, які проводять співвиконавці, та несе відповідальність перед замовником за виконання всього обсягу робіт, що проводяться його співвиконавцями та їх контрагентами.

Замовниками інжинірингових послуг можуть бути фізичні особи. Цивільна правоздатність виникає у них з народження, а дієздатність у повному обсязі настає з 18 років або з моменту реєстрації шлюбу фізичної особи, яка не досягла повноліття, а також з моменту надання цивільної дієздатності у випадках, передбачених ст. 35 ЦК України.

Роблячи висновки, можемо зазначити, що замовником за договором інжинірингу можуть бути: 1) фізичні особи; 2) юридичні особи та їх структурні підрозділи; 3) державні органи та органи місцевого самоврядування, якщо цей договір укладається на підставі державного замовлення і на конкурсній основі,

Виконавцями за цими договорами можуть бути: 1) фізичні особи – професіонали; 2) юридичні особи, які спеціалізуються на наданні інжинірингових послуг.

<sup>1</sup> Про схвалення Програми стимулювання експорту продукції : розпорядження Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2001 р. № 498-р : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/498-2001-%D1%80?nreg=498-2001-%F0&find=1&text=%B3%ED%E6%E8%ED%B3&x=-845&y=-11117#w11>

<sup>2</sup> Про ліцензування певних видів діяльності : Закон України від 2 березня 2015 р. № 222-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/222-19/page>

<sup>3</sup> Ліцензія на інжинірингові роботи // Гаск Консалт : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://gask.com.ua/inzhiniringovie-rabotu?language=ua>

<sup>4</sup> Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб підприємців : Закон України від 15 травня 2003 р. № 755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31. – Ст. 263.

<sup>5</sup> Фролов В. Д. Правові аспекти реалізації правосуб'єктності юридичної особи / В. Д. Фролов // Вісник господарського судочинства. – 2004. – № 2. – С. 219–225.

<sup>6</sup> Вольф М. Международное частное право. / М. Вольф, – М. : Изд-во иностранной лит-ры, 1948. – 702 с.

<sup>7</sup> Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон УРСР від 16 квітня 1991 р. № 959-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 29. – Ст. 377.

<sup>8</sup> Підпригора О. А. Цивільне право: підруч. для студентів юрид. вузів та факультетів / О. А. Підпригора. – К.: Вентурі, 1997. – 480 с.

<sup>9</sup> Цивільний кодекс Української РСР 1963 р. [Електронний ресурс]. – К. : Інфодиск : Законодавство України, 2008. – Назва з титул. екрану.

<sup>10</sup> Цивільне право України: Курс лекцій : у 6 т. / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. – Х. : Еспада. – Т. 1. – Кн. 2. – 2004. – 392 с.

<sup>11</sup> Гражданское право. Учебник: в 3 т. / [под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого]. – М. : Проспект. – Т. 2. – 1998. – 632 с.

<sup>12</sup> Цивільне право України: [підручник]: У 2-х томах. / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін. / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – 480 с.

<sup>13</sup> Мілаш В. С. Підприємницький (комерційний) договір: поняття та правові особливості / В. С. Мілаш. – Полтава : АСМІ, 2004. – 148 с.

<sup>14</sup> Шишка Р. Б. Предпринимательское право Украины : учеб. / Р. Б. Шишка, А. М. Сытник, В. Н. Левков и др. ; под общ. ред. Р. Б. Шишки. – Х. : Эспада, 2001. – 624 с.

<sup>15</sup> Кравчук В. Про правоздатність юридичних осіб: окремі питання / В. Кравчук // Право України. – 1999. – № 11. – 145 с.

<sup>16</sup> Про укладення договорів відособленими підрозділами юридичних осіб : роз'яснення президії Вищого Арбітражного суду України від 30 березня 1995 р. № 02-5/220 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v\\_220800-95](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_220800-95)

### Резюме

#### **Насурлаєва К. Е. Сторони договору інжинірингу.**

Стаття присвячена таким елементам договору інжинірингу, як сторони. Проаналізовано погляди вітчизняних вчених та твердження практиків щодо вказаної дефініції. У ході дослідження встановлено, що замовником за договором інжинірингу можуть бути фізичні або юридичні особи та їх структурні підрозділи, державні органи та органи місцевого самоврядування, а виконавцями за цими договорами можуть бути фізичні особи – професіонали та юридичні особи, які спеціалізуються на наданні інжинірингових послуг.

**Ключові слова:** договір інжинірингу, сторони договору, замовник, співвиконавець, універсальність, фізична особа.

### Резюме

#### **Насурлаєва Е. Э. Стороны договора инжиниринга.**

Статья посвящена таким элементам договора инжиниринга, как его стороны. Проанализированы взгляды отечественных ученых и утверждение практиков по указанной дефиниции. В ходе исследования установлено, что заказчиком по договору

инжиниринга могут быть физические или юридические лица и их структурные подразделения, государственные органы и органы местного самоуправления, а исполнителями по этим договорам могут быть физические лица – профессионалы и юридические лица, которые специализируются на предоставлении инженеринговых услуг.

**Ключевые слова:** договор инженеринга, стороны договора, заказчик, соисполнитель, универсальность, физическое лицо.

### Summary

#### *Nasurlaieva K. The engineering contracts parties.*

The article is devoted to elements of the contract of engineering, like him. The views of local scientists and practitioners statement said definition. The study determined that the the customer under the contract engineering can be physical or legal persons and their structural units, state agencies and local governments, and artists to these contracts be physical persons – professionals and legal entities that specialize in providing engineering services.

**Key words:** contract engineering, parties to the agreement, the customer, subcontractor, versatility, individual.

УДК 347.9 + 342.5

## О. Ю. ОДОСІЙ

*Ольга Юрїївна Одосїй, здобувач Київського університету права НАН України*

### ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДУ ПРО НАКЛАДЕННЯ АРЕШТУ НА МАЙНО, ЩО НАЛЕЖИТЬ ВІДПОВІДАЧЕВІ І ЗНАХОДИТЬСЯ В НЬОГО АБО В ІНШИХ ОСІБ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Інститут забезпечення цивільного позову перебуває в тісному зв'язку з інститутом виконавчого провадження. Адже вжиття заходів щодо забезпечення позову дає змогу гарантувати ефективне виконання судових рішень у цивільних справах.

Метою застосування арешту на майно, що належить відповідачеві і знаходиться у нього або в інших осіб, як заходу забезпечення цивільного позову, є досить обґрунтоване припущення, що майно, яке є у відповідача на момент пред'явлення позову, може зникнути, зменшитися за кількістю або погіршитися за якістю на момент виконання рішення суду.

Тож слід зазначити, що виконавче провадження як завершальна стадія судового провадження та примусове виконання рішень інших органів (посадових осіб) – це сукупність дій органів і посадових осіб, визначених у Законі України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 р. № 606-XIV (далі – Закон), що спрямовані на примусове виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), які провадяться на підставах, у межах повноважень та у спосіб, визначені Законом, іншими нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до цього Закону та інших законів, а також рішеннями, що відповідно до цього Закону підлягають примусовому виконанню (згідно зі ст. 1 Закону)<sup>1</sup>.

Примусове виконання рішень в Україні покладається на Державну виконавчу службу, яка входить до системи органів Міністерства юстиції України (відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону).

Як впливає із п. 2 ч. 2 ст. 17 Закону, підлягають виконанню державною виконавчою службою такі виконавчі документи, як ухвали судів у цивільних справах. У тому числі ухвали суду про забезпечення цивільного позову.

Таким чином, виконавчими документами щодо забезпечення позову є ухвали суду про накладення арешту на майно або грошові кошти, що належить відповідачеві і знаходиться у нього або в інших осіб.

Метою накладення арешту на майно боржника є: 1) забезпечення збереження майна боржника, що підлягає подальшій передачі стягувачеві або реалізації; 2) виконання рішення про конфіскацію майна боржника; 3) виконання ухвали суду про накладення арешту на майно, що належить відповідачу і знаходиться у нього чи в інших осіб<sup>2</sup>.

Отже, накладення арешту на майно здійснюється також на підставі ухвали суду про накладення арешту на майно, що належить відповідачу і знаходиться у нього чи в інших осіб, що постановлена у порядку ст. 151 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України).

У п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову» від 22 грудня 2006 р. № 9 (далі – ППВСУ № 9) зазначається, що відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 152 ЦПК України позов майнового характеру дозволяється забезпечувати шляхом накладення арешту на майно або грошові кошти, що належать відповідачеві і знаходяться у нього або в інших осіб<sup>3</sup>.

Таким чином, застосування даного заходу забезпечення позову можливе лише у разі забезпечення позову майнового характеру.

Вчені-процесуалісти зазначають, що особливість такого провадження полягає у відсутності в Законі регламентації цього процесу, його оплати, фактичній неможливості назвати відповідача у справі боржником до ухвалення судового рішення тощо<sup>4</sup>. Вважаємо, що необхідно врахувати все це у чинному законодавстві України.

Щодо вказівки про те, що найбільш поширеним у судовій практиці серед заходів забезпечення позову є накладення арешту на майно або грошові кошти, що належать відповідачеві та знаходяться в нього або в інших осіб, слід зазначити наступне.

Вказане, наприклад, підтверджується аналізом статистичних даних застосування заходів забезпечення позову. Так, виходячи з даних, наданих районними судами м. Харкова, міськими, районними, міськрайонними судами Харківської області, а також даними апеляційного суду Харківської області щодо розгляду суддями заяв про застосування заходів забезпечення позову, більшість заяв стосувались такого заходу забезпечення позову, як накладення арешту на майно. Здебільшого із заявою про забезпечення позову звертались позивачі у цивільних справах про поділ майна подружжя, стягнення кредитної заборгованості, стягнення боргу, визнання договору дарування недійсним, розірвання договору, визнання права власності, визнання заповіту недійсним тощо<sup>5</sup>.

Суть даного заходу забезпечення позову полягає в тому, що суд забороняє відповідачеві, а також іншим особам, в яких перебуває майно відповідача, розпоряджатися відповідними коштами або іншим майном, накладення заборони щодо відчуження майна, що спрямований на реальне виконання майбутнього судового рішення.

Так, накладений арешт, як правило, не є перепорою в користуванні майном, на яке такий арешт накладений, якщо це не тягне за собою його знищення або зменшення його цінності<sup>6</sup>.

Отже, арешт майна відповідача може стосуватися як заборони розпоряджатися майном, так і заборони користуватися ним.

Також слід врахувати думку А. Коляди, який зазначає, що при застосуванні такого заходу забезпечення позову, як накладення арешту на майно необхідно конкретизувати його дію: чи то опис, вилучення і передача на зберігання іншій особі, чи то заборона на відчуження<sup>7</sup>.

Особливістю ж такого заходу, як накладення арешту на майно відповідача є те, що він застосовується для забезпечення збереження майна відповідача.

Щодо окремих аспектів виконавчого провадження з виконання вказаної ухвали суду про забезпечення цивільного позову слід зазначити наступне.

Згідно з ч. 1 ст. 19 Закону державний виконавець відкриває виконавче провадження на підставі виконавчого документа, зокрема за заявою стягувача або його представника про примусове виконання рішення.

Так, якщо виконавчий документ відповідає вимогам, визначеним ст. 18 Закону, пред'явлений у встановлені строки та до відповідного органу державної виконавчої служби, державний виконавець зобов'язаний відкрити виконавче провадження протягом трьох робочих днів з дня надходження до нього виконавчого документа.

Як вбачається в ч. 4 ст. 25 Закону, у разі відкриття виконавчого провадження за виконавчим документом про забезпечення позовних вимог строк для самостійного виконання рішення боржником не надається.

Відповідно до ч. 4 ст. 30 Закону в разі якщо ухвала суду підлягає негайному виконанню, державний виконавець відкриває виконавче провадження не пізніше наступного робочого дня після надходження документа і невідкладно розпочинає його примусове виконання.

Отже, державний виконавець під час виконання ухвали суду про вжиття заходів забезпечення цивільного позову повинен дотримуватися загальних правил здійснення виконавчого провадження, що визначені Законом та іншими нормативно-правовими актами.

Згідно зі ст. 57 Закону арешт на майно боржника може накладатися державним виконавцем шляхом: винесення постанови про арешт коштів та інших цінностей боржника, що знаходяться на рахунках і вкладах чи на зберіганні у банках або інших фінансових установах; винесення постанови про арешт коштів, що перебувають у касі боржника або надходять до неї; винесення постанови про арешт майна боржника та оголошення заборони на його відчуження; проведення опису майна боржника і накладення на нього арешту.

Закон розмежує такі процесуальні дії, як накладення арешту на майно і оголошення заборони на його відчуження, а також проведення опису і арешту майна.

Відповідно до п.п. 4.2.1 п. 4.2 Інструкції з організації примусового виконання рішень, що затверджена наказом Міністерства юстиції України від 2 квітня 2012 р. № 512/54 (далі – Інструкція) опис та арешт майна боржника здійснюються в такій послідовності: після виявлення майна боржника державний виконавець проводить опис та арешт цього майна, про що складає акт<sup>8</sup>.

Як зазначається в п. 4.2.3 Інструкції, якщо опис і арешт майна здійснюються на виконання рішення про забезпечення позову, державний виконавець передає арештоване майно на зберігання боржнику або його представнику. Іншій особі майно на зберігання може бути передано лише у випадку відсутності боржника чи його відмови від прийняття майна на зберігання, а також у випадку, якщо судовим рішенням визначено іншу особу, якій необхідно передати майно на зберігання<sup>9</sup>.

Вважаємо вказаний пункт Інструкції недосконалим, оскільки на виконання судового рішення про забезпечення позову (ухвали суду) державний виконавець передає арештоване майно на зберігання «відповідачу» або його представнику. Так, особа боржника відсутня у даному провадженні.



Отже, підтримуємо думку вчених-правників, які виділяють складовими елементами арешту: опис; оголошення заборони розпорядження; обмеження в праві користування майном або його вилучення у боржника (відповідача) та передачу на зберігання іншим особам<sup>10</sup> (виконавчий секвестр).

Тож вважаємо обґрунтованою позицію вчених, які вказують на місце виконавчого секвестру під час виконання державним виконавцем ухвали суду про накладення арешту на майно або грошові кошти, що належать відповідачеві і знаходяться у нього або в інших осіб. При цьому зберігача призначає державний виконавець, та ним може бути відповідач, на відміну від судового секвестру (передача речі на зберігання іншим особам як заходу забезпечення позову (п. 7 ч. 1 ст. 152 ЦПК України), де зберігача призначає суд<sup>11</sup>.

Слід також зазначити, що відомості про обтяження рухомого майна вносяться до Державного реєстру обтяжень рухомого майна. Державна реєстрація обтяжень рухомого майна проводиться з метою забезпечення виконання зобов'язань і захисту прав юридичних і фізичних осіб стосовно рухомого майна (відповідно до п. 1 Порядку ведення Державного реєстру обтяжень рухомого майна, що затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 5 липня 2004 р. № 830 (далі – Порядок № 830)<sup>12</sup>.

Відомості про обтяження рухомого майна вносяться до Реєстру на підставі заяви обтяжувача чи уповноваженої ним особи або рішення суду (згідно з п. 6 Порядку № 830).

Про внесення до Реєстру запису про обтяження рухомого майна реєстратор видає обтяжувачу чи уповноваженій ним особі примірник витягу. Другий примірник витягу реєстратор протягом п'яти днів надсилає боржнику (згідно з п. 12 Порядку № 830).

Так, підтвердженням того, що арешт на рухоме майно накладений, є витяг із Державного реєстру обтяжень рухомого майна про реєстрацію обтяження.

Щодо накладення арешту на нерухоме майно, звертаємо увагу на наступне. Так, відносини, пов'язані з державною реєстрацією прав на нерухоме майно та їх обтяжень, регулюються Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 1 липня 2004 р. № 1952-IV, згідно з яким державна реєстрація обтяжень нерухомого майна здійснюється в Державному реєстрі прав на нерухоме майно органами державної реєстрації прав на підставі ухвали суду, постанови державного виконавця про накладення арешту на нерухоме майно (відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 19 даного закону)<sup>13</sup>.

Процедура проведення державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, перелік документів, необхідних для її проведення, передбачені Порядком державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 р. № 868 (далі – Порядок № 868)<sup>14</sup>.

Як зазначається в п. 2 вказаного Порядку № 868, державну реєстрацію прав шляхом внесення записів до Державного реєстру прав проводять орган державної реєстрації прав та нотаріус як спеціальний суб'єкт, на якого покладаються функції державного реєстратора прав на нерухоме майно<sup>15</sup>.

Відповідно до п. 8 Порядку № 868 для проведення державної реєстрації обтяжень заявник подає органі державної реєстрації прав, нотаріусові, особі, зазначеній у п. 1-1 Порядку № 868, відповідну заяву. Заява про державну реєстрацію подається щодо кожного об'єкта нерухомого майна окремо (згідно з абз. 2 п. 8 Порядку № 868).

У теорії виконавчого та нотаріального провадження, а також між юристами-практиками тривають дискусії з приводу необхідності звернення до державного виконавця для виконання такої ухвали суду, чи є доцільним таке виконавче провадження, оскільки державний виконавець є «посередником», а відповідні відомості до реєстрів вносяться державним реєстратором або нотаріусом за заявою державного виконавця у порядку, встановленому чинним законодавством України. Вважаємо дане виконавче провадження недоцільним, а виконання даної ухвали державним реєстратором чи нотаріусом на підставі судового рішення сприятиме скороченню строку виконання ухвали суду.

Однак на сьогодні існує вказане виконавче провадження, що і є предметом дослідження автором у даній статті.

На підставі проведеного аналізу слід зазначити, що державні виконавці звертають увагу на те, що «трапляються непоодинокі випадки порушення державними реєстраторами, які здійснюють державну реєстрацію обтяжень, строків розгляду поданих державними виконавцями документів, прийняття відповідних рішень та повідомлення органів державної виконавчої служби, також трапляються випадки необґрунтованих відмов у проведенні державної реєстрації обтяжень»<sup>16</sup>. Проте кожен такий випадок є не що інше як порушення державним реєстратором відповідних норм чинного законодавства, а тому, враховуючи те, що дані ухвали суду підлягають негайному виконанню, задля забезпечення виконання в майбутньому рішення суду, питання щодо виконання зазначеної ухвали суду державним реєстратором чи нотаріусом без відповідного звернення до державного виконавця та відповідно відкриття виконавчого провадження є досить актуальним. У такому випадку ухвала про забезпечення позову надсилається судом до відповідного державного реєстратора чи до нотаріуса, що скорочує строки виконання даної ухвали.

Отже, враховуючи зазначене, слід вказати, що накладення арешту на майно відповідача державним реєстратором чи нотаріусом без відкриття відповідного виконавчого провадження (без звернення до державного виконавця) створює додаткові гарантії реального виконання судового рішення.

Після винесення рішення суду та набрання ним законної сили арешт з майна не знімається, оскільки у даному випадку необхідно звернутися до суду із заявою про скасування заходів забезпечення позову<sup>17</sup>.

Щодо виконавчого провадження, слід зазначити, що з 1 вересня 2015 р. спрощено процедуру скасування арешту майна, накладеного судом в порядку забезпечення позову. Так, відповідно до наказу Міністерства юстиції України від 12 серпня 2015 р. № 1483/5 внесено зміни до Інструкції з організації примусового виконання рішень щодо процедури звільнення майна з-під арешту, арештованого з метою забезпечення позову.

Таким чином, починаючи з 1 вересня 2015 р. при скасуванні судом заходів забезпечення позову за завершеними виконавчими провадженнями державний виконавець відновлює виконавче провадження протягом трьох робочих днів з дня надходження рішення суду (у разі якщо завершено виконавче провадження знищено у зв'язку із закінченням строку його зберігання, державний виконавець вживає заходів щодо відновлення матеріалів виконавчого провадження за допомогою відомостей з Єдиного державного реєстру виконавчих проваджень та інших документів, інформації, одержаних ним, у тому числі від сторін виконавчого провадження), після чого майно звільняється з-під арешту за постановою державного виконавця без винесення постанови про відкриття виконавчого провадження.

Таким чином, підсумовуючи все сказане вище, слід зазначити, що накладення арешту на нерухоме майно відповідача створює додаткові гарантії реального виконання судового рішення та застосовується для забезпечення збереження майна відповідача.

Накладення арешту на майно здійснюється на підставі ухвали суду про накладення арешту на майно, що належить відповідачу і знаходиться у нього чи в інших осіб, що являє собою виконавчий документ. Державний виконавець під час виконання зазначеної ухвали суду повинен дотримуватися загальних правил здійснення виконавчого провадження, що визначені Законом України «Про виконавче провадження» та іншими нормативно-правовими актами.

Складовими елементами арешту є: опис; оголошення заборони розпорядження; обмеження в праві користування майном або його вилучення у боржника (відповідача) та передача на зберігання іншим особам (виконавчий секвестр). Відомості про обтяження рухомого майна вносяться до Державного реєстру обтяжень рухомого майна, державна реєстрація обтяжень нерухомого майна здійснюється в Державному реєстрі прав на нерухоме майно державним реєстратором чи нотаріусом.

Також вважаємо актуальним питання щодо виконання зазначеної ухвали суду державним реєстратором чи нотаріусом без відповідного звернення до державного виконавця та відкриття виконавчого провадження.

<sup>1</sup> Про виконавче провадження : Закон України від 21 квітня 1999 р. № 606-XIV// Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 24 – Ст. 207.

<sup>2</sup> Фурса С. Я. Закони України «Про державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2008. – С. 515.

<sup>3</sup> Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову : постанова Пленуму Верховного Суду України від 22 грудня 2006 р. № 9 // Бізнес: законодавство та практика. – 2007. – № 7. – С. 3.

<sup>4</sup> Фурса С. Я. Закони України «Про державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2008. – С. 517.

<sup>5</sup> Узагальнення судової практики розгляду заяв про забезпечення позову у 2013 році, I півріччі 2014 року. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://hrg.court.gov.ua/sud2090/inf\\_court/generalization/uzag24/](http://hrg.court.gov.ua/sud2090/inf_court/generalization/uzag24/)

<sup>6</sup> Булгакова І. Деякі питання забезпечення позову в господарському процесі / І. Булгакова // Вісник господарського судочинства. – 2005. – № 3. – С. 201.

<sup>7</sup> Коляда А. Арест имущества как обеспечение иска / А. Коляда // Юридическая практика. – 2008. – 18 марта (№ 12). – С. 13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://urist.org.ua/issue/civ/24813100408>

<sup>8</sup> Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень : наказ Міністерства юстиції України від 2 квітня 2012 р. № 512/5 4 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0489-12/page2>

<sup>9</sup> Там само.

<sup>10</sup> Фурса С. Я. Закони України «Про державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2008. – С. 515.

<sup>11</sup> Корольов В. В. Судовий та виконавчий секвестри: екскурс в процесуальні науки / В. В. Корольов // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. – 2010. – Вип. 25. – С. 107–110: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/apvchzu\\_2010\\_25\\_23.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/apvchzu_2010_25_23.pdf)

<sup>12</sup> Про затвердження Порядку ведення Державного реєстру обтяжень рухомого майна : постанова Кабінету Міністрів України від 5 липня 2004 р. № 830 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/830-2004-п>

<sup>13</sup> Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 1 липня 2004 р. № 1952-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1952-15/page2>

<sup>14</sup> Про затвердження Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень : постанова Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 р. № 868: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/868-2013-п>

<sup>15</sup> Там само.

<sup>16</sup> Методичні рекомендації : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://obljustif.gov.ua/wpcontent/uploads/2013/11/zabezpechennypozovu.doc&rct=j&q=&esrc=s&sa=U&ved=0CB8QFjACahUKewiCj9WliYjAhXlp3IKHTfbDAU&sig2=egsD4pz7juCRggfDnlvZg&usq=AFQjCNGAMzlgG0PosXSXk6Pt69MbAp6PdA>

<sup>17</sup> На нерухоме майно відповідача арешт може накладатися двічі на двох підставах, що уповільнює виконання рішення суду : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.uris-c.com.ua/2012/11/13/на-нерухоме-майно-відповідача-арешт-м/>

#### Резюме

**Одосій О. Ю. Виконання ухвали суду про накладення арешту на майно, що належить відповідачеві і знаходиться у нього або в інших осіб: окремі аспекти виконавчого провадження.**

У даній науковій статті проаналізовано зв'язок інституту забезпечення цивільного позову з інститутом виконавчого провадження в аспекті виконання ухвали суду про накладення арешту на майно, що належить відповідачеві і знаходиться у нього або в інших осіб. Автором статті досліджено окремі аспекти відповідного виконавчого провадження, у тому числі щодо здійснення опису, накладення арешту та щодо передачі майна на зберігання іншим особам (виконавчий секвестр). Також автором розглянуто порядок внесення відомостей про обтяження майна до Державного реєстру обтяжень рухомого майна, до Державного реєстру прав на нерухоме майно державним реєстратором чи нотаріусом, на підставі чого зроблено відповідні висновки про доцільність виконавчого провадження в даному випадку.

**Ключові слова:** ухвала суду, забезпечення позову, виконавче провадження, арешт майна, опис, виконавчий секвестр, зберігач, державний реєстр, нотаріус.

#### Резюме

**Одосій О. Ю. Выполнение определения суда о наложении ареста на имущество, принадлежащее ответчику и находящееся у него или у других лиц: отдельные аспекты исполнительного производства.**

В данной научной статье проанализирована связь института обеспечения гражданского иска с институтом исполнительного производства в аспекте выполнения определения суда о наложении ареста на имущество, принадлежащее ответчику и находящееся у него или у других лиц. Автором статьи исследованы отдельные аспекты соответствующего исполнительного производства, в том числе по осуществлению описания, наложению ареста и о передаче имущества на хранение другим лицам (исполнительный секвестр). Также автором рассмотрен порядок внесения сведений об обременении имущества в Государственный реестр обременений движимого имущества, в Государственный реестр прав на недвижимое имущество государственным регистратором или нотариусом, на основании чего сделаны соответствующие выводы о целесообразности исполнительного производства в данном случае.

**Ключевые слова:** определение суда, обеспечение иска, исполнительное производство, арест имущества, описание, исполнительный секвестр, хранитель, государственный реестр, нотариус.

#### Summary

**Odosii O. Execution of the court seizure of the property belonging to and allocated in the defendant or third parties: some aspects of the enforcement proceedings.**

This scientific article analyzes the link between institution providing civil claim and the institution of enforcement proceedings in respect of the implementation of the court seizure of property belonging to and allocated in the defendant or third parties. The author of the article explores some aspects of the relevant enforcement proceedings, including the execution of the description, seizure and depositing of the arrested property by the third parties (executive sequestration). The authors also reviews the procedure for entering data about encumbrance of property in the State Register of Encumbrances of movable property, the State register of rights for immovable property by the state registrar or a notary, whereby the appropriate conclusions about the expediency of enforcement proceedings in this case are made.

**Key words:** decision of the court, the claim, execution, seizure, description, Executive sequestration, custodian, State Register, the notary.

УДК 347.454

**О. М. СИТНИК**

*Олена Миколаївна Ситнік, здобувач НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

## НЕУСТОЙКА ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ДОГОВОРОМ ПОБУТОВОГО ПІДРЯДУ

Стан економіки будь-якої держави, стабільність і ефективність цивільного обороту перебувають у прямій залежності від сумлінності й старанності учасників цивільного обороту, від належного виконання договірних зобов'язань. Характерною особливістю сучасного цивільного обороту стали низький рівень договірної дисципліни, значне збільшення кількості невиконаних чи неналежно виконаних зобов'язань. Це, у свою чергу, обумовило нагальну потребу в підвищенні захисту інтересів споживачів різного роду робіт та загострило проблему забезпечення належного виконання споживчих договорів загалом та договорів побутового підряду зокрема.

У практиці виконання умов договору побутового підряду сторони стикаються з безліччю проблем, які стосуються умов і елементів виконання, характеру дій, що становлять предмет виконання, особливостей

зустрічного виконання, його передоручення і переадресування, виконання зобов'язань із залученням субпідрядників, неможливості виконання зобов'язань, а також наслідків невиконання зобов'язань та відповідальності за невиконання й неналежне їх виконання.

З метою запобігання або зменшення розміру негативних наслідків, що можуть настати в разі невиконання або неналежного виконання боржником свого зобов'язання, законодавець передбачає різні захисні заходи, спеціальні інститути, які у різний спосіб забезпечують виконання зобов'язань, а також компенсують постраждалій в результаті неналежного виконання зобов'язання стороні понесені витрати<sup>1</sup>.

Серед способів забезпечення виконання зобов'язань за договором побутового підряду необхідно виділяти ті способи, у встановленні та реалізації яких беруть участь лише учасники договірних правовідносин (замовник та підрядник), а також особи, які не є сторонами забезпечуваного зобов'язання. Специфіка останньої групи способів полягає у тому, що треті особи стають сторонами не тільки забезпечувальних правовідносин, що виникають між кредитором і третьою особою, а й правовідносин, що формуються між боржником і третьою особою, які здатні ускладнювати зміст і впливати на динаміку забезпечувальних правовідносин<sup>2</sup>.

Не торкаючись загальнотеоретичної дискусії щодо доцільності/недоцільності закріплення загальних положень про забезпечення виконання зобов'язань на законодавчому рівні, зазначимо, що у нашій правовій системі основне завдання щодо забезпечення виконання договору побутового підряду вбачається у створенні шляхів стимулювання підрядника до особистого виконання роботи і лише у випадку неможливості особистого виконання – у створенні для замовника додаткових гарантій відшкодування збитків у разі невиконання або неналежного виконання договору. Крім того, сучасне цивільне законодавство не обмежує сторони досліджуваного договору у виборі способу забезпечення виконання зобов'язання, а також у можливості одночасного застосування всіх або кількох способів забезпечення. Тому цілком виправданим та логічним є підхід законодавця, який у межах гл. 49 ЦК України об'єднав і загальні положення про забезпечення виконання зобов'язання, і спеціальні положення про застосування кожного із закріплених в цій главі способів. У результаті чого і замовник, і підрядник наперед можуть прорахувати конкретні наслідки невиконання зобов'язання.

Загалом одним із найбільш застосовуваних способів забезпечення виконання зобов'язань за договором побутового підряду є неустойка. Як слушно з цього приводу зауважує А. О. Травкін, якщо порівняти неустойку із завдатком, заставою, порукою та гарантією, очевидним є те, що останні займають більш вузьку сферу застосування у правовідносинах<sup>3</sup>. Тому не випадково законодавець, наводячи перелік видів забезпечення виконання зобов'язань, поставив неустойку на перше місце.

Говорячи про правову природу неустойки, слід зазначити, що вибір способу забезпечення договірних зобов'язань багато в чому залежить і від природи цього зобов'язання. Для зобов'язань, що виникають з договору позики або кредитного договору, більш привабливими виглядають такі способи, як застава, банківська гарантія і порука. Натомість, якщо йдеться про зобов'язання, що виникають з договорів побутового підряду, краще використовувати неустойку, оскільки інтерес кредитора полягає не в отриманні від боржника грошової суми, а в досягненні певного результату.

Отже, як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за договором побутового підряду неустойка є засобом стимулювання боржника до належного виконання, що спонукає виконати взяті на себе зобов'язання. Разом із тим у юридичній літературі трапляються міркування про неустойку як своєрідний «спосіб залякування контрагента». Насправді неустойка, за загальним правилом, не може вийти за межі реальних збитків, тому й так зване «залякування» контрагента є неможливим, хоча б виходячи з того, що відповідальність у цивільному праві носить виключно компенсаційний характер, має обмежувальні межі і не може привести до збагачення кредитора.

В юридичній літературі прийнято виділяти договірну і законну неустойку<sup>4</sup>. Договірна неустойка встановлюється за домовленістю сторін. Відповідно, її розмір, порядок обчислення, умови застосування тощо визначаються виключно на їх розсуд. Що стосується законної неустойки, то вона підлягає застосуванню незалежно від того, чи передбачена така умова домовленістю сторін. Щоправда, сфера застосування законної неустойки залежить від того, в якій правовій нормі вона міститься. Якщо неустойка передбачена імперативною нормою, вона підлягає обов'язковому застосуванню. У випадках, якщо положення про неустойку міститься в диспозитивній нормі, вона застосовується лише остільки, оскільки сторони своєю домовленістю не передбачили інший розмір неустойки. Застосування положень імперативних норм щодо включення в зміст договору побутового підряду умов, що стосуються видів забезпечення виконання зобов'язання, свідчить про турботу законодавця про економічно слабшу сторону в договірних відносинах – споживача, замовника.

Загалом у цивілістиці до сьогодні тривають дискусії щодо того, чи визнавати неустойку лише способом забезпечення виконання зобов'язання або лише мірою відповідальності, чи визнати подвійну правову природу неустойки. Не акцентуючи на цьому питанні детальну увагу, все ж зазначимо, що у роботі дотримуватимемося найбільш розповсюдженої та прийнятної точки зору про подвійну природу неустойки в цивільному праві: неустойка одночасно є способом забезпечення виконання зобов'язань та формою (мірою) цивільно-правової відповідальності<sup>5</sup>. Так, на думку І. Й. Пучковської, види забезпечення виконання зобов'язання, безумовно, стимулюють боржника до виконання зобов'язання, але їх основне призначення – захищати кредитора у разі порушення боржником забезпеченого зобов'язання<sup>6</sup>.

Законодавець у ЦК України визнав різновидами неустойки штраф та пеню. Варто наголосити на тому, що законодавець визначив ознаки штрафу та пені імперативно, не надавши сторонам досліджуваного нами

договору можливості їх змінювати. При цьому поза увагою залишилися неустойки, що визначаються у твердій сумі або у кратному розмірі до суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання, триваючі неустойки за прострочення виконання негрошового зобов'язання у разі прострочення передання результату робіт чи грошових коштів за договорами побутового підряду.

Оскільки штраф, як різновид неустойки, визначається або у відсотковому відношенні до суми зобов'язання, або у твердій сумі під час укладення договорів побутового підряду, а відтак його розмір, як правило, відомий у момент виникнення забезпеченого штрафом зобов'язання, неустойка у виді штрафу згідно з ч. 2 ст. 184 ЦК України може бути встановлена як у вигляді речі, визначеної родовими ознаками, так, відповідно до ч. 1 ст. 184 ЦК України, у вигляді індивідуально визначеної речі. Водночас, пеня – це триваюча, зростаюча неустойка, загальний кінцевий розмір якої заздалегідь невідомий, тому в якості пені можна застосовувати лише родові речі, кількість яких до передачі також буде змінюватися залежно від часу прострочення<sup>7</sup>.

Крім ЦК України, положення про неустойку закріплені і в ГК України. Виходячи зі змісту ст. 230 ГК України, під штрафними санкціями законодавець пропонує розуміти господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання. Штрафні санкції, що передбачаються в договорах капітального будівництва, виконують дві функції: по-перше, слугують забезпеченню загальнодержавних інтересів, по-друге, охороняють майнові права контрагентів за договором.

Виходячи з того, що метою зобов'язання про неустойку є забезпечення належного виконання договору, підставою для визнання неустойки способом забезпечення виконання зобов'язань є її мета і нерозривний зв'язок з досліджуванним договором, а не ступінь забезпеченості або гарантованості вимог про сплату неустойки.

Говорячи про особливості неустойки як способу забезпечення виконання зобов'язань за договором побутового підряду доцільно, спираючись на наведені вище міркування, спробувати сформулювати підстави, за якими неустойка є забезпеченням зобов'язань з виконання робіт побутового характеру:

а) неустойка нерозривно пов'язана з договором побутового підряду і не може існувати самостійно. Припинення договору побутового підряду тягне за собою припинення неустойки. Але припинення неустойки за загальним правилом не тягне припинення договору побутового підряду;

б) основною метою неустойки є забезпечення виконання договору побутового підряду. Тактичною або особистою метою неустойки може бути створення у боржника відчуття впевненості, стабільності контрагента;

в) неустойка створює можливість стягнення на користь кредитора за договором побутового підряду коштів, іншого майна, але не забезпечує саме стягнення.

Говорячи про особливості неустойки як способу забезпечення виконання договору побутового підряду, доцільно виділити такі її ознаки: а) акцесорність (додатковість) до досліджуваного договору; б) спрямованість на попередження невиконання чи неналежного виконання умов договору; в) підставою для покладення на боржника негативних наслідків є факт порушення договірних зобов'язань; г) стягненням неустойки компенсуються ті втрати, які зазнав кредитор у зв'язку з невиконанням умов договору; д) відсутність ознаки, що притаманна для інших видів забезпечення виконання зобов'язання – наявність додаткової гарантії виконання зобов'язання.

Цікавим є питання можливості забезпечення неустойкою виконання договору побутового підряду, що може бути укладений в майбутньому. На думку Г. Ф. Шершеневича, добровільна неустойка, що встановлюється за домовленістю сторін, виникає або разом з основним зобов'язанням, або після того, в окремому договорі, але не раніше основного зобов'язання<sup>8</sup>. Як видається, Г. Ф. Шершеневич тут говорить про набуття неустойкою юридичної сили, однак не про можливість досягнення домовленості про неустойку щодо майбутнього договору. Більше того, в той час на законодавчому рівні було передбачено правило, що умова про неустойку може і передувати основному договору, якому воно слугує забезпеченням<sup>9</sup>.

Доцільно зазначити, що й сьогодні законодавець чітких обмежень чи заборон не визначив. Отже, для того, щоб забезпечення неустойкою зобов'язань за майбутнім договором побутового підряду було можливим, доцільно порекомендувати суб'єктам такого зобов'язання дотримуватись низки умов: а) в договорі про встановлення неустойки має бути чітко і недвозначно визначено, яке саме зобов'язання і з якого договору між тими ж сторонами воно повинно буде забезпечувати; б) у всіх випадках слід чітко відображати зв'язок між договором про неустойку та майбутнім договором побутового підряду.

Водночас слід зазначити, що така домовленість, зважаючи на її акцесорну природу, до моменту укладення сторонами договору побутового підряду діяти не буде. Однак, на нашу думку, той факт, що основного договору побутового підряду ще не укладено, не повинен бути перешкодою для завчасного вироблення і закріплення заходів, які забезпечуватимуть його належне виконання. У зв'язку з цим важливо звернути увагу і на ту обставину, що законна неустойка фактично в кожному випадку забезпечує майбутнє зобов'язання.

Слід, однак, зазначити, що з практичної точки зору такий правочин про забезпечення неустойкою майбутнього договору побутового підряду є не настільки зручним для сторін засобом і ймовірність широкого використання такої можливості невелика. Тому, якщо сторони мають намір встановити подібне забезпечення, правильніше з їхнього боку було б вдатися до застосування конструкції попереднього договору, в якому може бути відображена така умова. Визнавати ж за домовленістю про неустойку природи попереднього

договору теж неможливо, оскільки за попереднім договором сторони зобов'язуються протягом певного періоду часу укласти в майбутньому договір побутового підряду і визначити його істотні умови. Метою ж досягнення домовленостей про неустойку є не укладення подібного договору, і вимога про строк його укладення значення не має.

Зважаючи на те, що законодавець у ст. 551 ЦК України розширив коло предметів, що можуть передаватися боржником як неустойка у випадку невиконання або неналежного виконання договору, віднісши туди крім грошей також і інше рухоме і нерухоме майно, вважаємо, що, зважаючи на розширення договірної свободи, такий підхід є цілком виправданим. На думку О. О. Отраднової, надання дозволу договірним контрагентам визначати предмет неустойки на власний розсуд у вигляді будь-якого майна, послуги або майнового права, вводячи лише загальні обмеження, які стосуються особливостей обігу тих чи інших речей, є обґрунтованим<sup>10</sup>. Виходячи з цього, неустойка у формі штрафу може бути встановлена у вигляді будь-якої рухомої речі, визначеної як родовими, так і індивідуальними ознаками. Наприклад, штраф за договором побутового підряду може бути встановлений у вигляді передавання у власність замовника певного інструменту, необхідного для постійної підтримки результату робіт у належному стані.

Таким чином, з метою уникнення складностей, які постають при визначенні предмета неустойки, що у ч. 1 ст. 549 ЦК визначається як «інше майно», слушною є спроба А. Б. Гриняка визначити умови, яким повинен відповідати такий об'єкт, а саме: а) можливість віднесення такого об'єкта до загального правового режиму речей (наприклад, при проведенні дрібних ремонтних робіт можливе використання пожежонебезпечних речовин, які не можуть становити предмет неустойки, оскільки їх використання та зберігання дозволяється лише тим суб'єктам, які у встановленому порядку володіють необхідним дозволом – вставка авт. – О. С.); б) на момент укладення договору підряду такий об'єкт має належати контрагенту на праві власності або ж існують зобов'язання щодо набуття його у власність у майбутньому; в) питання щодо передачі такого майна боржник повинен мати можливість вирішувати самостійно, без спеціального дозволу відповідних органів (йдеться про право господарського відання або оперативного управління) чи інших осіб (подружжя, батьків тощо); г) виконання додаткового зобов'язання не повинне бути пов'язано з правами третіх осіб (секундарними, сервітутними правами тощо); д) передача і набуття такого об'єкта має відповідати спеціальній правоздатності як боржника, так і кредитора; е) в договорах підряду слід надавати вичерпну характеристику об'єкта, що передається як неустойка (найменування, кількість, норми допуску тощо), та його грошову оцінку<sup>11</sup>.

Зважаючи на наведене, а також аналізуючи звужений законодавчий підхід до предмета неустойки за ГК України (лише грошова сума), вважаємо, що з метою гармонізації цивільного та господарського законодавства доцільно розширити законодавчо визначений предмет неустойки як способу забезпечення виконання зобов'язань за господарськими договорами за рахунок дозволу кредитору поширювати стягнення на інше майно боржника.

Аналізуючи неустойку як спосіб забезпечення виконання підрядних зобов'язань, слід підтримати позиції тих вчених, які вказують на подвійну природу неустойки, що виявляє себе як гарантія виконання зобов'язання і міра відповідальності (як штрафна санкція)<sup>12</sup>. На думку О. І. Гелевея, за певних обставин неустойка продовжує виконувати свою забезпечувальну функцію і при порушенні строків виконання зобов'язання, оскільки остаточний розмір відповідальності боржника перебуває в пропорційній залежності від тривалості невиконання зобов'язання<sup>13</sup>. Такий підхід дає змогу з'ясувати правову природу неустойки, яка, з одного боку, спрямована на стимулювання належного виконання зобов'язання підрядником шляхом встановлення додаткових гарантій задоволення інтересів замовника, а з іншого, – на встановлення додаткового обов'язку – сплатити чи передати неустойку.

Слід зазначити, що нині доводиться констатувати розширення сфери застосування договірної неустойки, оскільки така можливість надає контрагентам більш широкі гарантії для забезпечення належного виконання договору побутового підряду. Так, у досліджуваному договорі сторони вправі конкретизувати можливість диференціювати застосування неустойки за невиконання зобов'язання. Передбачаючи застосування неустойки за порушення договору побутового підряду, сторони мають можливість враховувати специфіку конкретного підвиду цього договору, а також і особливості договірних відносин з контрагентами.

Таким чином, при укладенні договору побутового підряду сторонам надається можливість наперед визначити спосіб забезпечення виконання зобов'язань, що й буде стимулювати належне виконання умов договору. На нашу думку, саме неустойка є найпоширенішим, універсальним способом забезпечення виконання зобов'язань з виконання робіт загалом та за договором побутового підряду зокрема, і в цьому вбачається перевага перед іншими способами забезпечення виконання зобов'язань.

<sup>1</sup> Наріжний С. Ю. Забезпечення виконання договірних зобов'язань із передавання майна у тимчасове користування: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / С. Ю. Наріжний. – К., 2013. – С. 75.

<sup>2</sup> Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки / С. В. Пахман. – СПб., 1877. – Т. 1. – С. 6.

<sup>3</sup> Травкин А. А. Вопросы развития законодательства о договорной ответственности / А. А. Травкин // Труды ВВСШ МВД СССР. – Волгоград. – 1971. – № 4. – С. 118.

<sup>4</sup> Райхер В. К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР / В. К. Райхер. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1958. – С. 121–122.

<sup>5</sup> Брагинский М. И. Договорное право. Книга первая: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М., 1998. – С. 384.

<sup>6</sup> Пучковська І. Й. Про проблему визнання видів забезпечення виконання зобов'язання способами захисту / І. Й. Пучковська. // Актуальні проблеми науки і практики цивільного, житлового та сімейного права : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 91-річчю з дня народження В. П. Маслова (м. Харків, 15 лютого 2013 р.). – Х. : Право, 2013. – С. 175.

<sup>7</sup> Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – С. 560.

<sup>8</sup> Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич ; авт. предисл. Е. А. Суханов. – М. : Фирма «СПАРК», 1995. – С. 294.

<sup>9</sup> Законы гражданские. Свод законов Российской империи. Т. 10, с объяснениями по решениям Гражданского Кассационного Департамента Правительствующего Сената, 1892 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://civil.consultant.ru/reprint/books/211/387.html#img388>

<sup>10</sup> Отраднава О. О. Проблеми предмета неустойки в цивільному праві / О. О. Отраднава // Підприємництво, господарство і право. – 2000. – № 3. – С. 38.

<sup>11</sup> Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : моногр. / А. Б. Гриняк. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. – С. 248–249.

<sup>12</sup> Браніцький О. Інститут неустойки в господарських правовідносинах: теоретичний і практичний аспекти / О. Браніцький, А. Шароватова // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 4. – С. 49.

<sup>13</sup> Гелевей О. І. Неустойка як вид забезпечення виконання зобов'язання : автореф. ... дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О. І. Гелевей. – К, 2003. – С. 11.

#### Резюме

##### **Ситник О. М. Неустойка як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за договором побутового підряду.**

Статтю присвячено дослідженню особливостей найбільш поширеного способу забезпечення виконання підрядних зобов'язань – неустойці. Обґрунтовується недоцільність звуження її предмета шляхом визначення її виключно у грошовій формі. Акцентується увага на необхідності розширення сфери застосування договірної неустойки, оскільки можливість її застосування надає контрагентам більш широкі гарантії для забезпечення належного виконання договору побутового підряду.

**Ключові слова:** договір побутового підряду, способи забезпечення, виконання зобов'язання, штрафні санкції, підрядник, замовник, види неустойки.

#### Резюме

##### **Ситник Е. Н. Неустойка как способ обеспечения исполнения обязательств по договору бытового подряда.**

Статья посвящена исследованию особенностей наиболее распространенного способа обеспечения исполнения подрядных обязательств – неустойке. Обосновывается нецелесообразность сужения ее предмета путем определения ее исключительно в денежной форме. Акцентируется внимание на необходимости расширения сферы применения договорной неустойки, поскольку возможность ее применения предоставляет контрагентам более широкие гарантии для обеспечения надлежащего исполнения договора бытового подряда.

**Ключевые слова:** договор бытового подряда, способы обеспечения, исполнения обязательства, штрафные санкции, подрядчик, заказчик, виды неустойки.

#### Summary

##### **Sytник O. Penalty clause as a means of securing the performance of obligations under the consumer work contract.**

The article studies the characteristics of the most widespread method of enforcement of contract obligations – penalty. Grounded unreasonableness narrowing its objective by defining it exclusively in cash. The attention paid to the need to expand the scope of contractual penalties, since the possibility of the use of contractors providing broader guarantees for the proper performance of the contract of domestic independent.

**Key words:** contract of domestic independent, how to provision the obligation, penalty, contractor, customer, types of penalties.

УДК 347.45

**Д. П. ГУЙВАН**

*Дмитро Петрович Гуйван, здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ*

## **ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ТИПОВИХ ДОГОВОРІВ У ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ ПРИ ПОСТАЧАННІ ГАРЯЧОЇ ВОДИ**

В умовах ринкової економіки важливим чинником процесу регулювання суспільних відносин між суб'єктами цивільних відносин є договір. При регулюванні договірних взаємин суб'єктів у комунальній сфері досить широке застосування знаходять угоди, втілені в однакову (стандартну) форму<sup>1</sup>. У цивілістиці вони отримали назву типових або примірних договорів. Як правило, стандартні форми договорів затверджуються органами держави шляхом видання підзаконних актів.

Дослідженням питань, що стосуються договірних прав в цілому та договорів у царині забезпечення споживачів комунальними послугами, присвячені праці таких дослідників, як О. А. Беляневич, В. В. Луць, С. М. Корнєєв, В. В. Витрянський, А. М. Шафір, А. Ю. Кабалкін, В. С. Мілаш, С. А. Подоляк, В. В. Сергієнко, В. М. Черешнюк, В. С. Щербина та інші. Дані дослідження були спрямовані на встановлення реальної сутності договірних відносин, визначення змісту суб'єктивних прав та юридичних обов'язків учасників. Разом із тим, механізми договірних забезпечення комунальних взаємин, у тому числі й щодо постачання гарячої води споживачам, досліджені ще недостатньо, що й зумовило вибір теми даної праці.

**Метою цієї статті** є послідовне з'ясування проблемних питань у законодавчому регулюванні та практиці застосування типових договорів в сучасних реаліях та пошук шляхів їх вирішення.

**Предметом** дослідження в цій статті обрано ознаки уніфікації договірних форм на прикладі типового договору. Окреслено принципи особливості типового договору як узагальненої моделі та підстави для укладання відповідних угод. Проаналізовано принципи та недоліки законодавчого регулювання правової конструкції типового договору. Також порушуються проблеми застосування положень типових договорів у різних сферах господарської діяльності, зокрема про організації відносин з гарячого водопостачання.

В українській цивілістичній традиції права договори класифікуються за багатьма ознаками. Як-то: за поділом прав та обов'язків між сторонами; залежно від наявності вказівки на строк; залежно від зазначення підстави укладання тощо. Проте, не зайвим, на нашу думку, було б включення до такого розмежування додаткового критерію, а саме – способу формулювання умов договору. Згідно останнього, договори доцільно було б розділити на вільні та уніфіковані. Зміст поняття «вільні договори» розкривається законодавцем у ст. 627 Цивільного кодексу України. У вказаній статті, зокрема, роз'яснюється, що сторони є вільними у виборі контрагента та визначенні умов договору, тобто можуть визначати зміст договору на основі вільного волевиявлення та погоджувати на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству та звичаям ділового обороту. З урахуванням викладеного, однак, необхідно зазначити, що такі договори не є абсолютно вільними, оскільки їх зміст може бути обмежений імперативними нормами цивільного та господарського законодавства.

Уніфікованими є договори, укладені на основі затвердженого у визначеному законом порядку зразка, викладені згідно з певним стандартом, систематизовані в єдину форму та покликані забезпечити однакову якість виконання робіт або надання послуг у певній сфері діяльності. Такими, зокрема, є типові та примірні договори. Дослідники даного питання не вбачають принципової відмінності у правовій оцінці значення типових та примірних договорів, вказуючи, що такі угоди є передовсім уніфікованим засобом (зразком), який забезпечує однакове оформлення схожих конкретних договірних відносин<sup>2</sup>. Стандартними умовами договорів вважаються умови, напрацьовані практикою для договорів певного виду та опубліковані для загального відому<sup>3</sup>. Природа уніфікації договірних відносин найповніше відображена в інституті типових договорів.

Насамперед, необхідно зазначити, що типовий договір не є власне «договором» у розумінні ст. 626 Цивільного кодексу України. Він лише зразок, документ, на підставі якого між сторонами укладається повноцінна угода. У науковій літературі поширене наступне визначення даного поняття: *типовий договір* – це документ, що містить перелік питань і умов, які необхідно враховувати при укладанні договорів (угод) на поставку товарів, здійснення будівництва, надання послуг, виконання науково-дослідних та інших робіт. Він затверджується відповідним розпорядчим актом уповноваженої особи і слугує основою договірних відносин між організаціями, а також між організаціями і громадянами. На основі типового договору між сторонами укладаються окремі договори, які конкретизують умови типового договору, уточнюють їх, зважаючи на місцеві особливості.

Урядом, зокрема, затверджуються: типова форма договору оренди водних об'єктів (постанова від 29 травня 2013 р. № 420)<sup>4</sup>, типовий договір про надання послуг з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій (постанова від 20 травня 2009 р. № 529)<sup>5</sup> та ін. Перелік органів державної влади яким надано право затверджувати типові договори (окрім Кабінету Міністрів України), не є вичерпним, проте така їх компетенція також має бути чітко встановлена у відповідних законодавчих актах. Недотримання цих вимог призводить до втрати юридичного значення таких типових договорів. Так, наказом Державного комітету України по земельних ресурсах № 5 від 17.01.2000 р. затверджено форму Типового договору оренди земельної частки (паю). Однак, жодним законодавчим актом зазначеному органу не надано право прямо чи побічно затверджувати типові договори. Тому слід прийти до висновку, що Типовий договір оренди земельної частки (паю) не є актом цивільного права. Сторони вправі відступати від умов цього Типового договору, включати до договору, що укладається, умови, не передбачені Типовим договором або не включати умови, що містяться в Типовому договорі<sup>6</sup>.

Як було зазначено вище, головним чинником введення до правового поля юридичної конструкції типового договору є намагання законодавця спростити процес укладення договорів та гарантувати дотримання принципу рівності сторін у цивільних та господарських правовідносинах. А тому недопустимою є така уніфікація договорів задля звуження законних прав осіб чи надання преференцій тим чи іншим підприємствам або організаціям. Утім, останнім часом задля досягнення вказаної мети все частіше регулювання цивільних відносин здійснюється на основі типових договорів, що, на наш погляд, іноді порушує основні принципи цивільного права, зокрема договірного.

Причиною цього певною мірою слугують різні погляди в оцінці принципу обов'язковості застосування умов типових договорів. Власне, диспозитивність договірних взаємин у цивільному праві як основна його



засада передбачає, що у сфері даних відносин закон відсовується на друге місце, надаючи пріоритет договору<sup>7,8</sup>. Відтак, приватне право презумує перевагу над імперативно встановленими умов, погоджених сторонами, за винятком випадків, коли останні суперечать чинному законодавству. Виходячи з цього, будь-який стандартний договір (типовий, примірний, зразковий тощо) є нормативно розробленою рекомендацією для учасників угоди щодо погодження умов їхньої конкретної взаємодії у запропонованій редакції. Тож, лише належно виражена та погоджена воля контрагентів, а не зміст типового договору може створити для них відповідні права та обов'язки. Слід також враховувати, що з огляду на наявність індивідуальних особливостей правовідносин того чи іншого контрагента, може не влаштувати примірна форма угоди. У цьому випадку учасники вправі врегулювати взаємовідносини іншим чином, що не суперечить законодавству, попри те, що типовий документ формулює умови договору інакше<sup>9</sup>. Разом із тим, якщо в договорі не міститься посилання на типові умови, але окремі суттєві умови відносин, що необхідні для договорів даного типу, залишилися неврегульованими, закон допускає їхнє регулювання на підставі типових умов, котрі в такому разі кваліфікуються як звичай ділового обороту (ст. 630 ЦКУ). Таким чином досягається мета запобігання неукладеності угоди. Зрештою, якщо сторона, що не погоджується на застосування типових умов, не наведе свого варіанту регулювання, що заслуговує на увагу, орган, що вирішуватиме переддоговірний спір, матиме підстави для застосування у тексті договору редакції типового документу.

Дещо інший принципово підхід щодо визначення ролі та значення типового договору спостерігається в українському господарському законодавстві. Звісно, останнє є спеціальним щодо Цивільного кодексу України<sup>10</sup>, і, за великим рахунком, господарські договори за своєю економічною і правовою суттю є аналогічними загально-цивільстичним<sup>11,12</sup>. Проте, якраз з огляду на специфіку предмета, статтею 179 ГПК передбачено, що сторони не можуть відступати від змісту типового договору. Умови типового договору (оскільки вони набули юридично обов'язкового значення в силу актів цивільного законодавства), є обов'язковими для сторін договору, які не мають права відступити від їх положень і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Таким чином, у господарському праві типовому договору притаманні такі риси, як імперативність (умови договору, що укладені на його основі, не можуть бути змінені сторонами) та владність (приймається державними органами)<sup>13</sup>.

У чинному законодавстві України при регулюванні цивільних відносин щодо надання житлово-комунальних послуг, у тому числі й щодо постачання гарячої води, досить часто використовуються типові форми договорів. Скажімо, мешканці житла в багатоквартирному будинку укладають договори: з балансоутримувачем або уповноваженою ним особою на підставі Типового договору про надання послуг з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20.05.2009 № 529, та на надання послуг з централізованого водопостачання та/або водовідведення на підставі Типового договору про надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 21.07.2005 № 630, а балансоутримувач укладає договір з суб'єктом господарювання, який надає послуги з централізованого водопостачання та/або водовідведення (водоканалом). Для споживачів, що не є мешканцями багатоквартирного будинку, застосовується лише Типовий договір про надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 21.07.2005 № 630<sup>14</sup>.

Дані типові договори є досить змістовним вмістилищем різних умов, котрі, передовсім, мають технічний або прикладний характер, і в цьому відношенні вони цілком виправдовують своє призначення, бо спрощують його укладення споживачами, які, як правило, не є фахівцями-комунальниками. Скажімо, у типовому договорі щодо постачання гарячої води зазначається характеристика об'єкта надання послуг (у першу чергу, якісних показників) та наявних засобів його обліку, умова про зменшення розміру плати в разі ненадання послуг, надання їх не в повному обсязі, зниження якості, зокрема відхилення їх кількісних та/або якісних показників від затверджених нормативів (норм) споживання, несплату вартості послуг за період тимчасової відсутності споживача і членів його сім'ї (у разі відключення виконавцем холодної та гарячої води і опломбування запірних вентилів у квартирі (будинку садибного типу) та відновлення надання відповідних послуг шляхом зняття пломб за власний рахунок протягом доби згідно з письмовою заявою, перевірку кількісних та/або якісних показників надання послуг (якість і тиск води, температура гарячої води) у порядку, встановленому Правилами, іншими актами законодавства України та договором та витрати, пов'язані з цим, установа кватирних засобів обліку води та взяття їх на абонентський облік, періодичну перевірку, обслуговування та ремонт кватирних засобів обліку, у тому числі демонтаж, транспортування та монтаж, звільнення від плати за послуги у разі їх ненадання та отримання компенсації за перевищення строків проведення аварійно-відбудовних робіт, укладення з виконавцем договору про заміну або ремонт технічно несправних приладів, пристроїв, обладнання та кватирних засобів обліку тощо. У даному випадку типовий договір виконує свою важливу функцію, за якою він певною мірою покликаний спростити порядок укладання господарських договорів. У цьому сенсі М. І. Брагінський має рацію, вказуючи, що типові договори можуть складатись з двох видів умов, одні з яких встановлюють права та обов'язки сторін, тоді як інші визначають, які умови, а в окремих випадках, і як повинні фіксуватись в договорі<sup>15</sup>.

Разом із тим, аналізуючи практику застосування типових договорів, розроблених центральними органами виконавчої, не можна не помітити, окремих порушень основних принципів договірної права, що вільно чи невільно виникають при укладенні конкретних договорів на їх основі. Типовий договір, затверджений Кабінетом Міністрів або розпорядженням відповідного міністерства, набуває імперативної форми, що відоб-

ражається на суспільних відносинах, дає певні пріоритети виконавцю. Звісно, споживач, як вже вказувалося вище, вправі викласти умови договору по-своєму, але на практиці то спостерігається вкрай рідко, зокрема, у силу спеціального та технічного характеру взаємин. Відтак, де-факто споживач у даному випадку позбавляється можливості впливати на формування договору, а значить, його інтереси не враховуються. У більшості випадків при розробці типового договору на надання послуг у сфері постачання гарячої води домінують пропозиції offerenta (постачальника товару), а не акцептанта (споживача). Такими, приміром, можна визнати умови договору про відповідальність споживача за несплату отриманої гарячої води шляхом стягнення з нього неустойки в обумовленому сторонами розмірі (п. 14 типового договору), тоді як відповідальність надавача послуг має невизначені характеристики і лише згадується в типовому документі в загальних рисах. Не зовсім зручним для споживача залишається і порядок встановлення факту неналежного надання або ненадання послуг та розв'язання спорів (пп. 23–28 типового договору) у зв'язку з його громіздкістю та нечіткістю. Таким чином, проведені дослідження типового договору постачання гарячої води вказує на дещо неврівноважений підхід при розподілі прав однієї сторони та обов'язків іншої. Такий дисбаланс прав та обов'язків сторін має бути предметом подальшого нормативного коригування.

При регулюванні відносин у житлово-комунальній сфері типовим договором також виникають суперечки при визначенні моменту виникнення зобов'язань сторін. Так, згідно ст. 640 ЦК України моментом укладення будь-якого договору на надання житлово-комунальних послуг, а відповідно моментом виникнення взаємних зобов'язань вважається момент отримання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Пропозиція укласти договір має містити всі істотні умови договору і виражати наміри особи, яка зробила його, вважати себе зобов'язаною у разі його прийняття. При цьому у відповідності зі ст. 642 ЦК України акцепт повинен бути повним і безумовним. На практиці, як правило, договір на надання окремих видів житлово-комунальних послуг не укладається або укладається з порушенням. Так, комунальним підприємством «Жилкомсервіс» у 2006 р. в міській газеті була опублікована публічна оферта, на підставі якої у всіх споживачів комунальних послуг м. Харкова нібито виникли зобов'язання по відношенню до комунального підприємства «Жилкомсервіс». При детальному вивченні пропозиції, опублікованої в ЗМІ, були виявлені порушення положень ЦК України. Зокрема, згідно ст. 641 ЦК України оферта повинна містити всі істотні умови договору, а в опублікованій пропозиції при її розгляді було виявлено відсутність характеристики предмета договору, ціни послуги, що дає можливість вважати дану пропозицію рекламою, а в свою чергу рекламу або іншу пропозицію, адресовану невизначеному колу осіб, не можна вважати пропозицією укласти договір.

Здійснений у даній статті правовий аналіз основних чинників типових та інших стандартних цивільно-правових договорів та їхнього впливу на встановлення конкретних прав та обов'язків контрагентів при постачанні гарячої води дає можливість зробити деякі висновки.

По-перше, при формуванні договірних відносин на основі типових договорів державний орган, наділений Законом правом розробки такого договору, захищаючи галузеві інтереси, часто не вказує окремі характеристики предмета договору, що негативно позначається на його якісних характеристиках. Як наслідок, споживач змушений сплачувати за послуги, які не відповідають його потребам. Наприклад, у Типовому договорі постачання теплової енергії у вигляді гарячої води, затвердженому наказом Міністерства енергетики України та Державним комітетом України з будівництва, архітектури та житлової політики від 28.10.1999 р., ні у предметі угоди, ні в умовах і порядку її виконання не обумовлюються особливості постачання теплової енергії побутовому споживачеві. У даному випадку очевидно, що споживач, підписавши типовий договір, позбавлений права на захист своїх порушених прав та інтересів, бо визначити, чи якісні послуги він отримав, неможливо. Незважаючи на те, що в п. 3.1.2. Типового договору про постачання теплової енергії у вигляді гарячої води вказується, що споживач має право отримати інформацію щодо якості теплової енергії, а також щодо тарифів, умов та режимів споживання, це право істотно впливає на постачальника після підписання договору не має і не є підставою для притягнення до відповідальності постачальника у випадку порушення ним якісних показників, бо вони не встановлені договором. Таким чином, при регулюванні відносин з надання житлово-комунальних послуг із застосуванням типового договору споживач, який не бере участі у формуванні умов договору, може де-факто лише приєднатися до умов такого договору і на умовах, розроблених спеціальним органом державної влади. Це порушує положення, закріплені у ч. 6 ст. 628 Цивільного кодексу, а отже, законні права споживача та надає постачальнику (виконавцю) можливість нав'язування своїх умов.

По-друге, відповідальність постачальника (виконавця) прописується обтічно, тоді як відповідальність контрагента (споживача) передбачена детально, що ускладнює залучення до відповідальності виконавця.

По-третє, при укладанні договору на надання житлово-комунальних послуг важливе значення надається формі договору. Наприклад п. 1 ст. 639 ЦК України вказує на можливість укладання договору у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Враховуючи те, що Законом України «Про житлово-комунальні послуги» прямо передбачена письмова форма договору, то договір вважається укладеним з моменту надання йому такої форми. Отже, не можна застосовувати положення п. 2 ст. 205 ЦК України щодо вчинення конклюдентних дій (оплати пред'явленого рахунку), що часто має місце, а отже за таких обставин договір між виконавцем та споживачем вважається неукладеним.

Для врегулювання взаємовідносин між постачальником і споживачем та максимального дотримання загальноцивілістичних принципів необхідно змінити практику, котра наразі існує при застосуванні типових договорів. Звісно, враховуючи специфіку відносин при наданні житлово-комунальних послуг, неможливо

врахувати індивідуальні вимоги кожного споживача, наприклад, щодо якості послуг і їх вартості. Але законодавство має бути спрямоване на досягнення визначеності та обґрунтованості більшості умов договірних відносин. Для цього, на наш погляд, досить на законодавчому рівні закріпити умови договору, які встановили б якісні мінімальні характеристики предмета договору, що дало б можливість дотримати інтереси сторін і встановити момент порушення виконавцем умов. А процес формування договору має відбуватися у відповідності з принципами договірного права. У цих цілях оформлення договірних відносин слід здійснювати в три етапи: розробка декількох проектів договорів з урахуванням інтересів споживача в частині встановлення його прав та обов'язків; попереднє погодження із споживачем всіх істотних умов, прав і обов'язків; підписання договору.

<sup>1</sup> Стаття 7 Закону України «О национальной депозитарной системе и особенностях электронного оборота ценных бумаг в Украине»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://base.spinform.ru/show\\_doc.fwx?rgn=10211](http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=10211)

<sup>2</sup> Цивільне право України / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – Кн. 1. – 720 с. – С. 630.

<sup>3</sup> Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності : навчальний посібник / В. В. Луць. - 2-е вид., стер. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 560 с. – С.19.

<sup>4</sup> Постанова Кабінету Міністрів України від 29 травня 2013 р. № 420 «Про затвердження Типового договору оренди водних об'єктів» // Урядовий кур'єр. – 2013. – № 114.

<sup>5</sup> Постанова Кабінету Міністрів України від 20 травня 2009 р. № 529 «Про затвердження Типового договору про надання послуг з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій» // Урядовий кур'єр. – 2009. – № 111.

<sup>6</sup> Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: [У 4 т.] / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. – Т. 2. – К.: А.С.К.; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2004. – 864 с. – С. 676.

<sup>7</sup> Сібілюв М. Цивільно-правовий договір в механізмі правового регулювання суспільних відносин в сфері приватного права // Юридичний вісник. – Одеса, 2002. – № 3. – С. 105–109. – С. 108.

<sup>8</sup> Ромовська З. В. Проблеми загальної теорії права у проекті цивільного кодексу України // Кодифікація приватного (цивільного) права України. – К., 2000. – 336 с. – С. 141.

<sup>9</sup> Кузнецова Н. С. Регулювання економічних відносин цивільним законодавством України // Теоретичні та практичні питання реалізації Конституції України. – Х., 1998. – С. 132–148. – С. 145.

<sup>10</sup> Щербина В. С. Господарське право: підручник / В. С. Щербина. – 5-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 600 с. – С. 280.

<sup>11</sup> Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Львівський національний університет ім. Івана Франка. – Л., 2001. – 166 с. – С. 163.

<sup>12</sup> Старцев О. В. Підприємницьке право: навч. посіб. / За ред. О. В. Старцева. К.: Істина, 2006. – 208 с. – С. 87.

<sup>13</sup> Кицик Я. Р. Типовий договір в системі господарських договорів // Приватне право і підприємництво. – 2014. – Вип. 13. – С. 164–167. – С. 165.

<sup>14</sup> Роз'яснення Мінрегіону щодо договірних відносин під час надання послуг з централізованого водопостачання та водовідведення від 12.02.2013 р. – [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.minregion.gov.ua/zhkh/vodopostachannya-ta-vodovidvedennya/rozjasnennja-minregionu-shhodo-dogovirnyh-vidnosyn-pid-chas-nadannja-poslug-z-centralizovanogo-vodopostachannja-ta-vodovidvedennja/>

<sup>15</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая. – Общие положения. – 3-е изд., стер. – М.: Статут, 2008. – 847 с. – С. 85–86.

## Резюме

**Гуйван Д. П. Окремі питання застосування типових договорів у зобов'язальних відносинах при постачанні гарячої води.**

У статті досліджено ознаки уніфікації договірних форм на прикладі типового договору. Визначено принципи особливості типового договору як узагальненої моделі та підстави для укладання відповідних угод. Проаналізовано принципи і недоліки законодавчого регулювання правової конструкції типового договору постачання гарячої води.

**Ключові слова:** постачання гарячої води, типовий договір, укладення договору.

## Резюме

**Гуйван Д. П. Отдельные вопросы применения типовых договоров в обязательственных отношениях при поставке горячей воды.**

В статье исследованы признаки унификации договорных форм на примере типового договора. Определены принципиальные особенности типового договора как обобщенной модели и основания для заключения соответствующих соглашений. Проанализированы принципы и недостатки законодательного регулирования правовой конструкции типового договора снабжения горячей воды.

**Ключевые слова:** снабжение горячей воды, типовой договор, заключение договора.

## Summary

**Guyvan D. Some question the use of standard contracts binding relationship in the supply of hot water.**

In the article the characteristics of unification treaty forms are studied on the example of a typical contract. The principal features of the typical contract are identified as a generalized model and the basis for the conclusion of appropriate agreements. Principles and analyzed the shortcomings of legal regulation of legal construction of a model contract of supply of hot water.

**Key words:** supply of hot water, a standard contract, the conclusion of the contract.

УДК 347.77

**Ю. Л. БОШИЦЬКИЙ**

*Юрій Ладиславович Бошицький, професор, ректор Київського університету права НАН України*

## ІННОВАЦІЙНІ ПЕРСПЕКТИВИ УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ ОПТИМІЗАЦІЇ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Інтелектуальна власність була і залишається одним із основних і необхідних елементів розвитку суспільства та прогресу людства загалом. Зростання її значення як рушійної сили процесу пізнання й створення матеріальних благ набуває визначального характеру в ході економічного, соціального і культурного розвитку країн світу. Будучи за своєю природою не політизованою сферою, інтелектуальна власність помітно впливає на міжнародні відносини загалом, а також на відносини окремих країн і регіональних угруповань.

У наш час роль і значення інтелектуальної власності інтенсивно зростають, вона давно вже стала найбільш цінним капіталом людства. В усьому світі інтелектуальна власність є об'єктом цивільного обороту. У міру істотного зростання значення інтелектуальної діяльності, особливо її результатів для соціально-економічного розвитку будь-якого суспільства, попит на неї також набагато збільшується. Вона часто стає об'єктом неправомірних дій, зловживання, недозволеного використання, тому потребує надійної й ефективної правової охорони.

Посилення правової охорони інтелектуальної власності необхідне ще й тому, що інтелектуальна діяльність, як показує досвід країн із розвинутою економікою, здебільшого буде визначати стратегію і тактику соціально-економічного розвитку держави. Визначальне, пріоритетне місце посідатимуть не виробництво, а саме наука, культура і техніка. Поняття *«культура»* слід розуміти в його широкому значенні – це освіта, культура поведінки, науково-технічний рівень виробництва, література, мистецтво та багато інших складових, що визначають рівень цивілізації того чи іншого суспільства.

Рівень культури формують світогляд, світовідчуття, моральні засади та інші людські цінності як суспільства в цілому, так і кожного окремого індивіда. Тобто, саме від культури в широкому значенні цього поняття й залежить духовний світ суспільства та кожної окремої людини.

Слід враховувати і той фактор, що законодавство у сфері інтелектуальної власності не є усталеним (стабільним) однорідним нормативно-правовим масивом, а навпаки, постійно відчуває певні зміни, пов'язані, у тому числі, з процесами гармонізації норм національного законодавства з нормами міжнародного права.

Розвиток національної системи охорони інтелектуальної власності в контексті інтеграції України у європейську спільноту вбачається складовою міжнародної системи її охорони. Наразі схвалена Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 р.<sup>1</sup>, в якій визначено загальні положення пріоритетів та перспектив розвитку Національної системи інтелектуальної власності, зокрема мету, стратегічні напрями та основні завдання, на реалізацію яких має бути спрямована діяльність державної політики в сфері інтелектуальної власності. Водночас залишилося чимало не розв'язаних завдань її попередницею – Концепцією розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 рр.<sup>2</sup>, яка була схвалена рішенням Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності (протокол від 11 березня 2009 р. № 11) з метою визначення шляхів подальшого розвитку та вдосконалення державної системи правової охорони інтелектуальної власності, пріоритетами якої є максимально повне, своєчасне, якісне забезпечення фізичним та юридичним особам набуття й захисту прав інтелектуальної власності відповідно до міжнародних норм і стандартів. Серед них забезпечення надійних гарантій правової охорони інтелектуальної власності є невід'ємним атрибутом державності будь-якої цивілізованої країни. Для того є достатнє правове підґрунтя: положення Конституції України (ст. ст. 41, 54), норми Цивільного кодексу України (Книга IV «Право інтелектуальної власності»), Господарського, Кримінального, Митного кодексів України, Кодексу України про адміністративні правопорушення. В Україні діють спеціальні закони у сфері інтелектуальної власності: «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»<sup>3</sup>, «Про охорону прав на промислові зразки»<sup>4</sup>, «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»<sup>5</sup>, «Про охорону прав на сорти рослин»<sup>6</sup>, «Про охорону прав на зазначення походження товарів»<sup>7</sup>, «Про охорону прав на топографії інтегральних

мікросхем»<sup>8</sup>, «Про авторське право і суміжні права»<sup>9</sup>, «Про захист економічної конкуренції»<sup>10</sup>, «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм»<sup>11</sup>, «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаних з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування»<sup>12</sup>. Є низка підзаконних актів.

У нашій країні сформовано організаційну структуру органів, які забезпечують діяльність у сфері охорони інтелектуальної власності: створено потужну нормативно-правову базу, яка в цілому відповідає міжнародним нормам і стандартам, розбудовано відповідну інфраструктуру, запроваджено механізми реалізації правових норм.

Однак попри те, що значно підвищився рівень захисту прав інтелектуальної власності, зросла координація зусиль правоохоронних та контролюючих органів щодо боротьби з піратством у сфері інтелектуальної власності, діють система патентно-інформаційного забезпечення, національна система підготовки, перепідготовки й підвищення кваліфікації фахівців у сфері інтелектуальної власності, заспокоюватися рано.

Як свідчать практика та масові порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності, ця система має вразливі місця. Вони добре відомі фахівцям, але від їх нагадування справа не зрушиться з місця доти, доки дотримання непогано виписаних норм чинного законодавства стане нормою для володільців майнових прав, їх користувачів і державних посадовців. А їх дефіцит в Україні очевидний, він посилюється зі змінами політичних еліт та їх намаганням формувати команди управлінців не за професійними ознаками, такими як освіта, досвід роботи, наявні здобутки, а за приналежністю до цієї політичної сили.

Національна стратегія інтелектуальної власності України на період до 2020 р. передбачає, по-перше, удосконалення законодавства України у сфері інтелектуальної власності з урахуванням набутого досвіду, у тому числі й іншими країнами, а також останніх змін і сучасних тенденцій в окресленій галузі з метою створення максимально сприятливих правових, організаційних та економічних умов для юридичних і фізичних осіб щодо набуття, здійснення та захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності. По-друге, удосконалення охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності (система та застосування) з метою покращення ефективності процедур, спрямованих на попередження, виявлення й припинення порушень прав на об'єкти інтелектуальної власності та заходів покарання, які застосовуються до таких правопорушень; зміцнення технічної бази та розвиток науково-технічного потенціалу заінтересованих міністерств і відомств; посилення ролі інтелектуальної власності в усіх сферах діяльності, яка здійснюється на території України. По-третє, формування правової культури з питань інтелектуальної власності серед населення України, у тому числі з використанням сучасних телекомунікаційних засобів.

Стратегія формується із глибокого аналізу законодавчої діяльності та чинників, які на неї впливають. Повинні бути аналітичні видання, в яких на основі комплексного аналізу основних тенденцій і напрямів розвитку світового співтовариства, частиною якого є Україна, самого українського суспільства, висвітлюються важливі питання у сфері державного будівництва, економіки, науки й освіти.

Сьогодні необхідно стимулювати інвестиційні ініціативи у сфері інтелектуальної власності для розвитку починань, підтримки інновацій, особливо впровадження нових і найкращих інвестицій в освіту, навчання, науку на основі використання творів мистецтва, наукових здобутків та новітніх розробок у галузі інформаційно-комунікаційних технологій.

Для України це завдання полягає у створенні відкритої та ефективної економіки, що заохочує інновації, винагороджує ініціативу й забезпечує високі соціальні стандарти. Влада чітко задекларувала вибір шляху запровадження інноваційної моделі структурної перебудови та зростання економіки, утвердження України як високотехнологічної європейської держави для забезпечення випереджаючого розвитку та входження до технологічно розвинутих країн світу.

Стратегія інноваційного розвитку українського суспільства сьогодні – це розробка новітніх наукових ідей та технологій. У цьому контексті розвиток інтелектуальної сфери в Україні потребує як удосконалення нормативної бази, так і поліпшення механізмів державного управління сферою інтелектуальної власності та розвитку інституційної бази. Також сьогодні є актуальним удосконалення механізмів набуття правової охорони інтелектуальної власності, посилення стимулювання в сфері інтелектуальної власності та створення ефективних механізмів захисту прав інтелектуальної власності. Необхідна розробка дієвих методик запобігання, протидії, розслідування злочинів у сфері інтелектуальної власності, поліпшення обізнаності та розвитку високої культури широких верств населення у сфері інтелектуальної власності. Досягнення зазначеного потребує розширення міжнародного партнерства та співробітництва у сфері інтелектуальної власності. Інше, не менш важливе питання, – це забезпечення високого рівня інтелектуальної безпеки, вирішення питань утилізації виробів, у яких реалізовані об'єкти інтелектуальної власності, а також фінансове та матеріально-технічне забезпечення впровадження інноваційної моделі розвитку українського суспільства. На часі також і здійснення національного моніторингу та оцінки впровадження новітніх ідей, розробок, нанотехнологій та грид-технологій. Нині відомі три найважливіші інформаційні технології: Інтернет – як мережа комп'ютерів, об'єднаних каналами з протоколами TCP/IP для зв'язку, Веб – як мережа сайтів, що використовують гіперпосилання для переходів і Грид – як обчислювальна інфраструктура, що забезпечує безперебійний доступ до обчислювальних потужностей і ресурсів зберігання даних, розподілених по всьому світу. Розробляючи стратегію інноваційного розвитку української держави, необхідно враховувати також проблеми глобалізації, яка потребує теоретичного осмислення тенденцій в еволюції правової, кібернетичної, психологічної і економічної науки та особливо науки права інтелектуальної власності.

Найбільш актуальними питаннями в зазначеному вище контексті є наступні: становлення дієвої й ефективної правової та інституційної системи охорони права інтелектуальної власності в Україні; доцільність імплементації передового досвіду країн Центрально-Східної Європи у сфері інтелектуальної власності у національне законодавство, а також його гармонізації з європейськими та світовими стандартами.

У сфері реалізації інтелектуальної власності існує проблема створення нових технологій, інновацій на основі винаходів. У світі 75 % усього економічного ефекту від виробничого використання винаходів забезпечується дуже невеликою їх кількістю (приблизно 3–7 %). А 25 % ефекту припадає на частку 93–97 % винаходів. Результативність тієї чи іншої винахідницької діяльності можна визначити лише її впровадження та відповідний економічний ефект. Відношення кількості започаткованих розробок до кількості розробок, що завершуються процесом впровадження їх результатів у виробництво, становить приблизно 100/30, тобто лише 30 % розробок закінчується впровадженням. На жаль, сьогодні в Україні цей відсоток ще менший. Тому абсолютно зрозуміло, що держава повинна цілеспрямовано підтримувати розвиток винахідництва і широкое впровадження винаходів у процес виробництва.

На розвиток інтелектуальної власності в Україні можна впливати через державну підтримку винахідництва, належний рівень його фінансування, популяризацію даного напрямку, активізацію міжнародного співробітництва в усіх сферах інтелектуальної діяльності. Важливу роль відіграє також і створення та запровадження належної освітньої програми, вдосконалення нормативної бази, децентралізація повноважень центрального органу управління у сфері інтелектуальної власності, трансфер технологій.

Але, окрім цього, можна запропонувати декілька інноваційних методів, які поширені серед країн світу. До них належать і бізнес-інкубатори. Бізнес-інкубатори – це організації, які надають на певних умовах і на певний час спеціально обладнані приміщення та інше майно суб'єктам малого й середнього підприємництва, що розпочинають свою діяльність, з метою сприяння в набутті ними фінансової самостійності. Найважливішими функціями бізнесів-інкубаторів є: надання приміщення для офісів або майстерень на умовах оренди за цінами, нижчими від ринкових і з гнучкими умовами одержання додаткового місця за вимогою. Це й адміністративні та технічні послуги, консалтинг/бізнес-планування як для початківців, так і потенційних підприємців. Також можливий широкий набір інших консалтингових послуг, трансфер технологій, пропозиції з проведення семінарів і тренінгів. Інноваційні бізнес-інкубатори могли б стати посередниками між ланкою малого й середнього бізнесу, заснованого на винаходах і корисних моделях та майбутніми інвесторами і державою. У результаті це прискорило б розвиток невеликих підприємств, сприяло б створенню нових робочих місць, збільшило надходження до державного бюджету тощо.

Іншою, не менш ефективною формою стимулювання винахідництва, могли б стати так звані професорські привілеї, згідно з якими права на патентування винаходів, зроблених викладачами або науковими співробітниками при виконанні досліджень за рахунок бюджету, належали цим викладачам або науковцям.

Наступним важливим стимулом для активізації винахідницької діяльності може стати консалтинговий або консультативний інжиніринг. Незважаючи на те, що це – досить нове явище для вітчизняного підприємця, у світовій практиці такий вид інжинірингу широко використовується, враховуючи розвиток нових технологій та інноваційних рішень.

Інжиніринг – це відокремлений в самостійну сферу діяльності комплекс послуг комерційного характеру з підготовки і забезпечення процесу виробництва продукції, з обслуговування будівництва та експлуатації промислових об'єктів. Інжиніринг можна визначити як комплекс послуг, що надаються на комерційній основі техніко-економічного обґрунтування створення нових підприємств, проектування і експлуатації виробничих і невиробничих об'єктів, випуску нових видів продукції, вдосконалення управління підприємствами тощо.

Надання на основі договору на інжиніринг повного комплексу послуг і поставок включає чотири окремих види інженерно-технічних послуг, кожний із яких може бути предметом самостійного договору. Так, консалтинговий інжиніринг пов'язаний, головним чином, з інтелектуальними послугами з метою проектування об'єктів, розробки планів будівництва і контролю за проведенням робіт. А технологічний інжиніринг дає змогу надати замовнику технології, необхідні для будівництва промислового об'єкта та його експлуатації.

Консультативний або консалтинговий інжиніринг включає проведення попередніх техніко-економічних обґрунтувань і досліджень, пов'язаних із загальним проектуванням; планування та підготовку креслень і кошторисів витрат; підготовку попередніх ескізів, проектною документації, детальних креслень і специфікацій; планування та складання програми фінансування; підготовку технічних умов для участі в торгах і видачу рекомендацій, оцінку пропозицій щодо будівництва об'єктів; контроль за будівництвом, виготовленням обладнання, монтажем, налагодженням і пуском обладнання, експлуатацію; видачу сертифікатів про якість проведених робіт тощо.

На кожній стадії інжинірингу завжди присутній інтелектуальний інжиніринг, тому що без креслень і планів неможливо розробити і впровадити сучасні технології та інновації. Консультативний інжиніринг можна розглядати окремо від усього комплексу інжинірингових послуг, коли організація доручає різні етапи впровадження технології різним компаніям-постачальникам.

Актуальним залишаються питання кодифікації законодавства у сфері інтелектуальної власності на спільних для всіх об'єктів інтелектуальної власності об'єктивних цінностях. Також до існуючих проблем у колі прогалин законодавства і сфері інтелектуальної власності слід віднести відсутність законодавчого напрацювання щодо договірного передання ноу-хау, визначення якого наведено в Законі України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»<sup>13</sup>.

Договір про передавання ноу-хау має певну схожість з ліцензійним договором. Але істотна відмінність полягає у тому, що на підставі ліцензійних договорів передаються права на запатентовані об'єкти, тоді як ноу-хау об'єктивно може бути не запатентоване.

Інноваційним перспективам нашої країни в сфері інтелектуальної власності сприятиме і нещодавно прийнятий Верховною Радою України Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність»<sup>4</sup>, який має стати запорукою ефективного використання державою свого інтелектуального потенціалу. Даний закон створює дієве правове поле для розвитку наукової і науково-технічної сфери та перетворення її на рушійну силу інноваційного прогресу України. Слід зазначити, що закон також сприятиме демократизації академічного життя, прозорішому розподілу фінансування та підвищенню ефективності діяльності наукових установ. Хоча його переваги можуть бути знівельовані положеннями Закону України «Про Державний бюджет України на 2016 рік»<sup>5</sup>. Набрання останнім чинності значно погіршує і так непросте становище української науки, адже передбачається суттєве скорочення фінансування НАН України – до суми 2 млрд 54 млн грн. Водночас мінімальна сумарна потреба на 2016 р. становить майже 2 млрд 780 млн грн. Таке значне недофінансування – майже 20 %, негативно позначиться на діяльності наукових установ, призведе до неминучого згорання досліджень за багатьма пріоритетними напрямками, суттєвого скорочення кількості співробітників академічних установ і запровадження режиму неповної зайнятості. За таких обставин у НАНУ катастрофічними темпами буде зменшуватися кількість молодих дослідників<sup>6</sup>.

Українська наука як середовище створення різних об'єктів інтелектуальної власності потребує найшвидшого реформування. На жаль, країну полишають кращі наукові кадри, що є неприпустимим для перспективи розвитку науки та економіки. Закон України «Про наукову та науково-технічну діяльність» передбачає шлях реформування наукової сфери. Зasadничими його принципами є децентралізація управління науковою сферою, демонополізація джерел її фінансування та європейські підходи.

Даний закон дозволяє започаткувати реформу в сфері науки та створення об'єктів інтелектуальної власності. Реформу, яка дасть надію молодим ученим реалізувати себе в Україні й на благо України, яка допоможе відмовитися від забюрократизованої застарілої радянської системи управління наукою на користь створення креативного середовища, що спонукає до винаходів, реформу, яка започаткує моду в Україні на науку й перетворить науковців із жебраків на тих, хто формує суспільну думку, наслідки якої стануть відчутними в усіх сферах життя країни.

Враховуючи все вищевикладене, також є необхідність подальшого посилення правової культури для захисту прав інтелектуальної власності, підвищення загального рівня підготовки кваліфікованих фахівців з цих питань. А це потребує великого обсягу спеціальних теоретичних знань та практичного досвіду вдосконалення законодавства, спрямованого на охорону права на об'єкти інтелектуальної власності, створення сприятливих умов для розвитку цивілізованого ринку цих об'єктів. Потрібне державне сприяння охороні інтелектуальної власності, що вимагає запровадження організаційно-правових заходів. Для їх здійснення необхідні координація роботи різних органів державної влади, недержавних установ та громадських організацій, визначення подальших шляхів розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні. Економічне відродження нашої країни, орієнтація на розвиток ринкових відносин, прагнення співпраці зі світовим співтовариством потребують чітко визначених перспектив розвитку та удосконалення суспільних відносин у цій важливій галузі. Підвищення культури суспільних відносин у сфері інтелектуальної власності сприятиме оптимізації необхідних умов для творчої інтелектуальної діяльності інженерів, винахідників, науковців, для розвитку цивілізованого ринку результатів їх роботи, комерціалізації широкого кола різних об'єктів інтелектуальної власності, ведення ефективного та чесного бізнесу тощо. Все це є необхідним для розвитку національної економіки, підвищення рівня добробуту громадян, забезпечення національної безпеки нашої держави і зростання загального рівня культури її громадян, що значно поліпшить передумови для євроінтеграції в недалекому майбутньому.

<sup>1</sup> Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sips.gov.ua/ua/project-ip-strategy28082014>

<sup>2</sup> Концепція розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 роки : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://sips.gov.ua/i\\_upload/file/konts9-14.doc](http://sips.gov.ua/i_upload/file/konts9-14.doc)

<sup>3</sup> Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1994. – № 7. – Ст. 32 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>

<sup>4</sup> Про охорону прав на промислові зразки : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1994. – № 7. – Ст. 34 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3688-12>

<sup>5</sup> Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1994. – № 7. – Ст. 36 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3689-12>

<sup>6</sup> Про охорону прав на сорти рослин : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1993. – № 21. – Ст. 218 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3116-12>

<sup>7</sup> Про охорону прав на зазначення походження товарів : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1999. – № 32. – Ст. 267 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/752-14>

<sup>8</sup> Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1998. – № 8. – Ст. 28 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/621/97-%D0%B2%D1%80>

<sup>9</sup> Про авторське право і суміжні права : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1994. – № 13. – Ст. 64 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>

<sup>10</sup> Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2001. – № 12. – Ст. 64 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2210-14>

<sup>11</sup> Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм: Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2000. – № 24. – Ст. 183 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1587-14>

<sup>12</sup> Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаних з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування: Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2002. – № 17. – Ст. 121 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2953-14>

<sup>13</sup> Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2006 – № 45. – Ст. 434 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/143-16>

<sup>14</sup> Про наукову і науково-технічну діяльність : Закон України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 3. – Ст. 25: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/848-19>

<sup>15</sup> Про Державний бюджет України на 2016 рік : Закон України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/928-19>

<sup>16</sup> *Борис Патон*: «Недофінансування НАН України призведе до згорання дослідницьких проектів і втрати наукових кадрів» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.golos.com.ua/article/263445>

### Резюме

**Бошицький Ю. Л. Інноваційні перспективи України в контексті оптимізації правової охорони інтелектуальної власності.**

Стаття присвячена проблемним питанням оптимізації правової охорони інтелектуальної власності як головного чинника інноваційних перспектив України. Розглядається роль інтелектуальної власності, як найбільш цінного капіталу людства. Аналізуються перспективи української науки, як середовища для створення об'єктів інтелектуальної власності. Пропонується більш активне запровадження консалтингового інжиніринга, створення бізнес-інкубаторів, як організаційно-правових структур, що сприяють винахідницькій діяльності, розробці та впровадженню її результатів у промисловість.

**Ключові слова:** інновації, інтелектуальна власність, консалтинговий інжиніринг, бізнес-інкубатори, винахідницька діяльність.

### Резюме

**Бошицький Ю. Л. Инновационные перспективы Украины в контексте оптимизации правовой охраны интеллектуальной собственности.**

Статья посвящена проблемным вопросам оптимизации правовой охраны интеллектуальной собственности как главного фактора инновационных перспектив Украины. Рассматривается роль интеллектуальной собственности, как наиболее ценного капитала человечества. Анализируются перспективы украинской науки, как среды для создания объектов интеллектуальной собственности. Предлагается более активное внедрение консалтингового инжиниринга, создание бизнес-инкубаторов, как организационно-правовых структур, которые содействуют изобретательской деятельности, разработке и внедрению ее результатов в промышленность.

**Ключевые слова:** инновации, интеллектуальная собственность, консалтинговый инжиниринг, бизнес-инкубаторы, изобретательская деятельность.

### Summary

**Boshytskyi Y. Innovative perspectives of Ukraine within the context of the intellectual property legal protection optimization.**

The article highlights the challenges of intellectual property legal protection optimization, as the main factor of innovative perspectives of Ukraine. There has been considered the role of intellectual property as the most valuable capital of the humanity. The author analyses the perspective of Ukrainian science as the environment favorable for intellectual property objects creation. It is suggested that consulting engineering should be implemented more actively and business incubators should be created as organizational and legal structures contributing to the inventive activities, development and their results industrial implementation.

**Key words:** innovations, intellectual property, consulting engineering, business incubators, inventive activity.



## І. Я. ВЕРЕС

*Ірина Ярославівна Верес, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

### ОРГАНІЗАЦІЯ КОЛЕКТИВНОГО УПРАВЛІННЯ МАЙНОВИМИ АВТОРСЬКИМИ ТА (АБО) СУМІЖНИМИ ПРАВАМИ

Суб'єкт авторського і (або) суміжних прав не в змозі відслідковувати усі можливі випадки використання своїх об'єктів права інтелектуальної власності чи контактувати з усіма користувачами таких прав задля укладення ліцензійних договорів та отримання винагороди за використання цих об'єктів. Водночас для переважної більшості користувачів на практиці неможливо отримати дозвіл на використання кожного об'єкта авторського права і суміжних прав від кожного суб'єкта таких прав. Організація колективного управління є важливим посередницьким ланцюжком між суб'єктами авторського права і суміжних прав та користувачами таких прав, що дає змогу вирішити зазначені проблеми<sup>1</sup>.

Питання про організацій колективного управління розглядалися у наукових працях вчених, зокрема Л. Р. Щерби, Ю. М. Капіци, І. Є. Якубівського та інших.

Відповідно до ст. 1 Закону України (далі – ЗУ) «Про авторське право і суміжні права» організація колективного управління (організація колективного управління майновими правами) – це організація, що управляє на колективній основі майновими правами суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав і не має на меті одержання прибутку.

Проаналізуємо ознаки організації колективного управління.

1. Організації колективного управління – це об'єднання суб'єктів авторського права та (або) суміжних прав (непідприємницькі товариства) або державні організації, установчі документи яких передбачають здійснення функцій колективного управління авторськими та (або) суміжними правами.

У ч. 2 ст. 47 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» зазначено, що організації колективного управління створюються суб'єктами авторського права і (або) суміжних прав та мають статус юридичної особи, згідно із законом. Організації колективного управління не мають права займатися комерційною діяльністю чи використовувати будь-яким способом об'єкти авторського права і (або) суміжних прав, доручених їм для управління (ч. 2 ст. 48). Згідно з ч. 5 ст. 48 суб'єкти авторського права і (або) суміжних прав можуть також доручати управління своїми майновими правами на колективній основі відповідним державним організаціям, установчі документи яких передбачають здійснення таких функцій.

З переліком організацій колективного управління можна ознайомитися на офіційному сайті Державної служби інтелектуальної власності. Організаціями колективного управління визначено Всеукраїнське об'єднання суб'єктів авторських і суміжних прав «Оберіг», Державну організацію «Українське агентство з авторських та суміжних прав», Об'єднання підприємств «Український музичний альянс», Об'єднання підприємств «Українська ліга музичних прав» тощо.

Відповідно до ЗУ «Про об'єднання громадян» від 22 березня 2012 р. громадське об'єднання – це добровільне об'єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших інтересів. Громадське об'єднання за організаційно-правовою формою утворюється як громадська організація або громадська спілка. Громадська організація – це громадське об'єднання, засновниками та членами (учасниками) якого є фізичні особи. Громадська спілка – це громадське об'єднання, засновниками якого є юридичні особи приватного права, а членами (учасниками) можуть бути юридичні особи приватного права та фізичні особи. Громадське об'єднання може здійснювати діяльність зі статусом юридичної особи або без такого статусу. Громадське об'єднання зі статусом юридичної особи – це непідприємницьке товариство, основною метою якого не є одержання прибутку. Отже, згідно з чинним законодавством організації колективного управління виступають як непідприємницькі товариства.

У юридичній літературі висловлено думку, що надання можливості організаціям колективного управління отримувати прибуток за свою діяльність в жодному разі не порушує прав чи інтересів авторів та правоволодільців, а навпаки – надає їм більший обсяг прав у виборі своїх представників щодо колективного управління авторськими та суміжними правами. Адекватною цілям колективного управління можна вважати організаційно-правову форму підприємницького товариства, за винятком виробничого колективу, повного товариства, акціонерного товариства, оскільки передбачена останніми обов'язкова особиста участь члена кооперативу в його діяльності та статус акціонера не повною мірою відповідають специфіці відносин колективного управління<sup>2</sup>.

При аналізі даного питання є цікавою практика законодавства ЄС. Відповідно до Директиви Європейського парламенту і Ради 2014/16/ЄС від 26 лютого 2014 р. про колективне управління авторськими і

суміжними правами та мультимедійне ліцензування музичних творів, які використовуються онлайн на внутрішньому ринку, розмежовуються організації колективного управління та незалежні організації управління. Організації колективного управління – це будь-яка організація, яка уповноважена на підставі закону, договору уступки, ліцензії або будь-якої домовленості на управління авторськими або суміжними правами в інтересах більш ніж одного правоволодільця, єдиною і основною метою діяльності якої не є отримання прибутку правоволодільцями, і яка відповідає одному або двом наступним критеріям: належить своїм членам або контролюється ними; створена без мети отримання прибутку (ст. 3 Директиви). Незалежна організація управління – це будь-яка організація, яка уповноважена на підставі закону, договору уступки, ліцензії або будь-якої домовленості на управління авторськими або суміжними правами в інтересах більш ніж одного правоволодільця, єдиною і основною метою діяльності якої є отримання прибутку правоволодільцями, і яка відповідає одному або двом наступним критеріям: не належить правоволодільцям і не контролюється ними, повністю або частково; і створена з метою отримання прибутку. Варто було б у ЗУ «Про авторське право і суміжні права» передбачити дані види організації колективного управління.

Відповідно до наказу Міністерства освіти і науки України від 21 травня 2003 р. «Про затвердження Порядку обліку організацій колективного управління та здійснення нагляду за їх діяльністю» організація колективного управління зобов'язана стати на облік у Державній службі протягом 30 днів після її державної реєстрації. Після взяття на облік організації колективного управління Державна служба видає свідоцтво про облік устанавленого зразка. Право займатися діяльністю організації колективного управління виникає з моменту видачі свідоцтва про облік організації колективного управління. Організація може бути взята на облік, якщо вона: а) є юридичною особою; б) не має на меті прямо або опосередковано одержувати прибуток; в) має метою діяльності управління на колективній основі майновими правами суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав; г) не має права займатися господарською комерційною діяльністю чи використовувати будь-яким чином об'єкти авторського права і (або) суміжних прав, доручені їй для управління; ґ) поширює свою діяльність на територію всієї України і має місцеві осередки або представництва в більшості областей України; д) створена засновниками, об'єднує членів (учасників) організації, які є суб'єктами авторського права і (або) суміжних прав і передали на підставі договорів власні майнові права в колективне управління цій організації; е) має статут, що відповідає вимогам законодавства, зокрема у сфері авторського права і суміжних прав.

Заява про взяття на облік організації колективного управління розглядається Державною службою протягом 15 робочих днів з дня подання всіх необхідних документів. Свідоцтво видається протягом трьох робочих днів після прийняття рішення про взяття на облік організації колективного управління. Поставлена на облік організація колективного управління заноситься до реєстру.

Слід звернути увагу, що організація колективного управління є об'єднанням суб'єктів авторських та (або) суміжних прав.

Всеукраїнське об'єднання суб'єктів авторських і суміжних прав «Оберіг» (далі – «Позивач») звернулося до Окружного адміністративного суду міста Києва з позовом до Державного департаменту інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України (далі – «Відповідач», «Департамент») з проханням скасувати рішення Державного департаменту інтелектуальної власності та анулювати видане Державним департаментом інтелектуальної власності свідоцтво про визначення організації колективного управління уповноваженою організацією на ім'я Об'єднання підприємств «Українська ліга музичних прав» та свідоцтво про визначення організації колективного управління уповноваженою організацією на ім'я Об'єднання підприємств «Український музичний альянс». Як зазначив у судовому засіданні представник Позивача, при прийнятті оскаржуваного рішення Відповідачем було порушено визначені чинним законодавством України обов'язкові критерії визначення уповноваженої організації колективного управління, яка здійснюватиме збирання і розподіл винагороди (роялті) за використання опублікованих з комерційною метою фонограм і відеограм. На той час дійсний Порядок визначення уповноважених організацій колективного управління, які здійснюватимуть збирання і розподіл винагороди (роялті) за використання опублікованих з комерційною метою фонограм і відеограм визначено наказом Міністерства освіти і науки України від 22 грудня 2008 р. № 1175, передбачав вимогу, що організація колективного управління може бути визначена уповноваженою організацією, якщо вона: створена суб'єктами суміжних прав (крім організацій мовлення), не є державною організацією та має повноваження відповідних суб'єктів суміжних прав здійснювати управління на колективній основі їх майновими правами. Як підтверджується матеріалами справи, а саме Протоколом установчих зборів зі створення об'єднання підприємств «Український музичний альянс», об'єднання було засновано Приватним підприємством «Юкрейниан Рекордс», ТОВ «Мюзик Фактори Груп», ТОВ «Б.УМ.», ЗАТ «Нова Рекордз», СП «Київ-Євро Стар». Згідно з Протоколом установчих зборів зі створення об'єднання підприємств «Українська Ліга Музичних Прав», об'єднання було засновано Приватним підприємством «Юкрейниан Рекордз», Приватним підприємством «Українське Музичне Видавництво», ТОВ «Комп Мюзік». Водночас жодних доказів на підтвердження того, що вищезазначені юридичні особи, засновники ОП «Український музичний альянс» та ОП «Українська Ліга Музичних Прав», є суб'єктами суміжних прав, ні оскаржуване рішення Відповідача, ані подані Третіми особами 2 та 3 документи не містять. Таким чином, Суд звертає увагу на те, що при прийнятті оскаржуваного рішення Відповідач, всупереч вимогам закону, не переконався в тому, що ОП «Український музичний альянс» та ОП «Українська Ліга Музичних Прав» було створено суб'єктами суміжних прав (що повинно було підтверджуватися належними доказами), що, в свою чергу, суперечить принципу обґрунтованості рішення суб'єкта владних повноважень<sup>3</sup>.

2. Організації колективного управління здійснюють колективне управління авторськими та (або) суміжними правами на підставі договорів або на підставі закону.

Відповідно до ч. 3 ст. 48 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» повноваження на колективне управління майновими правами передаються організаціям колективного управління авторами та іншими суб'єктами авторського права і (або) суміжних прав на основі договорів, укладених у письмовій формі. Проте Закон регулює ситуацію, коли суб'єкти авторського права і (або) суміжних прав не передали організаціям колективного управління повноважень на управління своїми правами. За таких умов суб'єкти авторського права і (або) суміжних прав, які не передали організаціям колективного управління повноважень на управління своїми правами, в тому числі щодо збирання винагороди, мають право вимагати від організацій колективного управління, які таку винагороду за використання їхніх творів і об'єктів суміжних прав зібрали, виплати цієї винагороди, а також вимагати вилучення своїх творів і об'єктів суміжних прав із дозволів на використання, які надаються організаціями колективного управління шляхом укладання договорів з особами, які використовують ці об'єкти. Організації колективного управління мають право резервувати на особому рахунку суми незапитаної винагороди, що надійшла їм від осіб, які використовують об'єкти авторського права і (або) суміжних прав. Після трьох років від дня надходження на рахунок організації колективного управління відповідних сум суми незапитаної винагороди можуть бути використані для чергових виплат суб'єктам авторського права і (або) суміжних прав або спрямовані на інші цілі, передбачені їх статутами, в інтересах суб'єктів авторського права і суміжних прав (ч. 2, 3 ст. 48 ЗУ «Про авторське право і суміжні права»).

Роз'яснення щодо даного питання передбачені у постанові Пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 р. № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності». Відповідно до п. 9.1 цього документа господарським судам необхідно мати на увазі, що згідно з приписами пункту «в» частини першої ст. 49 Закону України «Про авторське право і суміжні права» до функцій організації колективного управління належать збір, розподіл і виплата зібраної винагороди за використання об'єктів авторського і (або) суміжних прав не лише суб'єктам авторського і (або) суміжних прав, правами яких вони управляють, а також й іншим суб'єктам прав відповідно до цього Закону. Надавши організаціям колективного управління можливість дозволяти використання об'єктів авторського права, які хоча й не перебувають в їх управлінні, але не вилучені з нього в установленому порядку, законодавець врахував специфіку діяльності суб'єктів господарювання, які здійснюють постійне використання великої кількості різноманітних об'єктів авторського права, завчасне визначення переліку яких (із встановленням правовласників та одержанням необхідного дозволу від кожного з них) є надмірно складним або взагалі неможливим (телерадіоорганізації; особи, які здійснюють ретрансляцію телерадіопрограм; власники закладів, де відбувається публічне виконання творів тощо). Такий підхід водночас забезпечує дотримання прав суб'єктів авторського права – як щодо дозволу на використання творів, так і стосовно отримання винагороди – та дозволяє суб'єктам господарювання здійснювати використання необмеженого переліку творів без порушення майнових авторських прав, уклавши відповідний договір з однією організацією колективного управління.

3. Здійснюючи колективне управління авторськими і суміжними правами, організації колективного управління виступають представниками суб'єктів авторського і (або) суміжних прав.

Відповідно до ч. 1 ст. 49 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» організації колективного управління повинні виконувати надані їм функції від імені суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав. У юридичній літературі запропоновано, щоб поняття «організації колективного управління» містило вказівку на можливість її альтернативного статусу, як представника, агента (комісіонера) і довірчого управителя об'єктами авторського права і суміжних прав довіртелів – творців чи їх правонаступників<sup>4</sup>.

У судовій практиці виникло питання про процесуальний статус організації колективного управління в суді.

Відповідно до п. 49 постанови Пленуму Вищого господарського суду від 17 жовтня 2012 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності»<sup>5</sup>, за наявності договорів з суб'єктами авторського права та (або) суміжних прав на управління їх майновими правами, організації колективного управління відповідно до ст. 45 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» мають право звертатися до господарського суду з позовами про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду або стягнення доходу, отриманих порушником внаслідок порушення ним авторського права та (або) суміжних прав. У разі звернення організації колективного управління до суду з позовом про захист прав суб'єктів авторського права суд повинен з'ясувати обсяг повноважень цієї організації згідно з договорами, укладеними цією організацією та суб'єктом авторського права. Організації, діючи в межах наданим їм суб'єктами авторського права та (або) суміжних прав повноважень чи на підставі ст.ст. 42, 43 ЗУ «Про авторське право і суміжні права», звертаються до господарського суду з позовами на захист прав таких суб'єктів без подання їх довіреностей на право представництва у суді в кожному конкретному випадку. Документами, що підтверджують право організації на звернення до суду із заявою про захист авторського права та (або) суміжних прав, є: видане Міністерством освіти і науки України свідоцтво про облік організацій колективного управління, свідоцтво про визнання організації уповноваженою організацією колективного управління згідно із ст.ст. 42, 43 названого Закону; статут організації, що управляє майновими правами на колективній основі; в інших випадках, ніж передбачені згаданими статтями ЗУ «Про авторське право і суміжні права» – договір з особою, якій належать відповідні права, на управління майновими правами на колективній основі та (або) договір з іноземною організацією, що управляє аналогічними правами, і документи, що

підтверджуються наявність у неї відповідних повноважень. Спів за участю організації колективного управління може бути вирішений господарським судом без участі конкретної особи, чий майнові інтереси представляє така організація. За необхідності господарський суд може залучити її до участі у справі як третю особу, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору (ст. 27 ГПК).

Отже, проаналізувавши позицію Вищого господарського суду України, можна зробити висновок, що організація колективного управління виступає у процесі позивачем і, відповідно, підсудність визначається з її урахуванням (в порядку господарського судочинства).

Іншу позицію підтримує Верховний суд України щодо визначення процесуального становища організації колективного управління.

Відповідно до п. 7 постанова Пленуму Верховного суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 4 червня 2010 р.<sup>6</sup>, згідно з підпунктом «г» частини першої ст. 49 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» організації колективного управління повинні виконувати від імені суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав і на основі одержаних від них повноважень, зокрема, таку функцію: звертатися до суду за захистом прав суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав відповідно до статутних повноважень та доручення цих суб'єктів. При цьому окреме доручення для представництва в суді не є обов'язковим. Разом із тим така організація, пред'явивши позов, не є позивачем, оскільки вона звертається до суду в порядку, передбаченому ст. 45 ЦПК, за захистом прав суб'єктів авторського і (або) суміжних прав, на захист інтересів якого звернулася організація. У випадку, якщо організація колективного управління звертається на захист прав фізичних осіб, такий спір розглядається в порядку цивільного судочинства. Якщо вона звертається на захист юридичних осіб, то, залежно від суб'єктного складу, спір розглядається в порядку господарського судочинства. Документами, які підтверджують право організації на звернення до суду за захистом авторського і (або) суміжних прав, є: свідоцтво про облік організації колективного управління; Статут; договір із суб'єктом авторського права і (або) суміжних прав на управління майновими правами на колективній основі; у певних випадках – договір з аналогічними іноземними організаціями, що управляють такими є правами, чи довіреність.

Позиція Верховного Суду України є обґрунтованою і отримала відображення у рішеннях суду, зокрема у постанові Вищого господарського суду від 15 лютого 2011 р. у справі № 54/ 9 (05-5-54 /2408)<sup>7</sup>; постанові Вищого господарського суду від 1 березня 2011 р. у справі № 54 /41<sup>8</sup>; постанові Вищого господарського суду від 8 лютого 2011 р. у справі № 39/257-20 /354<sup>9</sup>.

В юридичній літературі запропоновано визначення поняття «організація колективного управління». Організація колективного управління – це юридична особа, створена авторами, виконавцями, виробниками фонограми, виробниками відеограми чи їх правонаступниками в організаційно-правовій формі господарського товариства (за винятком виробничого кооперативу, повного товариства та акціонерного товариства) або невідприємницького товариства і сертифікованої відповідно Закону<sup>10</sup>. Організація колективного управління – це юридична особа, створена як добровільне об'єднання (асоціація) авторів, виконавців, виробників фонограми, виробників відеограми чи їх правонаступників, що здійснює представницьке, агентське або довірче управління об'єктами авторського права і суміжних прав та сертифікована відповідно до Закону<sup>11</sup>.

Згідно зі ст. 1 Проекту ЗУ «Про колективне управління правами на твори, виконання, фонограми, відеограми» від 7 травня 2008 р. організація колективного управління правами на твори, виконання, фонограми, відеограми (організація колективного управління) – юридична особа, яка створена як добровільне об'єднання (асоціація) авторів, виконавців, виробників фонограми, виробників відеограми чи їх правонаступників та сертифікована відповідно до цього Закону.

Беручи до уваги вищеведене, можна запропонувати визначення організації колективного управління як юридичної особи, створеної як добровільне об'єднання (асоціація) авторів, виконавців, виробників фонограми, виробників відеограми чи їх правонаступників, або створеної як господарське товариство; що здійснює представницьке, агентське або довірче управління об'єктами авторського права і суміжних прав.

<sup>1</sup> Каница Ю. М. Авторське право і суміжні прав в Європі : моногр. / Ю. М. Каница, С. К. Ступак, О. В. Жувака. – К. : Логос, 2012. – 696 с. – С. 308.

<sup>2</sup> Майданик Л. Р. Колективне управління майновими авторськими та суміжними правами за цивільним законодавством України : моногр. / Л. Р. Майданик. – К., 2013. – 248 с. – С. 77.

<sup>3</sup> Постанова Окружного суду міста Києва від 29 березня 2011 р. // Судова справа № 2а-4293/09/2670.

<sup>4</sup> Майданик Л. Р. Вказана праця. – С. 78.

<sup>5</sup> Постанови Пленуму Вищого господарського суду від 17 жовтня 2012 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності».

<sup>6</sup> Постанова Пленуму Верховного суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» від 4 червня 2010 р.

<sup>7</sup> Постанова Вищого господарського суду від 15 лютого 2011 у справі № 54/9 (05-5-54 /2408).

<sup>8</sup> Постанова Вищого господарського суду від 1 березня 2011 р. у справі № 54/41.

<sup>9</sup> Постанова Вищого господарського суду від 8 лютого 2011 р. у справі № 39/257-20/354.

<sup>10</sup> Щерба Л. Р. Колективне управління майновими авторськими та суміжними правами за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». – К., 2013. – 19 с. – С. 4.

<sup>11</sup> Майданик Л. Р. Колективне управління майновими авторськими та суміжними правами за цивільним законодавством України : моногр. / Л. Р. Майданик. – К., 2013. – 248 с. – С. 78.

#### Резюме

##### **Верес І. Я. Організація колективного управління майновими авторськими та (або) суміжними правами.**

У статті досліджуються ознаки організації колективного управління майновими авторськими і суміжними правами. Зокрема, організації колективного управління – це об'єднання суб'єктів авторського права та (або) суміжних прав (непідприємницькі товариства). Організації колективного управління здійснюють колективне управління авторськими та (або) суміжними правами на підставі договорів або на підставі закону. Здійснюючи колективне управління авторськими і суміжними правами, організації колективного управління виступають представниками суб'єктів авторського і (або) суміжних прав. Запропоновано визначення поняття організації колективного управління майновими авторськими та (або) суміжними правами.

**Ключові слова:** колективне управління, непідприємницькі товариства, договір доручення, авторські права, суміжні права.

#### Резюме

##### **Верес І. Я. Организация коллективного управления имущественными авторскими и (или) смежными правами.**

В статье исследуются признаки организации коллективного управления имущественными авторскими и смежными правами. В частности, организации коллективного управления – это объединение субъектов авторского права и (или) смежных прав (непредпринимательские общества). Организации коллективного управления осуществляют коллективное управление авторскими и (или) смежными правами на основании договоров или на основании закона. Осуществляя коллективное управление авторскими и смежными правами, организации коллективного управления выступают представителями субъектов авторского и (или) смежных прав. Предложено определение понятия организации коллективного управления имущественными авторскими и (или) смежными правами.

**Ключевые слова:** коллективное управление, непредпринимательские общества, договор поручения, авторские права, смежные права.

#### Summary

##### **Veres I. The collective management organization of copyright and proprietary (or) related rights.**

The article investigates the features of collective management organizations of copyright and related proprietary rights. The collective management organizations are the associations of copyright and (or) related rights (non-commercial partnership) subjects. Collective management organizations performs collective management of copyright and (or) related rights according to the contracts or law. Through the collective management of copyright and related rights, collective management organizations act as representatives of copyright and (or) related rights subjects. The definition of collective management organization of copyright and proprietary (or) related rights is proposed.

**Key words:** collective management, non-commercial partnership, agency agreement, copyright, related rights.

УДК 347.783: 347.788.5

**О. О. КУЛІНІЧ**

*Ольга Олексіївна Кулініч, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПРИРОДИ ТА ЗМІСТУ ПРАВА ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НА ВЛАСНЕ ЗОБРАЖЕННЯ**

Питання про право на власне зображення має давню історію й неоднозначно вирішувалося законодавствами багатьох країн у різні епохи. У цивільному законодавстві України, як і законодавстві дореволюційного періоду та радянському, не закріплюється право фізичної особи на власне зображення, але фізичним особам гарантується захист їх інтересів при проведенні фото-, кіно-, теле- та відеозйомок та охорона інтересів фізичної особи, яка зображена на фотографіях та в інших художніх творах. Відсутність законодавчо визначеної позиції щодо природи та змісту зазначеного права призводить до плутанини у теоретичних дослідженнях, зокрема при розмежуванні прав на «зображення» та «зовнішній вигляд» як нематеріальних благ фізичної особи.

У науковій літературі питання визначення природи, змісту права фізичної особи на власне зображення викликали неабиякий інтерес у науковців, але, на жаль, єдиної концепції охорони даного права, з урахуванням сьогочасних реалій, вироблено не було. Серед учених слід відмітити праці І. С. Вольмана, В. Б. Гуревича, А. В. Завадського, Л. О. Красавчикової, П. І. Міллера, В. А. Мікрюкова.

Завданням даної статті є вироблення підстав для здійснення класифікації наукових поглядів щодо визначення природи та змісту права фізичної особи на власне зображення.

При визначенні природи та змісту права фізичної особи на власне зображення слід проаналізувати та класифікувати різноманітні підходи до розуміння права фізичної особи на власне зображення, що сформувався в юридичній теорії, судовій практиці і нормах законодавства та запропонувати єдину концепцію розуміння природи даного права.

*Першою підставою для класифікації наукових поглядів щодо права фізичної особи на власне зображення є можливість визнання даного права самостійним правом фізичної особи. У рамках даного підходу перша група дослідників не визнає право фізичної особи на власне зображення самостійним, а фактично замінює його особистими немайновими правами фізичної особи. Немайнове право на зображення існує та визнається в зарубіжних країнах лише формально (за назвою)<sup>1</sup>, у нього немає власного змісту, воно завжди є складовою інших прав, залежно від конкретної ситуації: або права на захист честі й гідності (у разі спотворення зображення, що принижує честь і гідність), або права на приватне життя (якщо опублікований знімок був зроблений таємно) і т.п. Аналіз матеріалів судової практики та наукової літератури із зазначеного питання дає змогу зробити висновки щодо фактичної підміни права на власне зображення на інші види права та визнання його складовим компонентом наступних немайнових прав особи: права на честь та гідність, ділову репутацію; права на недоторканність власного житла; права на таємницю особистого (приватного) життя; права на особисту недоторканність. Друга група дослідників визнає право фізичної особи на власне зображення складовою права фізичної особи на зовнішній вигляд (його недоторканність або його таємницю). Така позиція нерідко зустрічається у працях науковців, які розглядають право фізичної особи на власне зображення як одну зі складових права фізичної особи на власний вигляд (або на недоторканність зовнішнього вигляду). Наприклад, В. Д. Пилипенко, А. А. Боер, М. М. Малєйна, В. С. Мельников, А. С. Мограбян, Е. А. Вострикова звертають увагу на те, що право людини на зображення є правомочністю особистого немайнового права на зовнішній вигляд. Третя група дослідників визнає право фізичної особи на власне зображення як особисте немайнове право фізичної особи. На думку деяких із них (наприклад, С. В. Бондаренка<sup>2</sup>), право фізичної особи на власне зображення є одним із особистих немайнових прав фізичної особи. Воно не належить до інституту авторського права, але неабияк впливає на реалізацію авторського права. Четверта група дослідників визначає право фізичної особи на власне зображення як суб'єктивне цивільне право. Позиція про визнання даного права як суб'єктивного цивільного права відображена у матеріалах судової практики<sup>3</sup> та у працях деяких вчених (В. Я. Іонаса, В. А. Белова), які висловлювали думку, що право на власне зображення не має нічого спільного з авторським правом, це суб'єктивне право.*

Другою підставою для класифікації наукових поглядів є визначення взаємозв'язку права фізичної особи на власне зображення з правами інтелектуальної власності. *По-перше, групою вчених висловлювалася позиція щодо можливості визнання майнових прав на створений твір за зображеною особою. Наприклад, у законодавстві початку ХХ ст. простежувалася позиція щодо можливості визнання авторського права за особами, зображеними на портретах та бюстах у випадку, якщо вони створені за замовленням<sup>4</sup>. По-друге, деякі вчені підтримували позицію можливості визнання авторства (співавторства) за зображеною особою. При розгляді можливості визнання за особою, яка зображена на фотографічному творі, авторства на твір, доречно звернутися до ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права», що визначає автором фізичну особу, яка своєю творчою працею створила твір. Отже, автором (фотографом) є особа, яка внесла творчий вклад саме у процес фотографування. По-третє, деякими з учених розглядалася можливість визнання за особою, яка зображена у творі, суміжних прав. Особа, яка позує, може визнаватися суб'єктом суміжних прав, тобто виконавцем певної ролі. Саме циклограма як фотографічний знімок допомагає зафіксувати та відобразити певний цикл рухів – фактично виконання ролі. Сучасні можливості техніки дають змогу створювати фотографії, що рухаються. Наприклад, компанія Apple розширила можливості камери Apple iPhone 6s, завдяки якій з'явилася можливість знімати Live Photos. Ця функція записує декілька митей до і після фотографії, що надає можливість дивитись її рух. Щодо інших художніх творів, які мають динамічний характер, наприклад, кінофільми, театральні постанови тощо – сумнівів щодо наділення виконавців суміжними правами не виникає. По-четверте, визнання права фізичної особи на власне зображення правом, що обтяжує авторські права на твір. Право фізичної особи, зображеної у витворі образотворчого мистецтва, на публікацію, відтворення та поширення цього твору тільки з її згоди є елементом авторського правовідношення, врегульованого інститутом авторського права<sup>5</sup>. Слід звернути увагу, що при цьому недоречно категорично заперечувати зв'язок відносин, що виникають, з авторським правом, оскільки наявність згоди зображеної особи зумовлює можливість оприлюднення та публічного показу твору.*

Третьою підставою для класифікації наукових поглядів щодо права фізичної особи на власне зображення є можливість визнання економічної складової даного права. *Перша група науковців відстоює позицію, що право фізичної особи на власне зображення має особистий немайновий характер. Прихильники даного підходу вважають, що право на зображення не входить до інституту авторського права, а належить до особистих немайнових прав фізичної особи<sup>6</sup>. Право на власне зображення є особистим немайновим правом, не пов'язаним із майновими. Друга група дослідників вважає, що право на зображення має змішаний характер та може мати потенційну комерційну цінність. Питання про природу права на зображення є спірним та дискусійним, на даний момент серед його дослідників немає єдиної думки стосовно того, чи є таке право майновим або немайновим. У науці цивільного права існує підрозділ немайнових прав на пов'язані і не пов'язані з майном. Вважається, що право на зображення є особистим немайновим правом, яке може призвести до виникнення майнових прав, наприклад, при використанні зображення в комерційних цілях<sup>7</sup>. У рамках даної*

підстави для класифікації слід виділити третю групу дослідників, які відстоюють позиції про майновий характер даного права, що обумовлено сучасними тенденціями ринкових відносин та можливістю отримання грошового еквіваленту за використання нематеріальних благ.

При дослідженні змісту права фізичної особи на власне зображення, незважаючи на його визнання серед особистих немайнових прав, дослідниками навіть у радянські часи не завжди застосовувалися теоретичні постулати про особисті немайнові права. З урахуванням сучасних тенденцій цивільного обігу, змін у ринкових відносинах, визнання нематеріальних благ предметом економічного обороту слід проаналізувати концепції розуміння змісту зазначеного права та переосмислити з урахуванням реалій сьогодення.

Четверта класифікація поглядів на право фізичної особи на власне зображення ґрунтується на визначенні моменту виникнення права на зображення. *Права, що належать з моменту народження*. Право особи на власне зображення виникає з моменту народження<sup>8</sup>. Це право властиве не природі людини, а соціуму, і має цінність тільки в рамках соціальної взаємодії і тільки при певному рівні розвитку культури й техніки (який дозволяє відтворювати зовнішній вигляд людини в скульптурі, картині, фотографії тощо)<sup>9</sup>. *Права, що набуті фізичною особою*. Так, згідно з класифікацією особистих немайнових прав, яка була запропонована Г. П. Савичевим, особисті немайнові права можуть бути розділені на три групи: права, пов'язані з особою – носієм цих прав; права, зумовлені суспільним устроєм, його ідеалами та принципами; права, набуті фізичною особою (право на авторське ім'я, привласнення винаходу імені його творця, а також право на власне зображення і на захист листів, щоденників, записок, заміток)<sup>10</sup>. Видається доцільним визнати моментом виникнення саме момент народження, адже при фотографуванні чи поширенні фотографії та інших художніх творів із зображенням фізичної особи зазначене право не набувається, а вже реалізується.

Другим ключовим питанням даного дослідження є визначення основних концепцій розуміння змісту права фізичної особи на власне зображення. Звернення до ключових праць з означеного питання допомагає зазначити такі трактування змісту цього права.

1. *«Негативне» широке трактування* змісту права фізичної особи на власне зображення міститься, наприклад, у працях А. В. Завадського<sup>11</sup>, О. В. Сльчанінової<sup>12</sup>. На їх думку, це право полягає в забороні без згоди особи відтворювати (зображувати фізичну особу будь-яким способом без її згоди за винятком випадків), повторювати та поширювати зображення фізичної особи без її згоди, тобто перешкоджати появі зображення у будь-якій формі без відповідної згоди.

2. *«Негативне» вузьке трактування* права фізичної особи на власне зображення міститься, зокрема, у працях В. А. Жакенова<sup>13</sup>, Т. С. Романченко<sup>14</sup>. На їх погляд, зміст згаданого вище права полягає в недопущенні вільного показу, відтворення, використання будь-яким чином зафіксованого яким-небудь способом зображення особи без згоди зображеної, її законних представників або спадкоємців. Прихильники даного трактування, досліджуючи право фізичної особи на власне зображення, виділяють тільки компоненти, пов'язані з оборотом матеріальних примірників із зафіксованим зображенням зовнішнього вигляду фізичної особи.

3. *«Позитивне» вузьке трактування*. На погляд В. А. Мужанової, правомочність на розпорядження власним зображенням означає надання згоди на оприлюднення та подальше використання якогось конкретного зображення. Особа володіє та має право на використання належного їй нематеріального блага<sup>15</sup>.

4. *Комплексне трактування*. Зі зміною економічних реалій, набуттям нового значення результатів інтелектуальної діяльності, розширенням сфери використання результатів інтелектуальної діяльності та інформації як особистих благ виникає потреба у переосмисленні концепції права фізичної особи на власне зображення та наділення суб'єкта правами позитивним змістом, зокрема щодо можливості використання й надання дозволу на використання твору з зображенням фізичної особи (це так звані права, супутні авторським, які обтяжують права автора), так і негативним змістом (забороні неправомірного використання). Комплексне трактування змісту права на власне зображення, яке поєднує повноваження як щодо надання дозволу, так і встановлення заборони, знайшло відображення у працях В. А. Мікрюкова<sup>16</sup>, О. В. Докучаєвої<sup>17</sup>, матеріалах судової практики.

Право фізичної особи на власне зображення – це суб'єктивне цивільне право, що полягає у можливості надання дозволу на проведення фото-, кіно-, теле- та відеозйомок із зображенням фізичної особи, а також використанні, наданні дозволу на використання та забороні неправомірного використання фотографії, художнього твору або іншого, вираженого у об'єктивній формі носія з зображенням фізичної особи, за винятком випадків, встановлених законом.

Визначаючи зв'язок із правами інтелектуальної власності, слід звернути увагу на ту обставину, що право фізичної особи на власне зображення завжди взаємно обтяжує авторські права (за винятком випадків, коли автором є невідома особа (наприклад, випадковий перехожий), строк дії авторських прав спливає, або автор фотографії є особою, зображеною на ній тощо). В особі, зображеної на фотографії чи іншому художньому творі, можуть виникати майнові права на створений твір відповідно до укладеного договору з автором або іншим володільцем майнових прав. Визнання авторства за зображеною особою можливо також у випадку, якщо вона самостійно здійснювала фотографування. Про наявність суміжних прав можна говорити тільки у разі відповідності творчої діяльності зображеної особи умовам надання правової охорони об'єктам суміжних прав. При цьому право на власне зображення не виключає наявності авторських або суміжних прав, але розмежовується від них внаслідок різного об'єкта охорони. Визначаючи природу даного права, слід звернути увагу на його змішаний характер, наявність потенційної комерційної цінності. Моментом виникнення права на власне зображення є народження фізичної особи.

<sup>1</sup> *Ведерникова О. А.* Право на изображение гражданина в зарубежных странах / О. А. Ведерникова // Законность и правопорядок в современном обществе : сб. материалов XIV Международной научно-практ. конференции. – Новосибирск : Изд-во ЦРНС, 2013. – С. 84–85.

<sup>2</sup> *Бондаренко С. В.* Авторське право та суміжні права / С. В. Бондаренко. – К. : Ін-т інтел. власн. і права, 2008. – С. 64.

<sup>3</sup> Ухвала Вишого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 лютого 2014 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37455196>

<sup>4</sup> Промышленная, литературная, художественная и музыкальная собственность. Сборник, составленный сь разрешения Департамента Торговли и мануфактурь, А. Кобеляцкимь. – С-Петербургъ : тип. В. Киршбаума, 1896. – С. 93.

<sup>5</sup> *Ельчанинова О. В.* Гражданско-правовое положение лиц, осужденных к лишению свободы : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Ельчанинова Ольга Владимировна. – СПб., 2004. – С. 51–52.

<sup>6</sup> *Спиряев С.* Особенности авторского права и смежных прав в модельном бизнесе / С. Спиряев // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2005. – № 3. – С. 75; *Мазуренко С. В.* Право на зображення фізичної особи / С. В. Мазуренко // Роль та місце ОВС у розбудові демократичної правової держави: сучасний стан, проблеми та шляхи вирішення : Тези міжн. наук.-практ. конф. – Одеса, 2009. – С. 137.

<sup>7</sup> *Покореева А. В.* Право на изображение / А. В. Покореева // ЮрКлуб Виртуальный клуб юристов : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.yurclub.ru/docs/civil/article319.html>

<sup>8</sup> *Чепига А. С.* Право гражданина на собственное изображение по законодательству Республики Беларусь / А. С. Чепига // КонсультантПлюс : Беларусь. Технология 3000. ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2012.

<sup>9</sup> *Колосов В.* Право на изображение с учётом зарубежного опыта / В. Колосов, М. Шварц // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2008. – № 4. – С. 43–45.

<sup>10</sup> Советское гражданское право / под ред. В. П. Грибанова и С. М. Корнеева. – М. : Юрид. лит., 1979. – Т. 1. – С. 192–194; Советское гражданское право : в 2-х т. / А. М. Белякова, В. К. Бессмертный, А. Г. Быков и др.; под ред. В. П. Грибанова и С. М. Корнеева. – М. : Юридическая литература, 1979. – Т. 1. – С. 192–193.

<sup>11</sup> *Завадский А. В.* О правѣ на собственное изображение (по поводу § 50 Проекта министра юстициі объ авторскомъ правѣ на литературныя, музыкальныя, художественныя и фотографическія произведенія). Докладъ Юридическому Обществу при Императорскомъ Казанскомъ Университетѣ 14 марта 1909 года / А. В. Завадский. – Казань : Типо-литографія Императорскаго Университета, 1909. – С. 26–27.

<sup>12</sup> *Ельчанинова О. В.* Вказана праця. – С. 51–52.

<sup>13</sup> *Жакенов В. А.* Личные неимущественные права в советском гражданском законодательстве и их социальное значение : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Жакенов В. А. – М., 1984. – С. 163–165.

<sup>14</sup> *Романченко Т. С.* Зображення як об'єкт особистого немайнового права фізичної особи / Т. С. Романченко // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання) : матеріали міжнародної наук.-практ. конференції (м. Київ, 16 вересня 2010 р.). – К. : КНТ, 2011. – С. 355–358.

<sup>15</sup> *Мужанова В. А.* О положительном содержании субъективного гражданского права на нематериальные блага / В. А. Мужанова // Сибирский юридический вестник. – 2011. – № 4 (55). – С. 78, 81.

<sup>16</sup> *Микрюков В. А.* О дифференцированном согласии гражданина на обнародование и использование его собственного изображения / О. А. Микрюков // Право и экономика. Документы. Комментарии. – 2013. – № 2 (300). – С. 47–51.

<sup>17</sup> *Докучаева О. В.* Зміст особистого немайнового права на зображення / О. В. Докучаева // Проблеми цивільного права та процесу (пам'яті проф. О. А. Пушкіна) : матеріали міжнародної наук.-практ. конференції (26 травня 2007 р.) ; за ред. В. А. Кройтора, Р. Б. Шишки, Є. О. Мічуріна. – Х. : ХНУВС, 2007. – С. 334–335.

### Резюме

**Кулінич О. О.** Доктринальні підходи до визначення природи та змісту права фізичної особи на власне зображення.

У вступі статті підкреслюється актуальність теми дослідження. У статті розкриваються окремі підходи до визначення змісту права на власне зображення. Запропоновані підходи до визначення природи та змісту права ґрунтуються на положенні доктрини, законодавства та судової практики. Підкреслюється доцільність впровадження комплексного підходу визначення змісту права фізичної особи на власне зображення. Зроблено висновок про те, що дане право є суб'єктивним, виникає з моменту народження, здатне до економічної оцінки. Наявність права на власне зображення не виключає можливості володіння авторськими чи суміжними правами.

**Ключові слова:** зображення, право на власне зображення, фізична особа, особисті немайнові права, права, пов'язані з матеріальним примірником зображення.

### Резюме

**Кулінич О. А.** Доктринальные подходы к определению природы и содержания права физического лица на собственное изображение.

Во введении статьи подчеркивается актуальность исследования темы. В статье раскрываются различные подходы к определению содержания права на собственное изображение. Предложенные подходы к определению природы и содержанию права основываются на положениях доктрины, законодательства и судебной практики. Подчеркивается целесообразность введения комплексного подхода к определению содержания права на собственное изображение. Сделан вывод о том, что данное право является субъективным, возникает с рождения, обладает потенциальной возможностью экономической оценки. Обладание правом на собственное изображение не исключает возможность обладания авторскими или смежными правами.

**Ключевые слова:** изображение, право на собственное изображение, физическое лицо, личные неимущественные права, права, связанные с материальным носителем изображения.



Summary

**Kulinich O. Doctrinal approaches to the definition of the nature and the content of the right of a natural person to his own image.**

The timeliness of the study of the topic is revealed in the introduction of the article. The different approaches to defining the content of the right to one's own image are described in the article. The classification of proposed approaches is based on the doctrinal findings, as well as on the provisions of the legislation and judicial practice. The author concluded the feasibility of securing a comprehensive approach in the current legislation. The conclusion about the independence of the right to one's own image, its accrue in the moment of creation of an object of intellectual property rights, potential possibility of economic evaluation of an image, embodied in a tangible medium, as well as opportunities for more possession of the subject imaged by copyright or related rights.

**Key words:** image, right to one's own image, a natural person, moral rights, rights associated with the tangible medium of expression of the image.

УДК 347.77

**О. Р. ШИШКА**

*Олександр Романович Шишка, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Харківського національного університету внутрішніх справ*

## ОРГАНІЗАЦІЙНІ ВІДНОСИНИ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Організаційні відносини давно привертають увагу науковців, зокрема представників науки цивільного права. Не викликає сумніву, що важливість визначення питання його предмета полягає в тому, що ми визначаємо сферу цивільного права за принципом «свій – чужий», тобто те, що належить до сфери цивільного права, є «своїм», а те, що ні – «чужим». Відповідно, цим не тільки протистоять спробам привнести у нього адміністративні правовідносини і тим самим зробити його публічним, а й окреслити межі цивільного права, а також визначити завдання, які ним розв'язуються.

Проблема предмета цивільного права зумовлена широтою врегульованих ним відносин та способом (методом) впливу на їх учасників. Окреме місце у ньому, з огляду на доктрину цивільного права, посідають відносини у сфері інтелектуальної власності, які у їх статичній (Книга четверта ЦК України) та у їх динамічній (Книга п'ята ЦК України) регулюються ЦК України.

Серед відносин інтелектуальної власності окреме місце належить організаційним відносинам. Якщо стосовно адміністративно-правових організаційних відносин у сфері управління особливих запитань не виникає і вони добре опрацьовані провідними представниками школи адміністративного права та державного управління, то щодо процедурних відносин як частини предмета цивільного права взагалі та його складової організаційних відносин у сфері інтелектуальної власності є чимало теоретичних і практичних запитань.

На постановочному рівні можна стверджувати, що такі відносини передбачені різними актами чинного законодавства. Зокрема, це: складання сюжету майбутнього твору співавторами і розподіл складових, визначення строків, обсягу тощо; узгодження між співтворцями об'єктів права інтелектуальної власності порядку використання майнових прав на них; узгодження чи визначення частки творчої участі при створенні та використанні об'єкта права інтелектуальної власності, у тому числі заохочення тих, хто надавав технічну та організаційну допомогу під час створення такого об'єкта; упорядкування діяльності творчих колективів, які діють поза впливом норм трудового права (наприклад, популярних колись тимчасових творчих колективів); залучення до створення спільних творів під егідою наукових установ творців, які не працюють в цих установах.

Це стосується й тих організаційних відносин, які виникають на стадії кваліфікації об'єктів промислової власності. З одного боку, така кваліфікація вчиняється від імені держави, а відносини вибудовані на засадах влади і підпорядкування, тобто як адміністративно-правові. З іншого боку, це вчиняється державним підприємством, що як таке є юридичною особою, яка має діяти на засадах свободи. Його дії є організаційними та приватними, але з публічними наслідками через порядок визнання об'єкта охороноспроможним та надання йому правової охорони. Ці та інші випадки з координації чи узгодження дій зі створення, використання об'єктів права інтелектуальної власності, набуття охорони виходять за рамки майнових та особистих немайнових відносин (цивільних відносин), які на відміну від організаційних хоча б передбачені предметом цивільно-правового регулювання у ст. 1 ЦК України.

Тут відразу виникає запитання: а чому лише предметом регулювання, а не встановлення та охорони? Принаймні семантично, навіть якщо застосувати юридичну фікцію, ці відносини виходять за межі регулювання. Отже, встановлення відносин і охорона відносин та їх елементів видаються самостійним напрямом впливу цивільного законодавства. Прикладів тому досить. Вони слугують емпіричним підґрунтям для узагальнення й висновків доктринального рівня.

Свого часу І. Е. Маміофа вважав, що експертиза є не адміністративним процесом, а процедурною стадією здійснення суб'єктивного цивільного права творця на визнання його науково-технічного досягнення, а норми, які регламентують її проведення, є процедурними, що зустрічаються в інших галузях права. Вони належать не до адміністративного права, а до тієї галузі, матеріальні норми якої обслуговуються даними процедурними нормами<sup>1</sup>. Проте організаційні процедурні норми при експертизі – один із проявів організаційних відносин взагалі та як предмета цивільного права зокрема.

Якщо визнати безспірним те, що цивілістика повинна охоплювати і право інтелектуальної власності, то очевидним є й те, що без організаційних відносин здійснення традиційних для цивілістики суб'єктивних прав та виконання обов'язків неможливе, особливо там, де йдеться про інтелектуальну діяльність і потребу координації зусиль осіб та органів: перші погано піддаються владі підпорядкування, а другі не можуть проявляти свободу у своїй діяльності. Так, цивілістика зусиллями О. О. Красавчикова та інших визнає організаційні відносини складовою предмета цивільного права. Він визначив їх як побудовані на засадах координації або субординації соціальні зв'язки, що спрямовані на упорядкування (нормалізацію) інших суспільних відносин, дії їх учасників або на формування соціальних утворень і, зокрема: організаційно-зумовлюючі відносини, в результаті яких у подальшому виникають (зав'язуються) інші відносини; організаційно-делегуючі з наділення інших осіб певними повноваженнями для здійснення прав інших осіб (вибори делегатів, передання делегуючих повноважень в корпоративних структурах); організаційно-контрольні, на підставі яких здійснюється контроль однієї особи іншою (архітектурний нагляд, нагляд замовника чи уповноваженої ним особи у договорі будівельного підяду); організаційно-інформаційні, за якими сторони обмінюються певного роду інформацією (договір про співпрацю)<sup>2</sup>.

Організаційні правовідносини залежно від мети, функцій та завдань цивільного права в Україні розвинули Є. О. Харитонов та О. І. Харитонova. Так, вони виділили: а) регулятивні («правовідновлюючі»); б) організаційні; в) охоронні. У подальшому організаційні відносини на основі концепції конкретизації цивільних правовідносин поділили за підгалузевим критерієм, зокрема організаційні відносини у сфері авторського права, організаційні відносини сімейні (планування сім'ї) тощо. Тут же вони виділяють правовідносини активного типу, які проявляються у здійсненні позитивних активних дій та пасивного типу і полягають в утриманні від вчинення певних дій<sup>3</sup>. Якщо йти далі, то можна виділити й організаційні відносини у сфері інтелектуальної власності взагалі, де, наприклад, організаційні відносини у сфері авторського права – лише їх інституційний прояв.

Професор Р. А. Майданик слушно зауважив, що «під організаційними цивільними відносинами розуміють суспільні відносини, які виникають між юридично рівними і майново самостійними учасниками, що володіють автономією волі, зміст яких становлять дії немайнового характеру, спрямовані на виникнення та упорядкування майнових або особистих немайнових відносин», але їх визначення ... «... ускладнюється їх видовою різноманітністю і широтою сфери дії». Він виділив чотири ознаки цивільних організаційних відносин, які кваліфікують ці правовідносини: 1) організаційні відносини складаються з дій організаційних, спрямованих на упорядкування організованих відносин; 2) об'єктом цих відносин є упорядкованість дій учасників організованих відносин, яка дістала в літературі назву юридичної процедури; 3) організаційні відносини вирізняються наявністю особливої мети, яка полягає у спеціальній спрямованості на процес упорядкування таких відносин; 4) зміст цивільно-правових організаційних відносин становлять суб'єктивне організаційне право та суб'єктивний організаційний обов'язок<sup>4</sup>.

Для визначення правової сутності організаційних відносин слід довести відповідність цих відносин предмету і методу цивільного права, що проведено у ст. 1 ЦК України. Априорі, на ці відносини поширюються загальні положення цивільного права про метод цивільно-правового регулювання, зокрема заснованість на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. З огляду на це поряд з організаційними публічними відносинами як об'єктивними для державного впливу і започаткованими на владі-підкоренні, існують і відносини організаційні приватні та залежні від права чи інтересу учасників цивільних відносин. Їх призначення полягає в такому: 1) упорядкувати дії двох та більше учасників цивільних правовідносин для досягнення мети вступу у них; 2) підпорядкувати абсолютні права їх володільця певній програмі їх здійснення задля отримання кращого результату. Це проявляється у складанні різних поточних та перспективних планів чи графіків, можуть також проводитися наради співвласників та співволодільців тощо.

Зміст організаційних відносин (суб'єктивні права та юридичні обов'язки їх учасників) у праві інтелектуальної власності конкретизується залежно від правового режиму його об'єкта, порядку його створення, мета та способів використання. Так, при проведенні наукових досліджень дотримуються плану роботи, завдання досліджень, технологій обробки емпіричного матеріалу. Організаційні відносини більше притаманні творчим колективам та при співавторстві. У цій частині законодавець визначив загальний підхід у ст. 428 ЦК України, згідно з якою право інтелектуальної власності, яке належить кільком особам спільно, може здійснюватися за договором між ними, а у разі відсутності такого договору – спільно. Тож презюмовано загальний договірний підхід у рамках так званих організаційних договорів.

Проблема організаційних договорів у приватному праві не нова. Їх вважають підпорядкованими іншим відносинам, наприклад майновим (здійснення прав на спільне майно) чи більше зобов'язальним (договір на організацію перевезень). Так це відображено в роботах В. В. Вітрянського, Б. І. Пугінського, Є. О. Суханова та інших. В Україні відомі напрацювання В. І. Борисової, Р. Б. Шишки. Наприклад, Б. І. Пугінський обстою-

вав думку, що організаційні договори є проміжною ланкою для здійснення інших прав, зокрема майнових, та можуть мати самостійний характер<sup>5</sup>.

Безпосередньою метою організаційного договору у сфері інтелектуальної власності є упорядкування особистих немайнових і насамперед майнових відносин між співавторами та іншими їх учасниками при здійсненні цих прав.

Щодо спільності здійснення прав інтелектуальної власності, то законодавець врегулював це через інститут співавторства (ст. 436 ЦК України) та положення у спеціальних законах. Як свідчить практика, цього виявилось недостатньо, і спори між співтворцями не такі вже й поодинокі. Відповідно, виникає потреба посилити регулятивний вплив при здійсненні особистих немайнових прав. Насамперед це стосується змішаного співавторства: коли частина твору створена спільно, а інша – індивідуально.

Приватноправові організаційні відносини виникають між юридично рівними їх учасниками. Публічно-правові організаційні відносини існують в умовах юридичної нерівності учасників, один із яких здійснює компетенцію, а інший несе публічний обов'язок (наприклад, процедурні відносини з державної реєстрації речового права на нерухоме майно). При цьому процедурний характер організаційних відносин обумовлює особливості їх зв'язку з неорганізаційними відносинами та місце в системі цивільних правовідносин: як самостійних чи як обслуговуючих немайнових та майнових відносин.

З урахуванням наведеного можна стверджувати, що предметом права інтелектуальної власності є не тільки відносини, які мають ознаки особистих немайнових та майнових, а й організаційні відносини.

Такі відносини забезпечуються методом організаційного взаємопогоджувального впливу на учасників цих відносин не влади та підпорядкування, а методом координації та мають приватноправовий характер.

У змістовному й сутнісному аспекті ці відносини проявляються як цивільні відносини, а отже, повинні бути складовою предмета цивільного права та піддаватися впливу методами цивільно-правового характеру на юридично значиму поведінку їх учасників. При цьому вони потребують легального їх визначення та правового закріплення як: а) відносно самостійних відносин; б) тих, які обслуговують немайнові та майнові відносини у сфері інтелектуальної власності. Такий підхід є виправданий з практичної та теоретичної точок зору і може слугувати для уточнення положень окремих норм позитивного права, відмежування публічно-правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності як безпосереднього об'єкта публічного правопорушення від приватноправової охорони, де акцент зроблено не стільки на забезпеченні права на визнання й використання об'єктів цих прав, скільки на їх змісті – майнових та/або особистих немайнових правах, а також організаційних правах.

<sup>1</sup> Изобретательское право : учеб. / Н. Б. Ловягин, И. Э. Мамофа, Н. В. Миронов, А. А. Судаков и др. ; отв. ред.: Н. В. Миронов. – М. : Юрид. лит., 1986. – 224 с. – С. 30–31.

<sup>2</sup> Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения: антология уральской цивилистики. 1925–1989 : сб. статей / О. А. Красавчиков. – М. : Статут, 2001. – С. 163–165.

<sup>3</sup> Харитонов С. О. Цивільні правовідносини : моногр. / С. О. Харитонов, О. І. Харитонova. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Одеса : Фенікс, 2011. – С. 71.

<sup>4</sup> Майданик Р. А. Цивільне право. Загальна частина : підруч. / Р. А. Майданик. – К. : Алерта, 2012. – Т. 1 : Вступ у цивільне право. – 471 с. – С. 9.

<sup>5</sup> Пугинский Б. И. Коммерческое право России : учеб. / Б. И. Пугинский. – 2-е изд. – М. : Зерцало, 2007. – 350 с. – С. 121.

#### Резюме

##### **Шишка О. Р. Організаційні відносини у сфері інтелектуальної власності.**

У статті йдеться про організаційні відносини як частину предмета цивільного права і вказується на випадки їх існування значення. Автор вважає, що такі відносини підпорядковані здійсненню прав інтелектуальної власності, але можуть мати й самостійний характер. Запропоновано більш чітко їх врегулювати з урахуванням специфіки окремих інститутів права інтелектуальної власності, а також вказано на можливості організаційних договорів у сфері інтелектуальної власності.

**Ключові слова:** інтелектуальна власність, організаційні відносини, організаційний договір, предмет права.

#### Резюме

##### **Шишка А. Р. Организационные отношения в сфере интеллектуальной собственности.**

В статье говорится об организационных отношениях как части предмета гражданского права и указывается на их значение и проявления. Автор считает, что такие отношения подчинены осуществлению прав интеллектуальной собственности, но могут иметь и самостоятельный характер. Предложено более четко их урегулировать с учетом специфики отдельных институтов права интеллектуальной собственности, а также указано на возможности организационных договоров в сфере интеллектуальной собственности.

**Ключевые слова:** интеллектуальная собственность, организационные отношения, организационный договор, предмет права.

#### Summary

##### **Shyshka O. Organizational relations in sphere of intellectual property.**

The article refers to the organizational relations as the subject of civil law and indicated in cases of their existence value. The author believes that such relationships are subordinated to the rights of intellectual property, but may have an independent character.

A more clearly their resolve with regard to the specifics of individual institutions of intellectual property rights and also indicated the possibility of institutional agreements in the field of intellectual property.

**Key words:** intellectual property, organizational relationships, organizational contract, the subject of law.

УДК 347.77

**Я. В. КРАВЦІВ**

*Ярослав Васильович Кравців, аспірант  
Київського університету права НАН України*

### **ПРОДУКТИ ХАРЧУВАННЯ, СТВОРЕНІ НА ОСНОВІ ОБ'ЄКТІВ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ**

Як відомо, продукти харчування необхідні для життєзабезпечення людини: від них залежать здоров'я людини, зокрема нормальний розвиток дітей, вони сприяють профілактиці захворювань та подовженню життя. Важливим є й естетичне сприйняття страв, які людина споживає.

Так, самі страви є продуктом, а їх приготування пов'язане із рецептами й технологіями приготування, інформацією про них та їх поширенням, оприлюдненням. Відповідно, у певній частині продукти харчування, особливо авторські страви і способи їх приготування, зберігання є охороноспроможними: як нові, здатні приносити прибуток чи, принаймні, охоронятися як секрети виробництва (комерційна інформація). Питання тим більш актуальне, оскільки українська кухня є визнаною, а її рецепти використовуються у сфері харчування не тільки України. Страви інших народів (роли, піца тощо) стали звичними й Україні. Тож надання правової охорони їм як об'єктам права інтелектуальної власності водночас є створенням умов для їх якості і безпеки при споживанні. Інша справа, що це використовується, зокрема комерціалізується.

Апріорі продукти харчування є об'єктами цивільних прав: права власності, зобов'язального права. Проте чи є вони об'єктами права інтелектуальної власності при їх створенні, однозначної відповіді немає. Провідні технологи світу, кухарі та інші особи активно переймаються проблемами створення нових харчів, поширенням досвіду їх приготування, переробки, зберігання і культури споживання. По суті, навколо продуктів харчування склалась ціла індустрія, і порядок технології їх приготування та споживання – значна частина діяльності медіа-простору.

Національна стратегія розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 р. на основі аналізу сучасного стану сфери інтелектуальної власності визначає пріоритети та перспективи розвитку Національної системи інтелектуальної власності, мету, стратегічні напрями та основні завдання, на виконання яких має бути спрямована реалізація державної політики в цій сфері. У ній знайшлося місце і турботі про охорону прав інтелектуальної власності на продукти харчування.

Нарешті почастішали випадки «інтелектуального рейдерства» щодо відомих продуктів харчування. Окремі господарюючі суб'єкти оформляють патенти на них. Як такі заявляються: відомі давно вироби (хлібобулочні – хліб «Бородінський», «Дарницький», батон нарізний, сушки, сухарики), м'ясні (ковбаса варена, сосиски, копченості, окремі номенклатури відомих м'ясокомбінатів тощо).

Спеціальні наукові роботи щодо цього напрямку практично відсутні, лише зазначається: 1) що серед об'єктів окремих інститутів права інтелектуальної власності можливі продукти харчування; 2) щодо захисту зовнішнього вигляду страв в Україні. Так, В. В. Дуб, Д. В. Горелков, К. М. Нікуліна обстоюють набуття правової охорони на зовнішній вигляд страви і виходять з того, що кінцевий етап кулінарної обробки продуктів харчування є оформлення готових страв як розділ технічної естетики, що має велике значення в торгівлі та закладах харчування готельно-ресторанного господарства<sup>1</sup>. Дійсно, ведення ресторанного бізнесу пов'язане із зовнішнім виглядом фірмових страв. Їх авторські рецепти та техніка оформлення можуть бути об'єктами права інтелектуальної власності як корисна модель та промисловий зразок. Чимале значення надається і рецептурам приготування окремих страв, наприклад фуґи, що тримається в секреті, а їх порушення може призвести до смерті.

**Мета** статті полягає у виявленні проявів продуктів харчування, які створені на основі використання майнових прав інтелектуальної власності, а в перспективі – розробити механізм їх охорони й захисту. Об'єктом є права інтелектуальної власності, на основі яких створено та реалізуються продукти харчування, а методом – положення актів законодавства, практика їх застосування.

Проблема забезпечення населення якісними та безпечними продуктами харчування є одним із найактуальніших завдань держави. При цьому йдеться як про традиційні продукти харчування, які є частиною національної культури та надбання (український борщ, полтавські галушки), так і новітні, що створені на основі сучасних технологій, зокрема генетично модифіковані організми. Те, що останні є об'єктами права інтелектуальної власності, ні в кого не виникає сумнівів.

Над створенням таких об'єктів працюють не тільки господині, які мають свої секрети приготування страв, а й науковці. Лише в Національному університеті харчових технологій були отримані патенти на вина-

ходи: № 106141 «Склад суміші мікроорганізмів для виробництва йогурту», № 102931 «Склад суміші мікроорганізмів для виробництва сиркопчених та сиров'ялених м'ясних продуктів», № 95380 «Спосіб одержання емульгатора», № 91455 «Рибні тюфтельки з фукусом», № 91454 «Рибні тюфтельки з цистозірою», № 91151 «М'ясні тюфтельки з цистозірою», а також патенти на корисні моделі: № 84515 «Склад суміші мікроорганізмів для виробництва кисломолочних продуктів дитячого харчування», № 83907 «Склад суміші мікроорганізмів для виробництва йогурту», № 74357 «Склад суміші мікроорганізмів для виробництва сиркопчених та сиров'ялених м'ясних продуктів», № 61560 «Спосіб дезінфекції при зберіганні коренеплодів цукрових буряків у кагатах», № 56647 «Спосіб виробництва вершкового крему», № 46882 «Рибні фрикадельки з ламінарією», № 45881 «М'ясні фрикадельки з ламінарією», № 44243 «Рибні тюфтельки з цистозірою»<sup>2</sup>. Ми взяли лише вибірково окремі реальні патенти.

Проте виникає проблема їх ідентифікації з-поміж інших об'єктів права інтелектуальної власності, оскільки великими є загрози: змішування подібних об'єктів інтелектуальної власності; зловживання охороноздатністю окремих заявлених об'єктів, як це наразі має місце стосовно промислових зразків і становлення штучних перешкод для здійснення права на харчування. Йдеться також про ідентифікацію продуктів харчування в межах товарів споживання, визначенні їх однорідності та розмежування.

Досить проблем при переміщенні створених на основі інтелектуальної власності продуктів харчування через кордон і можливі їх підробки. Наразі експортна продукція, зокрема продукти харчування, містить в собі все більше складових, які підпадають під дію прав інтелектуальної власності.

На ринку України поширене укладення договору комерційної концесії щодо виробництва та реалізації продуктів харчування. Потенційні франчайзі змушені укласти договір, чим забезпечують власному бізнесу надійну перевагу і гарантію стабільного зростання. В Україні досить поширені ресторани швидкого харчування «MacDonald's», випускаються безалкогольні напої «Coca-Cola», російська фірма «Дока» на умовах франчайзингу реалізувала програми «Дока-піца» і «Дока-хліб», працює мережа гіпермаркетів («Ашан», «Метро»).

Реалізуються франчайзингові проекти національних виробників: Київська фірма «Денді-Ексім» розповсюдила продукти «Бар-морозиво» і «Бар-піцерія». Наразі так працюють роздрібні торговці, що реалізують на ринку продукти харчування постачальника.

Досить проблем і з комерційною таємницею, яка визначається як ноу-хау в інших країнах. Варто зазначити, що у Правилах Комісії Європейського Співтовариства № 556/89<sup>3</sup> від 30 листопада 1988 р. ноу-хау визначено як сукупність технічної інформації, яка є секретною (не є загальновідомою та легкодоступною), суттєвою (не є тривіальною), корисною (сприяє підвищенню конкурентоспроможності) і такою, що ідентифікується в будь-якій формі (записана чи зафіксована так, що забезпечує можливість перевірки її на відповідність зазначеним критеріям). У Резолюції Міжнародної асоціації з охорони промислової власності<sup>4</sup> ноу-хау трактується як знання та досвід технічного, комерційного, адміністративного, фінансового та іншого походження, які можна використати на практиці під час експлуатації у виробництві. У свій час О. А. Чобот аргументував потребу притримуватися загальновизнаних інститутів права інтелектуальної власності щодо ноу-хау.

Умовами охороноздатності ноу-хау як об'єкта інтелектуальної власності є: затребуваність, комерційна цінність у виробництві та збуті, перед- та післяпродажному обслуговуванні й експлуатації товарів і послуг; недоступність іншим суб'єктам без згоди власника; можливість їх передачі та використання іншими суб'єктами у конфіденційному режимі. При тому конфіденційність є важливою ознакою ноу-хау щодо продуктів харчування, оскільки знання та досвід їх виробників є вирішальними при виробництві та реалізації. Тут йдеться про технологічні, виробничі знання, досвід і навички щодо їх створення та просування на ринку. Чималу роль відведено професійному досвіду працівників у сфері виробництва та просування продуктів харчування, де варто виділити ноу-хау, які є невіддільні від особистості володільця (індивідуальні навички, професійний досвід, уміння); ноу-хау, невіддільні від суб'єкта господарювання (технології та процеси, що ґрунтуються на традиціях, культурі виробництва, бізнесу тощо); ноу-хау, які можна відокремити від перших і других (засекречені технічні та технологічні відомості). Такий напрям правової охорони продуктів харчування у виді страв та технологій їх приготування є виправданим.

Не виключене надання стравам фірмової назви, чим зазвичай користуються ресторатори.

Ще одним із напрямів є авторсько-правова охорона, хоча б як вторинна. Так, видання кулінарних книг, поширення чужих рецептів у соціальних мережах, зокрема в Інтернет, через Viber є популярним різновидом видавничої діяльності. Тут вже йдеться про охорону таких рецептів, як творів. До речі, у п. 1 ч. 1 ст. 433 ЦК України<sup>5</sup> йдеться лише про літературні та художні твори, що не забезпечує потреб практики для ідентифікації наукових статей та техніко-технологічних публікацій, зокрема рецептів. Вважаємо виправданим викласти ч. 1 цієї статті в редакції «літературні, художні, наукові, техніко-технологічні та інші твори, зокрема» і п. 1) викласти в редакції «романи, поеми, повісті, розповіді, статті, в тому числі наукові та інші, тези повідомлень, авторські рецепти та рекомендації».

Отже, те, що продукти харчування можуть бути створені й поширені на основі права інтелектуальної власності, беззаперечно. Складність полягає в комерціалізації прав на них. Чи можна стягнути із господині чи іншого, хто вдома використав рецепт, винагороду? Опосередковано сплачено за носій інформації про такий рецепт: книгу, публікацію у соціальних мережах, отриманий через телекомунікаційні системи ресурс. Тут йдеться про платне отримання інформації про рецепт. Проте більше мається на увазі масове виробницт-

во продуктів харчування на основі отримання майнових прав інтелектуальної власності та включення у їх ціну витрат на придбання таких прав.

На тлі загальних припущень слід звернутися до актів чинного законодавства. Як відомо, діяльність в Україні у сфері громадського харчування регламентуються «Правилами роботи закладів (підприємств) громадського харчування», які затверджені наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 24 липня 2002 р. № 219<sup>6</sup>. Відповідно до них у закладах харчування готельно-ресторанного господарства вживається такий термін, як «фірмова страва» – страва (кулінарний, борошняний кондитерський виріб), що її готують у конкретному закладі (підприємстві) громадського харчування за оригінальною авторською рецептурою із присвоєнням їй фірмової назви, на яку поширюється право захисту інтелектуальної власності. Зазначимо, що тут йдеться про назву, яка може охоронятися сама по собі, визнання авторства на рецептуру, та, що є вирішальним, легальне визнання її об'єктом права інтелектуальної власності.

Можна припустити, що в ідеалі рецептура може визнаватися і захищатися як об'єкт промислової власності патентом на винахід, але виникає запитання про її комерціалізацію у інших суб'єктів господарювання, що суперечить призначенню «фірмова страва»; доцільності її розсекречення в патентній документації; сплати витрат на патентування; строків патентування тощо. Тут очевидні певні непорозуміння у самих «Правилах», у п. 1.3 яких визначено, що страва – це кулінарний виріб або харчовий продукт у натуральному вигляді, готовий до вживання, порційний та оформлений для подавання споживачам. Тобто не зазначено, що дане право також поширюється на оформлення страви, чому приділяється значна увага: навіть смачну страву можна зіпсувати неохайною та без смаку сервірівкою. І навпаки, вдалий її вигляд може згладити враження від неналежних смакових вимог.

Оформлення страв є важливим при залучення потенційного клієнта готельно-ресторанного господарства. Воно – частина професійної кваліфікації технологів харчової галузі. Якщо страви акуратно й красиво оформлені, то рефлекторно з'явиться апетит, що є запорукою нормального травлення й засвоєння їжі. Зовнішній вигляд страви є її важливою складовою: продукти, з яких готують страви у їдальнях чи елітних ресторанах часто одні й ті ж, але вартість їх різна залежно від класу кухні та класу шеф-кухарів. Зовнішнє оформлення блюд є об'єктом правової охорони.

Зовнішнє оформлення страв як об'єкт правової охорони можливе: як промисловий зразок і зокрема його різновид, або як об'єкт авторського права. Особливо, якщо «шедеври кулінарного мистецтва» мають ознаки об'єкта образотворчого мистецтва, закріплені на фотографії чи іншому носії. Ми солідаризуємося, що зовнішній вигляд страв може охоронятися як об'єкт авторського права і категорії «інші твори». Останні надають можливість поповнювати перелік об'єктів авторського права, які підлягають правовій охороні згідно з чинним законодавством.

Тут можна говорити про дизайн чи про промисловий зразок, який за його природою є дуалістичним: образотворча складова – з авторського права, а юридичні процедури введення в господарський – з патентного права. У ст. 1 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки»<sup>7</sup> промисловий зразок визначено як результат творчої діяльності людини у галузі художнього конструювання. Попри критику такого визначення О. О. Підпригорою, В. Є. Макодою, О. В. Сорвачовим та іншими фахівцями воно прижилося. Звертає на себе увагу акцент на зовнішній вигляд, що може стосуватися також страви, як результат творчої діяльності людини в галузі художнього конструювання.

Якщо зважати, що об'єктом промислового зразка визначена форма, малюнок чи розфарбування або їх поєднання, які визначають зовнішній вигляд промислового виробу і призначені для задоволення естетичних та ергономічних потреб (п. 2 ст. 5 зазначеного Закону), то вони не суперечать наданню правової охорони зовнішньому вигляду страви. Водночас абз. 4 п. 3 ст. 5 передбачає, що не можуть одержати правову охорону об'єкти нестійкої форми з рідких, газоподібних, сипких або подібних до них речовин тощо.

Очевидно, що страви досить складно віднести до стійких речовин. Проте у дев'ятій редакції Міжнародної класифікації промислових зразків, що затверджена наказом Державного департаменту інтелектуальної власності № 232 від 20 жовтня 2008 р. «Про набрання чинності змінами до Міжнародної класифікації промислових зразків»<sup>8</sup> у класі 01 бачимо «Харчові продукти». Тож зовнішній вигляд харчових продуктів підлягає правовій охороні як промисловий зразок. Цікаво, що клас 01 МКПЗ-9 містить наступні підкласи: 01-01 «Хлібобулочні вироби, печиво, кондитерські вироби, макаронні вироби й інші зернові та круп'яні продукти. Цукерки, шоколад, морозиво»; 01-02 «Фрукти та овочі»; 01-03 «Сири, вершкове масло та його заміники, інші молочні продукти»; 01-04 «М'ясні та рибні продукти»; 01-05 «Резервний підклас»; 01-06 «Продукти для тварин»; 01-99 «Різне».

Протиставити тому щось інше з огляду на адаптаційне спрямування розвитку національного законодавства досить складно.

Таким чином, продукти харчування, які створені із використання майнових прав інтелектуальної власності, підпадають під охороноспроможні об'єкти безпосередньо як речовини чи спосіб (технологія приготування), і на них можуть видаватися патенти як на винаходи чи на корисні моделі, а також опосередковано – як промислові знаки, інформацію про них, в тому числі в публікаціях, де розкриваються рецепт, технологія приготування і зовнішній вигляд. Тут можна також говорити про субсидіарну їх охорону як ноу-хау.

Окремо йдеться про передачу прав на використання таких об'єктів.

<sup>1</sup> Дуб В. В. Набуття правової охорони на зовнішній вигляд страви як на об'єкт інтелектуальної власності / В. В. Дуб, Д. В. Горелков, К. М. Нікуліна // Теоретичні і практичні аспекти економіки та інтелектуальної власності. – 2011 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [eir.pstu.edu/bitstream/handle/123456789/339/43.1.pdf?sequence...](http://eir.pstu.edu/bitstream/handle/123456789/339/43.1.pdf?sequence...)

<sup>2</sup> Патенти, отримані викладачами факультету біотехнології та екологічного контролю за останні десять років : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.btec.com.ua/naukova-diynalnist/patenty/patenty>

<sup>3</sup> Правила Комісії Європейського Співтовариства № 556/89 від 30 листопада 1988 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lawyer.org.ua/?w=p&i=14&d=485>

<sup>4</sup> Резолюція Міжнародної асоціації з охорони промислової власності від 1 грудня 2011 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [tyzhden.ua/Politics/36672](http://tyzhden.ua/Politics/36672)

<sup>5</sup> Цивільний кодекс України : кодекс від 16 січня 2003 р. № 435-IV (Редакція станом на 01.01.2016) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [zakon.rada.gov.ua/go/435-15](http://zakon.rada.gov.ua/go/435-15)

<sup>6</sup> Правила роботи закладів (підприємств) громадського харчування : затверджені наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 24 липня 2002 р. № 219 із змінами станом на 20 травня 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0680-02>

<sup>7</sup> Про охорону прав на промислові зразки : Закон України від 23 грудня 1993 р. (станом на 20 січня 2016 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [zakon.rada.gov.ua/go/3688-12](http://zakon.rada.gov.ua/go/3688-12)

<sup>8</sup> Про набрання чинності змінами до Міжнародної класифікації промислових зразків : наказ Державного департаменту інтелектуальної власності № 232 від 20 жовтня 2008 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [sips.gov.ua/ua/nakaz232.html](http://sips.gov.ua/ua/nakaz232.html)

#### Резюме

##### **Кравців Я. В. Продукти харчування, створені на основі об'єктів права інтелектуальної власності.**

У статті розглядаються продукти харчування, які створені на основі об'єктів інтелектуальної власності. Автор визначив інститути останнього, на основі яких створюються та передаються для використання при виробництві і реалізації продуктів харчування. Встановлено, що можлива безпосередня правова охорона продуктів харчування як продукту чи способу (технології та опосередкована через їх зовнішній вид) та публікації. Запропоновано уточнення в акти чинного законодавства.

**Ключові слова:** блюдо, об'єкт інтелектуальної власності, продукти харчування, промисловий зразок.

#### Резюме

##### **Кравців Я. В. Продукты питания, созданные на основе объектов интеллектуальной собственности.**

В статье рассматриваются продукты питания, которые созданы на основе объектов интеллектуальной собственности. Автор определил институты последнего, на основе которых создаются и передаются для использования при производстве и реализации продуктов питания. Установлена возможность непосредственной правовой охраны продуктов питания как продукта или способа (технологии и опосредовано через их внешний вид и публикации). Предложены уточнения в акты действующего законодательства.

**Ключевые слова:** блюдо, объект интеллектуальной собственности, продукты питания, промышленный образец.

#### Summary

##### **Kravtsiv Y. Foodstuffs created on the basis of objects of right of intellectual ownership.**

The article deals with foods that are based on intellectual property. By last defined institutions on which created and transmitted for use in manufacturing and sale of food products. Established that immediate possible legal protection as a food product or process (technology and mediated through their view of what makes them different and publications). A refinement in acts of current legislation.

**Key words:** dish, intellectual property, food, industrial design.

УДК 347.77

**А. В. ЛУЗАН**

*Аліна Володимирівна Лузан, здобувач Київського університету права НАН України*

## **ЩОДО ПІДТРИМКИ ТА РОЗВИТКУ ВІНАХІДНИЦТВА І РАЦІОНАЛІЗАТОРСТВА В УМОВАХ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ (НА ПРИКЛАДІ М. МАРІУПОЛЯ)**

Цивільно-правова охорона винаходів є достатньо складною категорією, що включає в себе велику кількість взаємопов'язаних елементів, основоположними з яких виступають норми законодавства, що регулюють відносини, які виникають в процесі створення винаходу, його патентуванні та подальшому використанні. У кожному окремому випадку фактична складова даних відносин не є однорідною, і тому на законодавчому рівні має бути сформована така нормативно-правова регламентація, яка б максимально сприяла не лише винахідницькому процесу, а й подальшому впровадженню технічних інновацій в цивільний обіг у вигляді відповідного продукту, технології чи способу.

**Метою** даної статті є висвітлення можливих шляхів підвищення патентної активності в регіонах нашої країни через проведення низки заходів освітнього, виховного та організаційного характеру із залученням кола суб'єктів, зокрема місцевих органів влади, навчальних закладів, громадських організацій та підприємств на прикладі м. Маріуполя Донецької області.

Відповідно до спеціального законодавчого акта, що регулює відносини, пов'язані з правовою охороною винаходів в Україні, тобто Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», винахід – це результат інтелектуальної діяльності людини в будь-якій сфері технології<sup>1</sup>. Однак слід зазначити, що розуміння значення слова «технологія» є достатньо абстрактним. Вперше даний термін був введений Йоганном Бекманном – професором з фізики та природознавства, який працював як на теренах Російської імперії, так і Європи у другій половині XVIII – на початку XIX століть. Спочатку таку назву він дав науковій дисципліні, а згодом розкрив дане поняття у своїх наукових працях, зокрема у п'ятитомнику «Нариси з історії винаходів» (нім. – «*Beiträge zur Geschichte der Erfindungen*») 1780–1805 рр., тісно пов'язавши його з винаходами. Відповідно до радянського енциклопедичного словника технологія (від грецьк. *techne* – мистецтво, майстерність, вміння та ... логія) – сукупність методів обробки, виготовлення, зміни стану, властивостей, форми сировини, матеріалу або напівфабрикату, що здійснюються в процесі виробництва продукції. Завдання технології як науки – виявлення фізичних, хімічних, механічних та інших закономірностей з метою визначення й використання на практиці найбільш ефективних та економічних виробничих процесів<sup>2</sup>.

Сучасне розуміння технології має декілька значень: 1) технологічна форма руху матерії – глобальна сукупність матеріальних процесів речовино-енергетичної взаємодії суспільства та природи, що відбуваються в системах техніки та в цілому формують техносферу; 2) технологічний процес – матеріальний вплив на предмет, що викликає в ньому доцільні кількісні та якісні зміни властивостей та просторово-часового стану; 3) технологічні науки – клас технічних наук, що вивчають проблеми перетворення природничих предметів та процесів на штучні доцільні форми; 4) технологічна методологія – система принципів, норм та вимог, технологічних методів, способів та прийомів, що розробляються інженерними дисциплінами для створення й регулювання технологічних процесів отримання, трансформації, передачі та зберігання предметів; 5) застосування будь-якого наукового знання для розв'язання практичних завдань. Таке трактування технології прийняте в зарубіжній філософсько-соціологічній літературі, переважно англомовній<sup>3</sup>.

У XX ст. з'явилося багато напрямів технологічних теорій, які в різних іпостасях розглядали взаємозв'язки між ступенем технологічного розвитку промисловості, економікою, соціальним устроєм та іншими факторами, що були закладені в основу двох протилежних економічних систем того часу – капіталістичної та командно-адміністративної. Саме в той період на радянському просторі домінувала думка щодо наявності в технологічних теоріях «технологічного детермінізму». А сам технологічний детермінізм сприймався як «вulgарне уявлення, за яким рівень розвитку техніки визначає тип суспільства, його соціальну структуру, рівень споживання та ін., при цьому ігнорується головне – виробничі відносини, форма власності на засоби виробництва»<sup>4</sup>.

На превеликий жаль, сформоване ставлення, що не повною мірою враховує провідну роль технічних інновацій як основи економічного розвитку, міцно закріпилося в свідомості людей, які виховувалися за радянських часів, і нині трансформація такого світосприйняття відбувається недостатньо швидко. Наслідком цього стає нездатність до повноцінної комерціалізації створених в нашій країні об'єктів інтелектуальної власності, зокрема винаходів. При цьому дану проблему не можна відносити лише до категорії загальнодержавних, адже на законодавчому рівні регулювання правовідносини у сфері винахідництва та інновацій було приведено у відповідність до міжнародних та європейських стандартів, а Державна служба інтелектуальної власності, як центральний орган управління в даній сфері, робить все можливе для розвитку ІВ. І хоча деякі питання нормативно-правового регулювання правової охорони винаходів залишаються відкритими і потребують вдосконалення, більш нагальними проблемами є практична можливість винаходити нові технологічні рішення та здатність їх комерціалізувати через впровадження у виробничий процес з метою отримання прибутку саме на території нашої країни.

На даний час існує тенденція відтоку з України висококваліфікованих фахівців багатьох галузей у пошуках кращого життя в зарубіжних країнах, де створено належні умови для реалізації їх потенціалу. Або ж нові винаходи, створені українцями, патентуються та продаються іноземним компаніям на умовах виключної ліцензії, які їх комерціалізують та отримують прибутки за рахунок продажу вже готової продукції на нашій території. З метою економії державних коштів постійно відбуваються реорганізації науково-дослідних установ, які у більшості випадків приєднуються до вищих навчальних закладів, як правило, державної форми власності, що посилює адміністративний тиск на них і в той же час позбавляє реального фінансування на проведення науково-дослідної діяльності. І навіть якщо така діяльність дає позитивні результати у вигляді отриманих патентів на винаходи та корисні моделі, подальша їх комерціалізація не відбувається. Особливо це помітно в регіонах, віддалених від адміністративного центру країни – Києва. Так, наприклад, науково-дослідна частина ДВНЗ «Приазовський державний технічний університет» (м. Маріуполь) щороку подає близько 50 заявок на отримання патентів на винаходи чи корисні моделі, які успішно проходять експертизу, однак в подальшому ці розробки так і залишаються незатребуваними, що наочно свідчить про низький рівень комерціалізації даних об'єктів.

Переважна більшість регіонів України за радянських часів мали потужний промисловий потенціал в різних галузях господарства, який із кожним роком незалежності ми втрачаємо, хоч як не прикро це конста-



тувати. Місто Маріуполь, населення якого налічує близько 450 тис. мешканців, є одним із важливих центрів металургії та машинобудування. Наприкінці 80-х років ХХ ст. у ньому функціонувало 44 промислових і 44 будівельних підприємств та 10 транспортних організацій, що також свідчить на користь його значного промислового потенціалу. Ці підприємства виготовляли та постачали на радянський ринок сталеві листи та труби, залізничні рейки та металеві конструкції, залізничні вагони-цистерни й піввагони, конвертери, козлові та порталні крани, вогнегасники, радіатори для великовантажних авто, пральні машини, кришталевий посуд, текстильну продукцію, кондитерські вироби, риболовні сітки й рибні консерви та багато чого іншого. На сьогодні багато з тих підприємств, які функціонували в місті, або припинили своє існування, або ж знаходяться за крок від цього. Зменшуються обсяги виробництва, втрачаються ринки збуту, як наслідок, відбуваються масові скорочення робітників, а бюджети втрачають потенційні податкові надходження.

Одне з містоутворюючих підприємств ПАТ «Азовмаш» на даний час опинився перед загрозою банкрутства. Причинами такого становища називають як неефективне управління, так і втрату ринку збуту продукції, яка в більшості постачалася на територію Казахстану та Росії. Так, у 2010 р. кількість отриманих патентів на винахід чи корисну модель була практично нульовою. З метою виправлення даного становища на підприємстві наказом за № 445/443 від 12 липня 2011 р. було створено Відділ інтелектуальної власності під керівництвом патентного повіреного України з 1995 р., заслуженого винахідника України В. Я. Зайки. До структури відділу інтелектуальної власності увійшли два бюро: захисту інтелектуальної власності та науково-технічної інформації, до складу якого входили науково-технічна бібліотека та бібліотека нормативно-технічної документації науково технічного комплексу. Головне завдання, поставлене перед колективом відділу, – забезпечення патентоспроможності та патентної чистоти виробів, що випускаються, як на території України, так і в країнах експорту. Впроваджено комплексний правовий захист усіх створюваних об'єктів інтелектуальної власності на підприємстві. Поставлено завдання – підтримувати патенти та свідоцтва на винаходи, промислові зразки, корисні моделі, товарні знаки та інші об'єкти. Станом на 2012 р. на підприємстві був напрацьований та захищений патентами значний інтелектуальний потенціал. Обіг винаходів та корисних моделей тоді нараховував майже 3000 одиниць, 120 промислових зразків, 14 товарних знаків<sup>5</sup>. Внаслідок роботи відділу патентна активність підприємства суттєво підвищилась, і яки не складна соціально-економічна ситуація, що склалася в Донецькому регіоні, ПАТ «Азовмаш» цілком міг би скласти гідну конкуренцію іншим машинобудівним гігантам як України, так і Європи. Інше металургійне промислове підприємство ПАТ «ММК ім. Ілліча» також показує високі показники щодо науково-технічних досліджень, розробки та патентуванні винаходів і корисних моделей. На цьому підприємстві діє бюро захисту інтелектуальної власності. На даних підприємствах щороку проводяться різноманітні конкурси в сфері винахідництва, семінари та курси підвищення патентної кваліфікації для співробітників тощо.

Однак на державному рівні корупція та неефективне управління призводять до погіршення рівня життя, суспільство втрачає надію на краще майбутнє. Як наслідок, відбуваються революції, перезавантаження влади, іноді непотрібне та необґрунтоване реформування в різних галузях, що не приводить до якісних змін. Ідея децентралізації управлінської системи в Україні на даний час є пріоритетним завданням, розв'язання якого може стати рятівним кругом для нашої держави. Однак суть децентралізації повинна полягати не лише у змінах в питаннях оподаткування та бюджетної системи, а й у створенні умов для розвитку відповідних галузей промисловості у регіонах країни. Основою такого розвитку цілком можуть стати інноваційні технології, впроваджені у виробництво конкурентоспроможної української продукції в тій чи іншій місцевості, що доведено на прикладі м. Маріуполя. Не зважаючи на близьке розташування до кордонів АТО, тут докладають максимум зусиль для підтримки та розвитку закладеного промислового потенціалу. А для цього необхідно розробити локальні програми (концепції, стратегії) розвитку й підтримки відповідних галузей, обов'язково враховуючи роль результатів інтелектуальної діяльності, які можуть бути закладені в основу економічного розвитку та реанімації збиткових підприємств.

Крім того, доречно врахувати позитивний досвід зарубіжних країн (зокрема ФРН) зі створення дієвого механізму підтримки та розвитку винахідництва й раціоналізаторства, одним з елементів якого стала розробка та затвердження довгострокових та короткострокових програм розвитку найбільш затребуваних сфер технології як на державному, так і на місцевих рівнях. Саме такі локальні програми були достатньо ефективними.

Аналіз результатів опитування громадськості (учнівської та студентської молоді, представників малого та середнього бізнесу та пересічних громадян), що було проведено наприкінці 2015 р., показав низьку обізнаність населення м. Маріуполя в питаннях інтелектуальної власності. Саме тому були направлені звернення на адресу ряду суб'єктів, зокрема до Маріупольського міського управління юстиції, вищих навчальних закладів міста, громадських організацій з пропозиціями щодо вжиття заходів, спрямованих на підтримку й розвиток інтелектуальної власності в місті та регіоні. Дані пропозиції включили в себе два напрями діяльності: освітній – через популяризацію знань в сфері ІВ, реалізація якого була запропонована через «план заходів з правової освіти населення в сфері інтелектуальної власності на 2016 рік» (далі – План); та організаційний – спрямований на підвищення патентної активності громадян та малого й середнього бізнесу.

**За освітнім напрямом** основними завданнями Плану було визначено:

- підвищення рівня обізнаності населення, насамперед учнівської та студентської молоді, громадян, що займаються творчою та іншими видами інтелектуальної діяльності, викладачів навчальних закладів, журналістів та інших осіб з питань, пов'язаних із набуттям та реалізацією прав щодо об'єктів інтелектуальної власності;
- створення належних умов для набуття громадянами знань з питань права інтелектуальної власності;

- розповсюдження інформації про значення та переваги діяльності в галузі творчих та технічних інновацій;
- залучення широкого загалу до вирішення проблем у сфері захисту прав інтелектуальної власності на місцевому рівні.

Метою реалізації даного Плану стали:

- популяризація знань у сфері правових засад інтелектуальної діяльності серед населення м. Маріуполя;
- визнання інтелектуального капіталу одним із провідних чинників економічного, соціального та духовного збагачення населення;
- активізація діяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, навчальних та культурних закладів, наукових установ, видавництв та видавничих організацій, засобів масової інформації в сегменті розвитку інтелектуальної власності відповідно до напрямів їх діяльності;
- органічне поєднання правової освіти з основ інтелектуальної власності із загальною середньою, професійно-технічною і вищою освітою;
- розроблення сучасної методологічної бази для реалізації усіх напрямів і форм правоосвітньої діяльності з питань інтелектуальної власності;
- поліпшення умов для здійснення технічної, творчої, благодійної та іншої суспільно корисної діяльності у сфері інтелектуальної власності;
- сприяння самоосвіті населення з питань правової охорони об'єктів інтелектуальної власності та захисту прав щодо даних об'єктів;
- надання консультацій з основ права інтелектуальної власності, зокрема через діяльність, що здійснюється юридичними клініками у м. Маріуполі;
- систематичне і безперервне поширення серед населення знань про право інтелектуальної власності;
- всебічне співробітництво з питань правової охорони об'єктів інтелектуальної власності як на державному, так і на міжнародному рівнях.

Реалізація Плану має сприяти:

- підвищенню рівня обізнаності в питаннях інтелектуальної власності як окремих громадян, так і населення міста в цілому;
- формуванню у громадян розуміння провідного значення інтелектуального капіталу як засобу стимулювання економіки;
- поліпшенню якості підготовки викладачів загальноосвітніх та спеціально-технічних дисциплін та підвищенню ефективності викладання цих дисциплін у загальноосвітніх, професійно-технічних, вищих навчальних закладах і закладах післядипломної освіти;
- підвищенню рівня поінформованості населення з питань розвитку інтелектуальної власності.

**За організаційним напрямом** до Громадської організації «Фонд розвитку Маріуполя» були направлені пропозиції розглянути можливість роботи щодо розвитку ринку інтелектуальної власності, яка може включити в себе наступні кроки:

- проведення аналізу патентної активності на підприємствах та установах міста, щоб визначити існуючі проблеми в питаннях правової охорони об'єктів інтелектуальної власності;
- створення майданчиків для обговорення проблемних питань, пов'язаних із охороною та захистом об'єктів інтелектуальної власності;
- проведення семінарів з питань комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності;
- налагодження міжрегіональних зв'язків, спрямованих на комерціалізацію запатентованих об'єктів інтелектуальної власності;
- налагодження взаємодії з Державною службою інтелектуальної власності України як центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері інтелектуальної власності;
- моніторинг пропозицій на отримання грантів венчурного фінансування інноваційних розробок для подальшого інформування заінтересованих суб'єктів;
- створення бази даних фахівців з числа патентних повірених, економістів, юристів, фахівців у галузі техніки, перекладачів, інших фахівців з інтелектуальної власності (в тому числі випускників ВНЗ за спеціальністю «Інтелектуальна власність»), які можуть надавати різного роду консультативні послуги з проблемних питань, що виникають в процесі створення винаходу (корисної моделі), його патентування, впровадження у виробництво, передачі прав на такий об'єкт (укладенні ліцензійного договору) та захисту порушених прав винахідників та патентоволодільців.

Дану ідею не можна назвати новою, однак цілком можливо вважати не реалізованою, а відтак реалізація запропонованих вище заходів та скомпонована інформація про їх результативність можуть стати основою для дискусії з Маріупольською міською радою щодо можливості розробки та прийняття Стратегії розвитку інтелектуальної власності в м. Маріуполі.

---

<sup>1</sup> Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>

<sup>2</sup> Советский энциклопедический словарь / науч.-ред. совет: А. М. Прохоров (пред.). – М. : Советская энциклопедия, 1981. – 1600 с. с илл. – С. 1338.

<sup>3</sup> Философия науки и техники: тематический словарь. – Орёл : ОГУ. С. И. Некрасов, Н. А. Некрасова, 2010 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://science\\_philosophy.academic.ru/403/ТЕХНОЛОГИЯ](http://science_philosophy.academic.ru/403/ТЕХНОЛОГИЯ)

<sup>4</sup> Советский энциклопедический словарь / науч.-ред. совет: А. М. Прохоров (пред.). – М. : Советская энциклопедия, 1981. – 1600 с. с илл. – С. 1338.

<sup>5</sup> Офіційний сайт ПАТ «АЗОВМАШ»: Науково-технічна бібліотека : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.azovmash.ua/ua/social/1380891713>

#### Резюме

**Лузан А. В. Щодо підтримки та розвитку винахідництва і раціоналізаторства в умовах децентралізації (на прикладі м. Маріуполя).**

У статті аналізуються обставини, що впливають на стан розвитку винахідництва та раціоналізаторства, а також пропонуються заходи для його покращення. Розглядаються можливі шляхи підвищення рівня патентної активності в регіонах та містах України. Пропонуються заходи, спрямовані на популяризацію та розвиток інтелектуальної власності в м. Маріуполі.

**Ключові слова:** технологія, технологічні теорії, винахідництво, інновації, локальні програми розвитку.

#### Резюме

**Лузан А. В. Относительно поддержки и развития изобретательства и рационализаторства в условиях децентрализации (на примере г. Мариуполя).**

В статье анализируются обстоятельства, которые влияют на состояние развития изобретательства и рационализаторства, а также предлагаются способы его улучшения. Рассматриваются возможные пути повышения уровня патентной активности в регионах и городах Украины. Предлагаются мероприятия, направленные на популяризацию и развитие интеллектуальной собственности в г. Мариуполе.

**Ключевые слова:** технология, технологические теории, изобретательство, инновации, локальные программы развития.

#### Summary

**Luzan A. Relatively the support and development of invention and innovation in a decentralized environment (on the example of the city of Mariupol).**

The article analyzes the circumstances that influence the state of development of invention and innovation, and suggests ways to improve it. Discusses possible ways to increase the level of patent activity in the regions and cities of Ukraine. Proposes measures aimed at popularization and development of intellectual property in the town of Mariupol.

**Key words:** technology, technological theory, invention, innovation, local program development.

УДК 349.41:161.114.2

**Н. П. БАРАБАШ**

*Наталія Петрівна Барабаш, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

### **ЛОГІКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ФОРМУЛЮВАННЯ ДЕФІНІЦІЇ КАТЕГОРІЇ ЗЕМЕЛЬ ПРОМИСЛОВОСТІ, ТРАНСПОРТУ, ЗВ'ЯЗКУ, ЕНЕРГЕТИКИ, ОБОРОНИ ТА ІНШОГО ПРИЗНАЧЕННЯ**

Одним із важливих питань при вивченні правового режиму земель є питання щодо поняття об'єкту цього правового режиму. У юридичній літературі визначення поняття земель визнається першочерговим завданням на шляху розкриття особливостей правового режиму цих земель чи його основних елементів. Зазначеному питанню в науці земельного права приділяється значна увага. На сучасному етапі розвитку правової думки об'єктом ґрунтовних наукових досліджень були практично поняття всіх категорій земель, а в деяких випадках науковий інтерес проявлявся й до поняття видів та підвидів земель у складі певної категорії. Останнє стосується переважно такої найбільш чисельної за складом категорії земель, як землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення. Розуміння сутності земель, які належать до цієї категорії земель, наводиться у працях В. І. Андрейцева, В. В. Бондара, Н. В. Бондарчук, І. Я. Вітюк, Н. Ю. Гальчинської, Т. М. Лебедєвої, С. І. Марченко, А. М. Мірошниченка, О. М. Пашенка, М. З. Романюка, К. О. Смовж, В. Т. Терещука, О. С. Федотової, М. В. Шульги та інших. Утім, незважаючи на значну кількість наукових праць, присвячених дослідженню складових земель зазначеної категорії як об'єктів правового регулювання, у земельно-правовій науці залишаються невирішеними проблеми формування поняття самої категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення.

Необхідно зазначити, що правові поняття, у тому числі й досліджуване поняття, знаходять свій вираз у термінах (словах та словосполученнях), правових визначеннях (дефініціях), що закріплюються в тексті права і мають сувору логічну визначеність з точки зору їх змісту, обсягу та співвідношення з іншими поняттями<sup>1</sup>. У процесі наукового пізнання спочатку формується поняття, а потім воно об'єктивується в мові за допомогою терміна. Формування правових понять відбувається за допомогою формалізації знань у галузі правових явищ<sup>2</sup>. Враховуючи наведені положення, у юридичній літературі зауважується, що при формуванні поняття категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення доцільно говорити про два аспекти цієї проблематики. Перший аспект пов'язаний із найменуванням зазначених земель, тобто юридичним терміном, що використовується на позначення цього поняття, другий – із формулюванням дефініції зазначеного поняття, визначенням його змісту<sup>3</sup>.

Зважаючи на обсяг визначеної проблематики, провести її системний аналіз та вивчення в межах цієї наукової роботи не можливо. У зв'язку з цим пропонується наразі зосередитися на дослідженні другого аспекту окресленої проблематики.

Попри наявність закріпленої в земельному законодавстві України дефініції категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення, проблем із розумінням сутності цього терміна та оперування ним на практиці законодавцю все ж таки не вдалося уникнути. Законодавче визначення поняття зазначених земель не характеризується досконалістю. Проведений аналіз проблем формування в законодавстві України ознак цієї категорії земель<sup>4</sup> дозволяє виокремити такі дефекти визначення їх поняття, як неоднозначність термінології при формулюванні ознак, відображених у ньому, неточність та неповнота нормативного закріплення змісту поняття зазначених земель. Зазначене звичайно ж стає причиною помилок у правозастосуванні, які породжують численні спори та знижують ефективність правового регулювання земельних відносин у досліджуваній сфері. Наявність визначених дефектів зазначеного земельно-правового поняття пов'язані значною мірою зміною тенденцій у розвитку земельних відносин, в тому числі у сфері використання земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення. А це у свою чергу зумовлює певні зміни у правовому регулюванні суспільних відносин у досліджуваній сфері, зокрема і зміни законодавчого визначення зазначених земель.

Створення якісних нормативно-правових актів, забезпечення їх зрозумілості, відповідності реальним суспільним відносинам та удосконалення чинної нормативно-правової бази України неможливе без відповідного наукового підґрунтя, тобто урахування напрацьованих, вироблених та обґрунтованих наукою, у правотворчій, зокрема законодавчій практиці. У зв'язку з цим, передумовою забезпечення реалізації принципу наукового підходу до законотворення, в тому числі у сфері створення якісного земельного законодавства, спрямованого на регулювання відносин використання та охорони земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення доцільно визнати безперечно проведення спеціальних наукових досліджень проблематики формулювання дефініції зазначеної категорії земель, систематизації та уніфікації результатів наукових напрацьовань і, що найважливіше, врахування в подальшому цих обґрунтованих результатів законодавцем.

У процесі дослідження поняття земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення увага науковців була сконцентрована, у першу чергу, на те, щоб визначити ознаки, які утворюють зміст даного поняття, та сформулювати дефініцію цих земель. У науковій літературі здійснено також спробу виокремити проблемні моменти формулювання визначення поняття категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення на науковому рівні<sup>5</sup>. Однак при визначенні поняття зазначених земель методологічні аспекти цієї проблеми залишилися не розглянутими. Аналіз ступеня наукової розробки досліджуваної теми дозволяє також стверджувати, що в юридичній літературі не приділено достатньо уваги встановленню наукового підходу щодо формулювання дефініції земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення, визначенню змісту зазначеного поняття. Без вирішення визначених питань проблема дефінування цієї категорії земель не може бути успішно вирішена.

Зважаючи на актуальність дослідження проблем визначення зазначеного земельно-правового терміну, **метою цього дослідження** є визначення наукового підходу щодо формулювання дефініції категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення.

Проблематика визначення категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення була предметом вивчення багатьох науковців. Однак заінтересованість наукової спільноти цією проблематикою не сприяла виробленню єдиної доктринальної позиції щодо розуміння сутності поняття зазначених земель. Аналіз теоретичних досліджень цієї тематики лише підтверджує наявність плюралізму при визначенні поняття «землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення». Та це й не дивно. Адже засобом здійснення операції, що розкриває зміст поняття, є судження. Останні завжди мають суб'єктивний характер, що опосередковує множинність розуміння змістовного навантаження відповідного поняття. Однак задля досягнення однозначності при визначенні терміна «землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення» потрібно спробувати звести дефініції досліджуваного поняття, сформульовані в науці земельного права України до одного спільного знаменника. А це можливо зробити перш за все лише за умови визначення наукового підходу до формулювання дефініції зазначених земель.

З метою вирішення окресленої проблеми потрібно констатувати необхідність використання здобутків таких наук, як логіка, лінгвістика тощо. На загальнотеоретичному рівні сьогодні визнано, що право невіддільне від логіки. Право постає як логічна система, яка відповідає нормам і вимогам формальної логіки. Водночас, право як різновид соціальної дійсності має свої специфічні особливості, йому притаманна особлива логіка, в основі якої лежать закономірності суспільного буття, соціальні закони й стандарти<sup>6</sup>.

Важливу роль в уточненні наукових, у тому числі і правових, понять відіграють правила формальної логіки, вироблені нею прийоми та способи аналізу понять. Логічний аналіз тих чи інших понять права дозволить уточнити їхній конкретний зміст, дасть можливість більш чітко встановити відношення між деякими з них<sup>7</sup>. Разом із тим, логіка не бере на себе обов'язку вирішити питання про те, які саме ознаки повинні включатися до змісту того чи іншого поняття права. Це питання належить виключно до компетенції відповідних галузей права<sup>8</sup>. Як зазначається в науковій літературі, логіка формує лише загальні закономірності процесу формування та вироблення наукових понять, розробляє загальне вчення про зміст поняття і тільки в такий спосіб «підказує» правовій науці, яким повинен бути зміст того чи іншого поняття, процес його створення<sup>9</sup>.

При визначенні змісту поняття «землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення» необхідно виходити з наступних методологічних позицій. Загальновідомо, що зміст поняття розкривається через його ознаки. При цьому будь-яке визначення, як зазначають вчені, не повністю відображає предмет, воно бере в предмета тільки істотні ознаки і залишає поза своїм змістом низку інших ознак<sup>10</sup>. Це пояснюється тим, що перерахування всіх ознак предмета в дефініції призводить до підміни поняття про предмет простим описом цього предмета<sup>11</sup>. Треба погодитися із В. Є. Жеребкіним, що, виходячи із принципу достатності та необхідності ознак, в основний зміст поняття не повинні включатися «зайві» ознаки, оскільки функція узагальнення та виділення (відмежування) предметів та явищ здійснюється і без цих ознак. Останні тільки загромождають основний зміст поняття і тоді важко розібратися в тому, які з них необхідні, а які не є обов'язковими<sup>12</sup>. Водночас сукупність таких істотних ознак має бути достатньою для виконання двох пізнавальних завдань, що виконує визначення: з'ясування властивостей визначуваного предмета та відмежування його від інших суміжних з ним предметів та явищ<sup>13</sup>.

Необхідною передумовою визначення правових ознак, які входять до змісту поняття «землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення», є обрання способу формулювання дефініції або ж методу їх викладення<sup>14</sup>. Найбільш зручним для побудови та користування, а тому – найбільш поширеним як у науці, так і в законодавстві видом визначення поняття визнається побудова дефініції через родову ознаку та видову відмінність<sup>15</sup>. Такі дефініції називаються класичними<sup>16</sup>, класифікаційними<sup>17</sup>, родо-

видовими<sup>18</sup>, абстрактними<sup>19</sup>, узагальнюючими<sup>20</sup>. При визначенні через рід і видову відмінність визначуване поняття підводиться під друге, більш ширше поняття, що є найближчим його родом, і вказуються ознаки, котрими відрізняється визначуване поняття від інших понять, які входять до цього роду<sup>21</sup>. Такий спосіб визначення є максимально ефективним з точки зору виділення суттєвих ознак поняття, що визначається. Це пояснюється тим, що рід найточніше виражає суть того, що визначається, а ознаки виду (видові відмінності роду) дозволяють максимально відокремити його від того, що відноситься до того ж роду<sup>22</sup>. Серед головних переваг визначення терміна через вид і родову відмінність відзначено високу міру абстрактності, що передбачає неодноразове його застосування в різних життєвих ситуаціях<sup>23</sup>. У випадку, коли поняття не можна визначити через рід і видову відмінність, зміст поняття розкривається шляхом переліку його окремих частин чи ознак. Такі дефініції називаються описовими (казуїстичними)<sup>24</sup>. Різновидом цих дефініцій необхідно визначати перелікові (екстенсійні) визначення<sup>25</sup>. Особливістю вказаних дефініцій є те, що в них перелічуються не ознаки предметів, а самі предмети, на які поширюється той чи інший термін<sup>26</sup>. Такі визначення чітко встановлюють обсяг поняття (тільки якщо мова йде про вичерпний перелік), а тому їх можна було б взагалі не вважати визначеннями. Загальноновизнано, що в суворо логічному сенсі казуальні переліки визначеннями не є – вони просто використовуються замість визначень<sup>27</sup>. Такий метод визначення використовується, коли необхідно надати визначенню особливої конкретності, усунути будь-яку можливість вільного трактування<sup>28</sup>. Більшість науковців вважає, що такий тип дефініцій, коли перераховуються індивідуальні ознаки або частини предмета, менш вдалий, ніж визначення поняття через найближчий рід і видову відмінність<sup>29</sup>. Проте з таким твердженням не завжди можна погодитися. Видається за доцільне, що вибір того чи іншого способу формулювання дефініції залежить від змісту терміна і його характеру<sup>30</sup>. Досить часто закритий перелік, за допомогою якого формулюється обсяг відповідного поняття може бути більш корисним у житті при застосуванні правової норми, ніж абстрактна дефініція<sup>31</sup>.

Враховуючи наведені положення до формулювання дефініції поняття категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення, необхідно зазначити, що визначення поняття зазначеного терміна не може тлумачитися шляхом переліку складових об'єкта. Неможливість формулювання дефініції поняття земель даної категорії шляхом переліку конкретних видів цих земель обґрунтовується такими обставинами: у законі практично неможливо дати вичерпний перелік окремих видів земель зазначеної категорії. Він завжди був і буде з продовженням; склад земель досліджуваної категорії впродовж усієї історії земельного законодавства відзначався нестабільністю, що не характерно для інших категорій земель, наприклад, земель сільськогосподарського призначення<sup>32</sup>. Тому дефініція поняття «землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення» має розкривати зміст зазначеного терміну, використовуючи для цього його суттєві ознаки. Разом з тим, це не означає, що розкриваючи зміст поняття, не потрібно враховувати його обсяг – сукупність предметів (об'єктів), які мають його ознаки, оскільки чітко зафіксований зміст веде до такого самого уявлення про обсяг<sup>33</sup>.

Оскільки визначення будь-якого поняття, у тому числі земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення, не можливе без знання того, які конкретно ознаки утворюють зміст цього поняття, при встановленні ознак зазначеного поняття важливо враховувати також правові аспекти формулювання дефініції цих земель.

Як уже попередньо зазначалося, найпоширенішим методом юриспруденції, що застосовується при визначенні понять, у тому числі таких земель досліджуваної категорії, як землі автомобільного транспорту та дорожнього господарства<sup>34</sup>, землі морського транспорту<sup>35</sup>, землі енергетики<sup>36</sup>, є визначення через рід і видову відмінність. Однак, аналізуючи правові проблеми визначення поняття тієї чи іншої категорії земель дослідники, як правило, зосереджують увагу на видових особливостях земельних ділянок, що входять до відповідної категорії земель. Формулюючи поняття земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення, потрібно, насамперед, враховувати, що зазначені землі відповідно до ст. 19 Земельного кодексу України є самостійною категорією земель. Разом із тим згідно з ч. 1 ст. 18 зазначеного акта до земель України належать усі землі в межах її території, які поділяються на категорії. Враховуючи наведені обставини, поняття «категорія земель» потрібно визнати родовим поняттям щодо земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення. Під час обґрунтування правових ознак, що визначають зміст поняття цієї категорії земель, потрібно враховувати зміст поняття «категорія земель».

Відповідно до Державного стандарту 26640-85 «Землі. Терміни і визначення», категорією земель є частина єдиного державного земельного фонду, що вирізняється основним цільовим призначенням і має певний правовий режим<sup>37</sup>. Зазначене легальне визначення не характеризується на сьогодні актуальністю, зважаючи на те, що в законодавстві України не використовується поняття єдиного земельного фонду, що базувався виключно на державній власності на всі землі в межах країни.

У юридичній літературі дане поняття розуміється по-різному. Так, Д. В. Ковальський визначає категорію земель як частину земельного фонду України, яка характеризується єдиним цільовим призначенням земельних ділянок, що входять до неї<sup>38</sup>. З іншого боку, на думку М. Посохової, категорію земель можна визначити як частину земель України, що виділяється залежно від основного цільового призначення і закріплена земельним законодавством України<sup>39</sup>. Інше розуміння полягає в тому, що категорія земель ототожнюється з цільовим призначенням земель<sup>40</sup>. При визначенні співвідношення понять «категорія земель» та «цільове призначення земель» доцільно виходити з тієї позиції, що вони співвідносяться як форма та зміст, де категорія земель є формою їх цільового призначення<sup>41</sup>.

При визначенні поняття «категорія земель» вбачається за доцільне з'ясувати його етимологічне значення. Термін «категорія» означає: 1) поняття, що відображає найзагальніші властивості та зв'язку явищ реальної дійсності й пізнання; 2) родове поняття, що означає розряд предметів, явищ і т. ін. або найзагальнішу їх ознаку; 3) розряд, група однорідних предметів, явищ, осіб<sup>42</sup>. Такі визначення є прийнятними і для розуміння терміна «категорія земель».

Враховуючи наведене, прийнятною видається позиція, згідно з якою категорія земель визначається не щодо конкретної земельної ділянки, а до певної їх кількості – сукупності земельних ділянок, можливо, навіть різного цільового призначення, які об'єднуються в одну категорію<sup>43</sup>. Таким чином, категорія земель – це групування земельних ділянок, площ за певними стійкими ознаками, які в сукупності визначають правовий режим цієї категорії<sup>44</sup>. Погоджуючись з таким підходом до розуміння сутності категорії земель, деякі вчені намагаються дати більш широкі за змістом визначення. Так, Н. Ю. Гальчинська вважає, що категорія земель – це не що інше, як об'єднання земельних ділянок за основним цільовим призначенням у відносно однорідну групу, яке здійснюється відповідно до закону на підставі рішень органів державної влади та місцевого самоврядування щодо надання, вилучення, викупу, відчуження земельних ділянок у власність чи користування, затвердження проектів землеустрою, а також створення об'єктів природоохоронного та історико-культурного призначення, обліковується в автоматизованій системі введення державного земельного кадастру з метою забезпечення єдиного правового режиму земель тієї чи іншої категорії<sup>45</sup>.

Аналіз змісту поняття «категорія земель» дозволяє стверджувати, що визначаючим поняттям при формулюванні дефініції категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення є термін «земельні ділянки».

Важливим і обов'язковим критерієм віднесення земельних ділянок до тієї чи іншої категорії земель, у тому числі до земель досліджуваної категорії, є основне цільове призначення. Наведену ознаку необхідно визнавати єдиною видовою ознакою земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення. Наявність цієї ознаки дозволяє відмежувати зазначені землі від земель інших категорій<sup>46</sup>. У зв'язку з цим для визначення поняття терміна, що має ключове значення для даного дослідження, необхідно з'ясувати розуміння суті основного цільового призначення зазначених земель.

Підсумовуючи викладене, необхідно звернути увагу на такі аспекти:

1. Забезпечення ефективного правового регулювання земельних відносин у досліджуваній сфері зумовлює суттєве доопрацювання положень вітчизняного земельного законодавства щодо визначення поняття категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення та потребує першочергово розв'язання проблем формулювання дефініції цих земель.

2. Удосконалення законодавства, що визначає правовий режим зазначених земель, та ефективність застосування його норм залежить перш за все від науково обґрунтованого використання відповідних понять і категорій у досліджуваній сфері, у тому числі поняття земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення.

3. Визначення змісту поняття «землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення» підпорядковане загальним логічним закономірностям. При встановленні ознак, які входять до змісту цього поняття, обов'язково потрібно враховувати способи формування поняття, правила визначення понять, вироблені формальною логікою. Ігнорування цього призводить до нечітких, суперечливих та неповних визначень, що тільки породжує зайві наукові дискусії, яких можна було б уникнути при дотриманні зазначеного.

4. Родовим поняттям по відношенню до земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення є категорія земель. Єдиною видовою ознакою зазначених земель є їх основне цільове призначення.

У свою чергу, подальших досліджень у відповідній сфері потребує визначення юридичних ознак земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення, що складатимуть зміст поняття зазначених земель, і формулювання з їх урахуванням відповідної дефініції цих земель.

<sup>1</sup> Панов М. Проблеми методології формування категоріально-понятійного апарату юридичної науки / Микола Панов // Право України. – 2014. – № 1. – С. 51.

<sup>2</sup> Любченко М. І. Юридична термінологія: поняття, особливості, види: монографія / Маріанна Іванівна Любченко. – Х., 2015. – С. 190.

<sup>3</sup> Барабаш Н. П. Проблеми формування поняття категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення: постановка питання / Н. П. Барабаш // Актуальні проблеми юридичної науки: збірник тез Міжнародної наукової конференції «Чотиринадцять осінніх юридичних читань» (м. Хмельницький, 23–24 жовтня 2015 року: [у 2-х част.]. – Частина друга. – Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2015. – С. 9.

<sup>4</sup> Барабаш Н. П. Юридичні ознаки категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення: проблеми формування в законодавстві України / Н. П. Барабаш // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 5. – С. 172–177.

<sup>5</sup> Барабаш Н. Проблемні аспекти визначення поняття категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення у науці земельного права України / Наталія Барабаш // Підприємництво, господарство і право. – 2015. – № 3. – С. 80–85.

<sup>6</sup> Косович В. Логічні засоби забезпечення досконалості нормативно-правових актів України / Віталій Косович // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2014. – Вип. 59. – С. 17–18.

- <sup>7</sup> Бурдін В. М. Формально-логічні засади дослідження проблем осудності та неосудності / В. М. Бурдін // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 96.
- <sup>8</sup> Жеребкін В. Е. Логический анализ понятий права / Жеребкін Василий Евсеевич. – К.: Вища школа, 1976. – С. 26.
- <sup>9</sup> Там само. – С. 31.
- <sup>10</sup> Бурдін В. Стадії вчинення злочину в українській доктрині кримінального права: поняття та види / Володимир Бурдін // Вроцлавсько-Львівський юридичний збірник. – 2012. – № 3. – С. 210; Жеребкін В. Е. Логіка: підруч. для юрид. вузів і фак. – [2-е вид., стереотип.]. – Х.: Основа, К.: Знання, 1998. – С. 47; Любченко М. І. Вказана праця. – С. 104.
- <sup>11</sup> Жеребкін В. Е. Вказана праця. – С. 76.
- <sup>12</sup> Там само. – С. 33.
- <sup>13</sup> Там само. – С. 47.
- <sup>14</sup> Барабаш Н. П. Методологічні аспекти визначення змісту поняття «землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення» / Н. П. Барабаш // Екологічне право в системі міждисциплінарних зв'язків: методологічні засади: матеріали «круглого столу» (Харків, 4 груд. 2015 р.) / за заг. ред. А. П. Гетьмана; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Х.: Право, 2015. – С. 96.
- <sup>15</sup> Любченко М. І. Вказана праця. – С. 121.
- <sup>16</sup> Апт Л. Ф. Правовые дефиниции в законодательстве / Л. Ф. Апт // Проблемы юридической техники: формирование и состав. – Нижний Новгород, 2000. – С. 309; Губаева Т. В. Язык и право. Искусство владения словом в профессиональной юридической деятельности / Губаева Тамара Владимировна. – [2-е изд., пересмотр.]. – М.: Норма: Инфра-М, 2010. – С. 71; Любченко М. І. Вказана праця. – С. 121; Титов В. Д. О специфике определений в юриспруденции / В. Д. Титов // Проблемы философии права. – 2005. – Том III. – № 1–2. – С. 46.
- <sup>17</sup> Хижняк С. П. Юридическая терминология: формирование и состав / С. П. Хижняк. – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1997. – С. 13.
- <sup>18</sup> Давыдова М. Л. Нормативно-правовые предписания в российском законодательстве: учеб. пособие / М. Л. Давыдова. – Волгоград: Издательство Волгоградского государственного университета, 2001. – С. 30–31; Любченко М. І. Вказана праця. – С. 121; Подорожна Т. С. Законодавчі дефініції: поняття, структура, функції: монографія / Подорожна Тетяна Станіславівна. – Л.: ПАІС, 2009. – С. 39; Савицкий В. М. Язык процессуального закона: вопросы терминологии / В. М. Савицкий; под ред. А. Я. Сухарева. – М.: Наука, 1987. – С. 88–93.
- <sup>19</sup> Давыдова М. Л. Нормативно-правовые предписания в российском законодательстве: учеб. пособие / М. Л. Давыдова. – Волгоград: Издательство Волгоградского государственного университета, 2001. – С. 30–31; Тростюк З. А. Понятійний апарат Особливої частини Кримінального кодексу України: Монографія / Тростюк Зоя Аполлінаріївна. – К.: Атіка, 2003. – С. 113.
- <sup>20</sup> Тростюк З. А. Вказана праця. – С. 113.
- <sup>21</sup> Жеребкін В. Е. Логіка: підруч. для юрид. вузів і фак. – [2-е вид., стереотип.]. – Х.: Основа, К.: Знання, 1998. – С. 48.
- <sup>22</sup> Подорожна Т. С. Правила побудови законодавчих дефініцій: логіко-теоретичні закономірності / Т. С. Подорожна // Університетські наукові записки. – 2008. – № 4 (28). – С. 43.
- <sup>23</sup> Там само. – С. 43.
- <sup>24</sup> Давыдова М. Л. Вказана праця. – С. 30–31; Подорожна Т. С. Правила побудови законодавчих дефініцій: логіко-теоретичні закономірності / Т. С. Подорожна // Університетські наукові записки. – 2008. – № 4 (28). – С. 43.
- <sup>25</sup> Подорожна Т. С. Вказана праця. – С. 44.
- <sup>26</sup> Любченко М. І. Вказана праця. – С. 122.
- <sup>27</sup> Губаева Т. В. Актуальные проблемы законотворчества / Т. В. Губаева, А. С. Пиголкин // Проблемы законодательной техники. – Нижний Новгород, 2000. – С. 280.
- <sup>28</sup> Любченко М. І. Вказана праця. – С. 122.
- <sup>29</sup> Апт Л. Ф. Вказана праця. – С. 309; Кнапп В. Логика в правовом сознании / В. Кнапп, А. Герлох; под ред. А. Б. Венгрова. – М.: Прогресс, 1987. – С. 294; Тростюк З. А. Вказана праця. – С. 114; Хижняк С. П. Юридическая терминология: формирование и состав / С. П. Хижняк. – Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1997. – С. 13.
- <sup>30</sup> Пиголкин А. С. Подготовка нормативно-правовых актов / Пиголкин Альберт Семенович. – М.: Юридическая литература, 1968. – С. 156–157.
- <sup>31</sup> Загиней (Тростюк) З. А. Особливості конструювання законодавчих дефініцій кримінально-правових понять як засобу офіційного тлумачення (на прикладі розділу XVII Особливої частини КК України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг») / З. А. Загиней (Тростюк) // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 2. – С. 302.
- <sup>32</sup> Боголепов Р. Д. Земельный кодекс РСФСР и проблемы правового режима земель промышленности, транспорта, связи и иного назначения / Р. Д. Боголепов // Весник Моск. ун-та: Серия Право. – 1992. – № 2. – С. 44–45.
- <sup>33</sup> Барабаш Н. П. Деякі аспекти формулювання дефініції поняття категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення / Н. П. Барабаш // Природоресурсне право в системі права України: історія, сьогодення, перспективи: зб. матеріалів круглого столу, 30–31 жовтня 2015 р. / за заг. ред. М. В. Шульги. – Х.: Вид-во «Оберіг», 2015. – С. 19.
- <sup>34</sup> Лебедева Т. М. Правовий режим земель автомобільного транспорту та дорожнього господарства: проблеми та шляхи вирішення: [монографія] / Т. М. Лебедева; під ред. проф. М. В. Шульги. – Х.: Видавництво «ФІНН», 2009. – С. 26–27.
- <sup>35</sup> Терещук В. С. Землі морського транспорту: поняття та ознаки / В. С. Терещук // Право і безпека. – 2012. – № 3. – С. 327.
- <sup>36</sup> Вітюк І. Я. Поняття і ознаки земель енергетики в Україні / І. Я. Вітюк // Актуальні проблеми держави і права. – 2012. – № 68. – С. 289.
- <sup>37</sup> Земли. Термины и определения. ГОСТ 26640-85 [Электронный ресурс]: утвержден постановлением Государственного комитета СССР по стандартам от 28.10.1985 г. № 3453 // Верховна Рада України: офіц. веб-сайт. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v3453400-85>
- <sup>38</sup> Ковальський Д. Проблемні питання порядку зміни цільового призначення земель, які перебувають у власності громадян або юридичних осіб / Д. Ковальський // Юридична Україна. – 2003. – № 9. – С. 36.
- <sup>39</sup> Посохова М. Співвідношення понять цільового призначення, цільового використання та категорії земель за законодавством України / Майя Посохова // Юридична Україна. – 2010. – № 12. – С. 77.
- <sup>40</sup> Фелів О. Цільове призначення землі і відповідальність за його порушення [Електронний ресурс] / Олексій Фелів // Юридичний журнал. – 2008. – № 9. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua>



<sup>41</sup> Костяшкін І. О. Правове регулювання цільового призначення земель як умови забезпечення соціальної функції права власності на землю в Україні / І. О. Костяшкін // Університетські наукові записки. – 2013. – № 3 (47). – С. 321.

<sup>42</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / Кер. вид. проекту П. М. Мовчан, В. В. Німчук, В. Й. Клічак. – К.: Видавництво «Дніпро», 2009. – С. 429.

<sup>43</sup> Кальніченко А. Про новий порядок та особливості зміни цільового призначення земельних ділянок / Алла Кальніченко, Анастасія Шемшур // Землевпорядний вісник. – 2013. – № 1. – С. 2.

<sup>44</sup> Земельное право России: учеб. по специальности «Правоведение» / [Е. Н. Колотинская, Н. Н. Осокин, А. К. Голиченков и др.]; под ред. В. В. Петрова. – М.: Зерцало, 1998. – С. 141.

<sup>45</sup> Гальчинська Н. Ю. Правовий режим земель промислових зон в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Гальчинська Наталія Юріївна. – Х., 2011. – С. 58–59.

<sup>46</sup> Барабаш Н. Теоретичні аспекти поділу ознак категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони й іншого призначення / Наталія Барабаш // Підприємництво, господарство і право. – 2015. – № 4. – С. 22.

#### Резюме

**Барабаш Н. П. Логіко-правові аспекти формулювання дефініції категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення.**

У статті визначено проблематику формування поняття категорії земель промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення. Підкреслено важливе значення використання науково обгрунтованого поняття цих земель. Сформовано науковий підхід до формулювання дефініції зазначеної категорії земель.

**Ключові слова:** землі промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення, дефініція, категорія земель, правила формальної логіки, зміст поняття, істотні ознаки, основне цільове призначення.

#### Резюме

**Барабаш Н. П. Логико-правовые аспекты формулирования дефиниции категории земель промышленности, транспорта, связи, энергетики, обороны и иного назначения.**

В статье определено проблематику формирования понятия категории земель промышленности, транспорта, связи, энергетики, обороны и иного назначения. Подчеркнуто важное значение использования научно обоснованного понятия этих земель. Сформировано научный подход к формулированию дефиниции указанной категории земель.

**Ключевые слова:** земли промышленности, транспорта, связи, энергетики, обороны и иного назначения, дефиниция, категория земель, правила формальной логики, содержания понятия, существенные признаки, основное целевое назначение.

#### Summary

**Barabash N. Logical and legal aspects of formulating the definition of the land category for industry, transport, communications, energy, defense and other purposes.**

The article defines the problems of formulating the concept of land category for industry, transport, communications, energy, defense and other purposes. It underlines the importance of using a scientifically reasoned concept for these lands. The scientific approach to the formulation of definition pertaining to the above-mentioned land category is formed.

**Key words:** lands for industry, transport, communications, energy, defense and other purposes, definition, land category, rules of formal logic, concept matter, essential features, main target purpose.

УДК 349.6

**T. MOROZOVSKA**

*Tetiana Morozovska, PhD in Law, Department of civil law and process of National Academy of Internal Affairs*

## FORMATION AND DEVELOPMENT OF SCIENTIFIC AND CONCEPTUAL APPROACHES TO DETERMINING ESSENCE OF ENVIRONMENTAL RIGHTS OF PERSONS

Already I. Kant and G. W. F. Hegel reckoned that the man has a nature and an artificial nature which is interrelated and interdependent on environmental conditions and their problems<sup>1</sup>. The interrelationships between the man and the nature respectively are based on anthropogenic factors. Thus, a strategic direction of the Ukraine's development at the present stage is an efficient fulfillment by her of the constitutional obligation as to ensuring environmental security and maintaining environmental balance at the territory of Ukraine (Art. 16 of the Ukrainian Constitution)<sup>2</sup>. Also the law of Ukraine dated December 21, 2010 «On Fundamentals (Strategy) of State Environmental Policy for the Period until 2020»<sup>3</sup> bears evidence thereof. This law determines, as main tools of implementation of the said policy, stabilization and improvement of the Ukraine's environment by means of integrating the environmental policy into social and economic development of Ukraine, with the purpose to guarantee environmentally safe

natural habitat for life and health of the population, to introduce an environmentally sound system of natural resources' utilization as well as to preserve natural ecological systems.

The approaches to definition of «environmental rights» concept were and are dependant on those criteria that are intrinsic to a certain historical era and level of social development.

An efficient realization of the national environmental policy also depends, last but not least, on taking in account theoretical assets forming the basis of the Ukrainian and European legal doctrine in the sphere of fundamental human rights as a whole and of institute of the citizens' environmental rights in particular. However, economical and political difficulties of the Ukrainian society aggravated by periodical natural and technological disasters did not enable the environmental science to work out an optimal model of these rights and conceptual provisions that strengthen them and create a foundation for an efficient realization and protection. Such a condition stipulated a choice of the subject of this study being the analysis of the process of formation and development of scientific and conceptual approaches to determining essence of environmental rights of persons and also understanding of the legal nature of environmental rights of persons in the legal framework of the contemporary Ukraine.

We would like to point out that the notion of «ecology» derives from the Greek words «οἶκος» – «dwelling, house, property» and «λογία» – science literally meaning a science of relationship of living organisms and their communities with each other and with the environment. The author of the term «ecology», a German natural scientist E. Haeckel applied it for designation of a direction in the biology and specified it as a sum of natural knowledge pertaining to overall totality of relationships of the animal world with the environment, both organic and inorganic, first of all friendly or hostile relations with those animals or plants with which they come in contact directly or indirectly<sup>4</sup>. So, for the first time the claimed systemic relations became objects of environmental study thus in turn giving a strong impetus not only to the theory of evolution but also to the general systems theory.

P. Holbach perceived the man as a living product of the nature that can not be separated from it<sup>5</sup>.

The analysis of conceptual approaches to ascertaining the essence of the environmental rights of persons is impossible without ascertaining how the notion of «ecology» is linked to the notion of «nature». There are both abstract and specific definitions of these notions. Even philosophers were inclined to acknowledge the fact that nature and ecology represent objective phenomena and objectively oppose the man. Nevertheless the ecology is rather a condition of nature, knowledge about it and the nature itself has a more materialized character – a superficial mantle of the planet wherein people and society coexist directly. The condition of environment and of its constituent elements in particular is not a static value; it interacts with anthropological and technogenic factors. In such a manner, globalization of social relations led to a need to explore, in the environmental right framework, social phenomena and processes of a legal character.

Domestic and foreign authors reasoned from the fact that under current conditions epistemological basics are coming to the fore for specifying the role of nature in the man's life and necessity to clearly determine their inter-relationship under specifying the confines of acceptable behaviour of the man vis-à-vis the nature and simultaneous possibility to satisfy his own needs. The environmental problems were regarded in the direction of educating an environmentally cultured person by N. Ya. Danilevsky<sup>6</sup>, I. A. Ilyin<sup>7</sup>, K. M. Leontiev<sup>8</sup>, A. F. Losev<sup>9</sup>.

Preconditions for the formation of environmental and legal status of the man and citizen were legal norms that formalised in the Soviet legislation of 1930ies primarily environmental duties and not rights, and this completely corresponded to the legal doctrine of that time.

Thus, the favourable natural conditions as an object of legal protection were mentioned in one of the constitutions of the USSR of 1936 which proclaimed in Art. 4, 6, 11 and 135 the state ownership of natural objects as well as the duty of citizens to guard the socialist property and directly the natural objects<sup>10</sup>.

And only in 1970ies was for the first time on the constitutional level proclaimed the citizens' right to protection of their health and an obligation was imposed on the state to take measures as to preservation and enhancement of the environment, and on the citizens – to protect the nature and take care of natural wealth's protection (Art. 42 and 67 of the Constitution of USSR, 1977)<sup>11</sup>.

Theoretical attempts to generalize environmental rights and legally specify their scope fall within this period. So, the well known theoretician M. I. Matuzov was one of the first who in his monograph «Personality. Right. Democracy. Theoretical Problems of Legal Right» defined that the man has an undeniable right to demand from the state measures related to protection of the environment and its separate components (land, air, forests, water resources) and the effectiveness of these measures directly impacts not only the man's health but also the mere survival of the human race<sup>12</sup>.

Today this subject is maintained and handled by V. V. Petrov and O. S. Kolbasov, however as one of the goals, forms or principles of environmental protection rather than in the framework of the environmental rights institute. Thus, according to V. V. Petrov «...the goal objectively put by the man into protection of nature is the provision of optimal (i.e. the most favourable) natural conditions of its existence as a biological and social organism»<sup>13</sup>, and O. S. Kolbasov states the fact of absence of normative consolidation of environmental rights not only in international sources but also in the Soviet law and the law of certain countries<sup>14</sup>, and he raises the problem of necessity «of a clear determination of the right to decent natural conditions of life, work and leisure of people»<sup>15</sup>.

Development of this subject at the end of 1980ies – beginning of 1990ies is marked by the following: the environmental rights are considered as a constituent part of the right to health protection or the right to a general use of natural resources<sup>16</sup>. Neither works of law theoreticians of those times in terms of legal status of personality nor works of the constitutionalists<sup>17</sup> did contain a single reference to the right to a safe environment.

Substantial gaps in the state mechanism of enforcing protection of environment and human rights in the area of ecology at the territory of the former USSR became evident at the end of 1980ies in the consequence of serious technogenic catastrophes the most disastrous of which was the accident at the Chernobyl nuclear power plant in April 1986.

The scientific community permanently initiates by its research the necessity to single out the citizens' environmental rights as an independent legal institute and a legislative consolidation of the citizens' right to receive comprehensive and reliable information about the condition of the environment. The driving force behind the discussion on this issue among scholars became the Ukrainian researcher Yu. R. Shemshuchenko<sup>18</sup>. An important contribution to development of these issues was made also by V. I. Andreytseva<sup>19</sup>.

However, we may consider the year 1991 as the beginning of transformation of the legal environment protection system, formation of the individual environmental rights and expediency of existence of a separate environmental rights institute within the domestic system; in this year the legislator has adopted, for the first time at the territory of the former USSR, the law of Ukraine No. 1264-XII «On Environmental Protection»<sup>20</sup>.

This law focused on provision of environmental safety of the man and the society. In accordance to this law, acting codes in the sphere of ecology were renewed, operation of laws on enforcing sanitary and epidemiological welfare of the population, on environmental approval, on protection of the man against influence of ionizing radiation, on protection of population and territories against emergency situations of technogenic and natural character was coordinated<sup>21</sup>.

On the other hand, the research of formation and development of environmental rights in the works of domestic scholars of that time<sup>22</sup> was usually carried out within the context of general problems of environmental right and is therefore characterized by fragmentarity and insufficient exhaustibility. An exception became a thesis work of N. R. Kobetska defended in 1998 which was completely concerned with the citizens' environmental rights<sup>23</sup>.

The results of subsequent scientific research of the range of problems related to environmental rights of the man and the citizen were reflected in thesis works of G. V. Anisimova<sup>24</sup>, R. G. Grytskevych<sup>25</sup>, L. P. Reshetnyak<sup>26</sup>, Ye. V. Posnyak<sup>27</sup> and M. V. Krasnova<sup>28</sup>.

Thus, M. V. Krasnova considers the complex of environmental rights of the man and the citizen in the context of sustainable development through the perspective of creating a mechanism of compensation for damage caused by violation of environmental rights. Moreover, the compensation itself is a duty of natural and legal entities including the state, to effectively use the environment in a way enabling renewal and reproduction of its qualitative characteristics as well as not to infringe on the citizens' environmental rights<sup>29</sup>.

The conceptual definition of term «environmental rights» became a consequence of scientific research of the citizens' environmental rights. So, G. V. Anisimova defines the citizens' environmental rights as a grade of acceptable behaviour in the field of use of natural sites<sup>30</sup>, L. P. Reshetnyak analyses the citizens' environmental rights in the framework of safeguarding the possibility of indemnification of damages inflicted by violation of the citizens' environmental rights. At that the author designates as the most important the right to a safe and healthy environment (the right to environmental safety) namely to creation of corresponding conditions of social life and measures that are taken by the state to ensure the implementation of this right<sup>31</sup>. O. O. Surilova associates healthy environment with clean natural conditions and safe consumption of natural benefits<sup>32</sup>.

R. G. Grytskevych distinguishes existence of fundamental, neighbouring and additional environmental rights which only partly may be identified as environmental; however they are very important for the man and the citizen since they reveal certain aspects of the fundamental environmental rights: rights complementing the right to a safe and healthy environment, this is the right to life and health of the population, to personal dignity, to corresponding safe and healthy working conditions; the right of each and every person to use natural sites belonging to the Ukrainian people; rights complementing the right to a free access to information with regard to condition of the environment and the right to indemnification of damages inflicted to life and health of a person by environmental offences<sup>33</sup>.

Among scientific works of the Russian authors dedicated to the problem of environmental rights of the man and the citizen, both fragmentarily and with ambition to use a complex approach, we can highlight the works of Yu. A. Borko<sup>34</sup>, M. I. Vasilieva<sup>35</sup>, M. M. Brynchuk<sup>36</sup>, I. A. Ignatieva<sup>37</sup>, M. R. Iskandarov<sup>38</sup>, Ye. R. Most<sup>39</sup> and Ye. F. Pushkaryova<sup>40</sup>.

Ye. F. Pushkaryova carried out an analysis of environmental rights in the context of international environmental law; she pointed out that interconnections of these phenomena are based on the human nature as a carrier of certain rights and contemporary ideas of sustainable development<sup>41</sup>.

Certain aspects of judicial protection of the citizens' environmental rights to the healthy environment and mechanisms of indemnification of damages inflicted to the citizens' health in consequence of negative impact of the environment were studied by M. I. Vasilieva<sup>42</sup>.

V. A. Kartashkin is of the opinion that the environmental rights include the rights of peoples and communities to a joint resolution of various problems and in particular, of environmental ones; he designates the environmental rights as the rights of the third generation<sup>43</sup>. At the same time the rights of the third generation in the European doctrine are by no means always considered as unconditional since as some authors believe the group rights invalidate the notion of human rights and distract from necessity to exercise civil, political, economic and social rights in the full scope. Nevertheless, separate illustrative examples of the group rights did have in particular circumstances also positive legal consequences. More specifically, protection of rights of indigenous people, or the right of peoples to

freely dispose of their natural resources (Art. 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, Art. 2(3) Declaration on the Right to Development)<sup>44</sup>.

The representatives of western science in the area of environmental law define the environmental rights as: 1) Rights in the sphere of public law (rights to judicial protection against actions of environmental offenders, rights to appeal in court against governmental actions, rights to access to information and decision-making process in the domain of environmental relations); 2) Rights in the domain of private law (rights to judicial protection in case of infliction of a damage to plaintiff, rights to apply provisions of restrictive agreements)<sup>45</sup>.

A sound rather-legal analysis of civil rights in the EU member states was made in the works of L. Kramer and G. Winter<sup>46</sup>. The authors have analysed, on the base of legal doctrine provisions and provisions of European and German environmental legislation, judicial practice, certain legal instruments of financial and taxation law (taxation system, financial charges for violation of environmental legislation), environmental rights (compliance with requirements of safety rules during circulation of chemicals and poisonous substances, marking and packing of genetically modified food) which are actively applied in the European Union for provision of environmental safety and environmental rights of the man. Doctor of law R. Kingston places emphasis on the need to regard the environmental rights of the man in the modern world as group rights for the whole community that begin to appear in material and procedural terms<sup>47</sup>.

J. Touscoz refers the environmental rights of the man and the citizen to the fourth generation of «human rights» (after civil and political, social and economic and group rights) which do not have for the time being a real consolidation in the general international law and remain as of today in a state of legal requirement<sup>48</sup>.

Professor of the Edinburgh University A. Boyle reckons that the environmental rights do not fit whatsoever into «generation» category of human rights and identifies the environmental rights with the right to environment<sup>49</sup>. He substantiates his viewpoint with the consideration that the environmental rights are cross-border rights of various generation categories of human rights. Both individuals and associations of people are vested with civil and political rights. The same entities have equal rights with regard to access to environmental information, judicial protection of infringed rights<sup>50</sup>. From this perspective, the role of civil and political rights reduces itself to improving the lot of population in taking environmentally important decisions and convincing governments to abide by the minimum standards in protection of life, private interests and property against environmental damages.

In addition, for ensuring a decent and healthy standard of living, there are economic and social rights mentioned in the International Covenant on Economical, Social and Cultural Rights (Art. 12 of the Covenant)<sup>51</sup>. In terms of social and economic rights, a privileged place is granted to the quality of environment as an area of human habitation. Consideration of environmental rights as a solidary right of societies (communities or collectives) and not as rights of individuals offers the possibility to maintain that exactly the communities of persons are vested with right to determine in which manner they prefer to manage the environment and natural resources and protect themselves and this wealth.

James P. Rey and Erin Dale believe that environmental rights belong to another category of rights; however they remark that such rights are basic and they even should not be consolidated in constitution of countries since the existence of environmental rights is foreseen from the moment of emergence of mankind<sup>52</sup>.

The English environmental and legal doctrine considers the essence of environmental rights in terms of general legal benefits of the man that are free from lobbying and compromises; an access to justice contributes to liberalization of established legal norms and to a transfer of burden of proof to those whose activities may cause damage to the environment; such an approach promotes an increase in political activity and conduct of discussions on issues related pro environmental problems; this approach has also impact on behaviour of people even at the level of consciousness<sup>53</sup>. It is a so called anthropocentric approach the essence of which is that specificity, fundamentals and domains of existence of people are defined proceeding from needs and nature of people, their consciousness and will. The anthropocentric approach to the human rights is closely aligned with the natural right because it substantiates the supremacy of the man and his interests by concrete facts of social life.

The opposite approach is biocentric which proposes to proceed from the condition of the environment itself and also from the necessity to protect biological objects<sup>54</sup>. Today the biocentric approach is getting increasingly popular among lawyers and elite of the global community. A perfect example of it is a substantial increase in a number of statutory enactments in the international law dedicated to protection of nature on a global scale<sup>55</sup>.

The anthropocentric type of world view is based on technical achievements for the sake of industrial growth, material welfare of the man himself; the problems of ecology itself are of secondary importance. The aspiration of the man to preserve the environment forces him to select the biocentric position of development based on principles of a harmonic coexistence with the environment.

### Results

In this connection we propose to differentiate in the domestic environmental and legal doctrine the notion «environmental rights of persons» solely in objective and subjective meanings, with the purpose to elaborate efficient directions of their development. The environmental rights of persons in the objective meaning should be defined as a complex institute representing a system of legal norms aimed at regularization of relations between citizens in the sphere of security and protection of the environment, and in process of carrying out by them of rational use of natural resources. We propose to define the environmental rights of persons in subjective meaning as a complex of civil rights consolidated in legal norms and ensured by the state with regard to satisfaction of their needs in the sphere of security and protection of the environment and rational use by them of natural resources.

Within the system of environmental rights of persons, the right to a safe environment should be designated as fundamental, as a possibility of an individual - which is consolidated in the legislation and ensured by the state – to stay in such an environment which would satisfy his or her environmental needs and positively influence life, health and welfare.

### Conclusions

In such a way, the environmental rights of persons are nowadays a subject of research not only within environmental law but also within other legal branches (constitutional law, nature resources law, international public law, comparative jurisprudence etc.). The research of formation and development of conceptual approaches to determining their essence was carried out along the following main directions: education of environmentally cultured person (N. Ya. Danilevsky, I. A. Ilyin, A. O. Lagutin, A. F. Losev); preservation and enhancement of the environment with the purpose of protection of the citizens' environmental interests (O. R. Kolbasov, M. I. Matuzov, V. V. Petrov); as a component of the citizens' constitutional rights to health protection (M. V. Vitruk, M. V. Kabalkin, V. V. Petrov); as an institute of environmental law (V. I. Andreytsev, N. R. Kobetska, R. M. Kravchenko, M. V. Krasnova, Yu. R. Shemshuchenko and other); in the context of international environmental legal order (Ye. F. Pushkaryova) and environmental law of the European Union (N. I. Andrushevych, O. A. Gusev, P. I. Doynikov, P. O. Kalinichenko, L. Kramer, N. R. Malysheva, M. M. Mykiyevych, V. V. Nikolayev and other). This gives reason to argue that, being an object of scientific analysis, clarification of formation and development of the essence of environmental rights of persons is a fertile ground for future both domestic and comparative legal research.

<sup>1</sup> Дутчак В. В. Держава і державне управління у творчості Г. В. Ф. Гегеля / В. В. Дутчак // Філософія. Культура. Життя: Міжвуз. зб. наук. пр. – Д.: Наука і освіта, 2000. – Вип. 8. – С. 186–191.

<sup>2</sup> Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. – К.: Юрінком, 1996. – 80 с.

<sup>3</sup> Закон України № 2818-17 від 21 грудня 2010 р. «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 26. – Ст. 218.

<sup>4</sup> Андрейцев В. І. Екологічне право: Курс лекцій / В. І. Андрейцев. – К.: Вентурі, 1996. – 208 с.

<sup>5</sup> Гольбах П. Система природи / П. Гольбах // Избранные произведения в 2-х т. – Т. 1. – М.: Мысль, 1963. – С. 59–67.

<sup>6</sup> Авдеева Л. П. Проблема «России и Европы» в воззрениях Н. Я. Данилевского и К. Н. Леонтьева // Вестник Моск. ун-та. Сер. 7. Философия. – 1982. – № 3. – С. 74–86.

<sup>7</sup> Ильин И. А. Путь духовного обновления, Гл. 3 «О свободе» / И. А. Ильин. – М.: Русская книга, 1996. – Т. 1. – 1996. – 282 с.

<sup>8</sup> Авдеева Л. П. Вказана праця. – С. 74–86.

<sup>9</sup> Там само. – С. 74–86.

<sup>10</sup> Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических республик. Утверждена Чрезвычайным VIII съездом Советов Союза ССР 5 декабря 1936 года (с последующими изменениями и дополнениями): [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1936.htm>

<sup>11</sup> Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических республик. Принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 7 октября 1977 г. / Ю. С. Кукушкин, О. И. Чистяков // Очерк истории Советской Конституции. – М.: Политиздат, 1987.

<sup>12</sup> Матузов Н. И. Личность, права, демократия. Теоретические проблемы субъективного права / Н. И. Матузов. – Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1972. – 290 с.

<sup>13</sup> Правовая охрана природы в СССР. Учебное пособие / Под ред. В. В. Петрова. – М.: Юридическая литература, 1976. – 352 с.

<sup>14</sup> Консолидированный Закон Дании от 3 декабря 2002 г. № 981 «Об окружающей среде и генной инженерии»: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.cbd.int/doc>

<sup>15</sup> Там само.

<sup>16</sup> Природоресурсное право и правовая охрана окружающей среды / Под ред. В. В. Петрова. – М.: Юрид. л-ра, 1988. – 512 с.

<sup>17</sup> Кабалкин Н. В. Социально-экономические права советских граждан (в отраслях права цивилистического профиля) / Н. В. Кабалкин. – М.: Наука, 1986. – 208 с.

<sup>18</sup> Шемшученко Ю. С. Человек и его право на безопасную (здоровую) окружающую среду / Ю. С. Шемшученко // Государство и право. – 1993. – № 10. – С. 120–125.

<sup>19</sup> Андрейцев В. І. Екологічна політика: проблеми правового забезпечення / В. І. Андрейцев. – К.: КГУ, 1993. – № 13. – С. 5–26.

<sup>20</sup> Закон України від 20 грудня 1991 р. «Про охорону навколишнього природного середовища» / Верховна Рада України. – Офіц. вид. – К.: Парлам. вид-во. – 1991. – № 4. – Ст. 20.

<sup>21</sup> Закон України від 09.02.1995 № 45/95-ВР «Про екологічну експертизу»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>

<sup>22</sup> Кравченко С. М. Актуальні проблеми міжнародного права навколишнього середовища / С. М. Кравченко, А. О. Андрушевич, Дж. Бонайн. – Л.: Вид. центр ЛНУ, 2002. – 336 с.

<sup>23</sup> Кобецька Н. Р. Екологічні права громадян України: дис. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.06 – «Земельне право; аграрне право; екологічне право, природоресурсне право» / Н. Р. Кобецька. – К., 1998. – 186 с.

<sup>24</sup> Анисимова А. В. Осуществление гражданами экологических прав: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Анна Валерьевна Анисимова. – Х., 1996. – 168 с.

<sup>25</sup> Грицкевич С. Г. Конституційні екологічні права людини й громадянина та їх забезпечення органами внутрішніх справ: дис. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.02 / Сергій Григорович Грицкевич. – К., 2002. – 210 с.

<sup>26</sup> Решетник Л. П. Відшкодування шкоди, заподіяної порушенням екологічних прав громадян: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.06. «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Л. П. Решетник. – Луцьк, 2005. – 20 с.

- <sup>27</sup> Позняк Е. В. Правові аспекти здійснення громадської екологічної експертизи в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Е. В. Позняк. – К., 2005. – 179 с.
- <sup>28</sup> Краснова М. В. Гарантії реалізації права громадян на екологічну інформацію. автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.06. – «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природноресурсне право» / М. В. Краснова. – К., 1997. – 16 с.
- <sup>29</sup> Краснова М. В. Теоретико-правові аспекти компенсації у межах регулятивних еколого-правових відносин / М. В. Краснова // Актуальні питання реформування правової системи України. Збірник наукових статей за матеріалами III Міжнародної науково-практичної конференції м. Луцьк, 2–3 червня 2006 р. Том II. – Луцьк, 2006. – С. 31–34.
- <sup>30</sup> Анисимова А. В. Осуществление гражданами экологических прав: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.06. – «Земельное право; природноресурсное право; аграрное право; экологическое право» / А. В. Анисимова. – Х., 1996. – 20 с.
- <sup>31</sup> Решетник Л. П. Гарантії забезпечення права громадян на відшкодування шкоди, заподіяної порушенням права на екологічну безпеку / Л. П. Решетник // Актуальні питання реформування правової системи України. Збірник наукових статей за матеріалами III Міжнародної науково-практичної конференції м. Луцьк, 2–3 червня 2006 р. Том II. – Луцьк, 2006. – С. 38.
- <sup>32</sup> Сурілова О. О. Порівняльне екологічне право: навч. посібник / О. О. Сурілова. – Одеса: ФЕНІКС, 2010. – 219 с.
- <sup>33</sup> Грицкевич С. Г. Конституційні екологічні права людини й громадянина та їх забезпечення органами внутрішніх справ: дис. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.02 / Сергій Григорович Грицкевич. – К., 2002. – 210 с.
- <sup>34</sup> Борко Ю. А. Экономическая интеграция и социальное развитие в условиях капитализма: буржуазные теории и опыт Европейского сообщества. Монография / Ю. А. Борко. – М.: Наука, 1984. – 256 с.
- <sup>35</sup> Васильева М. И. Право граждан СССР на здоровую окружающую среду: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.02 / М. И. Васильева. – М., 1990. – 26 с.
- <sup>36</sup> Бринчук М. М. Правовая охрана окружающей среды от загрязнения токсичными веществами: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец.: 12.00.06 «Земельное право; природноресурсное право; аграрное право; экологическое право» / М. М. Бринчук. – М., 1991. – 20 с.
- <sup>37</sup> Игнатъева И. А. Экологическое законодательство России: теория и практика систематизации: автореф. дисс. ... докт. юрид. наук: спец.: 12.00.06. – «Природноресурсное право; аграрное право; экологическое право» / И. А. Игнатъева. – М., 2007. – 46 с.
- <sup>38</sup> Искандарова М. Р. Правовые проблемы экологического образования в контексте концепции устойчивого развития: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / М. Р. Искандарова. – Уфа, 2004. – 168 с.
- <sup>39</sup> Мост Е. С. Экологический фактор устойчивого развития социально-экономических систем: автореф. дисс. ... канд. экон. наук: спец.: 08.00.05. – «Экономика и управление народным хозяйством (логистика)» / Е. С. Мост. – Самара, 2006. – 19 с.
- <sup>40</sup> Пушкарева Э. Ф. Международный экологический порядок и экологические права человека: автореф. дисс. ... докт. юрид. наук: спец.: 12.00.06. – «Природноресурсное право; аграрное право; экологическое право» / Э. Ф. Пушкарева. – М., 2008. – 58 с.
- <sup>41</sup> Там само.
- <sup>42</sup> Васильева М. И. Вказана праця. – 26 с.
- <sup>43</sup> Карташкин В. А. Права человека в международном и внутригосударственном праве / В. А. Карташкин. – М.: Институт государства и права РАН, 1995. – 135 с.
- <sup>44</sup> Міжнародний пакт ООН про економічні, соціальні та культурні права від 16 грудня 1966 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>
- <sup>45</sup> Johnson S. P., Corcelle G. The Environmental Policy of the European Communities / S. P. Johnson, G. Corcelle. – L.: Kluwer Law International, 1997. – 366 p.
- <sup>46</sup> Винтер Г. Экологическое право Европейского Союза / Г. Винтер, Л. Кремер. – М.: Городец, 2007. – 144 с.
- <sup>47</sup> Important cases in which this was decided by the Federal Court are BVerfGE 49, 89 (Kalkar case) and BVerfGE 53, 30 (Mülheim-Kärlich case).
- <sup>48</sup> Тускоз Ж. Міжнародне право: Підручник / Жан Тускоз. – К.: Артк, 1998. – 416 с.
- <sup>49</sup> Boyle A. Relationship between International Environmental Law and other Branches of International Law. The Oxford Handbook of International Environmental Law, 2007. Pp. 125–146. – Режим доступу до документа: [www.law.ed.ac.uk/file-download](http://www.law.ed.ac.uk/file-download)
- <sup>50</sup> Там само.
- <sup>51</sup> Міжнародний пакт ООН про економічні, соціальні та культурні права від 16 грудня 1966 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>
- <sup>52</sup> Jans Jan H. European Environmental Law / Jan H. Jans. – L.: Wolters Kluwer, 2002. – 98 p.
- <sup>53</sup> Johnson S. P., Corcelle G. Вказана праця. – 366 p.
- <sup>54</sup> Weale A. Environmental Rules and Rule-making in the European Union. Institutions and Processes. Ed. by Andrew Jordan. Earthscan Pub. Ltd, London, Sterling, VA, 2002. P. 198–217.
- <sup>55</sup> Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 41/128 (1986) Декларация «О праве на развитие». – Режим доступу до документа: <http://www.harwardfxbcenter.org>

### Резюме

**Морозовська Т. В.** Становлення і розвиток науково-концептуальних підходів до визначення сутності екологічних прав особи.

Стаття присвячена дослідженню становлення та розвитку науково-концептуальних підходів до визначення сутності екологічних прав осіб у правових доктринах України, колишнього СРСР та Європейського Союзу.

**Ключові слова:** екологічні права, біоцентричний підхід, сталий розвиток.

### Резюме

**Морозовская Т. В.** Становление и развитие научно-концептуальных подходов к определению сущности экологических прав человека.

В статье исследуются вопросы становления и развития научно-концептуальных подходов к определению сущности экологических прав человека в правовых доктринах Украины, бывшего СССР и ЕС.

**Ключевые слова:** экологические права, биоцентрический подход, устойчивое развитие.

### Summary

**Morozovska T. Formation and development of scientific and conceptual approaches to determining essence of environmental rights of persons.**

The article is concerned with the research of formation and development of scientific and conceptual approaches to determining essence of the environmental rights of persons in the legal doctrines of Ukraine, the former Soviet Union, the contemporary Russian Federation and European Union.

**Key words:** environmental rights, the biocentric position, sustainable development.

УДК 349.6; 368.55

### Е. В. ПОЗНЯК

*Еліна Владиславівна Позняк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МОНІТОРИНГУ ЛІСІВ В УКРАЇНІ З УРАХУВАННЯМ МІЖНАРОДНИХ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИХ ТЕНДЕНЦІЙ

Конституцією України<sup>1</sup> задекларовано відповідальність нашої держави та громадян перед Богом, власною совістю, попередніми, нинішнім та прийдешніми поколіннями, що значною мірою спрямовано на гарантування екологічних прав громадян, збереження довкілля, життєво важливим компонентом якого є ліси. З огляду на визнану науковцями та законодавцем необхідність підвищення рівня лісистості на території України, посилення процесу заповідання на лісових ділянках, оптимізацію лісокористування та ведення лісового господарства, важливого значення наразі набуває еколого-інформаційне забезпечення усієї діяльності з використання, охорони, відтворення та захисту лісів. Одним із джерел інформації про ліс продовжують залишатись дані екологічного моніторингу і в їх складі – дані моніторингу лісів.

Лісівничо-правова проблематика тривалий час була об'єктом науково-правових досліджень таких учених радянського періоду та сьогодення, як В. Ф. Горбовой, Р. К. Гусев, Л. І. Дембо, О. І. Крассов, В. Л. Мунтян, Г. Ю. Бистров, С. О. Боголюбов, О. Д. Гордієнков, Л. О. Заславська, А. Б. Іскоян, Н. В. Колодіна, С. С. Константи́ніді, В. В. Костицький, П. Ф. Кулинич, П. В. Мельник, В. П. Непийвода, Г. М. Полянська, О. В. Сасов, М. С. Сахіпов, О. А. Сєдов, А. К. Соколова, С. М. Шершун, Н. Г. Юрчишин та ін. Дослідження правових засад моніторингу лісів проводиться у рамках досліджень правових питань екологічного моніторингу (моніторингу довкілля або моніторингу навколишнього природного середовища) такими вченими, як В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, М. М. Бринчук, Д. В. Бусуйок, О. К. Голіченков, М. І. Єрофєєв, М. В. Краснова, Н. Р. Малишева, М. І. Малишко, М. В. Мозальова, М. В. Хотулева, С. В. Шарапова, Ю. С. Шемшученко та ін. Окремих аспектів здійснення екологічного моніторингу торкалась і автор цієї статті. Однак питання правового забезпечення моніторингу лісів, на наш погляд, все ще потребують належної уваги з боку дослідників еколого-правової проблематики.

Метою даної статті є дослідження сучасного стану правового регулювання відносин із здійснення моніторингу лісів як важливого напрямку державної екологічної та в її складі – лісової політики, розвитку правової практики, виявлення недоліків та прогалин у чинному законодавстві, а також внесення пропозицій щодо його вдосконалення з огляду на міжнародно-правові та європейські підходи до регулювання зазначених відносин. Отримання екологічно значимої інформації про стан лісів у результаті організації та проведення спостережень, здійснення інших досліджень у рамках моніторингу лісів сприятиме раціональному використанню, охороні, відтворенню, захисту лісів України, збільшенню лісистості України.

Основними засадами (стратегією) державної екологічної політики України на період до 2020 року, затвердженими Законом України від 21 грудня 2010 р., у рамках охорони лісів визнано, що за площею лісів та запасами деревини Україна є державою з дефіцитом лісових ресурсів. Ліси займають більш як 15,7 відсотка території України (9,58 мільйона гектарів) і розташовані в основному на півночі (Полісся) та заході (Карпати). Оптимальним, за європейськими рекомендаціями, є показник лісистості 20 відсотків, для досягнення якого необхідно створити більше 2 мільйонів гектарів нових лісів. Загальна площа вкритих лісовою рослинністю земель збільшилася з 1961 року із 7,1 до 9,5 мільйона гектарів (на 33,8 відсотка). Якщо б зазначені темпи заліснення були збережені, то лише через 20 років в Україні міг би бути досягнутий оптимальний рівень лісистості.

Звісно ж, за останні 5 років зазначені оптимістичні наміри законодавця були скориговані фактичною військовою ситуацією в державі, воєнними діями на Сході нашої країни (з триваючим екоцидом, у тому числі й у відношенні лісів та лісових ресурсів) та системною кризою, що має тенденції до загострення. Наразі, на наш погляд, моніторинг лісів у складі екологічного моніторингу можна розглядати в якості ефективного інструмента досягнення цілей Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020», схваленої Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015, який має віднайти своє концептуальне, а в подальшому –

нормативно-правове – забезпечення у Програмі збереження навколишнього природного середовища (за вектором безпеки розвитку держави).

Майже десятиліття тому проблеми ефективності правового регулювання лісових відносин, підвищення рівня лісистості, посилення матеріальної бази лісової науки й освіти на державному рівні було передбачено в Концепції реформування та розвитку лісового господарства, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України (далі – КМ України) від 18 квітня 2006 р. № 208-р. Проведення ефективного моніторингу стану лісів розглядалось Концепцією у якості засобу підвищення ефективності управління лісовим господарством. Удосконалення системи ведення лісового господарства передбачало, зокрема постійний радіологічний моніторинг, удосконалення системи лісовпорядкування, інвентаризації і моніторингу стану лісів на основі геоінформаційних технологій (пункти 1 і 3 розділу IV).

Державною цільовою програмою «Ліси України» на 2010 – 2015 роки, затвердженою постановою КМ України від 16 вересня 2009 р. № 977, ставилось за мету визначення основних напрямів збалансованого розвитку лісового господарства, спрямованих на посилення екологічних, соціальних та економічних функцій лісів, зокрема за допомогою проведення моніторингу стану та інвентаризації лісів, проведення постійного радіологічного моніторингу. Виконання даної Програми, зокрема дало б змогу: поліпшити стан та якісний склад лісів, посилити їх екологічні функції та підвищити продуктивність; створити умови для досягнення оптимальних показників рівня лісистості; удосконалити законодавство з питань лісового господарства з урахуванням екологічних, соціальних та економічних функцій лісів; запровадити нові природозберігаючі технології проведення лісозаготівель; удосконалити та оптимізувати систему управління лісовим господарством, лісовпорядкування, інвентаризації та моніторингу стану лісів.

Моніторинг лісів є системою регулярного спостереження, оцінки і прогнозу динаміки кількісного і якісного стану лісів. Моніторинг лісів проводиться шляхом збирання, передавання, збереження та аналізу інформації про стан лісів, прогнозування змін у лісах і розроблення науково обґрунтованих рекомендацій для інформаційно-аналітичного забезпечення управління лісами, прийняття рішень щодо запобігання негативним змінам стану лісів, дотримання вимог екологічної безпеки та принципів ведення лісового господарства на засадах сталого розвитку. Моніторинг лісів є складовою частиною державної системи моніторингу навколишнього природного середовища згідно зі ст. 55 Лісового кодексу України (у редакції Закону України від 8 лютого 2006 р.) та ст. 22 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р.

Ведення моніторингу лісів передбачається даним кодексом у процесі організації лісового господарства та лісовпорядкування (п. 6 ст. 35, п. 15 ст. 46). Шляхом систематичного спостереження за станом лісів забезпечується захист лісів від шкідників і хвороб як один із засобів організації охорони і захисту лісів (ч. 3 ст. 86). Ведення моніторингу лісів регулюється нормативно-правовими актами з ведення лісового господарства (п. 4 ч. 1 ст. 37).

Моніторинг лісів є елементом системи природоресурсного управління<sup>2</sup>, а саме – функцією управління комплексного характеру в сфері використання, відтворення, охорони й захисту лісів, реалізується в еколого-управлінських відносинах<sup>3</sup>. Повноваження з організації даного виду моніторингу Лісовим кодексом України віднесено до компетенції центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері лісового господарства (п. 3 ч. 1 ст. 28-1), – Держлісагентства України, яке відповідно до своїх завдань здійснює моніторинг лісів (п.п. 8 п. 4 Положення про Державне агентство лісових ресурсів України, затверджене постановою КМ України від 8 жовтня 2014 р. № 421).

Елементами моніторингу лісів, який здійснює Держлісагентство України відповідно до п. 8 Положення про державну систему моніторингу довкілля, затверджене постановою КМ України від 30 березня 1998 р. № 391, є моніторинг: ґрунтів земель лісового фонду (радіологічні визначення, залишкова кількість пестицидів, агрохімікатів і важких металів); лісової рослинності (стан, продуктивність, пошкодження біотичними та абіотичними чинниками, біорізноманіття, радіологічні визначення); мисливської фауни (видові, кількісні та просторові характеристики).

Спеціальне надвідомче управління у сфері моніторингу лісів здійснює Мінприроди України шляхом організації моніторингу навколишнього природного середовища, розробки методики його проведення у відповідності до підпунктів 67–70 Положення про Міністерство екології та природних ресурсів України, затверджене постановою КМ України від 21 січня 2015 р. № 32; організаційної інтеграції (спільно з обласними та Київською державними адміністраціями) суб'єктів системи моніторингу довкілля згідно з п. 12 Положення про державну систему моніторингу довкілля.

Так як ліс є природним комплексом, виходячи з ч. 1 ст. 1 ЛК України, який становить основу для природних ландшафтів, правові засади використання, охорони та відтворення лісів містяться й у ряді інших джерел екологічного права, що свідчить про екосистемний підхід законодавця до регулювання лісових відносин. Це Закони України «Про природно-заповідний фонд України» від 16 червня 1992 р., «Про рослинний світ» від 9 квітня 1999 р., «Про меліорацію земель» від 14 січня 2000 р., «Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону» від 10 лютого 2000 р., «Про мисливське господарство та полювання» від 22 лютого 2000 р., «Про Червону книгу» від 7 лютого 2002 р., «Про охорону земель» від 19 червня 2003 р., «Про екологічну мережу України» від 24 червня 2004 р., а також Водний кодекс України від 6 червня 1995 р., Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р.<sup>4</sup>, Кодекс цивільного захисту України від 2 жовтня 2012 р. та ін. Моніторингові дослідження стану лісових об'єктів,



оцінки впливів на них, прогнозування можливих негативних змін у лісах охоплюються нормами зазначених нормативно-правових актів.

Останнім часом гостро постає проблема охорони й захисту лісів від пожеж, шкідників, забруднень відходами тощо, зрештою – від надзвичайних екологічних ситуацій техногенного та природного характеру. Дані моніторингу лісів слід розглядати в якості елемента системи запобігання виникненню надзвичайних ситуацій з метою завчасного реагування на них, як слідує з п. 11 ч. 1 ст. 2 та ст. 43 Кодексу цивільного захисту України.

Міжнародно-правове регулювання лісових відносин, у тому числі лісових моніторингових відносин, здійснюється шляхом укладання договорів, здійснення природничих наукових досліджень біологічного різноманіття, середовищ існування його видів тощо<sup>5</sup>. Понад 20 років міжнародно-правова взаємодія країн світу будується на Принципах лісівництва, прийнятих Конференцією ООН з навколишнього середовища і розвитку 14 червня 1992 р. (м. Ріо-де-Жанейро, Бразилія), де одним з принципів є забезпечення своєчасної, надійної та об'єктивної інформації про ліси та лісові системи, що має виключно важливе значення для підвищення поінформованості громадськості та прийняття обґрунтованих рішень, що має заохочуватися (п/п «с» п. 1).

Ліси входять до складу біологічного різноманіття та належать до екосистем, виходячи зі ст. 2 Конвенції ООН про охорону біологічного різноманіття від 5 червня 1992 р. (м. Ріо-де-Жанейро, Бразилія; ратифікована Законом України від 29 листопада 1994 р.). Моніторинг компонентів біологічного різноманіття здійснюється сторонами, виходячи з необхідності прийняття заходів щодо їх збереження, відкриття найбільших можливостей для сталого їх використання. Сторони здійснюють моніторинг наслідків процесів та категорій діяльності, які здатні справляти або справляють значний несприятливий вплив на біологічне різноманіття, збирають та систематизують дані моніторингу, проводять інші дослідження (ст. 7).

Правова охорона лісів як елементів біологічного різноманіття забезпечується Рамковою конвенцією про охорону та сталий розвиток Карпат від 22 травня 2003 р. (м. Київ, Україна; ратифікована Законом України від 7 квітня 2004 р.). Сторони цієї Конвенції проводять політику, спрямовану на сприяння, серед іншого: спільним або взаємодоповнюючим моніторинговим програмам, включаючи систематичний моніторинг стану довкілля; порівнянності, взаємодоповненню та стандартизації методів дослідження і відповідних заходів щодо збору даних; системі раннього попередження, моніторингу та оцінки природних та техногенних ризиків і загроз; інформаційній системі, доступній усім сторонам (ст. 12). Протоколом про стале управління лісами до Рамкової конвенції про охорону та сталий розвиток Карпат від 27 травня 2011 р. (м. Братислава, Словаччина; ратифікована Законом України від 16 жовтня 2012 р.) запроваджено співробітництво сторін у рамках існуючих міжнародних ініціатив у сфері гармонізації моніторингу лісів у Карпатах, що сприяє досягненню цілей цього Протоколу. При цьому зазначається, що сторони співпрацюють з гармонізації баз даних і забезпечення того, що національні результати лісового моніторингу інтегруються у спільну інформаційну систему (ст. 17).

Україна приєдналася до Загальноєвропейського процесу захисту лісів на рівні міністрів (MCPFE) і підписала, поряд з іншими країнами, Страсбурзьку резолюцію S1 щодо обов'язкового проведення моніторингу лісових екосистем згідно з вимогами Міжнародної Спільної Програми оцінки та моніторингу впливу забруднення повітря на ліси в регіоні Європейської Економічної Комісії ООН (ICP-Forests). Закладання мережі постійних ділянок моніторингу лісів розпочато в 1989 р., з того часу лісовий моніторинг розвивається як багаторівнева система. Багаторівневність дає можливість збалансувати витрати на моніторинг і рівень його інформативності<sup>6</sup>.

Лісовий моніторинг практично у всіх країнах світу розвивається як багаторівнева система. Перший рівень моніторингу (екстенсивний) – гармонізований з Міжнародною Спільною Програмою оцінки та моніторингу впливу забруднення повітря на ліси є регіон Європейської Економічної Комісії ООН (ICP-Forests). Інформація, отримана на першому рівні моніторингу, дає можливість оцінювати часову та просторову динаміку стану лісів, проте її недостатньо для з'ясування причинно-наслідкових закономірностей таких змін. Ці завдання виконуються на другому рівні моніторингу (інтенсивному), що проводиться як за методикою моніторингу лісів ICP-Forests, так і за американською технологією моніторингу стану лісу – Forest Health Monitoring (FHM). Крім індикаторів впливу на ліси стрес-факторів, на другому рівні визначаються головні параметри лісових екосистем, необхідні для оцінки видового біорізноманіття рослин, визначення балансу вуглецю в лісах, впровадження технологій їх дистанційного зондування<sup>7</sup>.

Регламентом Європейського Парламенту та Ради (ЄС) № 2152/2003 від 17 листопада 2003 р. про моніторинг лісів та екологічну взаємодію у Співтоваристві (Forest Focus) засновується Схема Співтовариства для широко призначеного, гармонізованого та усебічного моніторингу стану лісів (надалі – схема) для того, щоб: продовжувати та далі розвивати моніторинг забруднення повітря і впливу забруднення повітря або інших речовин та факторів, які впливають на ліси, такі як біотичні й абіотичні фактори, фактори антропогенного походження; моніторинг лісових пожеж та їх причин і наслідків; попередження лісових пожеж; оцінити вимоги щодо розвитку моніторингу ґрунтів, зв'язування вуглецю, впливи зміни клімату та біологічне різноманіття, а також захисні функції лісів; постійно оцінювати ефективність діяльності з моніторингу в оцінюванні стану лісів та подальший розвиток моніторингової діяльності (ст. 1).

Схема надає достовірні й порівнювані дані та інформацію про стан і шкідливі впливи на ліси на рівні Співтовариства, допомагає оцінити заходи, які виконуються, щоб сприяти охороні та захисту лісів заради постійного розвитку, з особливим наголосом на діях, що вживаються для зменшення негативних впливів на ліси. Схема спрямована на врахування й поєднання, де це доцільно, чинних та запланованих національних, Європейських і світових механізмів моніторингу, а також на узгодження з відповідними міжнародними угодами.

Отже, проведений аналіз зазначених джерел правового регулювання еколого-моніторингових відносин у сфері здійснення моніторингу лісів в Україні в сучасних умовах дозволяє зробити висновки та висловити пропозиції щодо подальшого вдосконалення правового регулювання у цій сфері.

По-перше, стан розвитку правового регулювання відносин у сфері здійснення моніторингу лісів характеризується «розпорошеністю» правових норм значної кількості законодавчих, підзаконних та міжнародно-правових актів по правових актах різної юридичної сили і природи, що зумовлює необхідність їх систематизації. По-друге, напрями вдосконалення законодавства в цій сфері зумовлені не тільки об'єктивними чинниками розвитку лісового господарства й лісництва як окремого виду діяльності, а й інтеграційними процесами, в яких на сьогоднішній день перебуває Україна, а саме – в міжнародному та європейському співробітництві.

У рамках інтеграції українського законодавства із законодавством Європейського Союзу згідно з Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами з іншої сторони (ратифікована Законом України від 16 вересня 2014 р.), вбачаємо подальший розвиток лісового законодавства з урахуванням європейських підходів та міжнародної співпраці. Слід більш активно здійснювати імплементацію міжнародно-правових норм та гармонізацію національного законодавства із законодавством Європейського Союзу в сфері здійснення екологічного моніторингу в цілому та окремих його видів<sup>8</sup>. Не втрачає своєї актуальності ідея про прийняття окремого Закону України про екологічний моніторинг<sup>9</sup>, який був би спрямованим і на регулювання відносин із здійснення моніторингу лісів та інших природних ресурсів.

Пропонуємо розробити Положення про здійснення державного моніторингу лісів та затвердити його на рівні КМ України, як це зроблено у сфері правового забезпечення моніторингу земель, вод, інших природних ресурсів, явищ та процесів. Крім звичних підходів, наприклад, до термінології, суб'єктного та об'єктного складу правовідносин, принципів взаємодії суб'єктів моніторингу лісів між собою, пропонуємо запровадити правові форми такої взаємодії, встановити періодичність проведення спостережень за станом лісів у межах усієї України, а також за регіональним принципом, запровадити вивчення стану лісів з урахуванням динаміки природних та техногенних впливів на стан лісів, кліматичних змін на території України.

Доцільно було б оцінити ефективність виконання положень Концепції реформування та розвитку лісового господарства та Державної цільової програми «Ліси України» на 2002–2015 роки у сфері організаційно-правового, економічного, наукового, інформаційного, кадрового та іншого забезпечення моніторингу лісів на сьогоднішній день.

Зазначене сприятиме подоланню фрагментарності правового регулювання відносин із здійснення моніторингу лісів, гарантуванню сталого лісокористування, охороні та відтворенню лісових екосистем, отриманню об'єктивної інформації про зміни в лісах, запобігатиме надзвичайним екологічним ситуаціям у лісах, сприятиме підвищенню ефективності екологічного нагляду (контролю) в лісах, проведенню лісової інвентаризації та сертифікації, веденню державного лісового кадастру.

<sup>1</sup> Нормативно-правові акти див. згідно з Офіційним сайтом Верховної Ради України // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.rada.gov.ua>

<sup>2</sup> Правові форми екологічного контролю: Навчальний посібник / М. В. Краснова, Е. В. Позняк, Т. О. Коваленко [та ін.] / За ред. М. В. Красної. – К.: Алерта, 2012. – 760 с. – С. 208.

<sup>3</sup> Позняк Е. В. Правові проблеми розвитку інституту екологічного моніторингу в Україні / Е. В. Позняк // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. Науковий збірник. – 2013. – № 6-2, т. 2. – С. 62–66. – С. 64.

<sup>4</sup> Позняк Е. В. Правові засади та перспективи відтворення лісів в Україні / Е. В. Позняк // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України. Серія «Право» / Ред. кол.: Д. О. Мельничук (голова) та ін. – 2010. – Вип. 156. – С. 204–213. – С. 207.

<sup>5</sup> Позняк Е. В., Шараєвська Т. А. Міжнародно-правові підходи до здійснення екологічного моніторингу в Україні / Е. В. Позняк, Т. А. Шараєвська // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. Науковий збірник. – 2014. – № 10-1, т. 2. – С. 45–52. – С. 50.

<sup>6</sup> Науково-практичний коментар Лісового кодексу України / Г. І. Балюк, А. П. Гетьман, Т. Г. Ковальчук [та ін.]; за ред. Г. І. Балюк. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – С. 152–154. – С. 154.

<sup>7</sup> Матусяк М. В., Гуляр М. В., Бондарчук О. В. Особливості впровадження моніторингу лісів ICP-FORESTS в Україні / М. В. Матусяк, М. В. Гуляр, О. В. Бондарчук // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://huluar.mv.vk.vntu.edu.ua/file/77ce25a304dc1989d4b17f2bddceff08f.pdf>

<sup>8</sup> Позняк Е. В., Шараєвська Т. А. Вказана праця. – С. 50.

<sup>9</sup> Див.: Позняк Е. В. Правові проблеми розвитку інституту екологічного моніторингу в Україні / Е. В. Позняк // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. Науковий збірник. – 2013. – № 6-2, т. 2. – С. 62–66. – С. 64–65; Позняк Е. В., Шараєвська Т. А. Вказана праця. – С. 50; Шарапова С. В. Правове забезпечення екологічного моніторингу в Україні / С. В. Шарапова: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2002. – 19 с. – С. 16.

## Резюме

**Позняк Е. В. Правове регулювання моніторингу лісів в Україні з урахуванням міжнародних та європейських тенденцій.**

У статті досліджено стан правового регулювання відносин із здійснення моніторингу лісів у нашій державі, виявлено недоліки та прогалини в законодавстві, яке регулює відносини в даній сфері. Внесено пропозиції стосовно врахування міжна-

родно-правових та європейських підходів до регулювання відносин із здійснення моніторингу лісів у чинному законодавстві України.

**Ключові слова:** екологічний моніторинг, законодавство Європейського Союзу, лісистість України, міжнародно-правові норми, моніторинг довкілля, моніторинг лісів, моніторингові дослідження, спостереження за станом лісів.

#### Резюме

**Позняк Э. В. Правовое регулирование мониторинга лесов в Украине с учетом международных и европейских тенденций.**

В статье исследовано состояние правового регулирования отношений по осуществлению мониторинга лесов в нашей стране, выявлены недостатки и пробелы в законодательстве, регулирующие отношения в этой сфере. Внесены предложения по учету международно-правовых и европейских подходов к регулированию отношений по осуществлению мониторинга лесов в действующем законодательстве Украины.

**Ключевые слова:** законодательство Европейского Союза, лесистость Украины, международно-правовые нормы, мониторинговые исследования, мониторинг лесов, мониторинг окружающей среды, наблюдение за состоянием лесов, экологический мониторинг.

#### Summary

**Pozniak E. The legal regulation of forest monitoring in Ukraine considering international and European trends.**

In the article the author studies the state regulation of the forests monitoring relations in our country, reveals weaknesses and gaps in the legislation regulating relations in this field. The author suggests amendments the current legislation of Ukraine based on international law and European approaches to the regulation of forests monitoring relations.

**Key words:** environmental monitoring, EU legislation, international law, environmental monitoring, forest monitoring, monitoring studies, monitoring of forests, woodiness of Ukraine.

УДК:349.6:504.3(477)

#### В. О. ЮРЕСКУЛ

*Вікторія Олександрівна Юрескул, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»*

### ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ ПОВІТРЯ ЯК ОБ'ЄКТ ЕКОЛОГО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Закон України «Про охорону атмосферного повітря» у редакції від 21 червня 2001 р. у ст. 1 визначає атмосферне повітря як життєво важливий компонент навколишнього природного середовища, який являє собою природну суміш газів, що знаходиться за межами жилих, виробничих та інших приміщень<sup>1</sup>. У Законі України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» від 24 лютого 1994 р.<sup>2</sup> йдеться про гігієнічні вимоги до атмосферного повітря в населених пунктах та повітря у виробничих та інших приміщеннях (ст. 19). Отже, у чинному законодавстві України розрізняються атмосферне повітря за межами приміщень та повітря у приміщеннях. При цьому, до об'єктів екологічного права відносять лише атмосферне повітря. Повітря у приміщеннях не відносять до об'єктів екологічного права через те, що воно хоча і має природне походження, проте втратило взаємозв'язок з природним середовищем. Воно за волею людини перейшло зі світу природного у світ соціальний, у якому діють інші закономірності функціонування та розвитку природної матерії<sup>3</sup>.

Однак, щодо переходу атмосферного повітря в повітря і навпаки виникають певні складнощі. Як і коли саме це відбувається законодавством чітко не врегульовано. Можливо провести умовну лінію вздовж, наприклад, вікон і дверей, що буде відмежовувати атмосферне повітря від повітря. А що відбувається, коли у приміщенні відкриті вікна і двері, сильний протяг? Чи достатньо для перетворення атмосферного повітря на повітря перетнути таку умовну лінію, чи воно має переміститися на якусь визначену відстань, чи знаходитися певний визначений проміжок часу у приміщенні? Отже, коли і як саме атмосферне повітря стає повітрям, їх взаємозв'язок чітко не визначається чинним законодавством. Зв'язок атмосферного повітря з повітрям дуже тісний і питання щодо доцільності їх відмежування, віднесення і невіднесення до об'єктів екологічного права є дискусійним.

Ми маємо справу з єдиним у своєму роді життєво важливим компонентом довкілля, який має властивість рухатися у просторі, є нематеріалізованим природним ресурсом<sup>4</sup>. До специфічних ознак атмосферного повітря відносять і таку ознаку як неможливість встановлення меж<sup>5</sup>.

У деяких країнах у визначенні поняття атмосферного повітря не йдеться про місце його перебування. Відповідно до ст. 3 Закону Республіки Молдова «Про охорону атмосферного повітря» від 17 грудня

1997 р.<sup>6</sup>, повітря – унікальна суміш газів (азоту і кисню, невеликих кількостей аргону, неону, гелію, криптону, ксенону, радону, двоокису вуглецю, водню, водяної пари і різних частинок) найвищої життєвої значущості, в якій можуть жити живі організми, найбільш мінливий компонент навколишнього середовища, що не знає кордонів, внаслідок чого здатний у процесі масованого переміщення поширити сліди людської діяльності на непередбачувані відстані. Згідно ст. 3 Закону Киргизької Республіки «Про охорону атмосферного повітря» від 12 червня 1999 р.<sup>7</sup>, атмосферне повітря (атмосфера) – газоподібна оболонка Землі, що складається із суміші різних газів, водяної пари і пилу. Більше того, можна зустріти приклади, де закон чітко прописує, що повітря всередині приміщень є атмосферним повітрям. Закон Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії «Про охорону довкілля» від 1 листопада 1990 р.<sup>8</sup>, визначає, що «довкілля» складається з усіх або будь-якого з нижчеперелічених середовищ, а саме, повітря, води і землі; середовище повітря включає в себе повітря всередині будівель і повітря всередині інших природних або штучних споруд над або під землею.

Людину слід розглядати складовою частиною природи, зважаючи на її біологічне походження та неможливість існування без природи<sup>9</sup>. Вона є об'єктом еколого-правової охорони<sup>10</sup>, об'єктом екологічної безпеки<sup>11</sup>. Дихання є необхідним для забезпечення життя людини як біологічного організму. Світовий рекорд людини, яка протрималася без повітря, складає двадцять дві хвилини. Чи змінюються фізіологічні потреби людини щодо дихання, коли вона потрапляє у приміщення? Потрапивши у приміщення, чи перестася людина бути біологічним організмом, припиняє здійснювати біологічну форму взаємодії з навколишнім природним середовищем, втрачає з ним зв'язок, перестася бути об'єктом еколого-правової охорони? На наш погляд, відповідь на ці питання має бути негативною.

Середньостатистичний мешканець сучасних міст розвинених країн практично весь час свого життя (близько 93 % часу) проводить у різних приміщеннях – житлових, громадських, виробничих. Ще 5 % часу він проводить у транспорті, тобто у специфічному закритому приміщенні, що переміщається. І лише 2 % часу він знаходиться на атмосферному повітрі<sup>12</sup>. При цьому, за даними Всесвітньої організації охорони здоров'я, повітря в приміщеннях у 4–6 разів брудніше атмосферного повітря міських вулиць і в 8–10 разів більш токсичне за нього; існують дані, згідно яких 50 % хвороб людини або викликані, або посилені забрудненням повітря у квартирах, офісах, інших приміщеннях<sup>13</sup>. А за даними досліджень, проведених у США, повітря у квартирах і будинках може бути до 30 разів більш забрудненим, ніж атмосферне повітря<sup>14</sup>. Отже, людина як об'єкт екологічної безпеки не захищається екологічним правом усередині приміщень, середовищі, де вона практично постійно перебуває.

Людина створює своє житло за допомогою специфічних матеріалів та способів, ми надзвичайно сильно змінюємо природу, перетворюємо її, створюємо нові матеріали і об'єкти, проте людина не перестася бути частиною цієї природи. Крім того, забруднюючі речовини з атмосферного повітря переміщуються і трансформуються у забруднюючі речовини повітря. Із залишенням поза еколого-правовим регулюванням якості повітря всередині приміщень, можливість забезпечення екологічної безпеки людини, конституційного права людини на безпечне для життя і здоров'я довкілля, опиняється під загрозою.

Досить визнаним у спеціальних дослідженнях є той факт, що предметний зміст екологічної безпеки є більш широким, ніж охорона навколишнього середовища, оскільки включає в себе не тільки забезпечення сприятливого стану навколишнього природного середовища, а й забезпечення екологічних інтересів і потреб людини, суспільства і держави. Таке узагальнююче сприйняття екологічної безпеки, безумовно, передбачає великий комплекс різноспрямованих механізмів її забезпечення: санітарно-епідеміологічних, гігієнічних, технологічних тощо<sup>15</sup>.

За відсутності відповідного еколого-правового регулювання відсутнє належне визначення кола відповідальних суб'єктів, їх прав та обов'язків, механізму забезпечення прав, виявлення правопорушень та відповідальності за них тощо. Дійсно, є певні складнощі щодо створення відповідного нормативно-правового регулювання у сфері, що досліджується, забезпечення дотримання визначених законодавством вимог. Відомо, що в перші роки Радянської влади було створено житлово-санітарну інспекцію Народного комісаріату охорони здоров'я РРФСР і Всеросійську комісію з поліпшення санітарного стану республіки. Згідно з Декретом РНК «Про санітарну охорону жител» від 18 червня 1919 р.<sup>16</sup>, у цілях поліпшення житлових умов населення і нагляду за санітарним станом житлових приміщень у населених пунктах до задач діяльності житлово-санітарної інспекції входило, зокрема, обстеження житлово-санітарних умов життя населення і розробка заходів щодо їх поліпшення; введення житлово-санітарної статистики тощо. Для здійснення своїх обов'язків інспекція користувалася особливими правами: правом вільного входу в усі житлові приміщення від 8 години ранку до 8 години вечора, а у нічліжні будинки, в'язниці, казарми тощо – у будь-який час. Інспектори мали право пред'являти вимоги вжити заходів з усунення знайдених порушень; притягати до відповідальності перед народним судом осіб та установи, винних у порушенні житлово-санітарного нагляду тощо. Для прискорення роботи щодо належного санітарного стану вводилися оригінальні методи: тематичні суботники, місячники чистоти, до яких широко залучалася громадськість, спектаклі театрів санітарної освіти, якими керували лікарі профілактичної медицини на громадських засадах. У реаліях сьогодення запровадження деяких з перелічених повноважень не є можливим через їх невідповідність вимогам Конституції України, наприклад, статті 30, якою гарантується недоторканність житла, чи статті 32, згідно якої заборонено втручання в особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України. Проте деякі з перелічених методів можливо було б запозичити.

У сфері, що досліджується, багато чого залежить від самих громадян, однак, обов'язків органів влади щодо інформування про загрози та існуючі правила поведінки чи обов'язків мешканців приміщень щодо повітря у них належним чином не закріплено, що потребує виправлення. Правила користування приміщеннями житлових будинків і гуртожитків, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 1992 року № 572<sup>17</sup> визначають лише, що власник та наймач (орендар) квартири, житлового приміщення в гуртожитку зобов'язаний дотримуватися вимог санітарних норм і правил. Думається, що з метою охорони життя і здоров'я громадян, забезпечення їх екологічної безпеки можливим було б прийняти програму щодо вибіркового перевірок житлових приміщень на предмет безпечності за бажанням їх власників чи взагалі закріпити обов'язок громадян, наприклад, один раз на п'ять років перевіряти безпечність їх жител, зокрема, безпечність повітря в них. Механізм вжиття таких заходів слід детально опрацювати, особливо моменти, що стосуються фінансування вимірювання безпечності жител, повноважень контролюючих органів, відповідальності за порушення, приведення жител у відповідний санітарний стан тощо.

Отже, вбачається доцільним: переглянути підхід щодо доцільності розмежування атмосферного повітря та повітря у приміщеннях; з метою охорони життя і здоров'я громадян відносини щодо забезпечення безпеки повітря у приміщеннях визнати об'єктом еколого-правового регулювання; розробити та впровадити механізм забезпечення екологічної безпеки повітря у приміщеннях.

<sup>1</sup> Про охорону атмосферного повітря: Закон України у редакції від 21 червня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 48. – Ст. 252.

<sup>2</sup> Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення: Закон України від 24 лютого 1994 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 27. – Ст. 218.

<sup>3</sup> Екологічне право України: підручник для студентів вищих навчальних закладів / За ред. Каракаша І. І. – Одеса: Фенікс, 2012. – 788 с. – С. 90.

<sup>4</sup> Природноресурсове право України: навч. посібник. / За ред. Каракаша І. І. – К.: Істина, 2005. – 376 с. – С. 330.

<sup>5</sup> Кобецька Н. Р. Екологічне право України: навч. посіб. / Н. Р. Кобецька. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 352 с. – С. 262.

<sup>6</sup> Об охране атмосферного воздуха: Закон Республики Молдова от 17 декабря 1997 года // Monitorul Oficial. – 1998. – № 44–46. – Ст. 312. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=312772&lang=2> – Заголовок з екрана.

<sup>7</sup> Об охране атмосферного воздуха: Закон Кыргызской Республики от 12 июня 1999 года. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nature.gov.kg/lawbase/laws/05\\_ls\\_atmosphere\\_air.xml](http://nature.gov.kg/lawbase/laws/05_ls_atmosphere_air.xml) – Заголовок з екрана.

<sup>8</sup> Про охорону довкілля: Закон Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії від 1 листопада 1990 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/43> – Заголовок з екрана.

<sup>9</sup> Краснова М. В. Об'єкти екологічного права: науково-методологічні аспекти / М. В. Краснова // Розвиток наук земельного, аграрного, екологічного та природоресурсного права: Збірник наукових праць Круглого столу (19 жовтня 2012 р.) / за ред. Г. І. Балюк, М. В. Краснової, А. М. Мірошніченка, В. В. Носіка. – 2012. – С. 63–74. – С. 67. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.univ.kiev.ua/science.htm> – Заголовок з екрана.

<sup>10</sup> Екологічне право України: Академічний курс: Підручник. – 2-ге вид. / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К.: Видавництво «Юридична думка», 2008. – 720 с. – С. 13.

<sup>11</sup> Краснова Ю. А. Деякі аспекти розвитку науково-правових підходів до визначення екологічної безпеки / Ю. А. Краснова // Розвиток наук земельного, аграрного, екологічного та природоресурсного права: Збірник наукових праць Круглого столу (19 жовтня 2012 р.) / за ред. Г. І. Балюк, М. В. Краснової, А. М. Мірошніченка, В. В. Носіка. – 2012. – С. 74–86. – С. 83. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.univ.kiev.ua/science.html> – Заголовок з екрана.

<sup>12</sup> Воздух закрытых помещений [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.regionproekt.com/art8.html> – Заголовок з екрана.

<sup>13</sup> Ефремов О. Осторожно: дом, который нас убивает [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.e-reading.club/bookreader.php/1025516/Efremov\\_-\\_Ostorozhno\\_dom,\\_kotoryu\\_nas\\_ubivaet.html](http://www.e-reading.club/bookreader.php/1025516/Efremov_-_Ostorozhno_dom,_kotoryu_nas_ubivaet.html) – Заголовок з екрана.

<sup>14</sup> 10 фактов о воздухе [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.philips.ru/e/airtreatment/family/10facts.html> – Заголовок з екрана.

<sup>15</sup> Клюканова Л. Г. Об экологической безопасности гражданского общества // Ученые записки юридического факультета. – 2012. – Вып. 27 (37). – С. 5–16. – С. 5, 10.

<sup>16</sup> О санитарной охране жилищ: декрет Совета народных комиссаров от 18 июня 1919 года // Декреты советской власти. Том 5. 1 апреля – 31 июля 1919 г. – М.: Издательство политической литературы, 1971. – С. 286–287.

<sup>17</sup> Про механізм впровадження Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» (Порядок надання наймачам одноквартирних будинків і квартир будинків, включених до планів ремонту, і компенсації за непроведений ремонт, Порядок участі в організації та фінансуванні ремонту приватизованих житлових будинків їх колишніх власників, Порядок визначення коефіцієнтів споживчої якості квартир (будинків), що підлягають приватизації, Порядок виплати грошової компенсації наймачам за заміну займаних квартир на квартири меншою площею, Правила користування приміщеннями житлових будинків): постанова Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 1992 року № 572 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/572-92-%D0%BF> – Заголовок з екрана.

## Резюме

### Юрескул В. О. Забезпечення безпеки повітря як об'єкт еколого-правового регулювання.

У статті розглядається питання доцільності розмежування в чинному законодавстві України атмосферного повітря за межами приміщень та повітря у приміщеннях. Пропонується з метою охорони життя і здоров'я громадян відносини щодо

забезпечення безпеки повітря у приміщеннях визнати об'єктом еколого-правового регулювання. Звертається увага на необхідність розроблення та впровадження механізму забезпечення екологічної безпеки повітря у приміщеннях.

**Ключові слова:** повітря, атмосферне повітря, об'єкти екологічного права, екологічне право.

### Резюме

***Юрескул В. А. Обеспечение безопасности воздуха как объект эколого-правового регулирования.***

В статье рассматривается вопрос целесообразности разграничения в действующем законодательстве Украины атмосферного воздуха вне помещений и воздуха в помещениях. Предлагается в целях охраны жизни и здоровья граждан отношения по обеспечению безопасности воздуха в помещениях признать объектом эколого-правового регулирования. Обращается внимание на необходимость разработки и внедрения механизма обеспечения экологической безопасности воздуха в помещениях.

**Ключевые слова:** воздух, атмосферный воздух, объекты экологического права, экологическое право.

### Summary

***Yureskul V. Ensuring the safety of air as the object of environmental regulation.***

The article examines the expediency of distinction of atmospheric (outdoor) air and indoor air in the current legislation Ukraine. It is proposed the relationships on ensuring the safety of indoor air to recognize as the object of environmental regulation with aim to protect the life and health of the human being. Attention is drawn to the necessity of a mechanism of ensuring the environmental safety of indoor air developing and implementation.

**Key words:** air, atmospheric air, objects of environmental law, environmental law.

УДК 347.948.2

**І. І. КОГУТИЧ**

*Іван Іванович Козутич, доктор юридичних наук,  
професор Львівського національного університе-  
ту імені Івана Франка*

## **ПРО ПЕРСПЕКТИВИ «КОМП'ЮТЕРИЗАЦІЇ» ТА СУТНІСТЬ «ТЕХНОЛОГІЇ» В КРИМІНАЛІСТИЦІ**

Нині вже загальновідомо, що ефективність слідчої, прокурорської, експертної, адвокатської і суддівської діяльності в кожному конкретному кримінальному провадженні істотно залежить від уміння належно опрацювати різноманітну інформацію, яку мають в своєму розпорядженні реалізатори цієї діяльності. Тобто, ця ефективність у значній мірі залежить від хисту здійснення інформаційно-аналітичної роботи слідчих, прокурорів, експертів, адвокатів і суддів.

Особа, яка здійснює у відповідній формі кримінальне провадження або бере в ньому участь повинна так чи інакше сприйняти і опрацювати (переробити) величезний масив інформації, вичленувати з нього найважливішу саме для себе, як здійснювача відповідної процесуальної функції, не допустившись у цьому помилок, пов'язаних як з недоліком цієї інформації та труднощами в її отриманні, так і з дефіцитом часу, а часто й невисоким своїм професійним рівнем.

Також значний час витрачається на рутинну роботу стосовно складання різних документів процесуального характеру: протоколів, постанов, запитів тощо.

І тут на допомогу має прийти комп'ютерна техніка.

Саме вона здатна не лише раціоналізувати відповідні інформаційні процеси, а й допомогти в підготовці прийняття слідчими, прокурорами, оперативними співробітниками, експертами, судьями та адвокатами відповідних процесуальних і тактичних рішень.

Нині вже відомо, тобто реально розроблено і використовується на практиці, декілька систем, що за суттю моделюють діяльність, так званих, слідчих-методистів, які використовуючи комп'ютерні програми, допомагають розслідувати найбільш складні злочини!

Ця допомога полягає, передусім, у формулюванні за результатами вивчення матеріалів кримінальних проваджень конкретних рекомендацій.

Іншими словами, під час розслідування конкретного злочину в комп'ютер у діалоговому режимі вводяться відомості про суб'єктний склад і спосіб цього злочину, про предмет злочинного посягання, потерпілого тощо.

Після обробки цих даних на екран видаються конкретні варіанти рекомендацій, які: можуть бути використані в плануванні конкретного розслідування; дозволяють згрупувати інформацію за епізодами і учасниками; підказують, як найефективніше виконати конкретну слідчу дію; здійснити пошук і зіставлення епізодів, прізвиськ, прізвиськ, дат і таке ін.

Застосування засобів комп'ютерної техніки навіть в найскладніших формах, заснованих на використанні методів «штучного інтелекту», зовсім не означає, що слідчий, прокурор, оперативник або експерт стають бездумними виконавцями рішень, що приймаються комп'ютером.

По-перше, комп'ютерний «інтелект» є в нашому випадку узагальненим передовим досвідом слідчої (експертної) діяльності, а по-друге, йдеться виключно про рекомендації, що не мають обов'язкового характеру.

Зрозуміло, щоб комп'ютеризована інформаційна система була працездатною, необхідно дотримуватися наступних правил: 1) уся інформація, що вводиться в комп'ютер, повинна записуватися з використанням спеціальної термінології на мові, що унеможливує різне тлумачення; 2) переробка інформації повинна проводитися відповідно до алгоритму в точній певній послідовності операцій, що дозволяють вирішити будь-яке конкретне завдання з певного класу однотипних завдань, причому початкові відомості можуть в певних межах змінюватися.

З іншого боку, необхідно зазначити, що сучасні комп'ютерні системи повинні використовуватися, і реально вже використовуються, також і в процесі викладання криміналістики у вищих навчальних закладах, а також на курсах підвищення кваліфікації суддів, слідчих і співробітників оперативних підрозділів.

З цією метою вже створено низку імітаційних навчальних систем, у яких моделюються як окремі слідчі дії (наприклад, огляд місця події, обшук, слідчий експеримент), так і хід розслідування в цілому. Йдеться про вже відомі програми-тренажери «Вбивство», «Слідчий», «Рекет», «Міраж»<sup>2</sup>.

Використання комп'ютерів у навчальному процесі, як відомо, покращує процес засвоєння студентами (у широкому розумінні цього слова) відповідного матеріалу, забезпечує кероване управління їх навчанням за задалегідь розробленою програмою.

Визначаючи перспективи застосування комп'ютерів у вивченні криміналістики (а за бажанням – і кримінального процесу, прокурорського нагляду, юридичної психології тощо), можна запропонувати наступні напрями: 1) використання комп'ютерних форм автоматизованих навчальних інформаційно-довідкових систем (або вже наявних в окремих навчальних закладах, або ініціативно створюваних у межах відповідної кафедри. Про системи в надрах поліцейських НДЕКЦ і УІАЗ, зрозуміло, не йдеться. Однак, як зразок, можна б використати їх форми і методи накопичення й опрацювання відповідної реєстраційно-облікової інформації); 2) розробка на комп'ютерній базі систем супроводу – підтримання ухвалення рішень (тактичних, процесуальних тощо), а також автоматизованих робочих місць (АРМ), передусім: слідчого, прокурора – процесуального керівника, оперативника у кримінальному провадженні, експерта, адвоката, судді; 3) застосування комп'ютерів у ході проведення практичних занять із криміналістичної техніки, тактики і методики; 4) використання комп'ютерів для отримання практичних навичок виявлення, встановлення і розслідування окремих видів злочинів, їх судового розгляду (на базі імітаційних навчальних систем, тобто розробка комп'ютерних ділових ігор); 5) застосування комп'ютерного контролю знань за різними розділами і галузями криміналістики (вже відомі – комп'ютерні тестові форми).

Що ж до застосування комп'ютерів у ході проведення практичних занять із криміналістичної техніки, тактики і методики, то прикладом цього напряму можуть служити вже на сьогодні розроблені й можливі для легального придбання в навчальних цілях автоматизовані інформаційні системи «Зброя» і «Холодна зброя».

Застосовуючи систему «Холодна зброя», можна отримувати інформацію про призначення, будову, способи вражаючої дії різних видів холодної зброї, спосіб виготовлення і методику її випробування на відповідність криміналістичним вимогам. Система «Зброя» містить необхідні навчальні відомості про сучасну вогнепальну зброю і боєприпаси до нього.

Використання комп'ютерів для набуття практичних навичок виявлення, встановлення, розслідування і судового розгляду окремих видів злочинів буде ефективним під час проведення занять стосовно тем із криміналістичної методики. Вже нині наявні й можливі для придбання на відповідних умовах імітаційні навчальні системи («Слідчий», «Вбивство», «Вбивство без трупа», «Рекет», «Розслідування звалтувань»), що створені на основі колись успішно розслідуваних реальних кримінальних проваджень. Ці системи формуватимуть у студентів необхідні навички із ухвалення відповідних рішень, навчатимуть конструюванню версій, плануванню розслідування (судового розгляду) тощо.

А зараз коротко про так звану «технологію» у криміналістиці. Іншими словами, хотів би поділитись міркуваннями щодо теоретичного підґрунтя і практичної потреби в запровадженні в мову криміналістики терміна «технологія».

Насамперед зазначу, що я особисто не є противником термінологічних нововведень, оскільки є одним з ініціаторів запровадження такої низки нових термінів (понять), як: дисимуляція (різновид негативних обставин)<sup>3</sup>; серволабрні методи (від англ. serve – обслуговувати, або від лат. servio – служу і лат. laboro – праця, практика) буквально серволабрність відповідає поняттю «діяльність, скерована на врегулювання праці (практики)». Іншими словами, серволабрні методи – це тотожне поняття прикладним методам<sup>4</sup>; латентування – приховування<sup>5</sup>; тактичний інструментарій (засоби криміналістичної тактики)<sup>6</sup>; гіпнопродукція<sup>7</sup> тощо.

Однак з технологією не все так просто. Цією до кінця навіть семантично не з'ясованою категорією вже деякі науковці-криміналісти пояснюють предмет криміналістики, предмет криміналістичної тактики і методики<sup>8</sup>. Водночас не дають бажаних пояснень багатьом питанням і протиріччям, породженим таким нововведенням.

Безумовно, цілком виправдано вести мову про загальнотеоретико-правові та спеціально-юридичні передумови оперування цим поняттям. Перші пов'язані з розвитком на сьогодні нового напряму в загальній теорії права, що дістав назву «Правова технологія»<sup>9</sup>. Тобто, правова технологія – це заснована на визначених принципах, прогнозах і планах (стратегіях) система розумових і зовні актуалізованих дій та операцій компетентних фізичних і юридичних осіб (органів), пов'язана з виданням (тлумаченням, реалізацією, систематизацією) юридичних рішень (актів), у ході якої оптимально використовуються необхідні ресурси (матеріальні, трудові, фінансові, організаційні), а також загально соціальні, технічні і спеціально-юридичні засоби, прийоми, способи, методи і правила, процесуальні форми (стадії, провадження і режими) і відповідні типи, види, підвиди контролю за діяльністю суб'єктів та учасників юридичної практики (одна з чисельних спроб дефініції правової (юридичної) технології<sup>10</sup>).

Іншими словами, юридична технологія має вигляд своєрідного виробничого процесу з підготовки і видання нормативних правових актів, у якому реально очевидні задалегідь визначені операції і правила стандартного характеру.

Про технологію говорять і автори, що досліджують питання правозастосовної діяльності в господарському судочинстві, цілком правомірно розглядаючи господарську технологію вибору й аналізу норми права, в яку включаються чітко коректовані операції з: пошуку норми, що підлягає застосуванню у справі; перевірки



правильності тексту нормативно-правового акта, що містить вказану норму; перевірки дії цієї норми в часі, в просторі і за колом осіб; з'ясування змісту цієї норми, пошук норми за наявності правової прогалини тощо<sup>11</sup>.

Говорять про технологію і в кримінальному процесі. Однак, тут необхідно підкреслити, що розгляд кримінального процесу як соціальної технології виникає лише у зв'язку з перенесенням акценту зі встановлення матеріальної істини в кримінальному провадженні на встановлення істини формальної (юридичної) як мети цього провадження. Прибічники цієї технологізації вважають, що «важлива не мета, а те, як не допустити отримання небажаного результату. Тому безплідні суперечки про істину як мету кримінального процесу»<sup>12</sup>. Ця авторка пише, що «... кримінальний процес існує лише в дії кримінального процесуального права і є одним із різновидів соціальних технологій, а саме – технології правосуддя, тобто простій і чіткій сукупності прийомів і способів здійснення правосуддя. У сфері, яка іменується кримінальним процесом, можна і треба говорити про істинність способу кримінальної процесуальної діяльності, а не її результату. І в цьому сенсі кримінальний процесуальний закон має бути орієнтований на істинність не кінцевого результату, а на спосіб його практичного здійснення слідчим (суддею), який сам собою забезпечує організацію їх мислення за певною схемою – технологією...»<sup>13</sup>.

Природньо, що розуміння кримінального процесу як соціальної технології спричинило певну критику з боку багатьох науковців, передусім процесуалістів, оскільки існує побоювання, що за такого підходу основним завданням органів, що здійснюють кримінальне провадження, стане дотримання «правил гри», а не досягнення його результатів<sup>14</sup>.

Однак повернемося до криміналістики. Репрезентантами технології в криміналістиці справедливо можна назвати П. Д. Біленчука, який стверджує про доцільність створення технології збирання, обробки та збереження і видачі доказової інформації їх користувачу, а також про технологію обробки незвичного продукту – інформації у вигляді накопичених людством знань тощо<sup>15</sup>.

Можна також назвати російських науковців Р. С. Белкіна, В. О. Образцова, А. О. Топоркова та інших, які, говорячи про дидактичну чи наукову спрямованість криміналістики (і як дисципліни, і науки), у тому чи іншому контексті розглядають технологію як засіб реалізації положень кримінального і кримінального процесуального законів під час виконання окремих слідчих дій, тактичних і методичних комплексів у ході здійснення пошуково-пізнавального процесу розслідування<sup>16</sup>.

Безумовно, необхідно зазначити, що в 2011 р. в Одесі А. А. Барцицькою (під керівництвом проф. В. В. Тищенко) захищено кандидатську дисертацію «Криміналістичні технології: сутність та місце в системі криміналістичної науки». Однак, як не прикро про це говорити і за усієї поваги до її авторів, ні сутність, ні місце криміналістичної технології в системі криміналістики, тобто співвідношення технології із вже ustalеними криміналістичними категоріями: тактикою, методикою і т.ін. у цій роботі так і не зроблено<sup>17</sup>. Не зроблено це і вже згадуваними науковцями В. О. Образцовим, Р. С. Белкіним, А. О. Топорковим та іншими їх послідовниками з цієї тематики.

Наразі не наводитимемо всіх тих положень, на основі яких виправдано констатувати висновок про породження у такий спосіб чималої кількості проблем і плутанини в розумінні, немов би вже ustalених криміналістичних явищ. Лише зазначимо, що В. О. Образцов взагалі не вважає за необхідне в розробці цілісної і узгодженої відповідної тематичної концепції. Він лише зазначає, що технологія – це утворення ширше за тактику, і остання є її складовою. А в чому ж потреба в існуванні цього нового діяльнісного явища – процесу, чіткої відповіді немає.

Р. С. Белкін вважає, що технологія має місце у виконанні тих слідчих дій, де відсутня потреба в переборенні протидії. Іншими словами, тактика притаманна, передусім, обшуку й допиту. А всім іншим слідчим діям та їх комплексам, які можна виконувати без особливих розмірковувань, тобто майже «автоматом», «технологія» не потрібна.

Зрозуміло, що за такого спрощеного трактування існує проблема. Адже під час допитів не завжди є потреба в переборенні протидії (наприклад, допити в безконфліктних ситуаціях), тобто в особливих розумових баталіях з допитуваним. І, навпаки, у ході огляду місця події можуть виникати проблемні ситуації, пов'язані, наприклад, з протидією злочинця, який опинився серед понятих під час виконання цієї ж слідчої дії і який прагне знищити сліди свого перебування на місці злочину. Отже, тут має бути тактика чи технологія?

Як видно із наведеного, тут більше запитань, ніж відповідей. Тому, наразі необхідно констатувати, що «технологічне» бачення криміналістики як науки ще далеко від великого майбутнього<sup>18</sup>. Принаймні характер зв'язків між цим поняттям і тими, які є сталими в криміналістиці, ще не з'ясований.

Очевидно й те, що криміналістична, передусім, тактична діяльність має ситуаційний і творчий характер. Вона більшою мірою покликана враховувати виявлені слідчим передумови застосування того чи іншого тактичного прийому і не може бути жорстко регламентованою (технологізованою), оскільки в такому випадку вона неминуче набуває характеру владного веління, властивого кримінальній процесуальній нормі, тобто стане правовою нормою.

Тому, наразі є підстави вважати, що нині у вітчизняній криміналістиці судження про технологію розслідування не виходять за рамки постановочної проблеми, яка потребує свого концептуального дослідження, тобто вирішення.

- <sup>1</sup> Современные криминалистические технологии выходят в свет [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.surgutogsm.ru/news/73/>
- <sup>2</sup> *Ищенко Е. П.* Некоторые современные достижения российской криминалистики / Е. П. Ищенко: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2012/5854/pdf/belling\\_online\\_S15\\_41.pdf](http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2012/5854/pdf/belling_online_S15_41.pdf)
- <sup>3</sup> *Когутич І. І.* Основні питання вчення про негативні обставини та їх роль у розслідуванні злочинів: монографія / І. І. Когутич. – Л.: Тріада Плюс, 1999. – С. 21–44.
- <sup>4</sup> *Когутич І. І.* Криміналістичні знання, їх сутність і потреба розширення меж використання: монографія / І. І. Когутич. – Л.: Тріада плюс, 2008. – С. 52.
- <sup>5</sup> *Когутич І. І.* Особливості методики розслідування окремих видів злочинів. Курс лекцій / І. І. Когутич. – Л.: Тріада Плюс, 2005. – С. 35.
- <sup>6</sup> *Когутич І. І.* Криміналістика: курс лекцій / І. І. Когутич. – К.: Атіка, 2008. – С. 297.
- <sup>7</sup> *Когутич І. І.* Допустимість використання криміналістичної гіпнології під час підготовки до допиту / І. І. Когутич. // Вісник ЛНУ ім. Івана Франка. Серія юридична. Вип. 36.2001. – С. 596–601.
- <sup>8</sup> Введение в криминалистику // Криминалистика: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. В. А. Образцова. – М.: Юрист, 2002. – С. 21.
- <sup>9</sup> *Черненко А. К.* Правовая технология как проблема общей теории государства и права / А. К. Черненко. // Современные проблемы юридической науки: Сб. ст. / Под ред. А. К. Черненко. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2000. – С. 8.
- <sup>10</sup> *Карташов В. Н.* Юридические технологии – перспективные направления исследований в современной науке / В. Н. Карташов // Вестник Ярославского государственного университета. – 2008. – № 6. – С. 46.
- <sup>11</sup> *Колесник И. В.* Арбитражная технология выбора и анализа нормы права, подлежащей применению по делу / И. В. Колесник // Юрист – Правовед. – 2007. – № 4. – С. 13–16.
- <sup>12</sup> *Мизулина Е. Б.* Совершенствование уголовно-процессуального законодательства. Проект УПК Российской Федерации / Е. Б. Мизулина // Информационный бюллетень Следственного комитета при МВД России. – 2001. – № 1. – (107). – С. 146.
- <sup>13</sup> *Мизулина Е. Б.* Уголовный процесс: концепция самоограничения государства: дисс. ... д-ра юрид. наук. / Елена Борисовна Мизулина. – Ярославль, 1991. – С. 22.
- <sup>14</sup> *Деришев Ю. В.* Проблемы организации досудебного производства по УПК РФ / Ю. В. Деришев. – Омск: Омский юридический институт, 2003. – С. 43–52.
- <sup>15</sup> *Біленчук П. Д.* Процесуальні та криміналістичні проблеми дослідження обвинуваченого (проблеми комплексного вивчення особи обвинуваченого в стадії попереднього слідства): монографія. / П. Д. Біленчук. – К.: Атіка, 1999. – С. 63.
- <sup>16</sup> *Образцов В. А.* Понятие и назначение криминалистической тактики / В. А. Образцов // Криминалистика: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. В. А. Образцова. – М.: Юрист, 2002. – С. 344; Криминалистика: Учебник / Под ред. В. А. Образцова. – М.: Юрист, 2002. – С. 72; *Белкин Р. С.* Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики / Р. С. Белкин. – М.: Норма, 2001. – С. 74, 84–85; Криминалистика: Учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2004. – С. 590–592; *Образцов В. А.* Предисловие ко второму изданию / В. А. Образцов // Криминалистика: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. В. А. Образцова. – М.: Юрист, 2002. – С. 17; *Образцов В. А.* Технология, средства, основные направления процесса познания в уголовном судопроизводстве / В. А. Образцов. // Криминалистика: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. В. А. Образцова. – М.: Юрист, 2002. – С. 68–80; *Топорков А. А.* Подготовка и производство обыска и выемки / А. А. Топорков // Криминалистика: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. В. А. Образцова. – М.: Юрист, 2002. – С. 471–493.
- <sup>17</sup> *Барцицька А. А.* Криміналістичні технології: сутність та місце в системі криміналістичної науки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Анастасія Анатоліївна Барцицька; НУ «Одеська юридична академія». – Одеса, 2011. – 19 с.
- <sup>18</sup> *Князьков А. С.* Криминалистическая технология и криминалистическая тактика: проблемы соотношения понятий / А. С. Князьков // Вестник Томского государственного университета. Вип. № 338 / 2010: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://cyberleninka.ru/article/n/kriminalisticheskaya-tehnologiya-i-kriminalisticheskaya-taktika-problemy-sootnosheniya-ponyatiy>

#### Резюме

##### **Когутич І. І. Про перспективи «комп'ютеризації» та сутність «технології» в криміналістиці.**

У статті в контексті аналізу перспективних напрямів розвитку криміналістики наведено аргументи на користь двох тез, зокрема про необхідність і реальні перспективи комп'ютеризації, з одного боку, кримінального провадження, з іншого – комп'ютеризації навчання студентів-правників знанням криміналістики, а також про виправданість застосування в тезаурусі криміналістики терміна «технологія», передусім у сенсі його співвідношення з такими окремими й нині вже майже усталеними категоріями, як криміналістична техніка, тактика й методика.

**Ключові слова:** криміналістика, комп'ютеризація, технологія.

#### Резюме

##### **Когутич І. І. О перспективах «компьютеризации» и сущности «технологии» в криминалистике.**

В статье в контексте анализа перспективных направлений развития криминалистики изложены аргументы в пользу двух тезисов, в частности, о необходимости и реальных перспективах компьютеризации, с одной стороны, уголовного судопроизводства, с другой – компьютеризации обучения студентов-юристов знаниями криминалистики, а также об оправданности применения в тезаурусе криминалистики слова «технология», прежде всего в смысле его соотношения с такими отдельными и на сегодня уже почти устоявшимися категориями, как криминалистическая техника, тактика и методика.

**Ключевые слова:** криминалистика, компьютеризация, технология.

#### Summary

##### **Kohutych I. On the «computerization» and the «technology» in criminalistics.**

The article deals with the analysis of the promising areas of criminalistics development within which two arguments in favor of two theses are indicated in it. They are the following: the necessity and real prospects of computerization on the one hand, the criminal

proceedings, on the other – the computerization of the law-students during their criminalistics learnings, as well as the justification of application in forensic thesaurus the term «technology», first of all in terms of its relationship with the individual and the most established categories such as the criminalistics techniques, tactics and methodology.

**Key words:** criminalistics, computerization, technology.

УДК 343.228

**Г. М. АНДРУСЯК**

*Ганна Миколаївна Андрусяк, кандидат юридичних наук, доцент Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки*

## **ІДЕЯ ПРИРОДНОГО ПРАВА В ОБҐРУНТУВАННІ ПРАВА НА НЕОБХІДНУ ОБОРОНУ**

Провідне місце в системі обставин, що виключають злочинність діяння, традиційно належить необхідній обороні, тому сьогодні її ключова роль визнана і у вітчизняному законодавстві, і в доктрині. Визначення сутності необхідної оборони потребує особливої уваги, тому що норма про необхідну оборону встановлює розмежування правомірної і злочинної поведінки. Інститут необхідної оборони притаманний всім законодавствам на всіх етапах розвитку. У демократичному суспільстві кожна особа повинна мати максимум можливостей для захисту порушених прав, тому Україна на конституційному рівні закріпила право кожного на самостійний захист свого життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань (ст. 27 Конституції України). Разом із тим необхідна оборона є одним з найбільш неоднозначних інститутів, практика правозастосування якого повною мірою покладається на суб'єктивне сприйняття судді, а в юридичній науці різними є погляди вчених на сутність права необхідної оборони.

Вагомий внесок у дослідження необхідної оборони зробили вчені О. В. Авраменко, Ю. В. Александров, П. П. Андрушко, М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, Н. П. Берестовий, О. М. Боднарук, С. В. Бородін, Я. М. Брайнін, Г. В. Бушуєв, І. А. Гільфанд, О. А. Герцензон, В. О. Глушков, Л. В. Гусар, П. С. Дагель, В. П. Діденко, М. Д. Дурманов, М. Й. Коржанський, О. О. Кваша, С. Г. Келіна, В. М. Козак, А. Ф. Коні, О. М. Костенко, М. І. Мельник, А. А. Музика, А. А. Піонтковський, Н. М. Плисюк, Е. Ф. Побігайло, Л. М. Підкоритова, І. С. Тишкевич, В. І. Ткаченко, Н. Б. Хлистова, Т. Г. Шавгулідзе, М. Д. Шаргородський, М. І. Якубович та інші вчені. Не зважаючи на внесок цих вчених у розробку проблеми необхідної оборони, не вирішеною є наукова дискусія щодо сутності права на необхідну оборону, яка полягає у вирішенні принципово важливого питання – це природне, природжене для людини право, чи воно є необхідним доповненням охоронної діяльності держави. Саме розгляд цього питання є метою даної наукової статті.

Необхідна оборона – одна з найдавніших серед обставин, що виключають злочинність діяння, яка на сучасному етапі закріплена у кримінальному законодавстві всіх держав континентальної системи права. Загальним міжнародним документом, який визнає правомірне позбавлення життя іншої особи задля самозахисту власного життя є Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікована Україною 17 липня 1997 р. зі змінами та доповненнями, внесеними Протоколом № 11 від 11 травня 1994 р., Протоколом № 14 від 13 травня 2004 року<sup>1</sup>.

Вчені розглядають необхідну оборону як найдавніший інститут кримінального права, оскільки можливість заподіяння напади на шкоди заради збереження власного життя, здоров'я, майна, а також для захисту третіх осіб, є таким самим «природним правом», як право на життя чи право власності<sup>2</sup>. У зв'язку з цим останніми роками в науковій літературі висловлюється думка про те, що «в сучасній вітчизняній науці кримінального права поняття «необхідна оборона» утворює не просто теоретичну концепцію, а правову парадигму»<sup>3</sup>. Тобто йдеться про сукупність фундаментальних наукових установок, уявлень і термінів щодо субінституту необхідної оборони, яка приймається і поділяється науковим співтовариством та об'єднує більшість його членів, а також забезпечує спадкоємність розвитку вчення про необхідну оборону.

Відтак постає запитання: чому, не зважаючи на зміну історичних епох, різних політичних режимів, всі джерела кримінального права так чи інакше допускали необхідну оборону? Історично право оборони від небезпеки, що загрожує людині, віднесено до природних, природжених прав, суть яких полягає в тому, що поряд із писаним правом, яке складалося із системи законів, над ним або поза ним існує таке неписане право. Ще у стародавньому римському праві стверджувалось, що право оборони випливає із самої природи речей, оскільки силу треба відбивати силою. У сентенціях Юлія Павла (книга 5) зазначається, що того, хто вбив розбійника, який вчинив посягання на життя, або того, хто хотів вчинити звалтування, не слід карати, адже перший захищав своє життя, а другий – цноту<sup>4</sup>. Природне походження права на необхідну оборону засвідчував і відомий юрист минулого А. Ф. Коні: необхідна оборона існуватиме вічно, тому що ґрунтується на законі необхідності, і цей закон за своєю сутністю вічний. Тому поняття необхідної оборони існує здавна і ніколи

не перестане існувати; це *non scripta, sed nata lex* (Cicerone *pro Milone*), закон, що впливає безпосередньо із людської природи<sup>6</sup>.

Радянський вчений М. С. Таганцев писав: «Звертаючись до історії, ми бачимо, що визнання права на оборону від небезпеки, що загрожує, притаманне всім законодавствам на всіх щаблях розвитку, так що зрозуміло виникнення вчення про те, що це є право природне, природжене, і ця природженість слугує підставою законності оборони, це одна з форм боротьби за існування, що охоплює весь всесвіт»<sup>7</sup>. І сучасні дослідники переконані, що юридичне право людини на необхідну оборону засновано на природному і невід'ємному праві, яке людина отримує при народженні<sup>8</sup>.

Як зазначалося вище, право оборони від небезпеки, яка загрожує людині, історично віднесено до природних, природжених прав. Це неписане правило «вдихнула» в людину мати-природа, воно впливає з самої сутності людини, з розуму, який виокремлює людину серед іншого світу<sup>9</sup>. Серед правників раніше були і опоненти ідеї природного права. Так, С. В. Познишев зазначав, що природжених прав взагалі не існує; будь-яке право індивіда мислимо і виникає лише у «співжитті»<sup>10</sup>.

Проте переважна більшість учених підтримують ідею природного права в обґрунтуванні права на необхідну оборону. Природність права на необхідну оборону здавна визнавалося філософами і юристами. Саме представники філософсько-правової школи природного права обґрунтували право особи на самозахист життя і здоров'я. Поняття природного права запровадив Томас Гоббс, вивівши з фундаментального права на життя та необхідності його збереження вчений вивів науку про природні закони, якими забезпечуються всі права людини, головними серед яких є право на життя<sup>11</sup>. У працях Фоми Аквінського присутні ідеї природного права як чогось досить самоочевидного і загальнознаного<sup>12</sup>. Він писав, що сенс природного закону для людини як особливої істоти, наділеної богом душею і розумом (природженим, природним світлом для розуміння і пізнання) полягає в тому, що людина згідно зі своєю природою має розрізняти добро і зло... Для людини як розумної істоти діяти за природним законом означає вимогу діяти за наказами людського розуму<sup>13</sup>.

Певні аналоги ідеї природного права існували за часів середньовіччя та Ренесансу. Фахівці в галузі конституційного права та філософії права наголошують на значенні теорії Гуго Гроція в розробленні поняття природного права та обґрунтуванні права самозахисту. У своїй фундаментальній праці «Про право війни і миру. Три книги, в яких пояснюється природне право і право народів, а також принципи публічного права» Г. Гроцій визначив право похідним від людської природи. В основі своїй це – природне право, і навіть Бог не може його спростувати, оскільки цим спростуванням заперечувалася б створена ним самим природа людини<sup>14</sup>.

На основі аналізу поглядів представників філософсько-правової школи природного права дослідники дійшли таких висновків:

- 1) право людини на життя є невідчужуваним, наданим самою природою правом, яке має кожна людина від народження, що впливає з належності до людського роду;
- 2) держава повинна визнавати це право за кожною людиною, бути лише владою, що закріплює право на життя у формі законодавчих актів;
- 3) невід'ємною складовою права на життя є право людини на самозахист;
- 4) кожна людина має право на захист свого життя, і здоров'я, чи охороняються та захищаються ці блага державою;
- 5) самозахист є універсальною категорією, що поєднує в собі право кожної людини власними силами боронити своє життя та здоров'я, та право на захист власного майна і житла<sup>15</sup>.

Саме природженість цих прав є підґрунтям законності оборони. По суті, це одна з форм виявлення боротьби за існування, яка охоплює весь світ, тож і в цьому сенсі можна затверджувати, що самооборона є природженим правом<sup>16</sup>. Вітчизняні вчені розглядають необхідну оборону крізь призму поняття «самозахист». В українській кримінально-правовій науці існує позиція, що право на необхідну оборону як природним, нічим не обмеженим, самостійним, невід'ємним правом будь-якої людини на самозахист. Так, О. О. Кваша зазначає, що 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<sup>17</sup>.

Компромісною є позиція П. Т. Савіна про те, що право на необхідну оборону має двояку природу. Це як право природне, так і право позитивне<sup>18</sup>. Така позиція обґрунтована тим, що будь-яка держава на законодавчому рівні оформлює природне право людини на необхідну оборону. Вчені зауважують, що Цицерон вперше визначив державу як політико-правову спільність з точки зору теорії природного права. Аналогічно до того, як право має своїм джерелом розумну природу людини і навколишнього світу, а тому створюється вищим (божим) розумом, передусє писаним законам і державі, так і держава є правовою не через те, що дотримується власних законів, а тому, що за джерелом походження, за своєю сутністю – це природне право народу жити у мирі, впорядковано і під захистом<sup>19</sup>.

Українська держава проголосила людину найвищою соціальною цінністю, взявши на себе обов'язок забезпечувати права і свободи людини, охороняти її життя та здоров'я, а також надала людині право самій захищатися від протиправних посягань, тобто реалізувати право на необхідну оборону, або самозахист. Разом із тим видається спірною позиція вчених, що визнання цього права державою накладає на неї обов'язок дозволу особистості дій, метою яких є уникнення небезпеки, і, таким чином, гарантує особистості й суспільству забезпечення безпеки навіть без фактичного свого втручання в конкретну життєву ситуацію<sup>20</sup>.

Держава, усвідомлюючи свою неможливість при здійсненні правоохоронної діяльності гарантувати і забезпечити всебічний захист охоронюваних благ та інтересів від злочинних посягань, санкціонує право громадян на необхідну оборону. Однак це не означає, що таким чином держава гарантує особистості й суспільству забезпечення безпеки без фактичного свого втручання, адже не можна гарантувати, що особа, щодо якої здійснюється посягання, чи інші особи скористаються своїм правом на необхідну оборону. Держава все ж має прагнути гарантувати безпеку кожному громадянину, а не перекладати свій обов'язок щодо здійснення правоохоронної діяльності на самих громадян. У всіх галузях права необхідна оборона визнається як природне, невід'ємне, абсолютне право людини<sup>21</sup> або як складова структури правового статусу особистості<sup>22</sup>.

Необхідна оборона – це природне й невід'ємне право людини на самозбереження, що належить людині від народження, частина правового статусу людини і громадянина, гарантована Конституцією України. Саме під час дослідження необхідної оборони яскраво виявляється зв'язок права і моралі. За характером взаємодії права і моралі розрізняють дві традиції при визначенні права: перша – природно-правова, що несе в собі ідею єдності, торжества справедливості і права; друга – юридико-позитивна, коли право є інститутом звільнення від моральних пересторог<sup>23</sup>. З цих позицій, хоча особа і має право ухилитися від рятування життя іншої особи (сьогодні переважно так і відбувається), однак таку байдужість громадян не можна схвалювати. З позицій соціального натуралізму і природного права доречно ставити питання про визнання природного обов'язку людини щодо необхідної оборони власного здоров'я і життя. Також слід визначити необхідну оборону не просто як суспільно корисну дію, а й бажану для держави і суспільства дію.

Право необхідної оборони слід розглядати як невідчужуване та абсолютне, ідея природного права лежить в основі соціального обґрунтування права на необхідну оборону. Відповідь на поставлене вище питання: «Чому, не зважаючи на різні історичні епохи, політичні режими, всі джерела кримінального права так чи інакше допускали необхідну оборону?» знаходиться саме в ідеї природності цього права.

Загалом, необхідна оборона посідає окреме місце в системі обставин, що виключають злочинність діяння, оскільки тільки вона має підставою суспільно небезпечне посягання, що зумовлює суспільно корисний характер дій особи, яка вимушена припинити таке посягання, а тому виключає категорію шкоди. У контексті природного походження права особи на необхідну оборону слід констатувати, що необхідна оборона є вольовою свідомою та схвалюваною державою і суспільством дією людини, яка детермінована соціально-позитивними мотивами і цілями, а також природними (інстинктивними) реакціями людини.

Отже, ми дійшли певних висновків. Право необхідної оборони слід розглядати як невідчужуване та абсолютне, а ідея природного права лежить в основі соціального обґрунтування права на необхідну оборону. У контексті природності права особи на необхідну оборону останню слід визначати як вольову і свідому дію людини, що детермінована соціально-позитивними мотивами і цілями, а також природними (інстинктивними) реакціями людини. Отримані результати сприятимуть з'ясуванню поняття та ознак необхідної оборони.

<sup>1</sup> Конвенція про захист прав і основоположних свобод людини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_004)

<sup>2</sup> Берлін Е. М. Реализация права на необходимую оборону / Е. М. Берлин // Гражданин и право. – 2002. – № 9/10 (26, 27). – С. 74.

<sup>3</sup> Пархоменко С. В. К вопросу о необходимой обороне в автономном режиме / С. В. Пархоменко // Проблемы современного российского законодательства. – Иркутск : Иркутский юрид. ин-т Российской правовой академии Минюста РФ. – 2012. – Ч. 1. – С. 296.

<sup>4</sup> Энциклопедия уголовного права : в 35 т. / [Блинников В. А., Милуков С. Ф., Побегайло Э. Ф. и др.] ; под ред. В. Б. Малинина. – СПб. : ГКА, 2005 – Т. 7: Обстоятельства, исключющие преступность деяния. – 2007. – С. 53.

<sup>5</sup> Дудоров О. О. Кримінальне право: Навчальний посібник / О. О. Дудоров, М. І. Хавронюк / За заг. ред. М. І. Хавронюка. – К.: Ваіте, 2014. – С. 256.

<sup>6</sup> Кони А. Ф. О праве необходимой обороны / А. Ф. Кони // Приложения к Московским университетским известиям. – М., 1865. – Т. 1. – С. 10–11.

<sup>7</sup> Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая : в 2 т. / Н. С. Таганцев ; [сост. и отв. ред. Н. И. Загородников]. – М. : Наука, 1994. – Т. 1. – 1994. – С. 417.

<sup>8</sup> Меркурьев В. В. Состав необходимой обороны / Меркурьев В. В. – СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 14, 21.

<sup>9</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. 8; Звечаровський І. Э. Уголовно-правовые нормы, поощряющие посткриминальное поведение личности / Звечаровский И. Э. – Иркутск : Изд-во ИГУ, 1991. – С. 14.

<sup>10</sup> Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права / Познышев С. В. – М. : Издание А. А. Карцева, 1912. – С. 155.

<sup>11</sup> Філософія права, навч. посібник / [за ред. М. В. Костицького, Б. В. Чміля]. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – С. 194.

<sup>12</sup> Заїнчковський М. Л. Права людини як новоевропейський філософський та політико-правовий феномен : дис. ... канд. філос. наук : 12.00.12 / Заїнчковський Микола Леонтійович. – К., 2003. – С. 31.

<sup>13</sup> Нерсисянц В. С. Философия права : [ученик для вузов] / Нерсисянц В. С. – М. : ИНФРА-М-НОРМА, 1997. – С. 416.

<sup>14</sup> 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. – С. 10; Заїнчковський М. Л. Вказана праця. – С. 31.

<sup>15</sup> Гориславський К. О. Вказана праця. – С. 10.

<sup>16</sup> Таганцев Н. С. Вказана праця. – С. 194.

<sup>17</sup> *Кваша О. О.* Обставини, що виключають злочинність діяння, у контексті конституційного права людини на самозахист / О. О. Кваша // Часопис Київського університету права. – 2015. – № 2. – С. 286.

<sup>18</sup> *Савин П. Т.* Необходимая оборона как результат социогенеза / П. Т. Савин // Вестник МГУ. Серия: Юриспруденция. – 2011. – № 1. – С. 57.

<sup>19</sup> *Колодій А. М.* Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання). – Дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.01 / Колодій Анатолій Миколайович. – К., 1998. – С. 25.

<sup>20</sup> *Шигина Н. В.* Отражение интересов субъектов уголовного права в обстоятельствах, исключающих преступность деяния / Н. В. Шигина // Научные труды МГЮА. – 2008. – № 3. – С. 582.

<sup>21</sup> *Заяць Р. Я.* Правовий аналіз обставин, що виключають адміністративну відповідальність : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Р. Я. Заяць. – Л., 2012. – С. 9.

<sup>22</sup> *Антипов С. А.* Конституционные основы уголовно-правового института необходимой обороны / С. А. Антипов // Актуальные проблемы российского права. – 2010. – № 1. – С. 241; *Меркурьев В. В.* Состав необходимой обороны / Меркурьев В. В. – СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 14.

<sup>23</sup> *Оборотов Ю. Н.* Традиции и новации в правовом развитии / Ю. Н. Оборотов. – Одесса: Юрид. лит., 2001. – С. 126.

#### Резюме

##### **Андрусяк Г. М. Ідея природного права в обґрунтуванні права на необхідну оборону.**

У статті визначено, що право необхідної оборони слід розглядати як невідчужуване та абсолютне. Інститут необхідної оборони притаманний всім законодавствам на всіх етапах розвитку. Ідея природного права лежить в основі соціального обґрунтування права на необхідну оборону. У цьому контексті право особи на необхідну оборону визначено як волева і свідомо дія людини, що детермінована соціально-позитивними мотивами і цілями, а також природними (інстинктивними) реакціями людини.

**Ключові слова:** необхідна оборона, право на самозахист, природне право, невідчужуване право, обставина, що виключає злочинність діяння.

#### Резюме

##### **Андрусяк А. Н. Идея естественного права в обосновании права на необходимую оборону.**

В статье определено, что право необходимой обороны следует рассматривать как неотчуждаемое и абсолютное. Институт необходимой обороны присущ всем законодательствам на всех этапах развития. Идея естественного права лежит в основе социального обоснования права на необходимую оборону. В этом контексте право человека на необходимую оборону определено как волевое и сознательное действие человека, детерминированное социально-позитивными мотивами и целями, а также естественными (инстинктивными) реакциями человека.

**Ключевые слова:** необходимая оборона, право на самозащиту, естественное право, неотчуждаемое право, обстоятельство, исключающее преступность деяния.

#### Summary

##### **Andrusyak A. The idea of natural law in the justification of the right to self-defense.**

The paper found that the right of self-defense should be regarded as inalienable and absolute. Institute of self-defense is inherent in all laws at all stages of development. The idea of natural law is the basis of social justification of the right to self-defense. In this context, the human right to self-defense is defined as a willful and conscious human action, socio-deterministic positive motives and goals, as well as natural (instinctive) human response.

**Key words:** self-defense, the right to self-defense, natural right, an inalienable right, circumstance excluding criminality.

УДК 343.09

#### О. Ю. БУСОЛ

*Олена Юрїєвна Бусол, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, докторант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## ОРГАНІЗОВАНА КОРУПЦІЙНА ЗЛОЧИННІСТЬ ЯК РІЗНОВИД ЕКОНОМІЧНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ

Дослідження економічної злочинності є актуальним, оскільки дозволяє встановлювати тенденції її розвитку, на основі яких визначати нові механізми злочинних дій, що дає можливість виробляти відповідні методи та заходи протидії. Тематиці організованої економічної злочинності та співвідношення організованої злочинності та корупції присвячені праці таких вчених, як Г. Беккер, О. Користін, А. Бойко, Т. Мельничук, Є. Невмержицький та інші.

У зв'язку з введенням нами в науковий обіг поняття «організована корупційна злочинність» як різновид економічної злочинності – статистично обумовлена сукупність злочинних діянь осіб і груп, які відповідно до

кримінального закону є корупційними злочинами та кваліфікуються за ознаками організованої злочинної групи та злочинної організації<sup>1</sup>, виникла наукова дискусія щодо доцільності визначення цього терміна як різновиду саме економічної злочинності. Серед деяких аргументів є думки, що таке визначення поняття не виправдано його звукує, адже існує цілий ряд організованих корупційних угруповань, які діють поза сферою економіки і не вчиняють економічних злочинів (О. Кулик); у визначенні відсутня увага до політичної корупції як системоутворюючого фактору самодетермінації злочинності в цілому. Також нівелюється соціально-правове значення так званої «побутової» корупції, яка наразі, відіграє роль вагомого чиннику гальмування реформ у нашій державі та відображає низову, однак, чи не наймасовішу ланку відтворення корупції загалом (О. М. Литвинов)\*. Тож у статті обґрунтуємо власну думку щодо того, на чому базується наше вихідне твердження.

Насамперед, одразу зазначимо, що нам видається дуже сумнівним у нинішніх ринкових відносинах існування організованих угруповань, які вчиняють *корупційні* злочини, метою яких не є бажання та прагнення отримання неправомірної вигоди для себе або третіх осіб. Використання корупції як засобу досягнення корисливої мети є однією з особливостей економічної злочинності в Україні. Це підтверджує теза Л. Аркуші, яка зазначає, що використання корумпованих зв'язків є обов'язковим елементом у діяльності формувань, які спеціалізуються на вчиненні злочинів у сфері економіки<sup>2</sup>.

Згадувана О. М. Литвиновим політична корупція, на нашу думку, теж має на меті використання політичними своєю статусу та адміністративного ресурсу для отримання матеріальних цінностей та іншої особистої вигоди. Тож підпадає під визначення економічної злочинності. Корупція і політика, у свою чергу, сьогодні є практично тотожними поняттями – на цьому акцентують не лише вчені, а й свідчать повідомлення ЗМІ, матеріали журналістських розслідувань. Щодо «побутової корупції», зазначимо, що вона не характерна для організованої корупції, тому ця «низова ланка» й залишилася поза межами нашого визначення.

Вчені, характеризуючи діяльність, зокрема, злочинної організації, звертають увагу на її основу – економічну складову. Члени цих формувань для досягнення своїх цілей використовують у взаємозв'язку корупцію і найнебезпечніші види насильства, включаючи тероризм і екстремізм. Такі формування є найбільшим суб'єктом підкупу посадових та інших осіб, що наділені державними або іншими повноваженнями, авторитетом і можливостями, з метою встановлення стійких корупційних зв'язків. Особливість структури злочинних співтовариств (злочинних організацій) – об'єднання декількох кримінальних утворень, що здійснюють різні за значимістю і змістом види кримінальної діяльності, яка може мати спрямованість від загальнокримінальної (насилницька, корисливо-насилницька, корислива) і економічної (відмивання грошових коштів, переведення їх в легальну економіку і ін.) до здійснення своєї діяльності легально, через створення комерційних і інших структур, добродійні фонди і інші організації, що супроводжується розвитком корупційних зв'язків із державними і правоохоронними органами<sup>3</sup>. На наш погляд, злочини корисливо-насилницької, корисливої спрямованості теж можна розглядати і як економічні. Не випадково А. Бойко зазначає про тенденцію «економізації» організованої загальнокримінальної злочинності<sup>4</sup>. Сьогодні вплив організованої злочинності на економічні процеси характеризують, окрім інших, і такі тенденції, як виникнення злочинних організацій якісно нового типу – корпоративних бізнес-структур, що мають легальний статус, поєднують легальні й нелегальні форми діяльності, використовують корупційні зв'язки в органах влади, правоохоронних органах і органах контролю<sup>5</sup>.

Під організованою економічною злочинністю вчені розуміють високоорганізовану та впорядковану конспіративну протиправну господарську діяльність у межах і під прикриттям законної діяльності, яка завдає істотної шкоди національній економіці і вчиняється злочинними організаціями з ієрархічною структурою, стійкою взаємодією й розподілом функцій та сформованою статусно-рольовою системою всередині організацій, що спрямована на отримання надприбутків, використовуючи корумповані зв'язки з державними чиновниками як для посилення своєї діяльності, так і для організації ефективного захисту від соціального контролю<sup>6</sup>. Успішне функціонування організованих злочинних угруповань у сфері економіки фактично неможливе без наявності корумпованих зв'язків<sup>7</sup>. О. Огородник виділяє цілу низку конкретних ознак прояву організованої злочинної діяльності, що супроводжується корумпованими зв'язками: складний спосіб учинення злочинних дій та забезпечення безпеки для конкретних учасників їх вчинення за участі в них декількох виконавців з чітким розподілом рольових функцій; характер спрямованості злочинних акцій, пов'язаних із одержанням великих грошових сум або дорогих матеріальних цінностей; ретельно продуманий (невипадковий) вибір об'єктів злочинного посягання; специфічна поведінка затриманих підозрюваних осіб (наприклад, відмова від дачі показань, що супроводжується погрозами слідчому тощо); часта відсутність свідків чи їх повна «неінформованість», нещирість потерпілих і свідків; швидке «спрацьовування» захисних засобів, характерних саме для злочинних організацій, які мають корумповані зв'язки, групи безпеки, «своїх» адвокатів (спроби підкупу або погрози слідчому і його близьким, тиск на слідчого з боку «впливових» осіб тощо)<sup>8</sup>. Наявність корумпованих зв'язків для організованих злочинних формувань і зв'язок корумпованого чиновни-

\* Відгук офіційного опонента д.ю.н., с.н.с. О. Г. Кулика на дисертацію Бусол Олени Юріївни «Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії» на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право і кримінологія; кримінально-виконавче право, 2015;

Відгук д.ю.н., проф. Литвинова О. М. на автореферат дисертації Бусол Олени Юріївни «Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії» на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право і кримінологія; кримінально-виконавче право, 2015.

ка з такими формуваннями – це оптимальне рішення для досягнення злочинного результату. Організована злочинність зацікавлена створити відповідні позиції у владних структурах для відстоювання в них своїх інтересів, забезпечення сприятливих умов для протиправної діяльності й уникнення відповідальності, а корупція натомість зацікавлена в розширенні можливостей організованих злочинних угруповань (фінансових, організаційних тощо). Тому широке поширення корупції неодмінно призводить до зростання організованої злочинності, а якісний і кількісний розвиток останньої неодмінно призводить до збільшення кількості корупційних проявів і підвищення небезпечності їх характеру<sup>9</sup>.

Корупція за своїм змістом, насамперед, економічна проблема, це – участь державних чиновників у комерційній діяльності для одержання особистого чи корпоративного прибутку; використання службового становища для «перекачування» державних коштів і матеріальних цінностей у комерційні структури і переведення грошей у готівку; надання пільг для своєї корпоративної групи (політичної, національної, кланової та ін.) з відтягненням державних ресурсів; використання службового становища для впливу на засоби масової інформації для здобуття особистої та корпоративної вигоди; використання посадовими особами, державними службовцями, депутатами, політичними діячами підставних осіб та родичів у комерційних структурах у цілях здобуття особистого чи корпоративного прибутку; використання службового становища для маніпулювання інформацією з метою одержання особистої та корпоративної вигоди; лобювання при прийнятті нормативних актів в інтересах певних угруповань; не переслідуване у кримінальному порядку зловживання службовим становищем у процесі приватизації, здавання об'єктів в оренду, ліцензування, квотування тощо. Тобто основне підґрунтя корупції, її детермінанти лежать насамперед в економіці. Саме з економіки криміналітет черпає кошти і засоби для свого існування<sup>10</sup>.

Дійсно, у Рамковій Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності від 21 липня 1997 р.<sup>11</sup> визначення поняття «організована злочинність» вказує на те, що корупція є одним із трьох основних засобів (два інші – насильство і залякування), які дають можливість ватажкам організованої злочинності отримувати прибуток, контролювати територію, зовнішні та внутрішні ринки, продовжувати свою злочинну діяльність і проникати у легальний економіку. Тож, коли йдеться про організовану *корупційну* злочинність, неможливо заперечувати її економічну основу.

Ми вважаємо, що в основі будь-якого корупційного злочину лежить економічна складова. Більше того, можна також згадати теорію американського економіста Г. Беккера, який у 1992 р. отримав нобелівську премію за поширення сфери мікроекономічного аналізу на цілий ряд аспектів людської поведінки. Його головною роботою на цю тему є стаття «Злочин і покарання: економічний підхід» (1968 р.)<sup>12</sup>. Г. Беккер виходив з того, що злочинці – не психопатичні особи і не жертви соціального впливу, а раціональні люди, поведінку яких можна передбачити в разі застосування до них певних обмежень та зважаючи на можливості, які вони мають. Тож вибір ними кримінальної поведінки слід сприймати як інвестиційне рішення в умовах ризику та невизначеності. Тому рівень злочинності повинен залежати від співвідношення користі, яку вони отримують від вчинення злочину, та витрат на його вчинення. Він визначатиметься різницею доходів від легальної і нелегальної діяльності, вірогідністю бути спійманим та засудженим, ступенем тяжкості покарання тощо. Якщо коротко, то в основі моделі Г. Беккера лежить простий принцип: злочин буде вчинений, якщо він вигідний злочинцю. Для оцінки вигідності він використовує навіть математичну формулу. Таким чином, теорія Г. Беккера говорить: для того, щоб зробити протидію корупції ефективною, необхідно підвищувати вигоду від чесної роботи (наприклад, збільшувати заробітну плату чиновників) і забезпечувати невідворотність покарання (покрощувати роботу правоохоронних органів). Інші заходи малоефективні або утопічні (як надія на те, що чиновник не «братиме» хабар тільки через свою високу моральність). Ми не зовсім підтримуємо точку зору Г. Беккера щодо неіснуючості моральних заходів, проте такий підхід вченого демонструє, що в основі корупційного злочину лежить економічна складова.

Використовуючи цей підхід, можна зробити висновок, що будь-який злочин, який має на меті отримання неправомірної вигоди для себе або третіх осіб, можна назвати економічним злочинцем, навіть якщо злочини вчинено не у сфері економіки і безпосереднім об'єктом злочинних посягань не є економічні відносини. Тож характерною ознакою економічної злочинності є корислива мотивація. Те саме повною мірою стосується й організованої злочинності. Отримання прибутку (великих грошових сум та матеріальних цінностей), збагачення, за нашими висновками, є основною метою злочинних співтовариств. Усі описані криминологами організовані злочинні групи і організації було створено для систематичного вчинення злочинів у вигляді промислу, бізнесу з метою отримання економічної вигоди. Ми поділяємо точку зору А. Никифорова, який вважає, що організована злочинність є частиною економічної злочинності<sup>13</sup>. Цілком згодні з думкою А. Бойка, що організована економічна злочинність – складне, синтезоване явище, яке має ознаки як організованої, так і економічної злочинності<sup>14</sup>.

За розробками В. Астаніна, організована корупція проявляється переважно в трьох взаємопов'язаних сферах: економічній, правоохоронній, політичній. Порядок пріоритетності визначений логікою розвитку організованої корупції. Отримані в результаті корупції незаконні доходи в економічній сфері легалізуються через підкуп представників правоохоронної сфери. Використання легалізованих доходів у політичній сфері також досягається за допомогою корупції (підкуп виборців, лобювання інтересів у правотворчій сфері). У такому сенсі організована корупція набуває інституційного характеру<sup>15</sup>.

Т. Мельничук звертає увагу, що «в документі Секретаріату ООН, підготовленому в період проведення VIII Конгресу ООН з попередження злочинності і поводження з правопорушниками (Гавана, Куба 27 серп-



ня – 7 вересня 1990 р.), зазначено, що одним формулюванням неможливо визначити численні види організованої злочинності, зумовлені різними факторами, у тому числі етнічними, економічними та ін. У наведеному документі Секретаріату ООН організовану злочинність у цілому охарактеризовано як «складні кримінальні види діяльності, які здійснюються в широких масштабах організаціями та іншими групами, що мають внутрішню структуру, які отримують фінансовий прибуток і здобувають владу шляхом створення й експлуатації ринків незаконних товарів і послуг». У цьому визначенні організованої злочинності акцентується увага на кінцевому результаті організованої злочинної діяльності – одержанні фінансового прибутку<sup>16</sup>.

Щодо саме організованої корупційної злочинності зауважимо, що одне з ключових слів у нашому визначенні є слово «різновид». Адже деякі сегменти економічної злочинності мають організований характер. Зазначимо, що види економічної злочинності залежать безпосередньо від об'єкта їх посягань. Особливістю корупційних злочинів є те, що, незважаючи на низку спільних ознак, вони можуть бути складовими й інших видів злочинів. Так, вони можуть належати до злочинів проти основ національної безпеки України, власності, виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина, проти правосуддя, у сфері господарської діяльності, службової діяльності, військових злочинів. Організована економічна злочинність, згідно з багатьма дослідженнями кримінологів, включає в себе такий елемент, як корупційна злочинність. Таким чином, ми дійшли висновку, що «організована корупційна злочинність» – це різновид економічної злочинності.

<sup>1</sup> Бусол О. Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Бусол Олена Юріївна ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2015. – 36 с. – С. 25.

<sup>2</sup> Аркуша Л. Коррупция – элемент организованной преступной деятельности / Л. Аркуша // Юрид. вестник. – 2000. – № 2. – С. 118–121.

<sup>3</sup> Севастьянов Д. Л. Противодействие организации преступного сообщества (преступной организации): криминологическое исследование : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Д. Л. Севастьянов. – Рязань, 2013. – 22 с.

<sup>4</sup> Бойко А. Організована економічна злочинність у період переходу України до ринкової економіки / А. Бойко // Вісник Львівського національного університету імені Івана Франка. – Серія «Юридична». – 2008. – № 46. – С. 169–177. – С. 171.

<sup>5</sup> Користін О. Є. Організована економічна злочинність в Україні: сучасний стан і стратегія протидії / О. Є. Користін, С. С. Чернявський // Юридичний часопис НАВС. – 2011. – № 1 (1): [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.naiu.kiev.ua/chasopis/materials/23>

<sup>6</sup> Бойко А. Вказана праця. – С. 176.

<sup>7</sup> Мельник М. І. Криминологічні та кримінально-правові проблеми протидії корупції : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Мельник Микола Іванович. – К., 2002. – 506 с. – С. 37.

<sup>8</sup> Огородник О. О. Корупція – тягар на етапі розвитку української державності / О. О. Огородник // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. – № 10. – С. 153–155. – С. 154.

<sup>9</sup> Жовнір О. З. Взаємозв'язок організованої злочинності та корупції в сучасному суспільстві / О. З. Жовнір // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика) : наук. практ. журнал. – 2009. – № 21. – С. 323–330. – С. 328–329.

<sup>10</sup> Невмержицький Є. В. Правові проблеми боротьби з економічною злочинністю і корупцією: навч. посіб. / Є. В. Невмержицький. – К.: АПСУ, 2005. – 415 с.

<sup>11</sup> Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності від 21 липня 1997 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_786](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_786)

<sup>12</sup> Becker G. S. Crime and punishment: an economic approach / G. S. Becker // Journal of Political Economy. – 1968. – Vol. 76. – № 2. – P. 169–217.

<sup>13</sup> Никифоров А. С. Контроль над преступностью в России / А. С. Никифоров // Государство и право, – 1994. – № 5. – С. 72.

<sup>14</sup> Бойко А. – Вказана праця. – С. 171.

<sup>15</sup> Астанин В. В. Антикоррупционная политика России: криминологические аспекты : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / В. В. Астанин. – М., 2009. – 37 с.

<sup>16</sup> Мельничук Т. В. Проблема нормативного определения понятия организованной преступности и ее форм / Т. В. Мельничук [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://criminology.onua.edu.ua/?p=503>

## Резюме

**Бусол О. Ю. Організована корупційна злочинність як різновид економічної злочинності.**

Стаття присвячена обґрунтуванню введення в науковий обіг поняття «організована корупційна злочинність» як різновиду економічної злочинності.

**Ключові слова:** корупція, організована злочинність, економічна злочинність, корупційна злочинність, різновид економічної злочинності, організована корупційна злочинність.

## Резюме

**Бусол Е. Ю. Организованная коррупционная преступность как разновидность экономической преступности.**

Статья посвящена обоснованию введения в научный оборот понятия «организованная коррупционная преступность» как разновидности экономической преступности.

**Ключевые слова:** коррупция, организованная преступность, экономическая преступность, разновидность экономической преступности, организованная коррупционная преступность.

Summary

**Busol O. Organized corruption crime as a form of economic crime.**

The article introduces a scientific concept of «organized crime corruption» as a form of economic crime.

**Key words:** corruption, organized crime, economic crime, corruption crime, a form of economic crime, organized corruption crime.

УДК 343.241(477)

**Д. В. КАМЕНСЬКИЙ**

*Дмитро Васильович Каменський, кандидат юридичних наук, доцент, науковий дослідник за програмою ім. Фулбрайта в коледжі права університету Стетсона (м. Галфпорт, США)*

**ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАНЬ ЗА ФЕДЕРАЛЬНІ ЕКОНОМІЧНІ ЗЛОЧИНИ В США:  
ВІД ЗАКОНОДАВЧОЇ ФОРМАЛІЗАЦІЇ ДО СУДОВОЇ ДИСКРЕЦІЇ**

Закон України № 4025-VI від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» (далі – Закон від 15 листопада 2011 р.), на підставі якого з вітчизняного КК було виключено одразу 16 статей – 202, 203, 207, 208, 214, 215, 217, 218, 220, 221, 223, 225, 226, 228, 234 і 235 створив значний резонанс як у суспільстві загалом, так і конкретно в юридичних наукових колах України. Дійсно, прийняття цього Закону стало чи не найбільшим реформуванням вітчизняного КК за весь час його офіційного існування.

На адресу цих радикальних законодавчих було написано чимало критичних зауважень, причому критика є конструктивною та, з точки зору доктрини кримінального права, цілком виправданою. Однією з основних підстав для критики стало суттєве реформування санаційного апарату господарських злочинів, а також зміна критеріїв класифікації злочинів (ст. 12 КК) і редагування порядку застосування покарань у вигляді штрафу (ст. 53 КК).

Так, у висновку Головного науково-експертного управління апарату Верховної Ради України на проект Закону від 15 листопада 2011 р. були зроблені наступні критичні зауваження в частині розмірів і порядку застосування кримінальних покарань за господарські злочини: 1) надмірність і практична недоцільність встановлення максимального розміру покарання у виді штрафу у 50 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – н.м.д.г.) або 850 тис. грн. (якщо при цьому статтями Особливої частини Кодексу не передбачено вищого розміру штрафу); 2) така, що руйнує засади диференціації суспільно небезпечних діянь, невідповідність між покладенням штрафу в основу класифікації злочинів за ст. 12 КК та закріпленою в ст. 51 КК системою покарань, що логічно побудована за принципом від «від найлегшого до найтяжчого виду покарань»; 3) необґрунтованість і навіть соціальна несправедливість закріпленого у ч. 5 ст. 53 КК України підходу, згідно з яким у разі несплати штрафу в розмірі понад 3 тис. н.м.д.г. призначеного як основне покарання, суд у визначених межах замінює несплачену суму штрафу покаранням у виді позбавлення волі (аж до 12 років); 4) неадекватність та колізійність з нормами цивільного законодавства положення ч. 2 ст. 53 КК, відповідно до якого у разі передбачення в законі основного покарання у виді штрафу понад 3 тис. н.м.д.г., розмір штрафу, що призначається судом, не може бути меншим за розмір майнової шкоди, завданої злочинцем, або отриманого внаслідок вчинення злочину доходу (незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією статті про злочин); 5) нарешті необґрунтованість та невиправданість підходу щодо відмови в більшості збережених складів господарських злочинів, у т.ч. у кваліфікованих та особливо кваліфікованих складів, від інших основних видів покарань, включаючи позбавлення волі, із їх заміною переважно на штраф<sup>1</sup>. Для довершеності сумної картини тут можна додати і не зовсім зрозумілий з позицій підстав криміналізації суспільно небезпечних діянь крок законодавця в частині переведення деяких господарських заборон у площину адміністративно-правового регулювання.

Наш аналіз практики призначення покарань за злочини у сфері господарської діяльності після вступу гуманізаційних змін у силу, здійснений на підставі опрацювання матеріалів Єдиного державного реєстру судових рішень, свідчить про вкрай поблажливе ставлення українських судів до таких зловживань<sup>2</sup>. Дійсно, у резолютивній частині значної кількості вироків фігурує посилення на звільнення від відбування покарання з випробуванням (ст. 75 КК України), а покарання у вигляді штрафу часто перебуває в нижній половині законодавчо встановленого спектру санкції. При всьому цьому чимало господарських злочинів мають безперечно високий ступінь суспільної небезпечності, про що свідчать встановлені судами фактичні обставини. Тут доречно звернутись до отриманих А. І. Золотарьовим результатів огляду судової практики в частині застосування ст. 75 КК, що вказують на незначний відсоток (12,5 %) кримінальних справ, у яких суди призначили

відшкодування заподіяних господарським злочином збитків<sup>3</sup>. Із цим дійсно важко погодитись, особливо враховуючи той факт, що власне майнова шкода виступає криміноутворюючою ознакою більшості суспільно небезпечних діянь розділу VII Особливої частини КК України.

У спільній науковій роботі, присвяченій аналізу реалізованої гуманізації кримінального закону в частині відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності, В. М. Попович та В. Б. Дацюк доходять узагальненого висновку, що зроблені українським законодавцем не витримують жодної критики – вони руйнують усталені засади законодавчої техніки та кримінально-правової доктрини. Іронію і водночас фрустрацію викликає слушне порівняння авторами податкового переслідування сумнозвісного мафіозі Аль-Капоне, у результаті якого гангстер нарешті потрапив за ґрати, із вітчизняними ділками-махінаторами, для яких законодавець зробив щедрий подарунок – покарання у вигляді штрафу, незалежно від розміру несплачених податків. Справді, «як ми будемо карати наших Аль Капоне»<sup>4</sup>?

Як бачимо, підстав для серйозної критики тут дійсно вистачає. Особливу занепокоєність викликає та обставина, що під виглядом так званої «гуманізації» вітчизняний законодавець насправді здійснив, з одного боку, фактичне посилення кримінально-правової репресії (в частині збільшення розмірів кримінальних штрафів, їх заміни позбавленням волі та прив'язуванням, в окремих випадках, до розміру заподіяної злочином шкоди), а з іншого – вкрай небезпечно порушив усталений і цілком логічний баланс між характером суспільно небезпечних діянь та відповідною їм системою покарань.

Як слушно зазначила з цього приводу О. В. Скворцова, із одного боку, прийнятий Закон видається гуманним, оскільки частина економічних злочинів була декриміналізована, а покарання за інші було знижено до рівня штрафів. З іншого боку, розміри штрафів за економічні злочини в більшості випадків не обмежені конкретною сумою, що дає підставу говорити про фактичне збільшення кримінальної відповідальності за такі діяння<sup>5</sup>. Хоча таке твердження сприймається як занадто категоричне, воно водночас спонукає нас замислитись над дійсно недалекою жорсткістю законодавчого експерименту щодо гуманізації – відбулось серйозне зменшення обсягу криміналізації суспільно небезпечних посягань на національну економіку на фоні суттєвого збільшення розміру покарання у вигляді штрафу, а також на фоні існування можливості заміни штрафу позбавленням волі.

Деяко більш оптимістично гуманізаційні спроби Верховної Ради сприймає О. В. Скворцова. Дослідниця вважає, що зміни відповідальності за економічні злочини кореспондують з прагненням привести кримінальне законодавство в цій частині до європейських стандартів, оскільки надмірна криміналізація діянь шкодить як інтересам вітчизняного бізнесу, так і інтересам держави. На наш погляд, стан речей у сфері вітчизняного бізнесу за останні чотири роки, не дає особливих підстав для оптимізму. Навпаки, вітчизняні реалії розвитку бізнесу, якщо це можна назвати розвитком, за останній час демонструють стійке зміцнення і поширення позицій криміналітету в економіці. За умов, коли корупція проникла й успішно закріпилась практично у всіх сферах національної економіки, починаючи від роздрібною торгівлі товарами широкого вжитку і закінчуючи складними офшорними схемами українських олігархів, за умов, коли багатомільярдні капітали комфортно обертаються на сірих та чорних ринках, приносячи стабільно високі доходи їх власникам, за умов, коли сплата належних податків, створення нових робочих місць та співпраця з регуляторними органами не заохочується, а, навпаки, «може бути використано проти тебе», говорити про європейські стандарти, про прозорість і впевнений розвиток виробництва поки що не доводиться.

Критичне осмислення зміни такої комплексної зміни координат в частині призначення покарань за господарські зловживання в Україні спонукало нас вийти за межі традиційних наукових дискусій про те, як виправити зроблені помилки власними зусиллями на підставі власних наукових ресурсів і досліджень національного кримінального права. Наш погляд привернув заокеанський досвід кримінально-правового реагування на економічні злочини, який протягом останніх декількох років був підданий серйозній перевірці на міцність серією гучних справ про масштабні білокомірцеві зловживання. Дійсно, було цікаво подивитись на дієвість кримінально-правових санкцій у США не лише під кутом традиційних підходів науки та теорії, а й з позицій ставлення учасників кримінального процесу та пересічних громадян до закону, правопорядку, справедливості та невідворотності покарання. Виявляється, що в США це є не просто красивими нездійсненними лозунгами, а реальність правозастосування. Автор цих рядків мав достатньо можливостей перевірити на власні очі дієвість (навіть жорсткість) системи призначення і застосування покарань у США.

Окремі проблемні питання призначення та звільнення від відбування покарань за господарські злочини на сучасному етапі розвитку кримінального законодавства України ставали предметом наукових досліджень П. П. Андрушка, О. О. Дудорова, А. І. Золотарьова, Н. О. Гуторової, В. М. Поповича, М. І. Хавронюка та інших. З американського боку проблеми теорії та практики призначення покарання за федеральні економічні злочини вивчали, поміж інших, професори Джон Бейкер, Стюарт Грін, Люсіан Дерван, Пол Ларкін, Еллен Подгор, Пітер Хеннінг.

Центральним елементом федеральної моделі призначення покарань за економічні злочини в США є правила призначення покарань (*англ.* – United States Sentencing Guidelines, далі у цій статті – правила). Правила були офіційно затверджені Актом про реформування порядку призначення покарань 1984 р., що набув чинності у 1987 р. і встановлював суворо визначену систему покарань, скасовував умовно-дострокове звільнення, обмежуючи максимальне зменшення терміну відбування покарання у вигляді позбавлення волі на рівні п'ятдесяти чотирьох днів на рік, починаючи з другого року. Одним із головних задумів Конгресу під час ухвалення федеральних правил було забезпечення одноманітності в порядку відбування покарань – кожен засуджений повинен відбутися повний строк призначеного покарання без будь-яких «знижок».

Комісію з призначення покарань було створено як незалежний орган зі спеціальними повноваженнями у структурі судової гілки влади. Параграф 991(a) розділу 28 Зібрання законів США передбачає структуру відомства, а також ключові завдання діяльності Комісії: 1) розробити і затвердити каральну політику та практики для застосування у федеральній системі кримінального правосуддя з урахуванням закріплених у § 3553(a)(2) КК США цілей покарання; 2) забезпечити передбачуваність і справедливість призначення кримінальних покарань, уникаючи непотрібних розбіжностей між засудженими зі схожими кримінально-правовими статусами, які вчинили подібні злочини, водночас пропонуючи судам достатню гнучкість для застосування індивідуальних покарань із застосуванням особливих для кожної кримінальної справи пом'якшуючих чи обтяжуючих обставин; 3) враховувати розвиток знань про людську поведінку в частині їх застосування до сфери кримінального правосуддя та 4) розробляти критерії для моніторингу ефективності призначення, відбування покарань та виправлення засуджених у контексті співставлення із законодавчо визначеними цілями покарання.

У свою чергу параграф 3553(a) федерального КК нормативно закріплює наступні обставини, які суд повинен враховувати під час призначення адекватного кримінального покарання. Серед них: 1) природа та обставини злочину, а також історія та індивідуальні характеристики підсудного; 2) пряма вимога, щоб застосоване покарання: відображало рівень тяжкості злочину, стимулювало повагу до закону, а також забезпечувало справедливість покарання; забезпечувало належний попереджувальний вплив на кримінальний вчинок; захищало суспільство від можливої кримінально караної поведінки засудженого в майбутньому; та надавало засудженому необхідну освітню та професійну підготовку, медичне забезпечення, чи іншу підтримку в найбільш ефективний спосіб; 3) види та розміри покарань, доступні до застосування відповідно до конкретної норми кримінального закону; 4) конкретні розміри покарань відповідно до положень федеральних правил призначення покарань; 5) вимоги програмних (процедурних) документів Комісії з призначення покарань, що доповнюють чи деталізують правила призначення покарань; 6) необхідність уникати невинуватих розбіжностей у покараннях серед підсудних із подібними кримінально-правовими статусами та засуджених за подібні злочини та 7) необхідність забезпечити відшкодування будь-якої шкоди, завданім потерпілим унаслідок протиправного діяння<sup>6</sup>.

Одним із важливих досягнень правил призначення покарань стало змістовне прирівнювання їх положень в частині застосування як до представників так званої загальної (вуличної) злочинності, так і до осіб, винних у скоєнні білокомірцевих (економічних) злочинів. Як зазначив сенатор Едвард Кеннеді, один із двох співавторів законопроекту про створення Комісії та правил, одним із найважливіших завдань Акту 1984 р. була ліквідація дворівневої системи правосуддя, за існування якої білокомірцеві злочинці отримували більш поблажливі вирoki від судів за прояви шахрайства, тоді як за побідні дії «на вулиці», тобто в загальнокримінальних умовах, особи отримували значно суворіші покарання<sup>7</sup>.

Акт про реформування порядку призначення покарань зобов'язував суди призначати покарання виключно у межах його чотирьох видів: пробачії, штрафу, позбавлення волі та умовного звільнення (пізніше скасованого). Під час вибору одного чи декількох покарань із цього переліку суди зобов'язувались враховувати широке коло цілей та обставин, у т.ч. поточні правила та програмні роз'яснення, ухвалені Комісією з призначення покарань. Водночас, незважаючи на широке коло обставин, що повинні враховуватися судами під час призначення кримінальних покарань, Акт Конгресу водночас не давав судам широких дискреційних повноважень під час призначення конкретних покарань. Навпаки, Акт нормативно зв'язував судів конкретними межами покарань, передбаченими правилами призначення покарань, виходити за які категорично заборонялось. Єдиним виключенням із цієї вимоги було передбачене § 3553(b)(1) встановлення судом обтяжуючої чи пом'якшуючої обставини такого виду чи ступеня, що не враховані достатньою мірою правилами призначення покарань, програмними роз'ясненнями чи іншими офіційними коментарями Комісії.

Така суворо регламентована практика призначення федеральних покарань існувала до 2005 р., коли Верховний Суд США (далі у цій статті – ВС США) ухвалив рішення у справі Букера<sup>8</sup>. Цим рішенням було кардинально змінено алгоритм застосування § 3553 КК США в судовій практиці. Спираючись на свої раніше винесені рішення, ВС США сформулював і обґрунтував висновок, що обов'язкова система призначення покарань на підставі положень § 3553(b)(1) конфліктує з передбаченим Шостою Поправкою до Конституції США правом особи на суд присяжних та з винесенням основних питань, пов'язаних із засудженням і покаранням, на розсуд журі присяжних. Іншими словами, мала місце практика, коли замість того, щоб враховувати висновки, зроблені присяжними під час слухання справи, Суд керувався виключно законом.

Після рішення по справі Букера, у процесі призначення покарання суд, як і раніше, повинен спочатку ознайомитись із правилами призначення покарань та з кореспондуючими програмними роз'ясненнями Комісії, однак він більше не зобов'язаний їм підкорятися. Іншими словами, відтепер нормативні правила призначення покарань слугують лише одним із багатьох зазначених вище факторів за § 3553(a), на підставі опрацювання яких суд і призначає конкретне покарання. Єдиною імперативною вимогою тут залишається правило «раціональності» – суд повинен застосувати покарання в достатньому обсязі, однак не більше за необхідне.

Також загальним процесуальним правилом, передбаченим § 3553(c) є те, що суд повинен у відкритому засіданні перерахувати і пояснити причини призначення конкретного виду і розміру покарання, якщо воно виходить за межі, передбачені правилами призначення покарань.

Рівень тяжкості злочину за правилами визначається шляхом встановлення базового рівня для конкретного злочину та, у необхідних випадках специфічних характеристик і корегувань. На додаток до встановлен-

ня базового рівня злочину опис кожного виду злочину для цілей покарання передбачає типові характеристики, які, залежно від обставин конкретної справи, можуть застосовуватися або ні. У разі застосування ці характеристики, як правило, підвищують рівень злочину та, відповідно, покарання. Вони включають: 1) більше аніж мінімальне планування; 2) розмір заподіяної шкоди та 3) заподіяння тілесного ушкодження.

Досить унікальний за змістом і часто цитований у контексті призначення покарань за економічні злочини документ, а саме – меморандум про обґрунтування покарання, було видано федеральним судом східного округу штату Нью-Йорк у справі Сполучені Штати проти Перріса (2008 р.). У преамбулі процесуального документа суддя Блок зазначив, що він призначив покарання двом засудженим у розмірі 60 місяців, у той час як правила призначення покарань рекомендували від 360 місяців до довічного позбавлення волі. Ця справа, на думку суду, у черговий раз підкреслювала нерациональний підхід правил до засудження за шахрайства з цінними паперами, оскільки правила часто піддавалися змістовній критиці за нагромадження «балів» – необґрунтоване підвищення рівня тяжкості злочину і відповідно, збільшення розміру покарання<sup>9</sup>.

У детальній і водночас послідовній манері суд розкрив причини свого рішення зменшити фактично призначене покарання на 300 місяців порівняно з рекомендованими правилами. Було зазначено, що, хоча присяжні й визнали засуджених винними у змові на шахрайство з цінними паперами, у шести епізодах шахрайства з цінними паперами, одному епізоді змови на фальсифікацію показів свідка та власне у протиправному впливі на свідка, їх поведінка, хоча і заслуговує на призначене суворого покарання, водночас не має такої магнітуди, порівнюваної з масштабними шахрайськими зловживаннями бізнесменів, які своїми діями заподіюють багатомільйонні збитки компаніям, їх працівникам та акціонерам, та врешті-решт державі. При цьому у всіх тих гучних кримінальних справах призначене покарання було навіть нижчим за рекомендований правилами мінімум.

Далі суд звернувся до фактичних обставин кримінальної справи. Він зазначив, що брати Перріс випустили серію ділових буклетів для потенційних інвесторів, у яких вони активно з використанням неправдивої інформації рекламували свою компанію «Queench, Inc.» та її новий продукт – бутильовану воду з такою ж назвою. Унаслідок створення штучного ажіотажу, акції компанії стрімко пішли вгору і бізнесмени змогли заробити 2,5 млн дол., які було перераховано на рахунок третьої компанії, контрольованої одним із братів. Загальні збитки інвесторам, спричинені поширенням фіктивної ділової інформації, склали 4,9 млн дол.

Окружний суд зазначив, що звіт щодо потенційного вироку (англ. – Presentence Report), складений із урахуванням вимог, встановлених правилами призначення покарань, передбачав підвищення рівня покарання на 42 бали. При цьому базовий рівень тяжкості злочину визначався на рівні 7 балів, до якого додавались наступні критерії збільшення покарання: 1) плюс 18 балів, оскільки шахрайство з цінними паперами заподіяло збитки на суму понад 2,5 млн дол.; 2) плюс 6 балів, оскільки шахрайська схема заподіяла шкоду більше ніж 250 потерпілим, у цьому випадку – інвесторам/акціонерам; 3) плюс 2 бали, оскільки схему було реалізовано із застосуванням спеціальних засобів (знарядь); 4) плюс 4 бали, оскільки підсудні були офіційними представниками чи директорами публічної компанії; 5) плюс 3 бали, оскільки підсудні були менеджерами або керівниками під час здійснення протиправної діяльності, в якій брали участь п'ять або більше учасників; 6) плюс 2 бали, оскільки підсудні вчинили перешкоджання здійсненню правосуддя шляхом незаконного впливу на свідка, а також шляхом надання підроблених документів та неправдивих свідчень Комісії з цінних паперів під час офіційного розслідування.

Суд запропонував мотивоване, детальне пояснення кожній із шести позицій збільшення розміру покарання. А далі визнав, що без створення ВС США прецеденту у справі Букера йому не залишалось би нічого іншого як застосувати «драконівське», необґрунтоване з позицій тяжкості злочину покарання. Нью-йоркський суд також звернув увагу на загальнонаціональну статистику винесення вироків за шахрайства з цінними паперами і дійшов висновку про те, що, на додаток до всіх інших обставин, які мають вплив на покарання, у тих справах, де засуджений не співпрацював із обвинуваченням і був визнаний винним у заподіянні шкоди на суми понад 100 млн дол., вирок становив двозначні числа в роках. А в тих випадках, де заподіяна злочином шкода не перевищувала 100 млн дол., покарання становило всього декілька років. Відповідно, вимога справедливості спонукала суддю конкретно в цій справі призначити більш пом'якшене покарання порівняно з тими шахраями, які діяли у значно більш суспільно небезпечних масштабах.

Під час проведеного Комісією з призначення покарань США у вересні 2013 р. симпозиуму з питань застосування покарань за економічні злочини учасники цього заходу майже одноголосно звернули увагу на наявність системних проблем, пов'язаних з невинуватою суворістю покарань за білокомірцеві порушення, навіть у порівнянні з загальнокримінальними насильницькими злочинами, такими як убивство чи зґвалтування. Особливою конструктивністю та ретельністю підготовки відзначився звіт групи експертів Американської асоціації юристів. У цьому документі розробники змін до порядку визначення покарання за економічні злочини активно обстоюють позицію про те, що розмір покарань за економічні зловживання не повинен перебувати в безпосередній залежності від розміру заподіяної матеріальної шкоди, а повинен враховувати ще й ступінь винності засудженого і вплив жертв на розвиток злочину та на його наслідки<sup>10</sup>. Наприклад, якщо акціонери корпорації, бажаючи збільшити доходність своїх акцій, безпосередньо спонукали президента компанії проводити більш агресивну ділову політику, яку пізніше слідством було визнано протиправною діяльністю, то поведінку акціонерів та її наслідки також необхідно враховувати у процесі призначення кримінального покарання засудженому керівнику.

На підставі розглянутого вище прикладу з судової практики США, що, до речі, є симптоматичним для всієї системи призначення кримінальних покарань за економічні злочини, маємо можливість спостерігати за

проявом такого негативного явища як проблема відсутності індивідуалізації покарання. Дійсно, як справедливо звертають увагу науковці та судді, неперсоніфікований і суто арифметичний підхід, за якого враховується лише розмір заподіяної шкоди і водночас не беруться до уваги інші важливі обставини (особа винного, його професіональні характеристики, готовність визнати свою вину та співпрацювати зі слідством, ступінь впливу на прийняття ділових рішень у компанії та багато інших) є дефективним, він аж ніяк не сприяє утвердженню засад соціальної справедливості у процесі здійснення кримінального судочинства. Виявляється, що досягнення справедливості у сфері призначення кримінальних покарань залишається актуальним питанням не лише для вітчизняного законодавця та правозастосовувача, а й для їх американських колег.

<sup>1</sup> Висновок Головного науково-експертного управління апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності)» від 05.10.2011 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=41271](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=41271)

<sup>2</sup> Єдиний державний реєстр судових рішень. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>

<sup>3</sup> *Золотарьов А. І.* Звільнення від кримінальної відповідальності, від покарання та його відбування за злочини у сфері господарської діяльності: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Золотарьов Анатолій Іванович. – Х., 2007. – С. 184–185. – 222 с.

<sup>4</sup> *Попович В. М., Дацюк В. Б.* Гуманізація кримінального законодавства України: проблеми, виклики та загрози / В. М. Попович, В. Б. Дацюк // *Держава і право.* – 2012. – Вип. 56. – С. 408–409. – С. 405–410.

<sup>5</sup> *Скворцова О. В.* Гуманізація відповідальності за злочини у сфері економіки в сучасному кримінальному законодавстві України / О. В. Скворцова // *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского Серия «Юридические науки».* – Том 26. – 2013. – № 1. – С. 286. – С. 284–288.

<sup>6</sup> 18 U.S. Code § 3553 – Imposition of a sentence. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3553>

<sup>7</sup> Legislative History. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/news/congressional-testimony-and-reports/departures/200310-rtc-downward-departures/AppBFNL.pdf>

<sup>8</sup> *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

<sup>9</sup> *United States v. Parris*, 573 F.Supp. 2d 744 (E.D. N.Y. 2008).

<sup>10</sup> A Report on Behalf of The American Bar Association Criminal Justice Section Task Force on The Reform of Federal Sentencing for Economic Crimes. Final Draft, November 10, 2014. [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/unclassified/criminal\\_justice/economic\\_crimes.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/unclassified/criminal_justice/economic_crimes.authcheckdam.pdf)

### Резюме

**Каменський Д. В. Призначення покарань за федеральні економічні злочини в США: від законодавчої формалізації до судової дискреції.**

Наукову статтю присвячено дослідженню актуальних питань призначення кримінальних покарань за економічні злочини в США. Також критично проаналізовано вплив законодавчих змін в частині гуманізації відповідальності за господарські злочини на нормативно-закріплені підходи та практику призначення судами покарань за такі суспільно небезпечні посягання в Україні. Зроблено висновок про те, що на сучасному етапі розвитку і вітчизняної, і американської моделей покарань за злочини економічного спрямування їм бракує об'єктивності та соціальної справедливості.

**Ключові слова:** господарський злочин, кримінальне покарання, формалізація, судовий прецедент, правила призначення покарань.

### Резюме

**Каменский Д. В. Назначение наказаний за федеральные экономические преступления в США: от законодательной формализации к судебной дискреции.**

Научная статья посвящена исследованию актуальных вопросов назначения уголовных наказаний за экономические преступления в США. Также критически проанализировано влияние законодательных изменений в части гуманизации ответственности за хозяйственные преступления на нормативно-закрепленные подходы и практику назначения судами наказаний за такие общественно опасные посягательства в Украине. Сделан вывод о том, что на современном этапе развития и отечественной, и американской моделей наказаний за преступления экономической направленности им не хватает объективности и социальной справедливости.

**Ключевые слова:** хозяйственное преступление, уголовное наказание, формализация, судебный прецедент, правила назначения наказаний.

### Summary

**Kamensky D. Imposing punishment for federal economic crimes in the United States: from legislative formalization to judicial discretion.**

The scientific article is devoted to research of current issues of criminal punishment imposition for economic crimes in the USA. Impact of the legislative changes in the humanization of responsibility for economic crimes enshrined in the regulatory approaches and the practice of judicial imposition of penalties for such socially dangerous encroachment in Ukraine are also critically analyzed. It is concluded that at the current stage of the development of both national and American models of penalties for economic crimes lack both objectivity and social justice.

**Key words:** economic crime, criminal penalties, formalization, legal precedent, sentencing guidelines.

**С. П. КУЧЕВСЬКА**

*Світлана Петрівна Кучевська, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Львівського національного університету імені Івана Франка*

**ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 336 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ  
УКРАЇНИ В СУЧАСНИХ УМОВАХ**

Однією з умов досягнення мети справедливого застосування кримінально-правової норми є дотримання принципів кримінально-правової кваліфікації, серед яких і принцип повноти та принцип вирішення спірних питань на користь особи, дії якої кваліфікуються. Принцип повноти передбачає, зокрема, що при кваліфікації використані всі чинні правові норми і до уваги прийняті усі структурні елементи кожної норми<sup>1</sup>. Принцип вирішення спірних питань на користь особи, дії якої кваліфікуються, означає, що всі сумніви повинні тлумачитися на користь підсудного, незрозумілість закону, його недоліки не повинні погіршувати становище громадянина, індивідуальні права громадянина мають пріоритет над правами держави і суспільства<sup>2</sup>. Загальновизнаною тенденцією при застосуванні кримінально-правових норм стало орієнтування на ті цінності, які описав свого часу Нікколо Макіавеллі: «постановляючи вирок, треба керуватися людяністю, передбачливістю та милосердям»<sup>3</sup>.

Дотримуючись вищезгаданого принципу повноти, варто пам'ятати, що визнаним у теорії кримінально-правової кваліфікації стало положення, згідно якого джерела, що не належать до кримінального закону, можуть виступати додатковими підставами кримінально-правової кваліфікації. В основі цього твердження те, що кримінально-правова норма є однією зі складових усієї правової системи, вона виражається також у нормативних актах інших галузей права, а також у положеннях, які виробляються у правозастосовній практиці. У таких випадках говорять про «бланкетні диспозиції статей КК». Злочини, відповідальність за які передбачена статтями з бланкетними диспозиціями, мають змішану протиправність – і кримінально-правову, і передбачену іншими галузями права. Тому кваліфікація неможлива без їх використання<sup>4</sup>. Це повною мірою стосується і застосування ст. 336 КК України, форма викладу норми у якій носить характер бланкетної. Особливо актуальним розгляд цієї статті стає в сучасних умовах через притягнення до кримінальної відповідальності за ухилення від призову за мобілізацією при проведенні такої в контексті антитерористичної операції на сході України.

У зв'язку з останніми подіями, які мають місце на теренах України, до кримінальної відповідальності за ухилення від призову за мобілізацією притягнуто вже значну кількість осіб. Суди переважно займають однакову позицію в оцінці фактів і однастайні в розумінні низки норм<sup>5</sup>. Одночасно, застосування ст. 336 КК України в сьогоденних умовах не є безпеліційним, підтвердженням чому є чимало висловлених з боку фахівців права думок про те, що при мобілізації, яка сьогодні відбувається, кримінальна відповідальність не повинна наставати<sup>6</sup>. Непоодинокі твердження, що зараз є фактично военний час, а тому мобілізація законна, інколи наявність такого часу не вважають взагалі важливим для проведення мобілізації – все це свідчить про неоднакову оцінку нормативних положень.

Як показує аналіз низки кримінальних справ, суди, при обґрунтуванні своїх рішень про притягнення до кримінальної відповідальності за ухилення від призову за мобілізацією, посилаються на ті ж самі положення, зокрема ст. 65 Конституції України, п. 9 ст. 1 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу», ст.ст. 1, 3, 22, 23 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію». В усіх випадках констатується, що мали місце мета ухилитися від призову за мобілізацією, усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру своїх дій, передбачення суспільно небезпечних наслідків таких дій і бажання їх настання. Суди керуються формальним правилом: раз є мобілізація, отже, і ухилення від такої є кримінально-протиправним. Поряд із тим, наявність самого факту мобілізації (навіть якщо не ставити питання про законність такої, що має здійснюватися в рамках іншого судочинства) ще не визначає, на переконання автора, правильність застосування ст. 336 КК України.

У цьому зв'язку доцільно звернути увагу на інші положення, зокрема й названих нормативних актів, аналіз яких залишається поза межами судового розгляду. Увагу привертають, зокрема, Закон України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції», Закон України «Про боротьбу з тероризмом», Закон України «Про Збройні Сили України», Закон України «Про оборону України», Закон України «Про правовий режим воєнного стану», Положення про проходження громадянами України військової служби у Збройних Силах України, окремі укази Президента України, а саме – Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 13 квітня 2014 р. «Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності України», висновки Конституційного Суду України. Потрібно пам'ятати, що зміст окремих понять, процедур тощо нерідко розкривається за рахунок тлумачення усієї сукупності правових норм, які можуть бути розміщені в різних актах. Із даних актів випливає наступне:

1) законодавчо визначено, що зараз період проведення антитерористичної операції. Антитерористична операція і оборонна діяльність у зв'язку з нападом на державу (чи підготовка до такої у разі реальної загрози нападу) за своєю природою є різними заходами і тому регулюються різними законодавчими актами. Більше того, законодавець передбачив, які суб'єкти безпосередньо здійснюють боротьбу з тероризмом. Громадяни можуть бути залучені до участі в антитерористичних операціях лише за їх згодою. За загальним правилом, антитерористична операція проводиться у мирний час, оборонна – у воєнний;

2) у разі проведення широкомасштабних, складних антитерористичних операцій можуть залучатися сили і засоби Збройних Сил України. Останні мають право на застосування і використання зброї та бойової техніки в мирний час, зокрема, для забезпечення під час проведення антитерористичної операції виконання низки завдань. Діяльність Збройних Сил України у певних напрямках здійснюється в чинному складі. Нормативно закріплене положення, що Збройні Сили України, в разі їх залучення до проведення антитерористичної операції, – забезпечують виконання відповідних завдань із застосуванням наявних сил та засобів. Їхнє ж доукомплектування має відбуватися згідно чітко визначених правил і щодо визначених напрямів;

3) під час мобілізаційної підготовки та мобілізації на громадян покладається обов'язок з'явитися за викликом до військових комісаріатів, але для постановки на облік та визначення призначення на воєнний час. Обов'язок з'явитися до військових частин або на збірні пункти військових комісаріатів покладається на громадян під час мобілізації та переведення, зокрема, військових формувань на штати воєнного часу<sup>7</sup>. Для мети оборони держави, власне, і ведеться облік військовозобов'язаних. Одне з закріплених нормативно формувань, що підтверджує цільовий характер залучення військовозобов'язаних: виконання військовозобов'язаними військового обов'язку в запасі у мирний час полягає в додержанні порядку та правил військового обліку, проходження зборів, збереженні та вдосконаленні знань, навичок і умінь, необхідних для виконання обов'язків військової служби у воєнний час відповідно до військових та інших спеціальностей;

4) оборону держави становлять заходи держави, спрямовані на підготовку до збройного захисту та її захист у разі збройної агресії проти України або збройного конфлікту. Доповнюється це визначення і іншими законодавчими положеннями – тими, які визначають, коли виникає право Президента України на прийняття рішення про мобілізацію і застосування Збройних Сил України, введення воєнного стану, а саме – коли є загроза нападу на Україну, небезпека державної незалежності України. Тут важливим є з'ясування змісту кожного поняття, зокрема і згідно міжнародного права, законодавче регулювання можливості обмежень конституційних прав та свобод, законодавче розуміння військової служби та обов'язків, які покладаються на громадян.

Збройна агресія передбачає застосування іншою державою або групою держав збройної сили проти України. Очевидно, що цей факт повинен бути констатований не на рівні антитерористичної операції. Для вірного розуміння загрози нападу в контексті проведення мобілізації важливо враховувати дві обставини. По-перше, конституційні права та свободи людини і громадянина є непорушними. Їхнє обмеження можливе лише тимчасово і у виключних випадках. Як випливає з Основного Закону, такі можуть мати місце лише в умовах воєнного або надзвичайного стану із зазначенням строку дії таких. Не бачимо підстав заперечувати, що мобілізація також передбачає, в силу свого характеру, ряд обмежень конституційних прав та свобод громадян, яких мобілізують. Ці обмеження логічні і виправдані лише за умови необхідності виконання конституційного обов'язку з захисту Вітчизни. Відповідний обов'язок, з врахуванням змісту ст.64 Конституції України, безпосередньо реалізується в рамках воєнного стану в державі. За інших умов – буде суперечність з наведеною статтею Конституції. І цю суперечність вже вбачають на фоні низки подій в Україні, зокрема, що стосується заяв про обмеження свободи пересування. По-друге, доцільно провести аналогію з кримінально-правовим поняттям «нападу», яке характеризується раптовістю, агресивністю, короткочасністю, насильницьким характером. Проведення мобілізації у випадку загрози нападу повинно відбуватися лише за умови очевидності такого нападу, його невідворотності. Спірною, законодавчо суперечливою видається думка, що можна обмежувати конституційні права громадян невизначений період при розтягнутості загрози нападу на невизначену кількість років.

Поняття збройного конфлікту має два значення – як збройний конфлікт міжнародного та неміжнародного характеру. Однак жодне з тих значень, які вкладаються в поняття збройного конфлікту міжнародним гуманітарним правом, не охоплює, на думку автора, поняття тероризму. Відмінність полягає не лише в нормативних актах (зокрема, міжнародних), які регулюють поведінку суб'єктів збройного конфлікту чи визначають протиправність терористичного акту. Абсолютно кардинально протилежними є цілі, які переслідують відповідні суб'єкти, різний їх статус, можливості ідентифікації таких суб'єктів, покладення на них зобов'язань за міжнародним гуманітарним правом, можливості застосування окремих принципів (наприклад, принципу рівності сторін збройного конфлікту) тощо<sup>8</sup>. Загалом, поширеною та виправданою є позиція, що повинно бути чітке розмежування між «юридичними режимами збройного конфлікту та тероризму», адже від цього залежить вирішення низки важливих питань<sup>9</sup>. За загальним правилом, боротьба з тероризмом не тягне і не повинна передбачати застосування збройних сил, а передбачає використання внутрішніх державних резервів, які становлять відповідні державні органи, без залучення самих збройних сил. Терористичні акти завжди карані. Протиправні в мирний час діяння, що вчинені під час збройного конфлікту, можуть мати двоякі наслідки, які залежать від того, чи визнається відповідне діяння у цій ситуації злочинним з позицій внутрішнього і міжнародного права. Все зазначене дає підстави для висновку, що жоден зі збройних конфліктів не підміняє і не покриває поняття тероризму. А тому й антитерористична операція й заходи з оборони держави не є тотожними чи взаємозамінними;



5) законодавець послуговується також поняттям «особливий період» і це поняття увійшло в постійний обіг в рамках боротьби з тероризмом на сході України. Разом із тим, особливий період охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій. Як вбачається із законодавчих актів, мобілізація не обов'язково проводиться одночасно з введенням воєнного стану чи настанням воєнного часу, проте з моменту її оголошення настає особливий період, який передбачає такий воєнний стан (час) у подальшому. Особливий період означає, зокрема, перехід на особливі умови функціонування усієї (чи частини) державної системи в передвоєнний чи воєнний час. Законодавчі визначення воєнного стану, який тотожний воєнному часу, але, на відміну від останнього, спеціально вводиться, пов'язані з обов'язковістю збройної агресії, загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілності. Метою таких станів є забезпечення реалізації повноважень, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень. У правовому ж полі, зараз відбувається антитерористична операція. Остання передбачає заходи, спрямовані на боротьбу з терористичною діяльністю і зумовленими нею наслідками. У районі проведення антитерористичної операції тимчасово діє особливий режим – особливий порядок, метою якого є забезпечення реалізації суб'єктами боротьби з тероризмом визначених законом спеціальних повноважень. Перелік суб'єктів, які можуть залучатися до участі в антитерористичній діяльності, нагадуємо, вичерпний;

7) окрему увагу привертає Висновок Конституційного Суду України від 16.06.2015 року. По суті ним було узаконено внесення змін до Основного Закону у цей період<sup>10</sup>. Зважаючи на те, що Конституція не може бути змінена в умовах воєнного або надзвичайного стану, надавши відповідний висновок, Конституційний Суд України констатував відсутність в Україні як воєнного стану, так і воєнного часу.

Аналізуючи положення названих актів, потрібно враховувати і причини закріплення деяких суміжних складів злочинів у КК України, ті цілі, які переслідував законодавець при включенні до кодексу окремих статей. Зважаючи на загальнофілософські та положення теорії кримінального права, визначення безпосереднього об'єкта злочину в кожному випадку повинно бути глибоко осмисленим<sup>11</sup>. Детальний аналіз відповідних джерел засвідчує виправданість закріплення ст. 336 у КК України за наявності особливого об'єкта кримінально-правової охорони, який у жодному разі не може співпадати з якимось іншим. Відповідні суспільні відносини охороняються задля забезпечення фактичної реалізації обов'язку громадян з захисту Вітчизни. Закріплення аналізованого складу злочину в КК України передбачає й конкретну ситуацію, за якої становить суспільну небезпеку вчинення відповідних діянь.

Зважаючи на все наведене, постає питання: яка природа теперішньої мобілізації, коли декларується та й має місце антитерористична боротьба? Виходячи зі змісту ст. 22 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію», обов'язок з'являтися за викликом покладається на громадян за умови постановки їх на військовий облік та визначення призначення на воєнний час, в умовах переведення Збройних Сил України, інших військових формувань, Оперативно-рятувальної служби цивільного захисту на штати воєнного часу тощо. Якщо є розуміння того, що мобілізація проводиться для визначення призначення на період проведення антитерористичної операції і для направлення в зону, де проводиться відповідна операція (ця обставина, вважаємо, не потребує доведення), то чи є тут аналізований обов'язок? Є відмінність обов'язку із захисту Вітчизни, передбаченого Конституцією України, з обов'язком участі в антитерористичній операції. Звісно, дійсна ситуація має свою специфіку і не все є однозначним, проте хочеться як законодавчої чіткості й послідовності, так і узгодженості з цим фактичних дій уповноважених на те осіб. Ми погоджуємось частково з висловленою одним із представників правління Української Гельсінської спілки з прав людини думкою про те, що можна готуватися до проведення мобілізації, проте підстав для самого її проведення наразі немає. Крім того, враховуючи існуючий виклад поняття «воєнний стан» у Законі України «Про правовий режим воєнного стану» та низку положень Конституції України, не безпідставно, хоч і не безапеляційно, видається і та думка, що у разі збройної агресії чи загрози нападу завжди має вводиться воєнний стан<sup>12</sup>, що, проте, не виключає настання воєнного часу. Це все визначає особливості застосування ст. 336 КК України.

Ні в кого не викликає сумнівів правомірність існування припису, згідно якого захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її державних символів є обов'язком громадян України. Однак реалізація цього положення передбачає існування низки обставин. Вищенаведене дає підстави для висновку, що чинне законодавство, за чинним викладом, вносить деякі застереження при вирішенні питання про кримінальну відповідальність за ухилення від призову за мобілізацією. На переконання автора, немає однозначних як доказів, так і положень, які б свідчили про порушення відповідного об'єкта кримінально-правової охорони за сьогоднішніх реалій, а причини закріплення ст. 336 у КК України, очевидно, зводяться не до формальних моментів, тобто наявності слів «ухилення» та «мобілізації», а до з'ясування дійсного змісту цих слів у контексті порушення відповідного об'єкта. Не всі діяння, що ззовні подібні на злочинні, кримінально-протиправні, становлять ту суспільну небезпеку, через загрозу якої закріплені у КК України конкретні склади злочинів. Справедливе застосування кримінально-правової норми можливе лише при з'ясуванні усіх її елементів, зокрема завдяки зверненню до інших нормативно-правових актів, що сприяє розкриттю і основних ознак, причин, з якими пов'язано передбачення протиправності відповідного діяння.

<sup>1</sup> Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації [навч. посібник] / Вячеслав Олександрович Навроцький – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 125.

<sup>2</sup> Там само. – С. 127–130.

<sup>3</sup> Велика книга мудрості: Афоризми та крилаті вислови. – [вид. 2-ге, пеперобл. та доповн.] / [Укл. Г. В. Латник, О. М. Островська]; за ред. Г. Латника. – К.: Арії, 2014. – С. 322.

<sup>4</sup> Навроцький В. О. Вказана праця. – С. 9–80.

<sup>5</sup> Див., наприклад, Вирок Сихівського районного суду м. Львова Справа № 464/2678/15-к. (пр. № 1-кп/464/160/15) – 3 квітня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43456510>; Вирок Шевченківського районного суду Харківської області Справа № 637/661/15-к – 16 липня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/46848172>; Вирок Брусилівського районного суду Житомирської області Справа № 275/192/15-к – 6 травня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43975394>; Вирок Буського районного суду Львівської області Єдиний унікальний номер № 445/29/15-к – 25 березня 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>; Вирок Дніпровського районного суду м. Дніпропетровська Дніпропетровської області справа № 209/4996/14-к – 11 вересня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40601690>

<sup>6</sup> Мобілізація є незаконною, – юрист [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://4vlada.com/rivne/40441>; Юристи прогностують наслідки незаконної мобілізації [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://24tv.ua/yuristi\\_prognozuyut\\_naslidki\\_nezakonnouyi\\_mobilizatsiyi\\_n524438](http://24tv.ua/yuristi_prognozuyut_naslidki_nezakonnouyi_mobilizatsiyi_n524438); Мобілізація без воєнного стану – невдоволення зростає [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ua.korrespondent.net/ukraine/3467261-mobilizatsiia-bez-voiennoho-stanu-nevdovolennia-zrostaie>; «Мирна» мобілізація та війна без воєнного стану / Катерина Тарасова [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/columns/2015/01/13/7054870>; Адвокат Ігорь Годецкий: Если человек заявит военкому, что не поддерживает АТО, теоретически его не должны призвать / Ігор Годецький [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://frazua.com/interview/23.01.15/215293/advokat\\_igor\\_godetskij\\_esli\\_chelovek\\_zajavit\\_voenkomu\\_chno\\_ne\\_podderzhivaet\\_ato\\_teoreticheski\\_ego\\_ne\\_dolzhny\\_prizvat.html](http://frazua.com/interview/23.01.15/215293/advokat_igor_godetskij_esli_chelovek_zajavit_voenkomu_chno_ne_podderzhivaet_ato_teoreticheski_ego_ne_dolzhny_prizvat.html); Закарпатський юрист наполягає, що мобілізація є незаконною [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.mukachevo.net/ua/News/view/104218-Закарпатський-юрист-наполягає-що-мобілізація-є-незаконною>

<sup>7</sup> Наразі має місце створення військово-цивільних адміністрацій, в основі діяльності яких – Закон України «Про боротьбу з тероризмом».

<sup>8</sup> International Humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts: 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent (2-6 December 2003) / Report prepared by The International Committee of the Red Cross [03/IC/09]. – Geneva, September, 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihlcontemp\\_armedconflicts\\_final\\_ang.pdf](https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihlcontemp_armedconflicts_final_ang.pdf) – С. 18–19.

<sup>9</sup> International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts: 31st International conference of the red cross and red crescent (Geneva, Switzerland, 28 November – 1 December 2011) / Report Document prepared by the International Committee of the Red Cross [EN 31IC/11/5.1.2]. – Geneva, October 2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf> – С. 49.

<sup>10</sup> Висновок Конституційного суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканості народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України : від 16.06.2015 р., № 1-в/2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v001v710-15/paran70#n70>

<sup>11</sup> Українське кримінальне право. Загальна частина : підручник / за ред. В. О. Навроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – С. 153, 163, 164, 168; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : у 2 т. – Т. 2 / за заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, С. В. Фесенка. – [3-тє вид., перероб. та доп.]. – К. : Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. – С. 273–275.

<sup>12</sup> Мобілізація є незаконною – юрист [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://4vlada.com/rivne/40441>

## Резюме

### **Кучевська С. П. Особливості застосування статті 336 Кримінального кодексу України у сучасних умовах.**

У статті розглядаються особливості застосування бланкетної норми, розміщеної у ст. 336 КК України, в умовах мобілізації в зону антитерористичної операції. Розглянуто основні концептуальні ідеї деяких нормативно-правових актів та досліджено питання кримінально-правової охорони окремих суспільних відносин у зв'язку з такою мобілізацією.

**Ключові слова:** ухилення, мобілізація, антитерористична операція, терористичні акти, збройний конфлікт, воєнний стан (час).

## Резюме

### **Кучевская С. П. Особенности применения статьи 336 Уголовного кодекса Украины в современных условиях.**

В статье рассматриваются особенности применения бланкетной нормы, размещенной в ст. 336 Уголовного кодекса Украины, в условиях мобилизации в зону антитеррористической операции. Рассмотрены основные концептуальные идеи некоторых нормативно-правовых актов и исследован вопрос уголовно-правовой охраны отдельных общественных отношений в связи с такой мобилизацией.

**Ключевые слова:** уклонение, мобилизация, антитеррористическая операция, террористические акты, вооруженный конфликт, военное положение (время).

## Summary

### **Kuchevska S. Main features of application of Article 336 of the Criminal Code of Ukraine nowadays.**

The particularities of application of the blanket norm in Art.336 of the Criminal Code of Ukraine concerning the mobilization into the anti-terrorist operation area are analyzed. Main provisions and basic ideas of some normative acts have been explored as well as the question of criminal protection of some social relations concerned with mobilization.

**Key words:** avoidance, mobilization, anti-terrorist operation, acts of terrorism, armed conflict, martial law.

**М. П. МАРЧУК**

*Марчук Макар Петрович, провідний науковий співробітник Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України, кандидат юридичних наук*

**ОКРЕМІ АСПЕКТИ ДОЛУЧЕННЯ УКРАЇНИ ДО МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ СПІВРОБІТНИЦТВА У СФЕРІ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ**

Останні соціальні, політичні та економічні події і процеси, що відбулися в світі, істотно вплинули на розвиток багатьох держав (особливо України) і створили загрози для їх національної безпеки. Одним із найбільш дестабілізаційних чинників стала корупція, котра перетворилася на міжінституційне явище. Вона спромоглась девальвувати ефективність системи управління та функціонування органів публічного адміністрування. Крім того, акомодация корупції до суспільно-політичного життя суспільства в різних країнах істотно знизила прогрес економічного розвитку та фінансової стабільності, створила серйозну небезпеку для нормального функціонування більшості інститутів. Тому, враховуючи викладене та постійну взаємну інтеграцію провідних економік світу, можна стверджувати, що сьогодні вона є міжнародною загрозою<sup>1</sup>.

Існування зазначеної проблеми зумовлено не тільки особливостями національних фінансових, правових систем і доктрин, що визначають розвиток торгівлі, права та законодавства, а й введенням нових, раніше невідомих транснаціональних правил і стандартів звітності. Особливо на прогрес у розвитку корупції свого часу вплинули недосконалість міжнародно-правового регулювання та відсутність комплексного підходу до вивчення глобальних чинників, які сприяють її функціонуванню.

Тісний взаємозв'язок корупційних проявів у міжнародному, державному і приватному аспектах також зумовлений тим, що їх міжнародний сектор підживлює державний, а він, у свою чергу, – приватний. Тому для України виникає нагальна потреба в формуванні нової методики для покращення боротьби з цим негативним явищем як на регіональному й державному рівні, так і участь у цьому процесі під час міжнародного співробітництва<sup>2</sup>. Саме від ефективності такого співробітництва залежатиме загальний показник фінансової стабільності та економічного розвитку в світі, а від участі у ньому України та її адаптації до світових стандартів боротьби з корупцією – формування довіри держав, із високими фінансовими можливостями та надходження інвестицій для підтримання конкурентоздатності національної валюти.

Особливістю корупції, як негативного антисоціального явища, є те, що для неї не існує територіальних і наукових кордонів. Саме тому, дослідженню причин виникнення цього протизаконного явища було приділено значну увагу в роботах як вітчизняних науковців, так і закордонних учених і спеціалістів.

Серед вітчизняних учених корупційні правопорушення досліджували у своїх працях Л. І. Аркуша, П. Т. Гега, І. П. Голосніченко, М. І. Камлик, Є. В. Невмержицький, С. Г. Стеценко та ін., зокрема питання міжнародної взаємодії при розслідуванні корупційних злочинів були предметом наукового інтересу Р. П. Марчука<sup>3</sup>.

У значній кількості наукових праць, на жаль, майже не висвітлювались такі аспекти протидії корупції, як міжнародні стандарти у боротьбі з цим явищем та адаптація до них України. Саме ці питання розглядаються у роботі.

Основними завданнями статті є вивчення ефективності міжнародного співробітництва в протидії зазначеному явищу, а також з'ясування можливостей для подальшої взаємодії держав різного рівня економічного розвитку, в тому числі й України, в боротьбі з корупцією і використання передового досвіду для нашої держави та імплементації кращих норм у вітчизняне законодавство.

Численні наукові дослідження підтверджують, що довготривалий та планомірний прогрес у розвитку такого явища як корупція створив загрозу не лише окремим країнам, але і всьому міжнародному співтовариству. Зокрема, за даними експертів Світового банку, в світі щороку близько 1 трлн дол. США складають хабарі<sup>4</sup>. При цьому варто враховувати, що хабарі є лише одним із складових елементів корупційних явищ, яких, на думку провідних фахівців, існує щонайменше чотири:

– кадрова корупція (передбачає тісний взаємозв'язок особи (чи органу), яка має повноваження призначати (обирати) чи здійснювати вплив на обрання (вибір) на певні посади та визначеної кандидатури, яка виступає у ролі претендента на відповідну посаду. Як правило, реалізується через дачу останнім суб'єктом хабаря);

– економічна корупція (характеризується зрощуванням бізнесу і влади та проявляється у формі незаконного використання повноважень у сфері контролю і розподілу фінансових потоків. Досить часто здійснюється шляхом надання преференцій та необґрунтованих привілеїв);

– ідейна корупція (проявляється у формі обмеження (монополізації) вибору владних рішень. Зазвичай тісно пов'язана з некомпетентністю влади, її низьким авторитетом і рейтингом);

– побутова корупція (стосується більшості сфер суспільного життя та проявляється щоденно, зокрема: корупція у сферах освіти, охорони правопорядку, здоров'я та ін.)<sup>5</sup>.

Міжнародну спільноту найбільше цікавить боротьба з кадровою та економічною корупцією, яка також є найбільш поширеною і в Україні.

Тому, з метою зниження рівня цього негативного явища ще в 50–70-х рр. ХХ ст. було зроблено спробу створити кодекс поведінки транснаціональних корпорацій. Однак, зважаючи на слабкість міжнародного співробітництва у той період, відповідний проект так і не був реалізований.

Одним із перших прийнятих міжнародних документів, яким засуджуються різні види корупції, є ухвалена 15 грудня 1975 р. резолюція Генеральної Асамблеї ООН № 3514 (XXX). У зазначеному документі проголошено, що уряди всіх країн зобов'язані вжити на національному рівні всіх необхідних заходів щодо запобігання та протидії корупції, які вони вважатимуть доцільними, включаючи законодавчі<sup>6</sup>.

Новий етап у міжнародно-правовій взаємодії щодо зменшення проявів корупції розпочався в 80–90-х рр. ХХ ст., коли експерти ООН розробили низку кардинально нових документів (рекомендаційних актів, конвенцій), спрямованих на боротьбу з відповідними протиправними діяннями. У них було визначено роль міжнародних конвенцій у запобіганні корупційним проявам, закріплено їх важливість для вирішення існуючих міжнародних проблем у сфері протидії корупції, а також зазначено про окремі протиріччя і можливі шляхи їх усунення<sup>7</sup>.

На основі вищевикладеного та чинних міжнародних норм, слід відмітити, що міжнародне співтовариство приділяє значної уваги не лише боротьбі з корупцією, як уже існуючому явищу, а й проблемам, пов'язаним з її попередженням. Ці питання неодноразово порушувались на багатьох європейських форумах, що стало підставою для розроблення відповідних нормативно-правових актів. Зокрема, за результатами плідної роботи було прийнято: спільний проект Комісії Європейського товариства і Ради Європи «Корупція і організована злочинність у країнах, які знаходяться у періоді перебудови (Окнопус)» від 03 грудня 1997 р. (Україна брала участь у його розробці)<sup>8</sup> (він фактично є першою спробою здійснення реальних кроків по боротьбі з корупцією у країнах Центральної та Східної Європи), Кримінальну конвенцію про боротьбу з корупцією від 27 січня 1999 р. № ETS173 (ратифіковану Законом України «Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» від 18 жовтня 2006 року № 252-V)<sup>9</sup>, Конвенцію про корупцію у контексті цивільного права від 04 листопада 1999 р. (ратифіковану Законом України «Про ратифікацію Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією» від 16 березня 2005 р. № 2476-IV)<sup>10</sup>, Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 р. (ратифіковану Законом України «Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції» від 18 жовтня 2006 р. № 251-V)<sup>11</sup>.

Одним із найважливіших документів Європейського Союзу в сфері боротьби з корупцією є Комюніке Європейської комісії від 28 травня 2003 р. щодо комплексної політики Європейського Союзу з протидії корупції, в якому визначено основні засади боротьби з цим негативним явищем в Євросоюзі та окреслено принципи вдосконалення протидії корупції в нових країнах-членах, країнах-кандидатах і третіх країнах, а також Рамкове рішення Ради Європейського Союзу «Про боротьбу з корупцією в приватному секторі» від 22 липня 2003 р. № 568, в якому визначається поняття «активної» та «пасивної» корупції і встановлюються санкції щодо осіб, у тому числі юридичних, за вчинення таких злочинів<sup>12</sup>. У зв'язку з тим, що Україна є потенційним кандидатом на членство в Європейському Союзі, доцільною була б імплементація відповідної норми у вітчизняне антикорупційне законодавство.

Також затверджено статuti Групи держав по боротьбі з корупцією та комісії щодо запобігання корупції. Радою Європи створено міжнародну Групу з протидії корупції, яка працює під керівництвом Комітету з кримінальних проблем<sup>13</sup>.

Україна вже ратифікувала велику кількість міжнародних договорів і вжила ряд заходів, які спрямовані на протидію корупції, та наразі активно продовжує розпочатий процес повної адаптації свого законодавства до європейських стандартів.

На виконання міжнародних норм і стандартів уже прийнято основні акти національного антикорупційного законодавства, зокрема, закони України «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки» від 14 жовтня 2014 р. № 1699-VII<sup>14</sup>, «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII<sup>15</sup>, «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII<sup>16</sup>.

У рамках плану дій з візової лібералізації Європейського Союзу найбільшу увагу українських парламентарів останнім часом було привернуто антикорупційному блоку законодавства, яке створює механізми конфіскації і повернення незаконно набутих активів. Зокрема, відповідно до стандартів, установлених Рішенням Ради Європейського Союзу 2007/845/ЖНА від 06 грудня 2007 р. щодо співпраці між офісами з повернення активів у сфері розшуку та виявлення доходів від злочинів або іншого майна, пов'язаного із злочинами, та Директиви ЄС 2014/42/EU від 03 квітня 2014 р. «Про замороження і конфіскацію знярядь і доходів від злочинів у Європейському Союзі» розробляється перший варіант Проекту Закону України «Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів». У результаті внесення численних змін і доповнень 10 листопада 2015 р. Верховною Радою України його було прийнято (з техніко-юридичними правками). Створена відповідно до його положень організація має стати центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом, що забезпечуватиме формування та реалізацію державної політики у сфері виявлення та розшуку активів, на які може

бути накладено арешт у кримінальному провадженні, та/або з управління активами, на які накладено арешт, або які конфісковано у кримінальному провадженні.

Серед основних функцій Національного агентства:

- підготовка пропозицій щодо формування та реалізації державної політики у сфері виявлення, розшуку та управління активами, розроблення проектів нормативно-правових актів з цих питань;
- здійснення заходів щодо виявлення, розшуку, проведення оцінки активів за зверненням слідчого, детектива, прокурора, суду (слідчого судді);
- організація здійснення заходів, пов'язаних із проведенням оцінки, веденням обліку та управління активами;
- надання роз'яснень, методичної та консультаційної допомоги слідчим, детективам, прокурорам та суддям з питань, пов'язаних із виявленням, розшуком, проведенням оцінки та управління активами.

Особливо варто звернути увагу на повноваження укладати міжнародні угоди про співробітництво з органами іноземних держав, до компетенції яких належать питання щодо виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів, брати участь у підготовці проектів міжнародних угод щодо розподілу та повернення активів до України<sup>17</sup>.

Однак, відповідно до вищезгаданого проекту Закону Національне агентство є підконтрольним і відповідальним перед Кабінетом Міністрів України. Норма щодо визначення органу, перед яким воно буде відповідальним, є цілком логічною, а от щодо підконтрольності, то це значно знижує незалежність такої структури та допускає корупційну залежність.

Найбільшої критики серед правознавців зазнало положення стосовно такої функції Агентства, як управління активами (тобто, діяльності з адміністрування активів, на які накладено арешт у кримінальному провадженні, та їх реалізації, яка здійснюється відповідно до цього Закону (поки що Проекту Закону «Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів»), а також з реалізації активів, конфіскованих у кримінальному провадженні). Окремі фахівці наголошували на необхідності виключити норму щодо їх реалізації цим же Агентством, щоб унеможливити корупційні прояви серед його працівників.

Щодо інших суперечностей, то викликає сумніви необхідність створення територіальних управлінь (це потребує як додаткових коштів на їх створення та забезпечення належного функціонування, так і додаткової правової регламентації в цьому ж Законі).

Спірним є положення щодо кваліфікаційних вимог до претендента на посаду Голови Національного агентства, зокрема, стосовно стажу роботи у галузі права не менше п'яти років, який може бути замінений роботою на керівних посадах в органах влади, юридичних особах або за кордоном чи у міжнародних організаціях протягом трьох років. Незрозумілим є те, чому закордонний стаж (або стаж в організаціях, що підтримують міжнародні зв'язки) надає перевагу в порівнянні з вітчизняним.

Також Верховна Рада України ухвалила Закон «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо окремих питань накладення арешту на майно з метою усунення корупційних ризиків при його застосуванні». Цим проектом змінюються підстави арешту майна; 2) відшкодування завданої протиправними діями підозрюваного, обвинуваченого шкоди; 3) порядок проведення спеціального досудового розслідування.

Однак, слід звернути увагу, що відповідним актом пропонується змінити визначення поняття «арешт майна», закріплене у статті 170 Кримінального процесуального кодексу України, зокрема щодо розширення переліку обставин, які передбачають сам арешт. Крім того, пропонується дефініція «третіх осіб, майно яких може бути арештовано», яка, на нашу думку, може порушити права таких осіб, адже дозволяє накладати арешт на майно, якщо воно було отримано чи придбано в підозрюваної, обвинуваченої чи засудженої особи безоплатно або в обмін на суму, значно нижчу ринкової вартості. Вважаємо, що обов'язково повинен доводитись факт необхідності приховування цього майна зловмисником у зазначених осіб чи використання його в інших злочинних цілях, в інших випадках – його законний набувач повинен мати повне право користування та розпоряджання таким майном, а у разі його арешту чи конфіскації – отримати за нього грошову компенсацію<sup>18</sup>.

Одним з останніх кроків українських парламентарів було ухвалення 12 листопада 2015 р. Закону «Про Державне бюро розслідувань», яким визначено статус цього органу, правові засади його діяльності, гарантії незалежності, завдання та ін. Одними з основних завдань цього органу є запобігання, виявлення, припинення, розкриття і розслідування:

- злочинів, учинених службовими особами, які займають особливо відповідальне становище відповідно до ч.1 ст. 9 Закону України «Про державну службу», особами, посади яких віднесено до першої–третьої категорій посад державної служби, суддями та працівниками правоохоронних органів (крім випадків, коли ці злочини віднесено до підслідності детективів Національного антикорупційного бюро України);
- злочинів, учинених службовими особами Національного антикорупційного бюро України, прокурорами Спеціалізованої антикорупційної прокуратури (крім випадків, коли досудове розслідування цих злочинів віднесено до підслідності детективів підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України)<sup>19</sup>.

Таким чином, Державне бюро розслідувань фактично контролюватиме працівників Національного антикорупційного бюро України та створюватиме йому конкуренцію в розслідуванні корупційних злочинів.

Вищевикладене дає підстави стверджувати, що для долучення України до міжнародних стандартів співробітництва у сфері протидії корупції необхідно усунути зазначені нами протиріччя та недоліки (зокрема, й у проектах законів України «Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів», «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо окремих питань накладення арешту на майно з метою усунення корупційних ризиків при його застосуванні», «Про Державне бюро розслідувань»), а також при подальшій імплементатії міжнародних норм у вітчизняне законодавство враховувати такі його особливості, зокрема:

- уникати колізій із уже діючими нормами українського законодавства;
- разом із прийняттям нових актів, оперативно вносити зміни та доповнення в антикорупційне законодавство (наприклад, до статті першої Закону України «Про запобігання корупції» щодо визначення поняття «корупція» шляхом розширення переліку корупційних діянь відповідно до Резолюції № 1, прийнятої на засіданні Генеральної Асамблеї Інтерполу в жовтні 2002 р., включивши до них навмисне та корисливе невиконання обов'язків і неправомірне надання інформації; доповнення цієї ж статті визначеннями понять «активної» та «пасивної» корупції);
- брати до уваги функції та повноваження вже створених структур, діяльність яких направлена на протидію корупції;
- звернути увагу на проведення реформ окремих служб чи органів (наприклад, публічної служби, Національної поліції України).

Протидія корупції є складним процесом, який набув міжнародного значення, а тому сьогодні продовжує бути актуальним вивчення міжнародного співробітництва у протидії цьому явищу (зокрема, нових методик і стандартів) та пропозицій щодо вдосконалення вітчизняного антикорупційного законодавства.

<sup>1</sup> Телешун С. О. Ефективність запобігання та протидії корупції в Україні: проблеми та перспективи [Електронний ресурс] / С. О. Телешун, І. В. Рейтерович, А. Л. Тіньков // веб-сайт «Відкриті очі». – 2015. – 6 лют. – Режим доступу : <http://www.vidkryti-ochi.org.ua/2015/02/blog-post.html>

<sup>2</sup> Мусаелян М. Ф. Вопросы международного сотрудничества в сфере противодействия коррупции / М. Ф. Мусаелян // Следователь. – 2012. – № 9. – С. 42.

<sup>3</sup> Марчук Р. П. Питання міжнародної при розслідуванні корупційних злочинів / Р. П. Марчук // Часопис Київського університету права. – 2015. – № 1. – С. 282–285.

<sup>4</sup> Онищук О. О. Деякі питання компаративістики у сфері запобігання та протидії корупції / О. О. Онищук // Юрид. вісник Причорномор'я. – 2011. – № 2 (2). – С. 175.

<sup>5</sup> Довгуник В. М. Ефективна протидія корупції може здійснюватись тільки якщо зусилля держави і суспільства у сфері протидії корупції співпадають [Електронний ресурс] / В. М. Довгуник // Офіц. веб-сайт Тячівської районної державної адміністрації. – 2014. – 7 жовт. – Режим доступу : <http://www.tyachiv-rda.gov.ua/index.php/oficijni-dokumenty/1806-2014-10-07-10-57-29.html>

<sup>6</sup> Лист відділу антикорупційної політики Департаменту законодавства про правосуддя, правоохоронної діяльності та антикорупційної політики Міністерства юстиції України від 22 черв. 2011 р. [Електронний ресурс] / Офіц. веб-сайт Верховної ради України. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/n0042323-11>

<sup>7</sup> Мусаелян М. Ф. Вказана праця. – С. 43.

<sup>8</sup> Корупція і організована злочинність у країнах, які знаходяться у періоді перебудови (Октопус) від 03 грудня 1997 року [Електронний ресурс] // Спільний проект Комісії Європейського товариства і Ради Європи. – 1997. – 03 груд. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994\\_139](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_139)

<sup>9</sup> Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон України від 18 жовт. 2006 р. № 252-V // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 50. – Ст. 1583.

<sup>10</sup> Про ратифікацію Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон України від 16 берез. 2005 р. № 2476-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 16. – Ст. 266.

<sup>11</sup> Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції : Закон України від 18 жовтня 2006 року № 251-V // Офіц. вісник України. – 2006. – № 44. – Ст. 2938.

<sup>12</sup> Міжнародний досвід щодо запобігання та протидії корупції [Електронний ресурс] / Веб-сайт Комітету протидії корупції та організованої злочинності. – Режим доступу : <http://kpk.org.ua/2007/12/29/mzhnarodnij-dosvd-shhodo-zapobgannja.html>

<sup>13</sup> Міжнародний досвід щодо запобігання та протидії корупції [Електронний ресурс] / Офіц. веб-сайт Охтирської міської ради. – 2011. – 28 жовт. – Режим доступу : <http://www.misto.okhtyrka.net/content/view/5356/>

<sup>14</sup> Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки : Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1699-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 46. – Ст. 2047.

<sup>15</sup> Про запобігання корупції : Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1700-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 49. – Ст. 2056.

<sup>16</sup> Про Національне антикорупційне бюро України : Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1698-VII // Офіц. вісник України. – 2014. – № 87. – Ст. 2472.

<sup>17</sup> Верховна Рада України ухвалила Закон «Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів» [Електронний ресурс] / Інформаційне управління // Офіц. веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua/news/Novyny/118726.html>

<sup>18</sup> Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів : проект Закону України від 04 верес. 2015 р. № 3040 [Електронний ресурс] / Офіц. веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/web2/webproc4\\_2?pf3516=3040&skl=9](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/web2/webproc4_2?pf3516=3040&skl=9)

<sup>19</sup> Про Державне бюро розслідувань : проект Закону України від 12 лют. 2015 р. № 2114 [Електронний ресурс] / Офіц. веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=54012](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54012)

Резюме

**Марчук М. П. Окремі аспекти долучення України до міжнародних стандартів співробітництва у сфері протидії корупції.**

У статті розкрито вплив корупції на функціонування міжнародного сектору економіки, прослідковано тенденції щодо напрямів і масштабів її розвитку. Розглянуто основні нормативно-правові акти стосовно міжнародного співробітництва у боротьбі з корупцією, визначено, які з них ратифіковані Україною, та які ще норми потрібно імплементувати у наше законодавство. Здійснено аналіз проектів вітчизняних антикорупційних нормативно-правових актів, прийнятих на виконання вимог Європейського Союзу, виявлено їх недоліки та запропоновано відповідні зміни.

**Ключові слова:** корупція, економіка, міжнародне співробітництво, боротьба з корупцією, антикорупційне законодавство.

Резюме

**Марчук М. П. Отдельные аспекты приобщения Украины к международным стандартам сотрудничества в сфере противодействия коррупции.**

В статье раскрыто влияние коррупции на функционирование международного сектора экономики, прослежены тенденции направлений и масштабов ее развития. Рассмотрены основные нормативно-правовые акты относительно международного сотрудничества в борьбе с коррупцией, определены те из них, которые ратифицированы Украиной, и те нормы, которые ещё нужно имплементировать в наше законодательство. Осуществлен анализ проектов отечественных антикоррупционных нормативно-правовых актов, принятых на исполнение требований Европейского Союза, выявлены их недостатки и предложены соответствующие изменения.

**Ключевые слова:** коррупция, экономика, международное сотрудничество, борьба с коррупцией, антикоррупционное законодательство.

Summary

**Marchuk M. Some aspects of Ukraine's attachment to international standards of cooperation in the sphere of combating corruption.**

The article deals with the impact of corruption on the functioning of the international economy, followed directions and trends in the extent of its development. The basic regulations for the international cooperation in fighting corruption, determined which ones ratified by Ukraine and which still need to implement the rules into our legislation. The analysis of draft national anti-corruption regulations, adopted pursuant to the requirements of the European Union revealed their shortcomings and propose appropriate changes.

**Key words:** corruption, economy, international cooperation, anti-corruption, anti-corruption legislation.

УДК 343.2

**С. В. САХНЮК**

*Сергій Володимирович Сахнюк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського університету права НАН України*

## ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Звільнення від кримінальної відповідальності є одним з інститутів кримінального права України, що застосовується вже майже століття в кримінальному судочинстві. Цей інститут виник як альтернатива покаранню та удосконалювався впродовж багатьох років. Як свідчить судова статистика, звільнення від кримінальної відповідальності в Україні на сучасному етапі в середньому застосовується до 5–10 % обвинувачених, кримінальні справи щодо яких розглядаються судами. Останні десять років теорія кримінального права приділяла підвищену увагу цьому інституту. Однак велика кількість проблем, пов'язаних зі звільненням від кримінальної відповідальності, так і не знайшла свого однозначного вирішення. Насамперед це стосується визначення юридичної природи такого явища.

Наприклад, В. П. Малков вважає, що рішення про звільнення від кримінальної відповідальності означає дострокове зняття правових наслідків вчинення злочину до закінчення строку давності притягнення до кримінальної відповідальності<sup>1</sup>. В. В. Скибицький вказував, що звільнення від кримінальної відповідальності – це передбачене законодавством усунення відповідальності особи, яка вчинила передбачене законом суспільно небезпечне діяння, якщо цілі покарання й завдання кримінального законодавства вже досягнуті без застосування кримінально-правового примусу<sup>2</sup>. Ю. В. Баулін визначає звільнення від кримінальної відповідальності як передбачену законом відмову держави від застосування до особи, яка вчинила злочин, обмежень і свобод, визначених КК України<sup>3</sup>. П. В. Хряпінський, в свою чергу, вважає це явище як захожувальну реакцію держави на позитивну посткримінальну поведінку особи, що свідчить про втрату нею суспільної небезпечності та полягає у відмові від застосування усіх, передбачених законом обмежень прав і свобод особи, яка вчинила злочин<sup>4</sup>.

Але навіть наведені точки зору не визначають всієї різноманітності поглядів на юридичну природу звільнення від кримінальної відповідальності. Тому **метою** даної статті є встановлення основних ознак звільнення від кримінальної відповідальності та формування на їх основі визначення цього кримінально-правового явища.

Задля досягнення цієї мети звернемося спершу до чинного законодавства України. Тлумачення положень Конституції України, Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України надає можливість визначити такі основні ознаки звільнення від кримінальної відповідальності:

1. Підстави звільнення від кримінальної відповідальності встановлюються виключно Кримінальним кодексом України (ч. 1 ст. 285 КПК України).

2. Таке звільнення здійснюється виключно судом (ч. 2 ст. 44 КК України, ч. 1 ст. 286 КПК України).

3. Звільнення від кримінальної відповідальності так само, як і звільнення від покарання та звільнення від відбування покарання, є самостійним інститутом кримінального права. Однак ці інститути не є тотожними, законодавець здійснив чітке розмежування, регламентуючи їх окремими розділами КК України. З огляду на це вважаємо, що раніше висловлена позиція щодо ототожнення звільнення від кримінальної відповідальності та звільнення від покарання<sup>5</sup> втратила свою актуальність та не може бути визнана об'єктивною на сучасному етапі.

4. Звільнення від кримінальної відповідальності процесуально здійснюється шляхом прийняття судом ухвали про закриття кримінального провадження та звільнення особи від кримінальної відповідальності (ч. 3 ст. 288 КПК України).

5. Звільненню від кримінальної відповідальності підлягає виключно «особа, яка вчинила злочин» (ч. 1 ст. 44 КК України). Проте це положення потребує суттєвих уточнень. По-перше, саме ця ознака інституту звільнення від кримінальної відповідальності робить таке звільнення нереабілітуючою обставиною: у будь-якому разі особа не виправдовується перед суспільством за вчинене суспільно небезпечне діяння. І, по-друге, слід визнати, що чинна редакція ч. 1 ст. 44 КК України, враховуючи попередню ознаку, не відповідає положенням ч. 1 ст. 62 Конституції України, якою передбачено, що особа може бути визнана такою, що вчинила злочин, *лише обвинувальним вироком суду*.

Такий висновок, однак, не може свідчити про те, що існування інституту звільнення від кримінальної відповідальності взагалі суперечить положенням Конституції України. Цілком справедливе твердження, що «... питання про звільнення особи від кримінальної відповідальності виникає тільки в тих випадках, коли були всі підстави для покладення на неї такої»<sup>6</sup>. Разом з тим, відповідно до ч. 1 ст. 2 КК України, підставою настання кримінальної відповідальності є не вчинення особою злочину, а *вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину*. У свою чергу, суспільно небезпечне діяння, яке містить склад злочину, відрізняється від злочину лише тим, що його ознаки ще не встановлені судом<sup>7</sup>. Таке діяння набуває статусу злочину процесуальним шляхом – шляхом постановлення обвинувального вироку<sup>8</sup>. А отже, встановлення факту вчинення особою лише *суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину*, може здійснюватися як обвинувальним вироком, так і ухвалою суду. Жодних протиріч з ч. 1 ст. 62 Конституції України в такому випадку не існує: встановлення факту вчинення суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, само по собі не обмежує конституційних прав і свобод людини.

Таким чином, редакція ч. 1 ст. 44 КК України потребує законодавчих змін. На наш погляд, вона б могла мати такий вигляд: «1. Особа, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, яке містить склад злочину, звільняється від кримінальної відповідальності у випадках, передбачених цим Кодексом».

6. Звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, що містить склад злочину, може здійснюватися лише при наявності її згоди на таке звільнення. (ч. 7 ст. 284, ч. 3 ст. 285, ч. 2 ст. 286 КПК України). При цьому такій згоді має передувати роз'яснення суті підозри чи обвинувачення, підстави звільнення від кримінальної відповідальності, зокрема її нереабілітуючого характеру, і права заперечувати проти закриття кримінального провадження з такої підстави (ч. 3 ст. 285 КПК України). З цього законодавчого положення можна зробити два висновки. По-перше, звільнення від кримінальної відповідальності в цьому аспекті виступає відносним правом держави, реалізація якого залежить від бажання іншого суб'єкта таких правовідносин – особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння<sup>9</sup>. По-друге, згода особи на звільнення від кримінальної відповідальності викликає настання певних правових наслідків, одним із яких, незалежно від того, якими мотивами керувалася така особа (страх, небажання доводити свою непричетність до злочину тощо), є визнання факту вчинення суспільно небезпечного діяння, що містить склад злочину.

7. За часом звільнення від кримінальної відповідальності можливе лише до моменту набрання законної сили обвинувальним вироком суду. Такий висновок ґрунтується на тому, що саме з цього моменту, відповідно до рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 р.<sup>10</sup>, настає кримінальна відповідальність. Ця ознака дає змогу визначити, які суди за інстанційною підсудністю та до якого часу можуть застосувати звільнення від кримінальної відповідальності. Такі повноваження на цей час мають виключно: суди першої інстанції – до моменту виходу суду до нарадчої кімнати для ухвалення вироку (ст. 366 КПК України) та суди апеляційної інстанції – до моменту виходу суду з нарадчої кімнати (ст. 417 КПК України).

У чому ж полягає сутність звільнення від кримінальної відповідальності? Словосполучення «звільняється від... (чогось)» тлумачиться в українській мові як «позбавляти кого-небудь чогось обтяжливого чи зайвого, небажаного»<sup>11</sup>. Виходячи з цього, звільнення від кримінальної відповідальності не може співвідноситися з кримінальною відповідальністю як частина та ціле, це протилежні, взаємовиключні явища. Деякі



дослідники навіть визначають звільнення від кримінальної відповідальності через заперечення самої відповідальності. Так, О. В. Наден визначає звільнення від кримінальної відповідальності «... актом суду, яким встановлюється відмова держави від реалізації свого повноваження по застосуванню до особи кримінальної відповідальності»<sup>12</sup>. Не погоджуючись з таким визначенням через ігнорування основних ознак цього правового явища, в той же час слід визнати, що досліджувати юридичну природу звільнення від кримінальної відповідальності неможливо без встановлення юридичної природи самої кримінальної відповідальності.

Враховуючи, що кримінальна відповідальність являє собою типову форму завершення охоронних кримінально-правових відносин, що полягає в державному осуді в обвинувальному вирокі суду особи, яка вчинила злочин, як правило, поєднаному із застосуванням до неї інших заходів державного примусу, що мають каральний характер (покарання та судимості)<sup>13</sup>, очевидно, що й дослідження юридичної природи звільнення від кримінальної відповідальності також має здійснюватися в площині розвитку охоронних кримінально-правових відносин, що породжуються вчиненням злочину.

Як відомо, такі відносини виникають з моменту вчинення суспільно небезпечного діяння, що містять всі ознаки відповідного складу злочину. Це положення в теорії кримінального права на сучасному етапі ні в кого не викликає заперечень. Змістом таких правовідносин є право держави на застосування до особи, яка вчинила злочин, заходів примусу кримінально-правового характеру, якому кореспондує обов'язок такої особи понести зазначені заходи примусу. Такі правовідносини під час свого розвитку можуть корегуватися через зміну обсягу тих заходів примусу, що можуть бути застосовані чи застосовуються до особи. Це відбувається у зв'язку зі зміною кваліфікації вчиненого діяння особи як під час досудового розслідування (ст. 279 КПК України), так і під час судового розгляду (ст. ст. 338–340 КПК України), заміною покарання (ч. 5 ст. 53, ч. 3 ст. 57, ст. 82 КК України та ін.), зняттям судимості (ст. 91 КК України).

Особливої уваги заслуговує питання, як охоронні кримінально-правові відносини, що породжуються вчиненням злочину, закінчуються. Згідно з чинним Кримінальним процесуальним кодексом України такі відносини можуть закінчуватися в різний спосіб:

1) закриття кримінального провадження на підставі ч. 1 ст. 284 КПК України (відсутність події кримінального правопорушення; відсутність в діянні складу кримінального правопорушення; не встановлення достатніх доказів для доведення винуватості особи в суді; набрання чинності закону, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння; смерть підозрюваного, обвинуваченого; існування вироку за тим самим обвинуваченням, що набрав законної сили, або ухвали суду про закриття кримінального провадження за тим самим обвинуваченням; відмова потерпілого від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення; відсутність згоди держави, яка видала особу, на здійснення кримінального провадження);

2) закриття кримінального провадження на підставі ч. 2 ст. 284 КПК України (звільнення особи від кримінальної відповідальності; відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення);

3) погашення судимості або її зняття на підставі ст. 538 КПК України.

Не зважаючи на наше несприйняття багатьох положень чинного Кримінального процесуального кодексу України, слід зазначити, що в такому розподілі способів закінчення охоронних кримінально-правових відносин закладено критерій, який має суттєве значення для виявлення юридичної природи звільнення від кримінальної відповідальності.

Перше, що впадає в очі, так це вольовий характер підстав закінчення кримінально-правових відносин відповідно до ч. 2 ст. 284 та ст. 538 КПК України: звільнення від кримінальної відповідальності, відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення та зняття судимості – це все акти вольової поведінки одного із суб'єктів таких правовідносин – держави. На противагу цьому всі підстави закінчення кримінально-правових відносин відповідно до ч. 1 ст. 284 КПК України не залежать від волі суб'єктів таких відносин, мають неконтрольований характер.

Водночас і звільнення від кримінальної відповідальності, і застосування кримінального покарання, і судимість передбачені Кримінальним кодексом України як закономірні наслідки завершення охоронних кримінально-правових відносин. Різниця між ними полягає лише в тому, що покарання та судимість, виходячи з тлумачення ч. 2 ст. 1 КК України, виступають типовими наслідками. Звільнення від кримінальної відповідальності в цьому аспекті кримінальний закон розглядає як винятковий наслідок.

Разом із тим жодна з підстав, що містяться у ч. 1 ст. 284 КПК України, та відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення не передбачаються Кримінальним кодексом України, а тому, на наше переконання, не можуть розглядатися як закономірні наслідки завершення таких правовідносин. Вони мають вимушений характер, вимагають закінчення правовідносин достроково – до настання хоча б одного із наслідків, передбачених кримінальним законодавством України.

Підкреслимо, що пропозиція про визначення юридичної природи звільнення від кримінальної відповідальності через форми реалізації охоронних кримінально-правових відносин не є новою для теорії кримінального права. Наприклад, О. О. Житний справедливо зазначав, що звільнення від кримінальної відповідальності є «особливою (достроковою, бо вона відбувається до початку реалізації кримінальної відповідальності) формою припинення кримінально-правових відносин, що виникають між державою й особою через учинення нею злочину»<sup>14</sup>.

У цілому підтримуючи таку позицію О. О. Житного, лише зауважимо, що з огляду на вищезазначене термінами, які найбільш повно враховують особливості закінчення охоронних кримінально-правових відносин, що породжуються вчиненням злочину, є *припинення* – «... переривати природний перебіг, розвиток

чого-небудь»<sup>15</sup> та *завершення* – «... доводити виконання, здійснення чого-небудь до остаточного кінця, закінчення»<sup>16</sup>.

Отже, випадки закриття кримінального провадження з підстав, передбачених ч. 1 ст. 284 КПК України, та відмови, відповідно до ч. 2 ст. 284 КПК України, прокурора від підтримання державного обвинувачення за своєю суттю є достроковим *припиненням охоронних кримінально-правових відносин, що породжуються вчиненням злочину*. У свою чергу, застосування покарання і судимість, з одного боку, та звільнення від кримінальної відповідальності, з іншого, – є прикладами *завершення таких відносин*, які співвідносяться між собою як правило та виняток.

Таке розуміння закриття кримінального провадження та звільнення від кримінальної відповідальності нарешті дає змогу фахівцям з кримінального процесу встановити різницю між цими двома різними інститутами різних галузей права. За КПК України 1960 р. різниці між ними не існувало – однакові наслідки (закінчення кримінального провадження), інколи навіть однакова процесуальна форма (відповідно постанови слідчого та постанови суду). За чинним КПК України ситуація суттєво не змінилася: наслідки застосування цих інститутів залишилися незмінними, змінилася лише процесуальна форма (постанова при закритті провадження та ухвала суду при звільненні від кримінальної відповідальності).

Але з огляду на встановлену сутність звільнення від кримінальної відповідальності можна визначити ключову відмінність між ними. Випадки закриття кримінального провадження *не породжують жодних негативних наслідків* для особи, щодо якої таке провадження було припинено, оскільки в цьому випадку кримінально-правові відносини залишаються *нереалізованими*, а інколи не виникають взагалі (наприклад, п. 1, 2 ч. 1 ст. 284 КПК України). Під час звільнення від кримінальної відповідальності кримінально-правові відносини хоч і не в типовій формі, але все ж таки були реалізовані. А це насамперед офіційно засвідчує, що підстава для їх виникнення – вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить всі ознаки відповідного складу злочину, мала місце. Саме тому особи, звільнені від кримінальної відповідальності, вважаються звільненими за *нереабілітуючими обставинами*, і цей факт викликає для них низку негативних правових наслідків:

1) враховується як обставина, що характеризує особу винного, під час призначення покарання за злочин (п. 3 ч. 1 ст. 65 КК України);

2) до 13 червня 2012 р. на таких осіб діяли обмеження щодо прийняття на службу до міліції (п. 2 ч. 4 ст. 17 Закону України «Про міліцію» в редакції від 26 листопада 2011 р.)<sup>17</sup>;

3) будь-якому випадку звільнення особи від кримінальної відповідальності має передувати отримання від неї згоди на таке звільнення, що, як нами зазначалося раніше, є визнанням факту вчинення суспільно небезпечного діяння, що містить склад злочину. Це, відповідно до положень ч. 1 ст. 61 ЦПК України, дає можливість визнати вчинення особою суспільно небезпечного діяння, що містить ознаки складу злочину, преюдиційним фактом, який не потребує доведення під час цивільного процесу у справах про можливе відшкодування моральної та матеріальної шкоди.

Показово у цьому аспекті є також пропозиція фахівців в галузі адміністративного права про розширення переліку видів державної служби, де були б встановлені обмеження щодо прийняття на роботу осіб, звільнених від кримінальної відповідальності за вчинення суспільно небезпечних діянь<sup>18</sup>.

Таким чином, **звільнення від кримінальної відповідальності** слід визначити як *особливу* форму *завершення* охоронних кримінально-правових відносин, що полягає у відмові суду від державного осуду особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, що містить ознаки певного складу злочину і, як наслідок, від застосування до неї інших заходів кримінально-правового примусу, які мають каральний характер.

Заслуговує на увагу висловлена в теорії кримінального права пропозиція щодо визначення подальшої долі інституту звільнення від кримінальної відповідальності. Так, С. С. Яценко запропонував: «З метою усунення колізії між розглянутими положеннями КК та КПК України, з одного боку, та положеннями Конституції України (йдеться про закріплені в ній принцип верховенства права – ст. 8 та принцип презумпції невинуватості – ст. 62) – з іншого, доцільно розглянути питання про можливість врахування законодавчого досвіду зарубіжних країн, зокрема щодо можливості відмови від інституту звільнення від кримінальної відповідальності, розширення сфери дії інституту звільнення від покарання, вдосконалення інших засобів кримінально-правового реагування на вчинений злочин, наявність якого встановлена обвинувальним вироком суду»<sup>19</sup>.

На наше переконання, питання про збереження чи відмову від інституту звільнення від кримінальної відповідальності на сьогодні є актуальним. Справді, як ми вже визначили, є певні термінологічні колізії між положеннями Кримінального кодексу України та Конституцією України. Дійсно, законодавство багатьох країн не передбачає звільнення від кримінальної відповідальності і розв'язує завдання цього інституту (кримінально-правове заохочення, економія кримінальної репресії) за рахунок звільнення від покарання. Але питання про подальшу долю звільнення від кримінальної відповідальності в Україні, на нашу думку, має вирішуватися виходячи також і з інших мотивів, а саме з точки зору ефективності цих інститутів.

Інститут звільнення від кримінальної відповідальності, враховуючи різноманіття підстав свого застосування, на сучасному етапі розв'язує два основних завдання – заохочення осіб до позитивної постримінальної поведінки та забезпечення економії кримінальної репресії. Але ці завдання після відповідних законодавчих змін з такою самою ефективністю здатний виконати і інститут звільнення від покарання. Разом з тим звільнення від кримінальної відповідальності супроводжується спрощенням процедури кримінального провадження. Так, ч. 2 ст. 286 КПК України визначає: «Встановивши на стадії досудового розслідування підста-

ви для звільнення від кримінальної відповідальності та отримавши згоду підозрюваного на таке звільнення, прокурор складає клопотання про звільнення від кримінальної відповідальності та *без проведення досудового розслідування у повному обсязі* надсилає його до суду». Забезпечити ж такий самий процесуальний порядок під час звільнення обвинуваченого від покарання неможливо в принципі. Чи достатньо цього для виправдання існування інституту звільнення від кримінальної відповідальності, на сьогодні з впевненістю сказати важко, спершу потрібно визначитися фахівцям з кримінального процесу – чи потрібна така спрощена процедура кримінального провадження взагалі і як в такому випадку має забезпечуватися дотримання основних принципів кримінального процесу.

Водночас неприпустимою є ситуація, коли правові наслідки для осіб, звільнених від кримінальної відповідальності, та засуджених, які були звільнені від покарання, є абсолютно ідентичними. А тому у випадку збереження інституту звільнення від кримінальної відповідальності правовий статус засуджених має бути переглянутий у бік збільшення переліку обмежень передусім у публічно-правовій сфері.

<sup>1</sup> Малков В. П. Квалификация повторных преступлений, совершенных освобожденными от уголовной ответственности / В. П. Малков // Советская юстиция. – 1967. – № 20. – С. 32.

<sup>2</sup> Скибицкий В. В. Освобождение от уголовной ответственности и отбывания наказания : моногр. / В. В. Скибицкий. – К. : Наукова думка, 1987. – С. 25.

<sup>3</sup> Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності : моногр. / Ю. В. Баулін. – К. : Атака, 2004. – С. 58.

<sup>4</sup> Хряпінський П. В. Заохочувальні норми у кримінальному законодавстві України: моногр. / П. В. Хряпінський. – Х. : Харків юридичний, 2009. – С. 203.

<sup>5</sup> Беляев В. Г. Личность преступника в советском уголовном праве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / В. Г. Беляев. – Ростов-на Дону, 1964. – С. 14.

<sup>6</sup> Баулін Ю. В. Вказана праця. – С. 52.

<sup>7</sup> Филимонов В. Понятие деяния, содержащего признаки преступления / В. Филимонов // Советская юстиция. – 1983. – № 23. – С. 22.

<sup>8</sup> Скибицкий В. В. Освобождение от уголовной ответственности и отбывания наказания : моногр. / В. В. Скибицкий. – К. : Наукова думка, 1987. – С. 18.

<sup>9</sup> Курс адміністративного права України : підруч. / В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко, І. Д. Пастух та ін. ; за ред. В. В. Коваленка. – К. : Юрінком Інтер, 2012. – С. 143.

<sup>10</sup> У справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень частини третьої статті 80 Конституції України (справа про депутатську недоторканність): рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 р. // Вісник Конституційного Суду України. – 1999. – № 5. – С. 7–13.

<sup>11</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / авт.-уклад. В. Т. Бусел. – К. : Ірпін'я : ВТФ «Перун», 2005. – С. 447.

<sup>12</sup> Наден О. В. Спеціальні види звільнення особи від кримінальної відповідальності за злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів : моногр. / О. В. Наден. – Х. : Право, 2003. – С. 34–35.

<sup>13</sup> Детальніше див. : Сахнюк С. В. Загальна характеристика кримінальної відповідальності, як основної категорії кримінального права України / С. В. Сахнюк // Юридичний журнал. – 2009. – № 11. – С. 71–79.

<sup>14</sup> Житний О. О. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О. О. Житний. – Х., 2003. – С. 11.

<sup>15</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / авт.-уклад. В. Т. Бусел. – К. : Ірпін'я : ВТФ «Перун», 2005. – С. 483.

<sup>16</sup> Там само. – С. 379.

<sup>17</sup> Про міліцію: Закон України від 20 грудня 1990 р. (в редакції від 26 листопада 2011 р.) : [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/565-12/ed20111126>

<sup>18</sup> Армаш Н. О. Державні політичні діячі : становлення та перспективи їх адміністративно-правового статусу : моногр. / Н. О. Армаш. – Запоріжжя : КПУ, 2012. – С. 161–162.

<sup>19</sup> Яценко С. Чи відповідає Конституції України інститут звільнення від кримінальної відповідальності? / С. Яценко // Право України. – 2011. – № 9. – С. 166.

## Резюме

### Сахнюк С. В. Юридична природа звільнення від кримінальної відповідальності.

Статтю присвячено дослідженню юридичної природи звільнення від кримінальної відповідальності. З урахуванням існування різних форм завершення охоронних кримінально-правових відносин визначаються сутність та ознаки звільнення від кримінальної відповідальності, пропонується авторська дефініція цього кримінально-правового явища.

**Ключові слова:** закриття кримінального провадження, звільнення від кримінальної відповідальності, кримінально-правові відносини, не реабілітуючі обставини, форми завершення охоронних кримінально-правових відносин.

## Резюме

### Сахнюк С. В. Юридическая природа освобождения от уголовной ответственности.

Статья посвящена исследованию юридической природы освобождения от уголовной ответственности. С учетом существования разных форм завершения охранительных уголовно-правовых отношений определяются сущность и признаки освобождения от уголовной ответственности, предлагается авторская дефиниция этого уголовно-правового явления.

**Ключевые слова:** закрытие уголовного производства, освобождение от уголовной ответственности, уголовно-правовые отношения, реабилитирующие обстоятельства, формы завершения охранительных уголовно-правовых отношений.

Summary

**Sakhniuk S. The legal nature of exemption from criminal responsibility.**

The article investigates the legal nature of the exemption from criminal responsibility. In view of the existence forms of closing protective relations within criminal case, defined the nature and features of the exemption from criminal responsibility, it is proposed the author's definition of the criminal-legal phenomenon.

**Key words:** closing of criminal case, exemption from criminal responsibility, relations within criminal case, non-exonerating circumstances, forms of closing protective relations within criminal case.

УДК 343.98

**А. С. БУЛАТОВ**

*Андрій Сергійович Булатов, ад'юнкт Національної академії внутрішніх справ*

**МЕЖІ ТА МОЖЛИВОСТІ СУДОВО-ПСИХОЛОГІЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ  
У РОЗСЛІДУВАННІ ШАХРАЙСТВ**

Ефективне розслідування шахрайства обумовлює необхідність у застосуванні спеціальних знань (призначенні та проведенні судових експертиз, отриманні консультацій спеціаліста або залучення його до участі в слідчих діях). Узагальнюючи кримінальні справи про шахрайство О. Л. Мусієнко зазначає, що судові експертизи призначалися в 91,7 % випадків. Найбільший відсоток становлять криміналістичні експертизи: почеркознавчі – 43 %, технічні експертизи документів – 42 %, трасологічні – 8 %. Також, призначалися товарознавчі експертизи – 0,5 %; судово-бухгалтерські експертизи – 1,5 %; комп'ютерно-технічні – 1 %; судово-медичні експертизи речових доказів (біологічні експертизи виділень людини) – 1 %; судово-психіатричні – 2 %. Серед інших, відзначається невеликий відсоток використання судово-психологічних експертиз (4 %), що обумовлено недостатнім усвідомленням слідства її можливостей<sup>1</sup>.

Питання застосування судово-психологічної експертизи в процесі розслідування кримінальних правопорушень знайшли своє відображення в роботах М. О. Асманської, Є. П. Волкова, О. М. Гусевої, С. М. Князева, О. Р. Онищенко, Ф. С. Сафуанова, Т. М. Секераж, Т. О. Смирної, О. О. Ткаченко, Т. Ю. Філатова тощо.

Метою статті є аналіз напрацювань науковців та практиків у сфері застосування судово-психологічної експертизи при розслідуванні шахрайств.

Судово-психологічна експертиза вважається одним з найбільш складних видів експертизи. Це зумовлено цілою низкою обставин. Предметом таких експертиз є ретроспективна оцінка стану особи на період здійснення нею різних дій у правовому полі. При цьому в досліджуваній період на стан особи можуть впливати фактори різного характеру: соціально-психологічні, психогенні, сомогенні, психіатричні та інші. У розпорядження експерта-психолога надається лише обмежений обсяг інформації, а подані матеріали часто недостатньо інформативні і суперечливі, що не може бути усунуто повторними судовими засіданнями. Водночас, це не зменшує актуальність проведення обговорюваного виду експертизи<sup>2</sup>.

Загальним об'єктом судово-психологічної експертизи є особливості психіки, її компонентів, психічної діяльності людини як носія процесуального статусу в юридично значущій ситуації, а також самої ситуації. Джерелами інформації для судово-психологічної експертизи можуть бути матеріали кримінальної або цивільної справи, інші документи, які описують як життєвий шлях людини, так і її дії і поведінку в кримінальній ситуації. Також інформативними можуть бути і зовнішні прояви рухових і мовленнєвих актів, поведінка та вчинки досліджуваного в ході здійснення експертизи<sup>3</sup>.

У наш час серед напрямків судово-експертних досліджень, що інтенсивно розвиваються відноситься дослідження психологічного впливу.

В «Енциклопедії юридичної психології» наводиться таке визначення експертизи психологічного (психічного) впливу: «Підвид експертно-психологічних досліджень, спрямований на виявлення слідів незаконного вторгнення в сферу психічної діяльності особистості, результатом якого є негативні наслідки для її здоров'я, соціального статусу або фінансово майнового стану»<sup>4</sup>.

О. Р. Онищенко визначає, що кримінально-правові питання наявності психологічного впливу в рамках судово-психологічної експертизи виникають при<sup>5</sup>:

- 1) обставинах дачі показів і проведенні інших слідчих дій (встановлення факту неправомірного психологічного впливу з боку слідчого або третіх осіб);
- 2) взаємостосунків між співучасниками злочинів у групі;
- 3) взаємостосунків в системі «злочинець-жертва»;
- 4) дослідження протиправного психологічного впливу з боку організаторів релігійних і псевдорелігійних спільнот;

5) дослідження причин суїцидальних дій (у випадках підозри про доведення до самогубства).

На думку Т. М. Секераж, завданням судово-психологічної експертизи у випадку виявлення психологічного впливу входить визначення щонайменше семи груп обставин<sup>6</sup>:

- дій, що не відповідають справжнім інтересам, переконанням, намірам, цілям і тощо суб'єкта (або декларованим);
- дій, у результаті яких може бути здійснений психологічний вплив;
- зовнішніх особливостей ситуації взаємодії (час, місце, предметно-речова обстановка, наявність третіх осіб тощо);
- динамічних особливостей ситуації взаємодії суб'єкта впливу і адресата;
- характеру, форм, методів, прийомів, технологій дії;
- умов впливу;
- ефективності і результатів впливу.

Помилки при призначенні та проведенні напрямку експертизи, який ми розглядаємо аналогічні тим, які зустрічаються і при інших видах судово-психологічного дослідження.

Основними помилками при призначенні експертизи є<sup>7</sup>:

- постановка експертам-психологам питань, що не входять до їх компетенції;
- необгрунтоване призначення комплексної експертизи;
- призначення судово-психологічної експертизи, коли потрібне залучення спеціальних знань з інших галузей (психіатрії, лінгвістики).

Помилками при проведенні судово-психологічної експертизи є<sup>8</sup>:

- ненауковість експертного дослідження, побудованого, наприклад на методологічній основі спірної психотехнології нейролінгвістичного програмування (НЛП), і запозичення понятійного апарату цієї практики;
- відсутність чіткої диференціації понять «психологічний вплив» та «психічне насильство» (в деяких випадках їх ототожнення);
- перенавантаження тексту науковими або псевдонауковими термінами та поняттями, аббревіатурами, незрозумілими практичному працівникові.

В якості додаткового дослідження ситуації протиправного психологічного впливу при шахрайстві можуть проводитися і традиційні судово-психологічні експертизи особистісних особливостей потерпілого і злочинця. При вивченні жертви значущими можуть стати питання наявності таких особистісних особливостей, як підвищена сугестивність, підпорядкованість, конформність, вікові особливості, які могли вплинути на здатність потерпілого самостійно і незалежно приймати рішення в організованій шахраями ситуації.

Сьогодні не існує єдиного методологічного підходу, єдності у виборі методів при проведенні даного виду експертиз. Більшість зазначених судово-психологічних експертиз при описі технік, що застосовуються в рамках психологічного впливу і маніпулювання свідомістю потерпілих, базуються на теоретичних засадах нейролінгвістичного програмування (НЛП) і «еріксонівського гіпнозу». Так, існує думка, що шахраями використовуються різні маніпулятивні психологічні техніки (раппорт з «приєднанням», «підстроюванням» і «закріпленням» підсвідомого довіри між ініціатором і адресатом, використання тріозмів питань-команд тощо), що полегшує включення жертв в процес комунікації з злочинцями і призводить до розвитку кримінальної ситуації<sup>9</sup>.

Даний факт демонструє нехтування одним з основних принципів проведення судових експертиз – науковості аналізу та оцінки<sup>10</sup>.

Безумовно, неможливо ігнорувати існування сучасних психотехнологій. Виключення їх понятійного апарату при описі методів, прийомів і засобів психологічного впливу, які застосовуються шахраями, на думку О. Р. Онищенко, не вирішити проблему науковості експертної оцінки. Виходом із зазначеної ситуації, на думку науковця, є застосування наукової, методологічно усталеної термінології загальної, соціальної психології, лінгвістики та інших наук в зіставленні з поняттями сучасних психотехнологій<sup>11</sup>.

Особливу актуальність для сучасної правозастосовної практики набула судово-психологічна експертиза психологічного впливу у кримінальних справах про шахрайство у формі фінансових пірамід. Висновок судово-психологічної експертизи, на думку С. М. Князева, є важливим джерелом доказів у справах про шахрайство, вчинене способом фінансової піраміди. Під час проведення цих досліджень експерти аналізують свідчення потерпілих, відеозаписи виступів учасників злочинної організації, вивчають рекламні оголошення, текстові роздруківки та брошури, розповсюджені серед громадян, а також проводять експериментальне дослідження потерпілих<sup>12</sup>. При проведенні судово-психологічної експертизи психологічного впливу в цьому випадку, на думку О. Р. Онищенко, доцільно використовувати наступні методи: аналіз матеріалів кримінальної справи (включаючи аудіо-та відеоматеріали), якісно-кількісний аналіз (контент-аналіз) текстів, бесіда з потерпілими, спостереження<sup>13</sup>.

Серед науковців також не існує єдиної думки відносно методологічної основи вивчення протиправного психологічного впливу. Так серед дослідників, які брали участь у проведенні судово-психологічних експертиз психологічного впливу у діяльності фінансових пірамід, існує розуміння зміщення акценту в поле соціальної психології. Є. П. Волков зазначає, що необхідно домагатися більш широкого впровадження і правового закріплення соціально-психологічного підходу в судово-психологічній експертизі. Даний підхід вбачається найбільш адекватним для отримання максимально доказових висновків при експертній оцінці злочинів, пов'язаних із шахрайством<sup>14</sup>.

В експертизі психологічного впливу, на думку Є. П. Волкова, необхідно особливу увагу звертати на маскувальну функцію звичних елементів соціальної взаємодії, аналіз каналних факторів. Основними напрямками дослідження експерта, за твердженням науковця, повинні бути<sup>15</sup>:

- виділення з ситуації свідчень основних соціально-психологічних смислових елементів та способів впливу;
- відновлення системи психологічного впливу і опис його процесу на підставі виявлених закономірностей сприйняття і реагування мішеней впливу;
- аналіз ситуацій психологічного впливу як актів соціальної комунікації з певними соціально-психологічними наслідками.

Достатньо важливою є проблема дослідження психологічних чинників, що визначають віктимність і ризик стати жертвою кримінального маніпулювання. Аналіз судово-психологічних експертиз психологічного впливу групою науковців показує, що серед потерпілих явно виділяються індивідуально-психологічні особливості, які відіграють безпосередню роль у механізмі віктимної поведінки<sup>16</sup>.

Аналіз комплексних судово-психологічних експертиз дозволив О. М. Гусевій, Ф. С. Сафуанову, Т. О. Смирновій, О. О. Ткаченко, Т. Ю. Філатову окреслити напрямки подальших досліджень віктимності і безпорадності потерпілих від шахрайських дій. Зокрема, науковцями зазначається, що в ході психодіагностичного обстеження стає можливим виділення «групи ризику» та здійснення своєчасної профілактичної роботи, переважно з використанням когнітивно-біхевіоральної психотерапії<sup>17</sup>.

Розглядаючи наслідки кримінального маніпулювання для потерпілого не слід забувати про те, що окрім втрат матеріальних засобів, мають місце психологічні наслідки (вплив на психічне благополуччя особистості, розлади сімейних стосунків, порушення міжособистісних зв'язків з родичами і близькими, тощо). У цьому випадку судово-психологічна або комплексна експертиза може проводитися з метою виявлення у підекспертних ознак психотравми, причинно-наслідкового зв'язку між психотравмою і участю в діяльності досліджуваної організації, індивідуально-психологічних особливостей потерпілого.

Вивчення в судово-психологічній експертизі особистості злочинця пов'язано, насамперед, з індивідуалізацією покарання. Особливої значущості набувають особливості особистості злочинця, у випадках вчинення групових злочинів. У таких випадках питаннями для вивчення експертом можуть стати соціально-психологічний аналіз структури групи; форм взаємодії членів групи та впливу один на одного, а також ступеня впливу групи на конкретного учасника; виявлення специфіки емоційних зв'язків між членами групи. При визначенні ступеня антисуспільної спрямованості групи в рамках судово-психологічної експертизи досліджується стійкість групи і мета її створення<sup>18</sup>.

Отже, при розслідуванні та в ході судового розгляду шахрайства можуть призначатися різні види судово-психологічної експертизи. Найбільш значимий з них – дослідження наявності ознак психологічного впливу на жертву. Судова експертна оцінка психологічного впливу при шахрайстві відноситься до компетенції психологічної галузі знань. Психіатричні знання мають використовувати лише у випадках, коли в результаті впливу в потерпілого виникає змінений стан свідомості, що виключає здатність керувати своїми діями. Залучення лінгвістичних знань має доповнювати і уточнювати психологічний аналіз, а не підмінити його. Понятійний апарат зазначених експертних досліджень повинен базуватися виключно на прийнятій та усталеній термінології психологічної науки.

<sup>1</sup> Мусієнко О. Л. Теоретичні засади розслідування шахрайства в сучасних мовах: монографія / О. Л. Мусієнко ; за ред. проф. В. Ю. Шепітька. – Х.: Право, 2009. – С. 133.

<sup>2</sup> Асманская М. А. Судебно-психологическая экспертиза в гражданском процессе // Адвокатская практика. – 2013. – № 1. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.center-bereg.ru/f267.html>

<sup>3</sup> Психологическое воздействия как объект судебно-психологической экспертизы [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://goovee.net/c14/item515389.html>

<sup>4</sup> Энциклопедия юридической психологии / Под общ. ред. проф. А. М. Столяренко. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2003. – С. 198.

<sup>5</sup> Онищенко О. Р. Манипулирование сознанием и поведением жертв при мошенничестве. дисс. ... канд. психол. наук: спец. 19.00.06 «Юридическая психология» / О. Р. Онищенко. – Рязань, 2005. – С. 171.

<sup>6</sup> Секераж Т. Н. Теоретические и методические основы диагностики «порока воли» в судебной психологической экспертизе : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс и криминалистика; судебная экспертиза» / Т. Н. Секераж. – М., 2004. – С. 12.

<sup>7</sup> Онищенко О. Р. Вказана праця. – С. 184.

<sup>8</sup> Онищенко О. Р. Вказана праця. – С. 184–185.

<sup>9</sup> Онищенко О. Р. Вказана праця. – С. 174–175.

<sup>10</sup> Менделевич В. Д. Психиатрическая пропедевтика [Текст] : руководство. Практическое руководство / В. Д. Менделевич. – 5-е изд. перераб. и доп. – М : ГЭОТАР-Медиа, 2014. – С. 58.

<sup>11</sup> Онищенко О. Р. Вказана праця. – С. 175.

<sup>12</sup> Князев С. М. Судово-психологічна експертиза у справах про шахрайство, вчинене способом фінансової піраміди проблеми дослідження речових доказів // Криминологічний вісник. – 2011. – № 2 (16). – С. 111.

<sup>13</sup> Онищенко О. Р. Вказана праця. – С. 183.

<sup>14</sup> Волков Е. П. Методология и структура социально-психологической экспертизы по ситуациям влияния / Вести Нижегород. ун-та им. И. И. Лобачевского. Сер. Социальные науки. Вып. 1 (3). Н. Новгород. – 2003. – С. 45–47.

<sup>15</sup> Волков Е. П. Вказана праця. – С. 47.

<sup>16</sup> Гусева О. Н., Сафуанов Ф. С., Смирнова Т. А., Ткаченко А. А., Филатов Т. Ю. Беспомощное (беззащитное) состояние потерпевших по делам о мошенничестве: клиничко-психологические механизмы // Теория и практика судебной экспертизы. – 2008. – № 4 (12) – С. 82–91.

<sup>17</sup> Гусева О. Н., Сафуанов Ф. С., Смирнова Т. А., Ткаченко А. А., Филатов Т. Ю. Вказана праця. – С. 91.

<sup>18</sup> Онищенко О. Р. Вказана праця. – С. 186.

#### Резюме

##### **Булатов А. С. Межі та можливості судово-психологічної експертизи у розслідуванні шахрайств.**

У статті представлено результати узагальнення досліджень з питань застосування судово-психологічної експертизи при розслідуванні шахрайств. Розглянуто її різновиди, методологічні основи, особливості об'єкта, предмета, підстав для призначення, а також помилки, що виникають при призначенні та проведенні експертиз.

Зазначено, що до напрямів судово-експертних досліджень, які інтенсивно розвиваються, належать дослідження психологічного впливу. Розкрито підстави та основні завдання судово-психологічної експертизи виявлення психологічного впливу.

Визначено предмет, головні завдання та методи, що використовуються у судово-психологічній експертизі психологічного впливу у справах про шахрайство у формі фінансових пірамід.

Відзначено, що важливим є дослідження психологічних чинників, що визначають віктимність жертви маніпулювання, а також соціально-психологічний аналіз структури групи, форм взаємодії членів групи та впливу один на одного в разі вчинення групового злочину.

**Ключові слова:** судово-психологічна експертиза, шахрайство, судово-психологічна експертиза психологічного впливу, предмет, об'єкт, підстави призначення судово-психологічної експертизи, помилки при призначенні та проведенні судово-психологічної експертизи.

#### Резюме

##### **Булатов А. С. Границы и возможности судебно-психологической экспертизы при расследовании мошенничеств.**

В статье представлены результаты обобщения исследований по вопросам применения судебно-психологической экспертизы при расследовании мошенничеств. Рассмотрены ее разновидности, методологические основы, особенности объекта, предмета, оснований назначения, а также ошибки, возникающие при назначении и проведении экспертиз.

Отмечено, что среди интенсивно развивающихся направлений судебно-экспертных исследований выделяется исследование психологического воздействия. Раскрыты основания и основные задачи судебно-психологической экспертизы выявления психологического воздействия.

Определены предмет, основные задачи и методы, используемые в судебно-психологической экспертизе психологического воздействия по делам по мошенничеству в форме финансовых пирамид.

Отмечено, что важным является исследование психологических факторов, определяющих виктимность жертвы манипулирования, а также социально-психологический анализ структуры группы, форм взаимодействия членов группы и влияния друг на друга в случаях совершения группового преступления.

**Ключевые слова:** судебно-психологическая экспертиза, мошенничество, судебно-психологическая экспертиза психологического воздействия, предмет, объект, основания назначения судебно-психологической экспертизы, ошибки при назначении и проведении судебно-психологической экспертизы.

#### Summary

##### **Bulatov A. The reach and scope of forensic psychological expertise in the investigation of fraud.**

The article presents the results of generalization studies on the application of forensic psychological expertise in the investigation of fraud. Considered its varieties, the methodological framework, the features of the object, subject, purpose reason, as well as errors that occur when assigning and carrying out examinations.

It is noted that among the areas of forensic research, intensive development is the study of the psychological effects. Disclosed the basis and main tasks of forensic-psychological examination revealing of the psychological influence.

A subject, basic tasks and methods used in forensic psychological examination psychological impact on cases involving fraud in the form of financial pyramids.

It is noted that it is important to investigate psychological determinants of the victimization of the victim of manipulation, as well as socio-psychological analysis of group structure, forms of interaction between group members and impact on each other in case of committing group crimes.

**Key words:** psychological forensic examination, fraud, forensic psychological examination the psychological impact, the subject, object, reason for the appointment of judicial-psychological examination, errors in the appointment and conduct of forensic psychological assessment.

**М. О. ДЯЧКІН***Михайло Олександрович Дячкін, аспірант Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ***МАСОВІ ЗАВОРУШЕННЯ ТА КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ  
ЗА ЇХ ВЧИНЕННЯ**

Сучасний етап соціально-політичного розвитку України характеризується активною громадською позицією значної частини її населення, що виражається зокрема й у безпосередній участі громадян у вирішенні соціальних, політичних та економічних питань країни, що належать до функцій держави, у тому числі й шляхом проведення масових акцій. Втручання громадськості в діяльність держави, її намагання впливати на розвиток країни є невід'ємною частиною демократії. Право громадян України брати участь в управлінні державними справами, а також збиратися мирно, проводити збори, мітинги, походи і демонстрації закріплено в Конституції України (ст. ст. 38, 39)<sup>1</sup>.

Одним із ключових у вказаних нормах Конституції є термін «мирно». Але події останніх років показали, що протести можуть бути не тільки мирними, а й ознаками масових заворушень. Такі прояви мали місце не лише у м. Києві і деяких обласних центрах України, а й у невеликих районних містах та селищах, наприклад, у смт Врадіївка. Приводи і причини таких проявів різноманітні: неправомірні дії або бездіяльність влади чи окремих її представників, зневіра громадян у можливість захисту своїх прав у законний спосіб, а також організація таких акцій з метою досягнення певними силами своїх політичних або агресивних цілей. До речі, через перші влада нерідко уникає визнавати протести, що мають ознаки масових заворушень такими і називає їх мирними, а реагування щодо них намагається обмежувати різного роду впливом, у тому числі й кримінально-правовим, щодо окремих їх учасників та організаторів або вдається до компромісів, у тому числі й шляхом видання актів про амністію. Згідно єдиного звіту про кримінальні правопорушення в Україні, за 2013 рік було обліковано кримінальних правопорушень (злочинів): за ознаками ст. 293 КК – 3; ст. 294 КК – 2; ст. 296 КК – 6315, з яких: спрямовано до суду з обвинувальним актом: за ст. 293 КК – 2; за ст. 294 – 0; за ст. 296 КК – 2888; закрито провадженням: за ст. 293 – 10; за ст. 294 – 2, за ст. 296 – 25569 (!?); залишилось без прийняття остаточного рішення: за ст. 293 КК – 4; за ст. 294 КК – 5; за ст. 296 КК – 3215. За 2014 рік обліковано кримінальних правопорушень (злочинів): за ознаками ст. 293 КК – 38; ст. 294 КК – 148; ст. 296 КК – 4962, з яких: спрямовано до суду з обвинувальним актом: за ст. 293 КК – 2; за ст. 294 – 10; за ст. 296 КК – 1897; закрито провадженням: за ст. 293 – 31; за ст. 294 – 71, за ст. 296 – 6811; залишилось без прийняття остаточного рішення: за ст. 293 КК – 31; за ст. 294 КК – 95; за ст. 296 КК – 2915. За одинадцять місяців 2015 року обліковано кримінальних правопорушень (злочинів): за ознаками ст. 293 КК – 19; ст. 294 КК – 25; ст. 296 КК – 3900, з яких: спрямовано до суду з обвинувальним актом: за ст. 293 КК – 1; за ст. 294 – 12; за ст. 296 КК – 1358; закрито провадженням: за ст. 293 – 27; за ст. 294 – 2, за ст. 296 – 3388; залишилось без прийняття остаточного рішення: за ст. 293 КК – 18; за ст. 294 КК – 12; за ст. 296 КК – 2427<sup>2</sup>.

З наведених статистичних даних видно, що кількість проваджень, порушених за ознаками складу злочину, передбаченого ст. 294 КК, та спрямованих із них з обвинувальним актом до суду суттєво різняться, а кількість проваджень закритих або остаточне рішення в яких на кінець звітного періоду прийняте не було і які у своїй більшості в наступному звітному періоді закриваються провадженням або залишаються в обліках без змін – складають основний масив усіх зареєстрованих злочинів. Вказане свідчить про низький рівень ефективності роботи правоохоронних органів у частині розслідування вказаної категорії правопорушень, а також дає підстави для припущень про те, що вона не позбавлена впливу, що має не правовий характер, у тому числі й політичний, коли відсутня політична воля і закон тлумачиться та застосовується або приймається виходячи з політичної доцільності.

Інколи масовий тиск людей на владу допомагає досягти мети акції, у тому числі й шляхом зміни або порушення чинного законодавства. Тому певні особи, у тому числі й службові, а також політичні сили та спецслужби іноземних держав все частіше вдаються до підбурювання населення до протестів, акцій непокори владі, що характеризуються насильницькими діями, погромами, пошкодженням та знищенням майна тощо. Небезпечного поширення набуло й залучення так званих «тітушок» для придушення мирних акцій шляхом залякування, побиття їх учасників, пошкодження та знищення їх майна тощо або з метою провокації переростання мирних протестів у масові заворушення, кримінальна відповідальність за які встановлена ст. 294 КК України. Люди ж, які побачили можливість у такий спосіб впливати на владу, й самі не завжди утримуються від застосування грубої сили, що призводить до масових заворушень і тяжких наслідків. Організація масових заворушень може виступати й складовим елементом так званої гібридної війни, яка сьогодні без оголошення ведеться проти України, а тому, окрім громадського порядку, може посягати на громадську та національну безпеку.



Питанням кримінальної відповідальності за злочини проти громадської безпеки, громадського порядку присвячували свої дослідження чимало вітчизняних та зарубіжних вчених: П. П. Андрушко, О. М. Бандурка, М. І. Бажанов, С. Ф. Денисов, Ю. В. Дубко, В. П. Ємельянов, Ю. М. Кармазін, І. М. Копотун, В. В. Кузнєцов, О. В. Кириченко, О. І. Остапенко, М. І. Панов, А. В. Савченко, В. Я. Тацій, Є. В. Фесенко, М. І. Хавронюк та ін. Проте за останні роки в науці кримінального права України питанням кримінальної відповідальності за організацію масових заворушень увага приділялась недостатньо, особливо за вчинення таких дій шляхом використання службового становища. Вказане, на нашу думку, сприяло недооцінюванню необхідності запобігання та своєчасного припинення масових заворушень в Україні.

Кримінальна відповідальність за вчинення масових заворушень в Україні встановлена у ст. 294 КК України 2001 року, яку законодавець, разом із нормами про відповідальність за групове порушення громадського порядку (ст. 293), заклик до вчинення дій, що загрожують громадському порядку (ст. 295) та хуліганство (ст. 296), помістив до Розділу XII «Злочини проти громадського порядку та моральності», залишивши її при цьому в редакції, дуже близькій до змісту ст. 71 КК України 1960 року в редакції Закону від 24 грудня 1994 р.<sup>3</sup>, яка перебувала у Главі I «Злочини проти держави», що було притаманно КК усіх союзних республік бывшего СРСР.

У диспозиції ч. 1 і 2 ст. 294 КК України встановлено відповідальність за організацію масових заворушень та активну участь у масових заворушеннях, що «супроводжувалися насильством над особою, погромами, підпалами, знищенням майна, захопленням будівель або споруд, насильницьким виселенням громадян, опором представникам влади із застосуванням зброї або інших предметів, які використовувалися як зброя»<sup>4</sup>. На відміну від ст. 296, у якій законодавчо закріплено визначення поняття «хуліганство», ст. 294 КК не містить визначення поняття «масові заворушення», але в ній зазначено, що склад злочину організація масових заворушень або активна участь у масових заворушеннях утворюють дії, що супроводжувалися переліченими в ч. 1 ст. 294 КК обставинами (наслідками). При цьому, необхідно звернути увагу на те, що з граматичного тлумачення чинної редакції ч. 1 ст. 294 КК мало б витікати, що склад злочину масові заворушення вимагає наявності усіх вказаних у ній наслідків, тобто якщо вони супроводжувалися: «насильством над особою, погромами, підпалами, знищенням майна, захопленням будівель або споруд, насильницьким виселенням громадян, опором представникам влади із застосуванням зброї або інших предметів, які використовувалися як зброя» і відсутність хоча б однієї із вказаних обставин, мало б виключати склад злочину, бо в диспозиції вони розділяються комою і сприймаються не як альтернативні, а як сукупність обов'язкових. Виняток мав би полягати лише в альтернативі наслідків у виді захоплення будівель або захоплення споруд, а також застосування зброї або інших предметів, які використовувалися як зброя. З метою усунення вказаного недоліку, початок диспозиції ч. 1 ст. 294 КК України слід було б викласти у наступній редакції: «Організація масових заворушень, що супроводжувалися насильством над особою або погромами чи підпалами, знищенням майна, захопленням будівель або споруд...». Також, у диспозиції ст. 294 КК або примітці до неї слід було б закріпити визначення поняття «масові заворушення», що дозволить відмежовувати їх від дій, що кваліфікуються як групове порушення громадського порядку (ст. 293 КК) та хуліганство, вчинене групою осіб (ч. 2 ст. 296 КК).

Організація масових заворушень, як діяння, утворює об'єктивну сторону першої форми складу цього злочину. Вказане дозволяє вважати, що саме протидії організації масових заворушень як найбільш суспільно небезпечній формі вказаного злочину законодавець надає найбільшого значення. Активна участь у злочині масові заворушення утворює його другу форму. Відповідно, до кримінальної відповідальності за масові заворушення обов'язково мають притягуватись не тільки безпосередні їх учасники, а й, у першу чергу, їх організатори, у тому числі ті, які не беруть безпосередньої участі в масових заворушеннях, а розробляють плани, здійснюють провокації масових заворушень, забезпечують фінансування або матеріальне забезпечення їх учасників тощо.

У науці кримінального права з питання про те, які дії утворюють об'єктивну сторону злочину організація масових заворушень, не існує єдиної точки зору. Так у коментарі до ст. 294 КК щодо об'єктивної сторони злочину організація масових заворушень В. А. Ломако зазначає, що вона полягає в підбурюванні людей, які стихійно зібралися, до масових виступів, насильства над людьми чи окремою особою, погромів, підпалів, захоплення споруд, насильницького виселення громадян, знищення майна, збройного опору представникам влади, а також провокаційні дії, вчинені з метою викликати відповідні дії натовпу або окремих учасників, а також керівництво діями натовпу чи окремих його груп при вчиненні зазначених у законі дій<sup>5</sup>. «Організація масових заворушень – це об'єднання людей для участі у масових заворушеннях, керівництво натовпом, підбурювання до вчинення дій, які являють собою масові заворушення, провокаційні дії, вчинені з метою викликати відповідну поведінку великих груп людей. Способи організації масових заворушень можуть бути різноманітними (виступ на мітингах, оголошення різноманітних звернень, розробка планів по збурюванню натовпу, розподіл ролей серед окремих учасників масових заворушень тощо)», – зазначає В. О. Навроцький<sup>6</sup>.

Існує точка зору, що масові заворушення – це завжди дії агресивного натовпу, який спровокований організатором<sup>7</sup>. Тобто організація масових заворушень при такому підході зводиться до провокаційних дій, що здійснюються організатором через провокаторів. Термін «організовувати» означає: створювати, засновувати що-небудь, залучаючи до цього інших, спираючись на них; здійснювати певні заходи громадського значення, розробляючи їх підготовку проведення; згуртовувати, об'єднувати кого-небудь з певною метою, зосереджувати, мобілізувати, спрямовувати когось на що-небудь; чітко налагоджувати, належно впорядковувати що-небудь<sup>8</sup>.

На нашу думку, організацію масових заворушень слід розуміти відповідно до ч. 3 ст. 27 КК України, тобто як дії особи яка: організувала вчинення масових заворушень чи керувала підготовкою до масових заворушень або вчиненням масових заворушень, або з метою вчинення масових заворушень утворила організовану групу чи злочинну організацію, які спричинили масові заворушення, або керувала такою групою чи організацією, або яка забезпечувала фінансування чи організовувала приховування злочинної діяльності такої групи чи злочинної організації.

Окрім організації масових заворушень та активної участі в них, у слідчій та судовій практиці звертається увага на проблему кримінально-правової оцінки дій осіб, які провокують виникнення масових заворушень, але при цьому не є їх організаторами або активними учасниками. На вчинення дій, що провокують масові заворушення, а також підбурювання до масових заворушень, як різновиди організації масових заворушень, у своїх роботах вказують названі вище автори. Чи обґрунтованою є така точка зору?

У сучасній українській мові «провокація» означає зрадницьку поведінку, підбурювання кого-небудь до таких дій, які здатні потягнути за собою тяжкі для нього наслідки<sup>9</sup>. Слід також відмітити, що провокатор нерідко виступає представником інтересів організатора.

Організатор вчинення злочину – це особа, яка свідомо виконує широкий спектр активних дій, спрямованих на те, щоб було здійснено конкретний злочин. Окрім діянь, передбачених ч. 3 ст. 27 КК, організатор злочину може вчиняти й дії, передбачені ч. 4, 5 і 2 ст. 27 КК, тобто виконувати функції й підбурювача, пособника, а також співвиконавця злочину. Але дії організатора злочину не можуть обмежуватись функціями лише одного із вказаних співучасників злочину, наприклад лише підбурюванням до злочину. Тому ствердження, що організація злочину масові заворушення може полягати в підбурюванні до нього або його провокація, вбачається необґрунтованим. До речі, публічні заклики до погромів, підпалів, знищення майна, захоплення будівель чи споруд, насильницького виселення громадян, а також розповсюдження матеріалів такого змісту, відповідальність за які встановлена ст. 295 КК, по-суті є підбурюванням до масових заворушень. Підбурювання до злочину – це свідомі умисні дії спрямовані на виникнення у іншої особи бажання вчинити певний злочин. Провокація ж злочину може бути як свідомою поведінкою, так і діянням, вчиненим з необережності. Наприклад, судовій практиці відомі випадки, коли масові заворушення були спровоковані дорожньо-транспортною пригодою за участю правоохоронців або смертю людини через лікарську помилку чи недбалість медичного персоналу, або насильство представників влади. Тому провокація злочину має розглядатися як різновид підбурювання до злочину, тобто як умисні свідомі дії, спрямовані щодо конкретної людини або певної групи людей з метою виникнення у неї (них) бажання вчинити певні протиправні дії або заподіяти певні суспільно небезпечні наслідки, за які встановлена кримінальна відповідальність.

Дії особи, яка підбурює чи провокує до вчинення злочину іншою особою, у тому числі й масових заворушень, на нашу думку, можуть охоплюватися положенням ч. 4 ст. 27 КК як дії підбурювача, за винятком, коли такі дії передбачені окремою нормою як самостійний склад злочину, наприклад, публічні заклики: до погромів та інших дій (ст. 295 КК); до вчинення терористичного акту (ст. 258-2 КК) та ін. Відсутність чітких практичних та наукових рекомендацій щодо застосування ст. 294 КК є також наслідком її недосконалої редакції та відсутності науково-практичного обґрунтування її застосування. Виходячи з цього, вбачається доцільним проведення поглибленого наукового дослідження таких понять як «масові заворушення», «організація масових заворушень», «активна участь у масових заворушеннях», а також «провокація злочину», закріплення їх визначень у нормах закону про кримінальну відповідальність. Вказане сприятиме встановленню усіх юридично значущих ознак злочину масові заворушення, а також дійсної ролі усіх причетних до вчинення масових заворушень осіб, у тому числі й тих, які своїми діяннями провокують масові заворушення чи будь-які інші злочини, їх відмежуванню від дій організатора, підбурювача та виконавця злочину, а також їх точній юридичній оцінці (кваліфікації) та справедливому вирішенню питання щодо застосування до них заходів кримінально-правового впливу.

Законодавці деяких зарубіжних країн розмежовують роль організатора, провокатора та активного учасника масових заворушень. Так, законодавець Японії в ст. 106 Кримінального Кодексу встановлює, що «керівники безпорядків караються... , особи, які посилювали безпорядки тим, що керували іншими, або очолювали інших людей караються...»<sup>10</sup>.

Організатором, зазвичай, є особа, яка має певний вплив, чий соціальний статус є впливовим щодо людей. Це може бути як і звичайний лідер у групі людей, що його підтримують та якого слухаються, але, нерідко, ним виступає керівник підприємства, організації, установи або представник влади, який намагається використовувати своє службове становище всупереч інтересам служби, суспільства, на шкоду іншим особам, або прагне у протиправний спосіб забезпечити своє кар'єрне зростання. Прикладом цього є дії зазначені у вироку Кіровського районного суду м. Кіровограда у кримінальній справі № 46614492 від 13.07.2015 р. : «Приблизно 25.01.2014 р. ОСОБА\_3, який згідно рішення 27-ї сесії 6-го скликання Запорізької обласної ради від 30.05.2013 р. був обраний головою Запорізької обласної ради, за попередньою змовою з ОСОБА\_16, який згідно Указу Президента України № 1012/2011 від 02.11.2011 р. був призначений головою Запорізької обласної державної адміністрації (провадження відносно якого закрито), та іншою особою, відносно якої є окреме кримінальне провадження, керуючись метою і мотивами порушення конституційного права учасників мітингу на мирне зібрання і вільне волевиявлення, яке планувалося на 26.01.2014 р., та його зриву, діючи умисно та узгоджено, як організатори злочину, вжили низку дій із організації масових заворушень, поєднаних з порушенням громадського порядку та супроводженням насильства над громадянами, які повинні були брати

участь у мітингу, або які висловлювали всіляку підтримку учасникам мітингу, допускаючи при цьому заподіяння їм тілесних ушкоджень, побоїв, вчинення погромів, та відшукали і залучили до участі в масових заворушеннях нестановлених слідством осіб чоловічої статі, розподілили ролі серед учасників масових заворушень, та умисно за попередньою змовою організували масові заворушення»<sup>11</sup>. Вказаний злочин суд кваліфікував за ч. 2 ст. 28 та ч. 1 ст. 294 КК. На нашу думку, таке рішення є не досить точним і повним, бо в ньому судом не були враховані службове становище осіб, що організували масові заворушення, а також тяжкі наслідки у виді багатьох постраждалих серед осіб, що брали участь у мітингу від дій працівників міліції, які застосували проти них фізичний вплив. Тобто без кримінально-правової оцінки залишились дії службових осіб правоохоронних органів, які мають ознаки злочину, передбаченого ст. 364 та КК України, що навряд чи було б у разі передбачення у ст. 294 КК такої кваліфікуючої ознаки як вчинення передбачених дій службовою особою з використанням свого службового становища.

Виходячи із вказаного, вбачається за необхідне ч. 2 ст. 294 КК доповнити такою кваліфікуючою ознакою як «вчинені з використанням свого службового становища». Вказане надасть можливість більш повного охоплення обставин, що характеризують дії з організації масових заворушень і мають значення для їх кваліфікації, а також полегшить кваліфікацію злочину, виключив необхідність додаткової кваліфікації за ст. 364 КК та призначення покарання за сукупністю злочинів у порядку, передбаченому ст. 70 КК.

<sup>1</sup> Конституція України. [Електронний ресурс] Режим доступу: <https://search.ligazakon.ua>

<sup>2</sup> Статистична інформація – Генеральна прокуратура України за 2013–2015 роки: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.gp.gov.ua>

<sup>3</sup> Відомості Верховної Ради України 1994 р. № 13. – Ст. 68.

<sup>4</sup> Кримінальний кодекс України // Законодавча база Верховної Ради України / Закон від 05.04.2001 / поточна редакція від 20.10.2015: [Електронний ресурс] – Режим доступу: [zakon.rada.gov.ua/go/2341-14](http://zakon.rada.gov.ua/go/2341-14)

<sup>5</sup> Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 1196 с. – С. 802.

<sup>6</sup> Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К.: Каннон, А.С.К., 2001. – 1104 с. – С. 750.

<sup>7</sup> Копотун І. М. Запобігання злочинам, що призводять до надзвичайних ситуацій у виправних колоніях: моногр. / Копотун І. М. – К.: ПП «Золоті ворота», 2013. – 472 с. – С. 168.

<sup>8</sup> Новий тлумачний словник української мови: в 3 т. / [уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко]. – К.: Вид-во «АКОНІТ», 2008. – Т. 2: К–П. – 928 с. – С. 479.

<sup>9</sup> Новий тлумачний словник української мови: в 3 т. / [уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко]. – [2-е вид., виправ.]. – К.: АКОНІТ, 2008. – Т. 3: П–Я. – 864 с. – С. 21.

<sup>10</sup> Уголовный кодекс Японии. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 77–78.

<sup>11</sup> Вирок іменем України від 13.07.2015 Кіровського районного суду м. Кіровограда // офіційний сайт «Єдиний державний реєстр судових рішень» / № 46614492 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [reyestr.court.gov.ua](http://reyestr.court.gov.ua)

#### Резюме

##### **Дячкін М. О. Масові заворушення та кримінальна відповідальність за їх вчинення.**

У статті досліджено питання кримінальної відповідальності за масові заворушення за законодавством України в частині об'єкта кримінально-правової охорони, об'єктивної сторони злочину та ознак співучасті у злочині, передбаченого ст. 294 КК України. Основна увага приділена проблемним питанням відмежування масових заворушень від суміжних злочинів, а також удосконаленню норм, якими встановлено відповідальність за їх вчинення.

**Ключові слова:** масові заворушення, громадський порядок, громадська безпека.

#### Резюме

##### **Дячкін М. А. Массовые беспорядки и уголовная ответственность за их совершение.**

В статье исследованы вопросы уголовной ответственности за массовые беспорядки за законодательством Украины в части объекта уголовно-правовой охраны, объективной стороны преступления и признаков соучастия в преступлении, предусмотренном ст. 294 УК Украины. Основное внимание уделено проблемным вопросам разграничения массовых беспорядков от смежных преступлений, а также усовершенствованию норм, которыми установлена ответственность за их совершение.

**Ключевые слова:** массовые беспорядки, общественный порядок, общественная безопасность.

#### Summary

##### **Dyachkin M. Mass unrest and criminal liability for these acts.**

The article deals with issues of criminal liability for mass unrest under the legislation of Ukraine concerning the object of criminal legal protection, actus reus and signs of complicity in the crime under art. 294 of the Criminal Code of Ukraine. The main attention is paid to problematic issues of delimitation of mass unrest from related offences, as well as to improving rules that establish the responsibility for these acts.

**Key words:** mass unrest, public order, public safety.

## А. В. ЗАКРЕВСЬКИЙ

Андрій Віталійович Закревський, аспірант ВНЗ  
«Національна академія управління»СЬОМИЙ ТА ВОСЬМИЙ ПЕРІОДИ РОЗВИТКУ УКРАЇНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА  
ТА ДЕРЖАВНОСТІ (ПОЧАТОК ХХ СТ. – НАШ ЧАС) У КОНТЕКСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ  
ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ

Аналіз витоків та генези кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 374 Кримінального кодексу України (далі – КК), має істотне значення для розуміння суті й природи цього злочинного діяння на сучасному етапі розвитку науки кримінального права та практики застосування такої кримінально-правової норми.

Проблемою кримінальної відповідальності за порушення права на захист займалися такі вчені, як: В. І. Борисов, О. Д. Святоцький, Р. І. Сахно, В. В. Сміх, В. І. Осадчий та інші. Проте витоки та генеза відповідальності за це діяння не отримана до цього часу належного дослідження.

**Мета статті** полягає в дослідженні витоків, історичного розвитку та сучасного стану проблеми кримінальної відповідальності за порушення права на захист у сьомому та восьмому періодах розвитку українського суспільства та державності (поч. ХХ ст. – наш час).

Становлення і розвиток кримінальної відповідальності за порушення права на захист на теренах нашої держави не можна розглядати у відриві від історичного минулого. Історико-правове дослідження зазначеного явища має принципово важливе значення для формулювання наукових положень. На думку Н. С. Тиганцева, метою такого вивчення має бути не тільки догматичне з'ясування і формулювання (описання) витоків чинного права, а й критична їх оцінка на підставі відомостей практики, витоків (начал) науки і положень вітчизняної історії права<sup>1</sup>. Прослідкувавши походження відомого інституту або законоположення, ми дізнаємося про ті умови, які породили його, та які впливали на його розвиток, а знаючи це, ми маємо можливість оцінити його сучасне значення, інакше кажучи, ми отримуємо можливість вирішити, чи буде збережено законоположення, або воно повинно уступити місце іншому, як таке, що втратило свою життєву основу внаслідок умов, що змінилися<sup>2</sup>.

Дотримуючись запропонованого підходу до вивчення означеної проблеми, ми проведемо її дослідження, виходячи з положень, що знайшли своє підтвердження в історичних та юридичних джерелах, про існування шести (загальнолюдських), різних за часом періодів, а для нашої країни – восьми періодів розвитку людського суспільства<sup>3,4,5</sup>. У цьому дослідженні ми зупинимося в межах сьомого та восьмого періодів розвитку українського суспільства та державності (поч. ХХ ст. – наш час).

Як відомо, наука кримінального права до теперішнього часу не коментувала та не досліджувала витоки, історію кримінальної відповідальності за порушення права на захист в історичних періодах, що мали і мають значення в історії суспільства, державності, в тому числі й для теорії кримінального права та існуючої практики. Важливість наукового вивчення витоків, генези кримінальної відповідальності за порушення права на захист та сучасного стану цієї проблеми – поза будь-яким сумнівом. Тільки використання історико-правового методу дослідження може забезпечити точність опису витоків та генези кримінальної відповідальності за порушення права на захист і з'ясування сучасного стану означеної проблеми.

Відштовхуючись від викладеного, спробуємо дослідити витоки та генезис кримінальної відповідальності за порушення права на захист на території України у *сьомому періоді* (початок ХХ ст. – 1991 р.) – «Україна в радянський період». Як свідчить наше дослідження, з утворенням 1917 р. Української народної Республіки в забезпеченні права підозрюваного та обвинуваченого на захист змін не відбулося. Під час громадянської війни 1918–1920 рр. більшовиками було ліквідовано інститут незалежної адвокатури в Україні. Замість неї були сформовані колегії правозаступників, члени яких обиралися з громадян, які були на державній службі, що, у свою чергу, стало причиною скасування автономії адвокатури. Крім того, адвокатура політизувалася і керувалася передусім не інтересами клієнта, а політичними інтересами влади. Це призвело до правової незахищеності громадян, зокрема, у політичних процесах в Україні, коли захист перетворився на формальну процедуру<sup>6</sup>.

2 жовтня 1922 р. Всеукраїнським центральним виконавчим комітетом було прийняте Положення про адвокатуру УРСР<sup>7</sup>. На цій підставі Народний комісаріат юстиції УРСР затвердив 14 листопада 1922 р. Інструкцію про організацію губернських колегій захисників при губрайнарсудах<sup>8</sup>, а 27 грудня цього ж року – Положення про консультації для надання юридичної допомоги населенню, що організуються колегіями захисників<sup>9</sup>. 12 вересня 1928 р. Народним комісаріатом юстиції УРСР було прийнято постанову «Про реорганізацію колегій захисників», що практично ліквідувала приватну адвокатуру. Колегії захисників були переведені на колективну форму організації, яка повністю контролювалася державними органами. Положенням

про судоустрій від 11 вересня 1929 р. Народний комісаріат юстиції УРСР підпорядкував колегії захисників окружним судам. Крім того, 20 жовтня 1929 р. ним затверджено Положення про колективні форми роботи колегій захисників<sup>10</sup>.

У кінці 20-х років ХХ ст. інститут захисту зазнав нищівної критики з боку влади. Висловлювалися пропозиції щодо усунення захисника на досудовому слідстві. Зокрема, таку позицію підтримував А. Я. Вишинський, мотивуючи це «недостатньо високою і довершеною технікою нашого слідчого апарату, з одного боку, і неможливістю очікувати ідеально-суспільного підходу у виконанні прийнятого на себе обов'язку захисту – з іншого»<sup>11</sup>.

У цей період був прийнятий перший радянський Кримінальний кодекс – Кримінальний кодекс РСФРР 1922 р.<sup>12</sup>, який не регламентував відповідальності за порушення права на захист. З 15 вересня 1922 р. в Україні було введено в дію Кримінальний кодекс УСРР, який скасував попередні законодавчі акти<sup>13</sup>, проте кримінальної відповідальності за порушення права на захист так у ньому і не з'явилося. Такої відповідальності не було передбачено і в наступному Кримінальному кодексі УСРР 1927 року<sup>14</sup>.

Прийняті 5 грудня 1936 р. «сталінська» Конституція СРСР та 30 січня 1937 р. Конституція УРСР формально розширили правові межі діяльності адвокатури. Це зумовило прийняття 16 серпня 1939 р. Радою Народних Комісарів СРСР першого Положення про адвокатуру СРС<sup>15</sup>, яке вперше замість терміна «захисник» оперувало терміном «адвокат». Однак таке реформування адвокатури не змогло дати реальних відчутних позитивних зрушень в інституті захисту через масові політичні репресії в державі, що зводили нанівець права громадян. Прикладом того є прийняття постанови Центральним виконавчим комітетом СРСР від 1 грудня 1934 р. «Про порядок ведення справ по підготовці або вчиненню терористичних актів»<sup>16</sup>. У розгляді цієї категорії справ виключалась участь захисника. Вводилися так звані «особливі наради», «трійки», «двійки», які також розглядали справи без адвоката<sup>17</sup>. Тобто, на законодавчому рівні право підозрюваного та обвинуваченого на захист при розгляді так званих «контрреволюційних» справ було скасоване.

Після нападу Німеччини на Радянський Союз Указом Президії Верховної Ради СРСР від 22 червня 1941 р. на території СРСР було введено військовий стан. Відтак, розгляд більшості кримінальних справ проводили військові трибунали. Судовий процес у них відбувався за скороченою процедурою, зазвичай, без прокурора та адвоката-захисника<sup>18</sup>.

У повоєнний період Міністерством юстиції СРСР визнано за необхідне переглянути Положення про адвокатуру СРСР, у результаті чого відділом адвокатури Міністерства у квітні 1956 р. було розроблено новий проект Положення. У грудні 1958 р. Верховна Рада СРСР затвердила Основи законодавства про судоустрій СРСР, союзних і автономних республік<sup>19</sup>, Основи кримінального законодавства СРСР і союзних республік<sup>20</sup>, Основи кримінального судочинства СРСР і союзних республік<sup>21</sup>. На їх підставі Верховна Рада УРСР 30 червня 1960 р. прийняла Закон про судоустрій УРСР<sup>22</sup>, а 25 грудня 1960 р. – Кримінальний кодекс УРСР та Кримінально-процесуальний кодекс УРСР із введенням їх у дію з 1 квітня 1961 року<sup>23</sup>. Але з прийняттям Кримінального кодексу УРСР 1960 р. як у главі VIII «Злочини проти правосуддя», так і в інших главах кримінальної відповідальності за порушення права на захист не було передбачено<sup>24</sup>.

Нове законодавство стало істотною базою змін як у забезпеченні підозрюваному та обвинуваченому права на захист, так і в правовому статусі адвокатури. Так, адвокат допускався до участі в розгляді будь-якої кримінальної справи. Крім того, якщо до цього адвокат брав участь у справі лише в суді, то тепер захисник допускався до участі у справі з моменту оголошення обвинуваченому про закінчення попереднього слідства і пред'явлення обвинуваченому всіх матеріалів справи для ознайомлення, також захисник міг бути допущений до участі у справі за постановою прокурора з моменту пред'явлення обвинувачення. У справах про злочини неповнолітніх та осіб, які через свої фізичні чи психічні вади не могли самі здійснювати свій захист, захисник допускався з моменту пред'явлення обвинувачення. Було визначено розширений перелік випадків обов'язкової участі захисника в розгляді справ у суді. На підставі вказаних нормативних актів Міністерством юстиції УРСР розроблено проект Положення про адвокатуру, який Верховна Рада УРСР затвердила 25 вересня 1962 року<sup>25</sup>.

20 квітня 1978 р. Верховна Рада УРСР прийняла нову Конституцію УРСР, в якій повторювалися положення Конституції СРСР 1977 року. Зазначимо, що в Конституції УРСР відбулось конституційне оформлення статусу адвокатури, було вказано, що для надання юридичної допомоги громадянам та організаціям діють колегії адвокатів<sup>26</sup>. 1 жовтня 1980 р. Верховною Радою УРСР було прийнято нове Положення про адвокатуру УРСР. У ньому розширили види юридичної допомоги громадянам, проте і воно не виключало порушення права на захист з боку органів влади<sup>27</sup>. 5 червня 1981 р. був прийнятий Закон УРСР Про судоустрій УРСР, який у ст. 15 забезпечував обвинуваченому право на захист<sup>28</sup>. Вже 13 листопада 1989 р. Верховною Радою СРСР були прийняті нові Основи законодавства Союзу РСР і союзних республік про судоустрій<sup>29</sup>, відповідно до яких значно розширювалася сфера діяльності адвоката в кримінальному процесі. Тепер участь захисника гарантувалася вже на попередньому слідстві з моменту затримання, арешту чи пред'явлення обвинувачення. Було розширено перелік випадків обов'язкової участі захисника у попередньому слідстві, розширено його права.

Зважаючи на викладене та аналіз чинного на той час кримінального законодавства стверджуємо, що в цей період була відсутня кримінальна відповідальність за порушення права на захист.

*Восьмий період* (з 1991 р. і до нашого часу). Для нього характерно, що Україна стала незалежною самостійною державою. 19 грудня 1992 р. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про адвокатуру»<sup>30</sup>, який законодавчо оформив інститут правової допомоги та права на захист. 28 червня 1996 р. була прийнята

Конституція України, у ст. 59, ч. 2 ст. 63, п. 6 ч. 2 ст. 129 якої проголошується право кожної людини на правову допомогу, на захист від обвинувачення і називається одним із найважливіших принципів правосуддя забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого та підсудного на такий захист<sup>31</sup>.

У цей період 5 квітня 2001 р. сьомою сесією Верховною Радою України був прийнятий Кримінальний кодекс України, який набрав чинності з 1 вересня 2001 року<sup>32</sup>. У цьому документі у ст. 374 була передбачена кримінальна відповідальність за порушення права на захист вперше. Наразі дана стаття має такий вигляд:

«1. Недопущення чи ненадання своєчасно захисника, а також інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого на захист, вчинене слідчим, прокурором або суддею, – карається штрафом від трьохсот до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

2. Ті самі дії, які призвели до засудження невинної у вчиненні кримінального правопорушення особи, або вчинені за попередньою змовою групою осіб, або такі, що спричинили інші тяжкі наслідки, – караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

Необхідно акцентувати увагу на тому, що в диспозиції, передбаченій ст. 374 КК, відбулися певні зміни. Так, п. 7 ч. 4 Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» були внесені зміни щодо суб'єкта цього злочину. В абз. 1 ч. 1 ст. 374 КК слова «особою, яка провадить дізнання» були виключені<sup>33</sup>. Оскільки із прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) така форма досудового розслідування злочинів, як дізнання, була виключена і здійснюється лише у формі досудового слідства. Також цими змінами в абз. 1 ч. 2 ст. 374 КК слово «злочину» було замінене словами «кримінального правопорушення». Дане словосполучення є узагальнюючим терміном, що з'явився у змісті КК внаслідок прийняття нового КПК та який охоплює злочини і кримінальні проступки (інститут кримінальних проступків перебуває наразі на етапі розробки та до змісту КК на даний час законодавцем не введений).

Крім того, зміни відбулися і в складі потерпілих від цього злочину. Згідно з п. 6 ч. 3 Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення законодавства у відповідність з Кримінальним процесуальним кодексом України» в абз. 1 ч. 1 ст. 374 слово «підсудного» виключили<sup>34</sup>. Слід звернути увагу, що КПК використовує термін «обвинувачений» та «підсудний» як синоніми, що дає змогу констатувати їх рівнозначність, можливість використання у правозастосовній практиці як однакових.

Зазначимо, що 7 лютого 2002 р. був прийнятий Закон України «Про судоустрій України», яким у ст. 8 кожному надавалося право користуватися правовою допомогою при вирішенні його справи в суді. Для надання такої правової допомоги в Україні діє адвокатура<sup>35</sup>. Новий Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 р. у ст. 10 більш детально регламентував право на захист, зокрема, для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах в Україні діє адвокатура<sup>36</sup>. Необхідно зазначити, що 2 червня 2011 р. було прийнято Закон України «Про безоплатну правову допомогу», згідно зі ст. 13 якого забезпечується захист особи від обвинувачення як державна правова послуга суб'єктам права на безоплатну вторинну правову допомогу, визначеним ст. 14 цього Закону<sup>37</sup>.

У цей період 13 квітня 2012 р. Верховною Радою України було прийнято новий КПК, що набрав чинності 20 листопада того ж року. Зазначимо, що на відміну від Кримінально-процесуального кодексу 1960 р. новий КПК є більш прогресивним у розумінні забезпечення права на захист. Так, у ст. 7 його визначено загальні засади кримінального провадження як найбільш визначальні положення, що позиціонуються міжнародною спільнотою як міжнародно-правові стандарти кримінальної процесуальної діяльності, зокрема, серед них і забезпечення права на захист (п. 13 ч. 1 ст. 7). Правовий зміст цієї засади розкривається у ч. 2 ст. 20 КПК, де встановлено, що підозрюваний, обвинувачений, виправданий, засуджений має право на захист, яке полягає у створенні йому можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватися правовою допомогою захисника, а також реалізовувати інші процесуальні права, передбачені цим Кодексом. Слід підкреслити, що у ч. 2 ст. 20 КПК закріплюється обов'язок слідчого, прокурора, слідчого судді і суду забезпечити право підозрюваного і обвинуваченого на кваліфіковану правову допомогу з боку обраного ним або призначеного захисника<sup>38</sup>. Саме порушення цього права тягне за собою відповідальність за ст. 374 КК.

5 липня 2012 р. був прийнятий новий Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». У п. 5 ч. 1 ст. 1 його наведено саме поняття «захист», що визначається як: «...вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення»<sup>39</sup>.

Підсумовуючи наведене, на сьогодні ми маємо такий сучасний стан досліджуваної проблеми. Зазначимо, що говорити про витoki кримінальної відповідальності за порушення права на захист коректно починаючи із восьмого періоду, з 1991 року. У всіх попередніх нами досліджених періодах такої відповідаль-

ності не існувало. В контексті попередніх періодів можемо лише говорити про зародження інституту права на захист та його забезпечення реалізації.

<sup>1</sup> Таганцев Н. С. Русское уголовное право. [Лекции]. Часть общая : в 2-х т. / Н. С. Таганцев. – М. : Наука, 1994. – Т. 1. – 380 с. – С. 30.

<sup>2</sup> Сергиевский Н. Д. Русское уголовное право : Пособие к лекции. Часть общая / Н. Д. Сергиевский. – СПб., 1911. – 286 с. – С. 8.

<sup>3</sup> Матвійчук В. К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження) : моногр. / В. К. Матвійчук. – К. : Азимут-Україна, 2005. – 464 с. – С. 49–70.

<sup>4</sup> Грушевський М. С. Історія України-Руси: в 11 т., 12 кн. / М. С. Грушевський ; редкол.: П. С. Сохань (голова) та ін. – К. : Наукова думка, 1991. – Т. 1. – 736 с.

<sup>5</sup> Субтельний О. Історія України / Орест Субтельний ; перекл. з англ. Ю. І. Шевчука; вступ. ст. С. В. Кульчицького. – К. : Либідь, 1991. – 512 с. – С. 112.

<sup>6</sup> Історія адвокатури України / за ред. В. Т. Варфоломеєвої, О. Д. Святоцького. – К. : Либідь, 1992. – 145 с. – С. 15.

<sup>7</sup> Положення про адвокатуру Української РСР від 2 жовтня 1922 р. // СУ УССР. – 1922. – № 43. – С. 630.

<sup>8</sup> Інструкція про організацію губернських колегій захисників при губрайнарсудах від 14 листопада 1922 р. // Бюлетень НКЮ УРСР. – 1922. – № 15.

<sup>9</sup> Положення про консультації для надання юридичної допомоги населенню, що організуються колегіями захисників від 27 грудня 1922 р. // Бюлетень НКЮ УРСР. – 1924. – № 45.

<sup>10</sup> Гловацький І. Ю. Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесу : навч. посіб. / І. Ю. Гловацький. – К. : Атіка, 2003. – 352. – С. 44.

<sup>11</sup> Вышинский А. Я. Курс уголовного процесса / А. Я. Вышинский. – М., 1927. – 287 с. – С. 163.

<sup>12</sup> Уголовный кодекс РСФСР 1922 г. // История права : учеб. пособ. / сост. Р. Л. Хачатуров. – Тольятти, 2000. – Вып. 13. – 40 с. – (Серия «Юриспруденция»).

<sup>13</sup> Уголовный кодекс УССР. 1922 г. – Х. : Типография Виконспылки. – № 879. – Издание Наркомюста УССР, 1922. – 35 с.

<sup>14</sup> Уголовный кодекс УССР, 1927 г. – М. : Государственное изд-во юридической литературы, 1950. – 70 с.

<sup>15</sup> Гловацький І. Ю. Вказана праця. – С. 44; Святоцький О. Д. Адвокатура в юридичному механізмі захисту прав громадян (історико-правове дослідження): автореф. дис. ... докт. юрид. наук. : 12.00.09 / О. Д. Святоцький. – Х., 1995. – 36 с. – С. 21.

<sup>16</sup> Про затвердження Кримінального кодексу Української РСР // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 14.

<sup>17</sup> Гловацький І. Ю. Вказана праця. – С. 44.

<sup>18</sup> Там само. – С. 45.

<sup>19</sup> Основы законодательства о судостроительстве Союза ССР, союзных и автономных республик // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1959. – № 1. – С. 12.

<sup>20</sup> Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1959. – № 1. – С. 6.

<sup>21</sup> Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1959. – № 1. – С. 15.

<sup>22</sup> Про судострій Української РСР : Закон Української РСР від 30 червня 1960 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1960. – № 23. – Ст. 176.

<sup>23</sup> Про затвердження Кримінального кодексу Української РСР // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 14; Про затвердження Кримінально-процесуального кодексу Української РСР // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 15.

<sup>24</sup> Про затвердження Кримінального кодексу Української РСР // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1961. – № 2. – Ст. 14.

<sup>25</sup> Положення про адвокатуру від 25 вересня 1962 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1962. – № 39. – С. 494.

<sup>26</sup> Конституція (Основний Закон) України від 20 квітня 1978 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1978. – № 18.

<sup>27</sup> Положення про адвокатуру від 1 жовтня 1980 р. // Друга сесія Верховної Ради Української РСР 10 скликання. – К., 1981. – С. 140–142.

<sup>28</sup> Про судострій УРСР: Закон УРСР від 5 червня 1981 р. № 2022-X // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1981. – № 24. – Ст. 357.

<sup>29</sup> Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о судостроительстве // Ведомости съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. – 1989. – № 23. – С. 441.

<sup>30</sup> Про адвокатуру: Закон України від 19 грудня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 9. – Ст. 62.

<sup>31</sup> Конституція України : прийнята 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>32</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

<sup>33</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4652-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4652-17/paran84#n84>

<sup>34</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення законодавства у відповідність з Кримінальним процесуальним кодексом України : Закон України від 16 травня 2013 р. № 245-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/245-18/paran25#n25>

<sup>35</sup> Про судострій України від 7 лютого 2002 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 27. – Ст. 180.

<sup>36</sup> Про судострій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>

<sup>37</sup> Про безоплатну правову допомогу : Закон України 2 червня 2011 р. № 3460-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>

<sup>38</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство станом на 20 листопада 2012 р. – К. : ПАЛИВОДА А. В., 2012. – 382 с.

<sup>39</sup> Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>

Резюме

*Закревський А. В.* Сьомий та восьмий періоди розвитку українського суспільства та державності (початок ХХ ст. – наш час) у контексті кримінальної відповідальності за порушення права на захист.

У статті досліджуються історичні передумови розвитку кримінальної відповідальності за порушення права на захист у період з початку ХХ ст. і до нашого часу.

**Ключові слова:** історичні передумови розвитку, кримінальна відповідальність, порушення права на захист.

Резюме

*Закревский А. В.* Седьмой и восьмой периоды развития украинского общества и государственности (начало ХХ в. – наше время) в контексте уголовной ответственности за нарушение права на защиту.

В статье исследуются исторические предпосылки развития уголовной ответственности за нарушение права на защиту в период с начала ХХ в. и до нашего времени.

**Ключевые слова:** исторические предпосылки развития, уголовная ответственность, нарушение права на защиту.

Summary

*Zakrevskiy A.* The seventh and eighth periods of development of the Ukrainian society and statehood (the beginning of the 20th century – present time) in the context of criminal liability for violation of the rights to defense.

The article analyses the historical background of the development of criminal liability for violation of the right to defense over the period from the beginning of the 20th century up to present.

**Key words:** the historical background of the development, criminal liability, violation of the right to defense.

УДК 343.341

**І. О. КРИВОРУЧКО**

*Іван Олександрович Криворучко, здобувач Київського університету права НАН України*

**ТЕНДЕНЦІЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ З ПИТАНЬ КВАЛІФІКАЦІЇ ДІЙ ОСІБ  
ПО СТВОРЕННЮ ТЕРОРИСТИЧНОЇ ГРУПИ ЧИ ТЕРОРИСТИЧНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ**

За роки незалежності в нашій країні вжито чимало заходів, направлених на протидію тероризму. Указом Президента України від 11.12.1998 р. створено Антитерористичний центр при СБУ. У 2003 р. прийнято Закон України «Про боротьбу з тероризмом» та ратифіковано міжнародні антитерористичні конвенції. Постановою Верховної Ради України від 27.01.2015 прийнято за основу проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визнання організацій терористичними».

Разом із цим, за останні два роки в Україні значно зросла кількість злочинів терористичного характеру. Відповідно до форми № 1 Єдиного звіту про кримінальні правопорушення, що затвердженої наказом Генерального прокурора України № 100 від 23.10.2012 р.<sup>1</sup>, якщо за весь 2013 р. правоохоронними органами обліковано лише одне кримінальне провадження за фактом створення терористичної організації, то у 2014 р. – 478 та за 8 місяців 2015 р. – 543. В умовах поширення протягом 2014–2015 рр. терористичної діяльності надзвичайну небезпеку становить набуття останньою організованих форм. Викладене свідчить про збільшення кількості терористичних груп і терористичних організацій на території України, що відповідно потребує розроблення дієвих механізмів протидії діяльності таких стійких об'єднань.

Розроблення теоретичних основ запобігання злочинам є одним із основних завдань криминології. Незважаючи на безліч існуючих методик запобігання окремим видам злочинності, теоретичні і практичні основи боротьби зі злочинами, пов'язаними зі створенням терористичної групи чи терористичної організації, що відповідають сучасним соціально-політичним умовам, криминогенній обстановці і правозастосовній практиці, до цього часу залишаються недостатньо розробленими.

Слід зазначити, що в умовах поширення терористичної діяльності та організованої злочинності надзвичайно велику небезпеку становить злиття цих двох видів злочинності й набуття терористичною діяльністю організованих форм. Однією з причин негативної ситуації у цій сфері є недостатня наукова розробка проблеми, відсутність чіткої кримінально-правової та криминологічної концепцій і відповідних наукових рекомендацій з виявлення, розкриття і запобігання вказаним явищам. Викладене, безумовно, потребує наукових розробок, спрямованих на дослідження й удосконалення конкретних заходів протидії організованому тероризму.

Увага питанням кримінально-правових та криминологічних засад протидії тероризму приділялася в роботах П. П. Андрушка, В. Ф. Антипенка, Ю. М. Антоняна, О. М. Джужи, В. П. Ємельянова, В. Н. Кубальського, Б. Д. Леонова, В. А. Ліпкана, Д. Й. Никифорчука, М. В. Семикіна та інших. Попри значний внесок цих та інших вчених у розробку аналізованої проблеми, слід зазначити, що невирішеною залишається проб-



лема відмежування злочину, передбаченого ст. 258-3 КК України (створення терористичних груп чи терористичних організацій) від злочинів із суміжними складами. Її вирішення не можливе без з'ясування тенденцій судової практики з питань кваліфікації дій осіб по створенню терористичної групи чи терористичної організації, що і є метою даної статті.

Як зазначає кримінолог Ю. М. Антонян, у політологічній, соціологічній та юридичній літературі наводиться близько ста визначень тероризму, проте всі вони, як правило, вказують на дві основних ознаки безпосередньо терористичних дій – насильство і його наслідок – залякування. Використання крайнього насильства і погрози його застосування для досягнення публічної чи політичної мети є найбільш поширеним визначенням тероризму в зарубіжній та вітчизняній літературі. Це основна риса тероризму, його специфіка, що дозволяє відмежувати його від суміжних і схожих на нього злочинів<sup>2</sup>. Із наведеною науковою позицією згодні вчені Ю. В. Гаврилін та Л. В. Смирнов, які зазначають, що основними ознаками тероризму є насильство та навмисне створення обстановки страху. Вчені підкреслюють, що основною рисою тероризму є його публічність, гласність скоєння суспільно небезпечних посягань, за наслідками яких наражаються на небезпеку одні особи та їх майно, при тому, що метою їх вчинення є примушення до певної поведінки інших осіб<sup>3</sup>.

Значну увагу розв'язанню питань відмежування тероризму від суміжних кримінально-правових категорій приділено В. П. Смеляновим. Вчений підкреслив, що серед однорівневих з тероризмом діянь найчастіше мають схожість за тими чи іншими ознаками такі, як піратство, бандитизм, диверсія. У своїй праці «Тероризм і злочини з ознаками тероризму» В. П. Смелянов обґрунтовує відмежування терористичного акту від диверсії, зазначаючи таке: якщо диверсія виражається у вчиненні вибухів, підпалів або інших суспільно-небезпечних дій, то тероризм включає і погрозу їх вчинення; метою диверсійних актів – є ослаблення держави, а здійснення терористичних актів – вплив на прийняття певного рішення; якщо диверсанти діють таємно, то терористи зазвичай – відкрито, з висуненням своїх вимог<sup>4</sup>.

Таким чином, наявні наукові обґрунтування відмежування злочинів терористичної спрямованості від таких злочинів, як диверсія, піратство, бандитизм, дії, спрямовані на насильницьку зміну конституційного ладу або на захоплення державної влади. Проте, не обґрунтовано питання розмежування терористичної організації та злочинної організації, участі в терористичній організації чи в непередбаченому чинним законодавством воєнізованому формуванні.

У зв'язку з цим у правозастосуванні виникають складнощі щодо розуміння змісту відповідних кримінально-правових норм та відсутня єдина позиція стосовно кримінально-правової кваліфікації злочинних діянь, пов'язаних із діяльністю терористичних груп та організацій.

Для прикладу, вироком Слов'янського міськрайонного суду Донецької обл. від 13.01.2015 р. притягнуто винну особу до кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 258-3 КК України, а саме за участь в терористичній організації та сприянні її діяльності.

В описовій частині рішення суду зазначено, що у 2014 р. у м. Донецьк створено стійке ієрархічне об'єднання – терористичну організацію, так звану «Донецьку народну Республіку» (далі – ДНР), учасники якої на території України займаються вчиненням актів тероризму, залякуванням населення, вбивством громадян, захопленням адміністративних будівель органів державної влади і місцевого самоврядування, що призводить до дестабілізації суспільно-політичної ситуації в державі. Основною метою діяльності вказаної терористичної організації є насильницька зміна та повалення конституційного ладу, захоплення державної влади в Україні, а також зміна меж території і державного кордону України, шляхом створення незаконного державного утворення ДНР. Вказана терористична організація є стійкою, має чітку ієрархію та структуру, яка складається з політичного та силового блоків, а також розподіл функцій між її учасниками, на яких покладені відповідні обов'язки згідно з планом спільних злочинних дій<sup>5</sup>.

Аналогічним чином, вироками місцевого Приморського районного суду м. Одеси від 12.03.2015 р.<sup>6</sup>, Бердянського районного суду Запорізької обл. від 06.04.2015 р.<sup>7</sup> та Краснолиманського районного суду Донецької обл. від 22.06.2015 р.<sup>8</sup> притягнуто трьох осіб до кримінальної відповідальності за ст. 258-3 КК України за сприяння діяльності терористичної організації ДНР.

Отже, при розгляді вказаних кримінальних проваджень судом зроблено висновок, що формування «Донецька народна республіка» є терористичною організацією, і відповідно дії винних осіб кваліфіковано за ознаками злочину, передбаченого ст. 258-3 КК України, тобто створення терористичної групи чи терористичної організації, керівництво такою групою чи організацією або участь у ній, а так само матеріальне, організаційне чи інше сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації.

Разом із цим, у 2015 р. судами України винесено три вироки, за якими притягнуто до кримінальної відповідальності винних осіб, які сприяли діяльності ДНР за ст. 256 КК України (сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності), оскільки в описовій частині відповідних судових рішень ДНР визначена вже не як *терористична*, а як *злочинна* організація.

Так, в описовій частині вироку Волновахського районного суду Донецької обл. від 6.02.2015 р.<sup>9</sup> зазначено, що обвинувачений Особа 1 протягом вересня–жовтня 2014 р., діючи умисно, за власною ініціативою, поділяючи мету створення та функціонування злочинної організації «Донецька народна республіка» («ДНР»), а саме – зміну меж території та державного кордону України в спосіб, що суперечить порядку, встановленому Конституцією України, маючи злочинний намір щодо заздалегідь не обіцяного сприяння учасниками *злочинної організації «ДНР»* у здійсненні їх злочинної діяльності щодо посягання на територіальну цілісність України, здійснював цілеспрямований збір даних про переміщення та розташування у

Волноваському районі Донецької обл. підрозділів Збройних Сил України, що беруть безпосередню участь у проведенні Антитерористичної операції у Донецькій обл., для подальшої передачі вказаної інформації учасниками злочинної організації «ДНР» для здійснення злочинної діяльності проти органів державної влади та військових підрозділів України.

Відповідно зазначеним вироком Волноваського районного суду Донецької обл. від 6.02.2015 р. обвинуваченого Особу 1 визнано винним у скоєнні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 256 КК України, тобто заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам **злочинних організацій** та укриття їх злочинної діяльності шляхом надання приміщень, сховищ, транспортних засобів, інформації, документів, технічних пристроїв, грошей, цінних паперів, а також заздалегідь не обіцяне здійснення інших дій по створенню умов, які сприяють їх злочинній діяльності.

Крім цього, має місце притягнення до кримінальної відповідальності учасників «ДНР» за участь у діяльності не передбачених законами воєнізованих або збройних формувань. Для прикладу, вироком Артемівського міськрайонного суду Донецької обл. від 24.04.2015 р. у справі 219/2686/15-к<sup>10</sup> притягнуто винну особу до кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 260 КК України, а саме за участь у діяльності не передбачених законами воєнізованих або збройних формувань. В описовій частині вироку констатовано, що на початку 2014 р. на території Донецької обл. України невстановленими особами, для насильницького підтримання влади незаконної самопроголошеної так званої «Донецької народної республіки» створено не передбачене законами України збройне формування, діяльність якого полягала в здійсненні методами військових операцій силової підтримки незаконно створених структур «ДНР». При цьому, обвинувачений Особа 3 з метою участі в діяльності непередбаченого законами України збройного формування самопроголошеної так званої «Донецької народної республіки», ознайомився із встановленими правилами поведінки, правами та обов'язками члена вказаного збройного формування, після чого дав свою згоду на їх дотримання, тим самим підтвердив свої наміри на участь у вказаному збройному формуванні та виконанні його цілей та завдань, та у подальшому брав участь у його діяльності. Враховуючи викладене, дії вироком Артемівського міськрайонного суду Донецької обл. від 24.04.2015 обвинуваченого Особу 3 визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 260 КК України (участь у діяльності не передбачених законами України збройних формувань).

Таким чином, при судовому розгляді кримінальних проваджень відносно осіб, які причетні до створення і діяльності так званих Донецької та Луганської народних республік, що мають відповідні ознаки терористичної організації, кваліфікація здійснюється за різними статтями. В одних випадках суд кваліфікує дії таких осіб за ст. 258-3 КК України (як участь у *терористичній організації* чи сприяння її діяльності), в інших – за цією ж статтею, але вже як участь у *терористичній групі*, або ж – дії учасників «ДНР» та «ЛНР» кваліфікуються за ст. 256 КК України (сприяння учасникам *злочинних організацій* та укриття їх злочинної діяльності), та в ряді випадків – як участь у діяльності не передбачених законами України збройних формувань за ст. 260 КК України.

Слід зазначити, що складнощі правильної кваліфікації дій, спрямованих на створення терористичної групи чи терористичної організації, пов'язані, зокрема, із тим, що закон не містить чіткого визначення терористичної групи чи терористичної організації в диспозиції ст. 258-3 КК України.

Відповідно до постанови Пленуму Верховного Суду України від 23.12.2005 р. № 13 «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями» при розгляді кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями, судам необхідно враховувати: норми Кримінального кодексу України, в яких визначено особливості кримінальної відповідальності осіб, котрі вчинили злочини у співучасті (ст. 26-31 КК України); ознаки злочину, що вказують на його вчинення організованою групою (ч. 3 ст. 28) або злочинною організацією (ч. 4 ст. 28); положення статей Особливої частини КК, якими передбачено додаткові ознаки спеціальних видів таких груп чи організацій (ст.ст. 257, 258, 260). Суди мають досліджувати докази не лише щодо конкретних злочинів, а й до тих ознак, які вказують на їх вчинення саме організованою групою чи злочинною організацією, щодо виду об'єднання, мети його створення і плану злочинної діяльності, тривалості існування, матеріальної бази, кількісного складу, вербування нових членів, структури та ієрархії об'єднання, наявності в нього корупційних зв'язків, існування певних правил поведінки його членів, розподілу між ними функцій тощо<sup>11</sup>.

Відповідно до ч. 4 ст. 28 КК України злочин визнається вчиненим злочинною організацією, якщо він скоєний стійким ієрархічним об'єднанням декількох осіб (*п'ять і більше*), члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації, або керівництва чи координації злочинної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших злочинних груп.

Визначення злочинної організації у ст. 28 КК України не узгоджується з визначенням терористичної організації, наведеним у ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20.03.2003 р. № 638-IV, зокрема в частині встановлення мінімальної кількості учасників. Терористична організація визначена в законі як стійке об'єднання *трьох і більше осіб*, яке створене з метою здійснення терористичної діяльності, у межах якого здійснено розподіл функцій, встановлено певні правила поведінки, обов'язкові для цих осіб під час підготовки і вчинення терористичних актів<sup>12</sup>.

Основною відмінністю створення терористичної групи чи терористичної організації (ст. 258-3 КК України) від створення злочинної організації (ст. 255 КК України) та не передбачених законами воєнізованих

або збройних формувань (ст. 260 КК України), на нашу думку, є мета створення чи діяльності такої організації – терористична діяльність.

Таким чином, можливо зробити висновок, що терористична організація є видом злочинної організації, метою створення чи діяльності якої є терористична діяльність, тобто публічне вчинення насильницьких дій загальнонебезпечним способом (шляхом вибухів, підпалів, інших дій) або погроз вчинити такі дії, що спрямовані на невизначену кількість невинних жертв для схилення інших осіб до певної поведінки на фоні створеної в суспільстві обстановки страху.

Отримані висновки дозволяють розробити чіткі відмежування злочину, передбаченого ст. 258-3 КК України (створення терористичної групи чи терористичної організації), від злочинів із суміжними складами.

<sup>1</sup> Статистична інформація за 2013–2015 роки про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Генеральної прокуратури України. – Режим доступу: <http://www.gp.gov.ua/ua/stat.html>

<sup>2</sup> Антонян Ю. М. Криминология. Избранные лекции. – М.: Логос, 2004. – С. 325.

<sup>3</sup> Гаврилин Ю. В., Смирнов Л. В. Современный терроризм: сущность, типология, проблемы противодействия. Учебное пособие. – М.: Книжный мир, 2003. – С. 6–9.

<sup>4</sup> Емельянов В. П. Терроризм и преступления с признаками терроризирования: уголовно-правовое исследование / В. П. Емельянов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 273–276.

<sup>5</sup> Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 13.01.2015 (справа № 1-кп/243/37/2015 243/4875/14) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>

<sup>6</sup> Вирок місцевого Приморського районного суду м. Одеси від 12.03.2015 (справа № № 522/17717/14-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>

<sup>7</sup> Вирок Бердянського районного суду Запорізької області від 06.04.2015 (справа № 310/6513/14-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>

<sup>8</sup> Вирок Краснолиманського районного суду Донецької області від 22.06.2015 (справа № 236/1707/14-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>

<sup>9</sup> Вирок Волноваського районного суду Донецької області від 6.03.2015 (справа № 221/5/15-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>

<sup>10</sup> Вирок Артемівського міськрайонного суду Донецької області від 24.04.2015 (справа № 219/2686/15-к) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua>

<sup>11</sup> Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями : постановою Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>

<sup>12</sup> Про боротьбу з тероризмом: Закон України від 20.03.2003 № 638-IV (із змінами) [Електронний ресурс] / Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/638-15>

#### Резюме

**Криворучко І. О. Тенденції судової практики з питань кваліфікації дій осіб по створенню терористичної групи чи терористичної організації.**

У статті досліджується проблемні питання кваліфікації тероризму, відмежування тероризму від інших злочинів. Проведено аналіз наукового матеріалу, законодавчих та інших нормативно-правових актів, судових рішень у даному контексті. Окреслені відмінності терористичних злочинів від інших злочинів.

**Ключові слова:** тероризм, терористична діяльність, терористична група, терористична організація, кваліфікація, боротьба з тероризмом.

#### Резюме

**Криворучко І. О. Тенденции судебной практики по вопросам квалификации действий лиц по созданию террористической группы или террористической организации.**

В статье исследуются проблемные вопросы квалификации терроризма, отграничения терроризма от других преступлений. Проведен анализ научного материала, законодательных и других нормативно-правовых актов, судебных решений в данном контексте. Очерчены отличия террористических преступлений от других преступлений.

**Ключевые слова:** терроризм, террористическая деятельность, террористическая группа, террористическая организация, квалификация, борьба с терроризмом.

#### Summary

**Krivoruchko I. Trends in judicial practice for qualification of a person's activity concerning the creation of a terrorist group or a terrorist organization.**

The article investigates the problematic issues of terrorism qualification, distinguishing terrorism from other crimes. The analysis of scientific material, legal and other regulations, judicial decisions in this context is carried out. The differences of terrorist crimes from the other crimes are outlined.

**Key words:** terrorism, terrorist activity, terrorist group, terrorist organization, qualification, fight against terrorism.

К. Д. КУЛИК

Катерина Дмитрівна Кулик, аспірантка Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

## ТИПОЛОГІЯ ОСОБИСТОСТІ ЗЛОЧИНЦІВ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬ РОЗБЕЩЕННЯ НЕПОВНОЛІТНІХ

Питання типології та класифікації в тому чи іншому аспекті цікавить багатьох учених, у тому числі й криминологів. Виділення типів злочинців, що вчиняють розбещення неповнолітніх, дасть більш чітке уявлення про особистість злочинців цього виду. Результатом буде вдосконалення планування запобіжних заходів щодо розбещення неповнолітніх як на груповому, так і на індивідуальному рівнях.

**Метою статті** є узагальнення наявних у криминологічній науці розробок щодо типологізації осіб, які вчиняють злочини проти статевої свободи та недоторканості взагалі та статеві злочини проти неповнолітніх зокрема, вивчення психологічних підходів щодо класифікації та типології осіб із сексуальними відхиленнями, а з урахуванням проведеного автором дослідження осіб, які вчинили розбещення неповнолітніх, виявлення їх специфічних особистісних рис та побудова типології особистості злочинців означеного виду.

При дослідженні цього питання необхідно визначитися із термінологією. Під *класифікацією* розуміють особливий випадок застосування розмежування понять, деяку сукупність групувань. Зазвичай у якості основи розподілу обирають ознаки, які є суттєвими для предмету. Досліджена в цьому випадку класифікація виявляє суттєві подібності та відмінності між предметами та має пізнавальне значення<sup>1</sup>. Такої ж думки дотримуються й А. Г. Кальман та І. О. Христинч, наголошуючи, що класифікація – це систематизований розподіл явищ та об'єктів на певні групи, класи та рівні на основі їх схожості або відмінності<sup>2</sup>. *Типологія* – це метод пізнання, в основі якого лежить систематизація об'єктів та їх групування для побудови узагальненої, ідеалізованої моделі або типу явищ за допомогою упорядкованого опису та роз'яснення сукупності досліджуваних об'єктів<sup>3</sup>. Тип – це форма, що складає основу ряду розхожих чи споріднених індивідів<sup>4</sup>, зразок, який виражає загальні, суттєві риси певної групи предметів, явищ, зокрема, характерні соціальні риси якої-небудь певної частини конкретного колективу (групи, класу)<sup>5</sup>. Глибоке пізнання людини можливе лише після виокремлення типів особистості за кількома, притаманними їм, ознаками, узятими в поєднанні. Ми погоджуємося з думкою тих авторів, які вказують, що класифікацію може бути здійснено шляхом угруповання (за однією або декількома ознаками), а типології дають більш глибоку характеристику різних контингентів злочинців і будуються на істотних ознаках, котрі причинно пов'язані зі злочинною поведінкою<sup>6</sup>. Типологізацію необхідно проводити з урахуванням таких методів теорії пізнання, як системний підхід до вивчення окремих об'єктів і явищ, висування гіпотез та моделювання<sup>7</sup>.

*Типологія злочинців* являє собою різновид класифікації осіб, які вчиняють злочини, що дозволяє певним чином систематизувати за найбільш суттєвими для наукового аналізу ознаками. Як зазначає Ю. О. Воронін, у порівнянні з класифікацією криминологічна типізація являє собою більш високий рівень абстракції. А на відміну від класифікації вона не тільки констатує те, що властиво особистості злочинця, а й немов проектує її в майбутнє<sup>8</sup>. Таким чином, класифікація представляє собою розподіл злочинців за одним певним критерієм, наприклад, за статтю, віком, родом занять, освітою тощо. Типологія ж здійснюється за кількома ознаками, узятими у поєднанні.

Криминологія при вивченні особистості злочинців тісно пов'язана з психологією та орієнтується на провідні дослідження цієї науки, використовуючи їх для пізнання феномена особистості злочинця.

У психології існує велика кількість розподілів особистості за різними підставами. Так, великого поширення набув індикатор типів особистості Бриггса-Майерса, відповідно до якого існує чотири основних типи: 1) інтуїтивно-розумовий; 2) інтуїтивно-емоційний; 3) сенсорно-розумовий; 4) сенсорно-сприймаючий<sup>9</sup>. І. П. Павлов сформував три типи особистості залежно від участі першої чи другої сигналізуючої системи в координації життя людини: 1) особистість-мислитель; 2) особистість-художник та 3) змішаний тип. Важливого значення у практичній діяльності психологів набуває оцінка властивостей особистості за результатами психодіагностики Х. Айзенка, Дж. Кеттел, К. Юнга та інших. Кожен із представників таких типів орієнтований на певні моделі поведінки, способу подачі і сприйняття інформації, тактики реагування на проблемну ситуацію.

У криминологічній науці вперше типологію злочинців розробив Ч. Ломброзо у своїй науковій праці «Злочинна людина» (1876), поділивши злочинців на такі типи: 1) природжені злочинці; 2) «злочинці унаслідок божевілля»; 3) злочинці за пристрастю, до яких відносив й політичних маніяків; 4) випадкових злочинців.

Тип злочинця виражає якісну однорідність істотних характеристик багатьох злочинців такого виду і дозволяє проаналізувати особистість з урахуванням кількох груп ознак, узятих у поєднанні. Досить важливим є врахування мотивів, якими керується особа. Відмежування типу особистості злочинця на рівні уза-

гальненого образу (моделі) є необхідним для раннього розпізнавання криміногенної особистості, виявлення особистісних причин вчинення злочину, прогнозування ймовірності вчинення в майбутньому кримінальних правопорушень, а також індивідуального профілактичного впливу на особистість<sup>10</sup>.

Типології злочинців присвячено багато наукових праць. Такі відомі кримінологи, як А. І. Алексєєв, Ю. М. Антонян, Ю. Д. Блувштейн, А. П. Закалюк, А. Ф. Зелінський, А. І. Долгова, І. І. Карпець, В. Н. Кудрявцев, А. Б. Сахаров та інші, збагатили наукові знання в галузі вивчення особистості злочинців.

Найбільш поширеною типологією злочинців у вітчизняній кримінології є та, в основу якої покладено два системоутворюючих критерії: 1) характер антисуспільної спрямованості особистості злочинця та зміст мотивації злочинної поведінки та 2) ступінь глибини й стійкості криміногенної мотивації<sup>11</sup>.

За першим критерієм усіх злочинців поділяють на п'ять основних типів: 1) корисливий; 2) насильницький; 3) корисливо-насильницький 4); дезорганізований та 5) необережний тип.

За другим типологічним критерієм, тобто в залежності від ступеня глибини антисуспільної спрямованості особистості злочинців виокремлюють типи: 1) випадкових злочинців; 2), ситуаційних злочинців; 3) нестійких злочинців; 4) злісних; 5) особливо злісних злочинців<sup>12</sup>.

Ця типологія стала фундаментом для класифікації злочинців взагалі та злочинців, що вчиняють окремі види злочинів. Деякі вчені доповнюють дану типологію авторськими концепціями та критеріями, що, безумовно, має позитивне значення для загальнонаукового розвитку кримінологічної науки.

Цікавою є система типологічних критеріїв, запропонована А. П. Закалюком. Він виділяв наступні критерії розподілу злочинців: 1) характер антигромадського спрямування (сферу умов суспільного буття, де проявляється це спрямування); 2) інтенсивність антигромадського спрямування (виділяються типи осіб з більшим або меншим ступенем його прояву); 3) стійкість антисуспільного спрямування (особи з тривким або нетривким антисуспільним спрямуванням); 4) рівень (глибину) антисуспільного спрямування, у відповідності до якого пропонуються виділяти асоціальний, антисоціальний та суспільно небезпечний типи особистості злочинців. Відповідно до вищенаведених критеріїв усіх осіб науковець поділяє на наступні типи: а) некримінальний – у випадках антисуспільної не протиправної або протиправної, але не злочинної поведінки в поєднанні з відсутністю великої ймовірності криміналізації в майбутньому; б) передкримінальний – з таким же характером поведінки, але високим ступенем можливості підвищення його суспільної небезпеки та вчинення злочину; в) кримінальний – після вчинення злочину й за наявності високої ймовірності його повторення у майбутньому<sup>13</sup>.

Також, слушною є позиція А. Ф. Зелінського, який в якості підстав для типологізації особистості злочинців брав до уваги їх психологічні властивості. Узявши за основу класифікацію особистостей, запропоновану А. Ф. Лазурським, автор за морально-поведінковою основою всіх злочинців пропонував поділити на: а) розсудливих (обачливі егоїсти, лицеміри); б) слабовільних (апатичні, непристосовані); в) імпульсивних (безладні імпульсивні, афективні); г) афективних (зосереджено жорстокі, озлоблені)<sup>14</sup>.

Проаналізовані типології побудовані на загальних та кримінологічно значущих характеристиках осіб, що вчинили суспільно небезпечні діяння, і складають підвалини для типологічного розподілу злочинців, які вчиняють конкретні злочини.

Спеціалізовану типологію осіб, що вчинили сексуальні злочини взагалі та проти неповнолітніх зокрема, вивчали такі вчені, як, Ю. М. Антонян, Г. С. Васильченко, В. П. Голубєв, В. В. Кришталь, Ю. Н. Кудряков, В. А. Мішота, Ю. А. Решетняк, О. В. Синєокий, І. Ушакова та інші. Цими дослідниками були сформульовані авторські типології сексуальних злочинців, педофілів та осіб, що вчиняють злочини сексуального спрямування проти неповнолітніх.

Ю. М. Антонян разом з В. П. Голубєвим та Ю. Н. Кудряковим провів дослідження зґвалтувань та винних у їх скоєнні осіб і в результаті розподілив їх на наступні типи гвалтівників: 1) полюючий (раптово нападаючий з метою зґвалтування на незнайомих жінок); 2) регресивний (вчиняє зґвалтування дівчат-підлітків 7–14 років); 3) тотально-самостверджувальний (вчиняє зґвалтування жінок і в той же час вбивства або нанесення тілесних ушкоджень чоловікам, які знаходилися поряд з ними); 4) конформний (вчиняє зґвалтування під впливом групи); 5) афективний (вчиняє зґвалтування малолітніх дівчат (до 7 років) та жінок похилого віку); 6) імпульсивний, або ситуативний (вчиняє зґвалтування в ситуаціях, суб'єктивно оцінюваних як сприятливі); 7) знехтуваний (людина з розумовими вадами та іншими фізичними та психічними аномаліями, через що вона не може задовольнити свої статеві потреби звичайним шляхом, тому застосовує насильство); 8) пасивно-ігровий (вчиняє зґвалтування у зв'язку з сексуально-провокаційною поведінкою жінок та власним невмінням знайти вихід із ситуації, яка склалася) та 9) сценарійний тип (до цього типу відносять серійних сексуальних вбивць, які вчиняють злочини тривалий час за певним сценарієм)<sup>15</sup>.

Д. Д. Ісаєв, пропонує такі типи гвалтівників: «імпульсивний», «завойовник» та «гвалтівник-садист»<sup>16</sup>. Г. С. Васильченко та Ю. А. Решетняк за сексуальною мотивацією поведінки виділяють: 1) легковажно-безвідповідальний тип – незрілі, інфантильні, інтелектуально обмежені особи із негативною соціальною аутоідентичністю; основний мотив – самоствердження; 2) агресивно-егоїстичний тип – індивіди із психопатією, яким притаманне спонтанне підвищення напруженості, агресивний афект, переоцінка значущості власної особистості й агресивності навколишньої соціальної сфери; основний мотив – самоактуалізація; 3) агресивно-аверсійний тип – який характеризується негативним ставленням до жінки і основним мотивом має приниження, підкорення жертви; 4) «тип, що підкоряється – пасивні і безініціативні особи; основний мотив – наслідування (групові зґвалтування); 5) генітальний тип – у осіб, для яких почуття ерекції служить сигналом

до здійснення статевого акту; основний мотив – одержання оргазму; б) гомеостабілізуєчий тип – діє під впливом дискомфорту, що порушує стан нервової рівноваженості; його основний мотив – зняття сексуальної напруги; 7) девіантофільний тип – має порушення психосексуальної орієнтації; основний мотив – задоволення девіантного потягу»<sup>17</sup>.

Відповідно до поведінки сексуальних злочинців С. Ю. Лукашевич виділяє такі їх типи: 1) раптовий гвалтівник (умисел на вчинення сексуального злочину виникає раптово під впливом зовнішніх обставин); 2) «шукаючий» (має умисел, при цьому підшукує жертву та найвигіднішу ситуацію для вчинення згвалтування); 3) плануючий (самостійно створює конкретну життєву ситуацію вчинення цього злочину щодо конкретної жертви); 4) патологічний (має відхилення психічної та/або сексуальної сфери)<sup>18</sup>.

О. В. Синеокий пропонує типологію особистості сексуальних злочинців у відповідності до ціннісно-орієнтованої деформації особистості, змісту спрямованості і особливостей психорегуляції. Він виділяє: а) асоціальний тип сексуального злочинця (менш злісний), який відзначається несформованою системою позитивних ціннісних орієнтацій та позитивних установок, які можуть утримувати його від можливої протиправної поведінки у конфліктних ситуаціях; б) антисоціальний тип сексуального злочинця (злісний) притаманний «професійному» злочинцю, який проявляє постійну готовність до вчинення сексуальних злочинів; в) «випадковий» тип особистості сексуального злочинця, який пов'язаний із дефектами психічної саморегуляції.

Автор також визначає шість типів криминогенної особистості сексуального злочинця: 1-й тип характеризується стійким кримінальним потягом, спрямованим не тільки на результат, а й на процес насильницького сексуального злочину; 2-й тип відзначається схильністю до злочинного способу задоволення сексуальної потреби, впевненістю у «сприятливому» результаті та звичністю застосування злочинного способу для задоволення сексуальної потреби; 3-й тип характеризується прийняттям злочинної мети і способу її досягнення за край сприятливих зовнішніх умов і максимальної особистої безпеки; у 4-го типу наявне переживанням власної сексуальної потреби як непереборної, безсумнівно прийняття злочинного способу дій з огляду на обставини, які за його суб'єктивною оцінкою ситуації як безвихідної, змушують діяти саме так; цей тип розглядає сексуальний злочин у виді ризикованого, але припустимого діяння; 5-й тип має схильність до імпульсивних, реактивних злочинних дій, які вчиняються на фоні як нормального, так і зміненого психічного стану (сексуальне або емоційне збудження, стрес), а також у стані сп'яніння; ці особи вчиняють злочини, поєднані із вандалізмом; 6-й тип характеризується легким прийняттям злочинної мети та способу під вирішальним впливом референтних осіб і відзначається екстрапунктивністю – перекладанням вибору рішення щодо вчинення злочину на інших осіб (групові згвалтування)<sup>19</sup>.

*Типологія злочинців, що вчиняють статеві злочини проти неповнолітніх*, досі не розроблена на такому науковому рівні, при якому можливо б було її використати для цільового запобігання злочинам сексуального характеру проти неповнолітніх. Дії осіб, винних у вчиненні цих злочинів, підпадають під об'єктивну сторону декількох статей Кримінального кодексу України (ч. 3, 4 ст. 152, ч. 2, 3 ст. 153, ст.ст. 155, 156 КК України), але у порівнянні із статевими злочинами взагалі мають за особливість те, що жертвою посягання є неповнолітня (малолітня) особа.

У радянській літературі початку ХХ ст. було прийнято виділяти три групи «кримінальних осіб», що вчиняють сексуальні дії з неповнолітніми відповідно до змістовної сторони їх дій: 1) розпусники; 2) особи, що вступають у зносини з малолітніми без дефлорації і збочень; 3) розбещувачі, причому в даній групі окремо виділялася підгрупа гомосексуальних розбещувачів<sup>20</sup>.

В. А. Мішота запропонувала наступну типологію злочинців, які вчиняють статеві злочини проти неповнолітніх: «ситуаційні» та «бажані». «Ситуаційні» сексуальні злочинці можуть бути таких типів, як: а) регресивні, б) морально нерозбірливі, в) сексуально нерозбірливі, г) неадекватні. Щодо «бажаних» злочинців, які вчиняють статеві злочини щодо неповнолітніх, то їх автор поділяє на спокусників, інтровертів та садистів<sup>21</sup>.

За результатами дослідження особистості злочинців, які вчиняють статеві злочини щодо неповнолітніх, Л. Г. Козлюк виділила два критерії типології цих осіб: 1) за формою прояву сексуального насильства щодо неповнолітніх; 2) за способом встановлення знайомства з неповнолітніми. Відповідно до першого критерію, вона розрізняє наступні типи злочинців.

1. Агресивно налаштовані – до цього типу переважно відносяться особи, які у дитинстві стали жертвами сексуального насильства. А вчинення ними статевого злочину щодо неповнолітнього ніби звільняє їх від відчуття психологічної залежності, яке виникло у них у результаті психологічної та/або фізичної травми. До цього типу необхідно відносити і неповнолітніх злочинців, яким, переважно притаманна агресивна поведінка через низький самоконтроль, при чому цей стан підсилюється соціальною занедбаністю та прагненням до гострих відчуттів. Зазначений тип злочинців становлять також особи з аномаліями психіки, для яких характерний збочений спосіб задоволення сексуальних потреб.

2. Неналаштовані агресивно – це особи, які не ставляться ворожо до неповнолітніх, а бачать у них лише об'єкт задоволення сексуальних потреб. Цей тип злочинців представляють особи, які через різні обставини (імпотенція, похилий вік, невміння контактувати з особами протилежної статі) не можуть вступати у статеві відносини з повнолітніми особами.

За другим критерієм автор поділяє злочинців, які вчинили статеві злочини щодо неповнолітніх, на наступні типи: а) особи, які не мали перешкод для спілкування з неповнолітніми. До цієї групи належать рідні, знайомі, друзі, педагоги та інші особи, які були знайомі з неповнолітніми; б) злочинці, які зацікавлювали неповнолітніх спілкуватися з ними. Зазначений тип будь-яким способом намагається викликати довіру

до себе. Вони можуть схилити неповнолітніх до спілкування різними способами: від пропозиції купити щось «смаченьке» до «курсу навчання інтимного життя»; в) особи, увагу яких привертала віктимні дії неповнолітніх. Цей тип злочинців становлять особи, яким байдуже з ким задовольняти статеві потреби<sup>22</sup>.

Таким чином, типологія особистості злочинців, які вчиняють статеві злочини щодо неповнолітніх, точніше розкриває особливості злочинної поведінки зазначених осіб, у порівнянні із типологією злочинців, які вчиняють замах на статеву недоторканість осіб будь-якого віку.

Деякі вітчизняні та зарубіжні автори виділяють *групи злочинців, які вчиняють педофільні дії*. Так, І. Ушакова виділяє чотири варіанти педофільії залежно від психопатологічної структури особистості: нав'язливий, компульсивний, імпульсивний, псевдорациональний. При цьому особи з нав'язливим варіантом педофільії зазначений автор поділяє на дві підгрупи у зв'язку з різними механізмами формування розладу сексуального потягу. Першу підгрупу складають особи, в яких становлення педофільії відбувалося в пубертатному віці, другу – особи, в яких сексуальні перверзії виникли на тлі інволюції (патології чи старіння) статевої сфери. Крім того, виділяються чотири типи динаміки цього розладу – стаціонарний, прогресуючий, регресивний і трансформний<sup>23</sup>.

Зарубіжні дослідники також дотримуються подібної точки зору, поділяючи педофілів на фіксований і регресивний типи. Представники першого типу з дитинства не здатні розвивати і підтримувати взаємини з однолітками і почувають соціальний комфорт тільки з дітьми, шукають відповідну компанію і роботу, пов'язану з близькістю дітей. Особи, що належать до другого типу, мали нормальні взаємини з однолітками і подальший гетеросексуальний досвід, проте відчують у цей же період маскуліну неадекватність у сексуальних і несексуальних стосунках. У таких осіб девіантний акт може набутися імпульсивного характеру<sup>24</sup>.

За змістом та обсягом усі варіанти типологізації педофільних дій засновані на розбіжностях у механізмах формування аномальної сексуальної поведінки і, як наслідок, специфіці поведінки стосовно об'єкту потягу.

Злочинців, що вчиняють педофільні дії, також пропонують поділити на такі групи: 1) особи молодого віку, що вчинили педофільні дії під впливом алкоголю при відсутності сексуальних відхилень; 2) особи різних вікових категорій, що вступили у зв'язок з 13–16-річними на почуттєвій основі за добровільною згодою; 3) особи, що вчинили педофільні дії щодо близьких родичів; 4) особи, що страждають на перверзії у формі педофільії<sup>25</sup>.

Схожу типологізацію можна знайти й у зарубіжних дослідників кримінальної педофільії, які поділяють педофільні дії на п'ять груп: 1) педофільні дії, вчинені молодими злочинцями під впливом алкоголю, за відсутності сексуальних відхилень; 2) педофільні дії стосовно близьких родичів, важливу роль у здійсненні яких відіграв хронічний алкоголізм і примітивізм злочинців; 3) педофільні дії на ґрунті потягів, коли молоді злочинці співмешкають із 12–13-літніми дівчатами за їх добровільною згодою; 4) педофільні дії на девіантній основі, у тому числі й гомосексуальна педофільія; 5) педофільні дії, що вчинені літніми особами (у віці старше 60 років), переважно на фоні психоорганічного синдрому<sup>26</sup>. У наведених типологіях відсутні чіткі системоутворюючі критерії. Аналізуючи зазначені типи можна виявити, що автори взяли за основу типізацію педофілів: вік злочинців та їх жертв, передкримінальні зв'язки потерпілих із розбещувачами та стан здоров'я останніх. Але залишається недослідженим питання внутрішньої складової механізму вчинення злочинних дій сексуального характеру щодо неповнолітніх. З іншого боку, необхідно зазначити, що в наведених типологіях усіх злочинців, які вчиняють сексуальні злочини проти малолітніх осіб, автори вважають педофілами. Слід наголосити, що з наукової точки зору зміст понять «педофільія» та «особи, які вчиняють розбещення неповнолітніх» не співпадають. Це питання більш докладно освітлювалося нами у статті «Влияние психологических аномалий на личность преступника, совершающего развращение несовершеннолетних»<sup>27</sup>.

Розбещення неповнолітніх є окремим складом злочину та одним із злочинів, які належать до злочинів проти статевої свободи і статевої недоторканості, тому є більш вузьким поняттям. Також, воно разом зі зґвалтуванням неповнолітнього (малолітнього) (ч. 3, 4 ст. 152 КК України), насильницьким задоволенням статевої пристрасті неприродним способом, вчиненням щодо неповнолітнього (ч. 2, 3 ст. 153 КК України) та статеви зносинами з особою, яка не досягла статевої зрілості (ст. 155 КК України), є складовою частиною сукупності статевих злочинів проти неповнолітніх. Розбещувачі неповнолітніх характеризуються специфічними рисами, які їх відрізняють від інших статевих злочинців, але типологія особистості злочинців, які вчиняють розбещення неповнолітніх, досі залишалася не розробленою. Тому вважаємо за доцільне, відокремити вид сексуального злочинця, як «особа, що вчиняє розбещення неповнолітніх» та запропонувати власну авторську *типологію особистості злочинців, які вчиняють розбещення неповнолітніх*.

Оскільки типологізація завжди відбувається за кількома критеріями, узятими в поєднанні, то розподіл осіб, що вчиняють розбещення неповнолітніх, пропонуємо її з урахуванням цілеспрямування злочинної поведінки, інтелектуально-вольової характеристики особи, її емоційного стану, ступеня моральної деформації та психічних відхилень. Ці критерії характеризують особистість злочинця, його ставлення до кримінальної діяльності, вказують на ціннісні орієнтації та спрямованість особистості. Таким чином виділяємо наступні типи:

1) *Патологічно-демонстративний* – особи цього типу визначаються передусім сильним прагненням будь-яким чином виділитися, продемонструвати себе, свій сексуальний досвід, свої геніталії. Вони не мають своєю метою статеві зносини з потерпілими, отримуючи сексуальне задоволення від того, що їх бачать неповнолітні (малолітні). Представники даного типу полюбляють бути у центрі уваги та дуже високо себе

цінують. Емоції та почуття у цих людей є поверхневими. Їм притаманний особистісний примітивізм, надмірне почуття власної гідності та егоїзм. Частіше за все це особи, які тривалий час не мали сексуальних стосунків, або мають сексуальні дисфункції, що унеможливають природний статевий акт.

2) *Розважально-дозвільний* – основною метою таких осіб є бажання спробувати щось нове у сексуальній сфері, сексуальна гра або ж «просвітницька» діяльність, під час якої злочинці ведуть цинічні розмови з потерпілими на сексуальні теми, розповідають відверті натуралістичні сексуальні історії, які нерідко поєднуються з демонстрацією статевих органів як самого винного, так і жертви та непристойних доторканнях до них. Цьому типу розбещувачів притаманні такі характеристики особистості, як хитрість, брехливість, особистісний примітивізм, емоційна тупість та, іноді, гарячкуватість. Ці особи характеризуються високим ступенем моральної занедбаності.

3) *Егоцентрично спрямований* – основною метою цього типу злочинців є задоволення власної статевої пристрасі в будь-який спосіб. Вони байдуже ставляться до жертви і розцінюють її лише як об'єкт сексуального задоволення. Ці особи є найбільш небезпечними і, зазвичай, вчиняють розпусні дії в найтяжчих формах, які серйозно травмують психіку жертви. Ці дії можуть виражатися не лише в оголенні статевих органів потерпілого й непристойних доторканнях до них, а й у навчанні потерпілих онанізму, вчиненні орально-генітального або анально-генітального статевого акту, імітації статевого акту, причому досить часто такі дії мають ознаки інцестуальності, та примушуванні до вчинення жертвами статевих актів між собою. Цим злочинцям притаманні наступні риси характеру: егоїзм, егоцентризм, злопам'ятність, високомірність, корисливість, агресивність, жорстокість, цинізм, схильність до пияцтва та алкологізації. Нерідко особи даного типу, які вчинили розбещення неповнолітніх, у сукупності вчиняють й інші злочини насильницького або корисливого характеру.

4) *Замісний тип* – основною особистісною характеристикою таких розбещувачів є нерозвинутість вольової сфери. Ці особи можуть вступати у статеві зносини з дорослими партнерами, але психологічні чи фізіологічні комплекси, невпевненість у собі та побоювання бути знехтуваним штовхають винних до вибору в якості сексуального партнера неповнолітніх (малолітніх), які легше йдуть на емоційний контакт, ніж дорослі. Вони бажать справляти враження досвідчених і вмілих сексуальних партнерів, але досягти цього можуть лише з малолітніми та неповнолітніми особами. Тобто, вони свідомо відходять від проблемних сексуальних стосунків із дорослими жінками до більш простих, з неповнолітніми (малолітніми). Характерними рисами цих осіб є особистісний примітивізм, хитрість, корисливість, сексуальна незадоволеність через закомплексованість, уразливість та замкнутість.

5) *Патологічний тип* – основним мотивом їх дій є задоволення девіантних форм сексуального потягу будь-яким шляхом, що в більшості випадків призводить до вчинення злочину. Характерними особливостями даних осіб є наявність у них психічних аномалій у межах осудності. До них можна віднести: педофілію, гомосексуалізм, фротеризм, ексгібіціонізм, олігофренію у ступені дебільності, залишкові явища черепно-мозкових травм, хронічний алкоголізм та наркоманію. Ці аномалії не породжують злочинні дії, але їх наявність підвищує можливість вчинення такими особами розпусних дій. Для цього типу осіб притаманні наступні риси характеру: егоїзм, хитрість, невірноваженість, патологічна сексуальна незадоволеність та уразливість.

Наведена типологія допомагає краще зрозуміти генезис злочинних дій, які вчиняють розбещувачі неповнолітніх, що надає можливість більш ефективного планування запобіжних заходів на індивідуальному та груповому рівні, а, враховуючи типологічні особливості окремих осіб, застосовувати диференційовані заходи корекційної роботи з ними.

<sup>1</sup> Философский словарь / под ред. М. М. Розенталя. – М.: Политиздат, 1963. – С. 200–201.

<sup>2</sup> Кальман А. Г., Христин И. А. Понятийный аппарат современной криминологии. Терминологический словарь / Под общ. ред. проф. Голины В. В. – Х.: Изд.-во ООО ТО «Гимназия», 2005. – С. 75.

<sup>3</sup> Там само. – С. 218.

<sup>4</sup> Философский энциклопедический словарь. – М.: ИНФРА-М, 2005. – С. 455.

<sup>5</sup> Логический словарь-справочник / под ред. Н. И. Кондаков. – М.: Наука, 1975. – С. 595.

<sup>6</sup> Валуйська М. Ю. Криминологічна характеристика особистості злочинців, що вчинили умисні вбивства при обтяжуючих обставинах [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук / М. Ю. Валуйська. – Х.: Б. в., 2002. – С. 106.

<sup>7</sup> Данышин И. Н. Введение в криминологическую науку. – Х.: Право, 1998. – С. 97.

<sup>8</sup> Российская криминологическая энциклопедия / под общ. ред. А. И. Долговой. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2000. – С. 566.

<sup>9</sup> Мегедь В. В. Психотипы поведения и стили мышления социотипов / В. В. Мегедь // Соционика, психология и межличностные отношения: человек, коллектив, общество. – 2005. – № 3. – С. 2–23.

<sup>10</sup> Криминологія: підручник / В. В. Голіна, Б. М. Головкін, М. Ю. Валуйська та ін.; за ред. В. В. Голіни, Б. М. Головкіна. – Х.: Право, 2014. – С. 98–100.

<sup>11</sup> Сахаров А. Б. Личность преступника и типология преступника // Соц. законность. – 1973. – № 3. – С. 19–24; Сахаров А. Б. О личности преступника и причинах преступности в СССР. – М.: 1961. – С. 162, 163; Криминологія: підручник / В. В. Голіна, Б. М. Головкін, М. Ю. Валуйська та ін.; за ред. В. В. Голіни, Б. М. Головкіна. – Х.: Право, 2014. – С. 98–100.

<sup>12</sup> Там само.

<sup>13</sup> Закалюк А. П. Прогнозирование и предупреждение индивидуального преступного поведения. – М.: Юрид. лит., 1986. – С. 44–50.



- <sup>14</sup> Зелинский А. Ф. Криминология: Курс лекций. – Х.: Прапор, 1996. – С. 68–71.
- <sup>15</sup> Антонян Ю. М. Портреты преступников: криминологический психологический анализ : моногр. / Ю. М. Антонян, В. Е. Эминов. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2014. – С. 37–38; Антонян Ю. М., Голубев В. П., Кудряков Ю. Н. Изнасилования: причины и предупреждение / Ю. М. Антонян, В. П. Голубев, Ю. Н. Кудряков // – М. : Изд-во ВНИИ МВД СССР. – 1990. – С. 84–168.
- <sup>16</sup> Цит. за Синюкоий О. В. Психолого-правові проблеми кримінальної сексопатології. Вступ до криміноперверсології [Текст] : монографія / О. В. Синюкоий; [передм. д-ра юрид. наук О. О. Дудорова] / [Запорізь. нац. ун-т, каф. кримін. права та правосуддя; Запорізь. юрид. ін-т ДДУВС, каф. юрид. психології, суд. медицини та психіатрії; Запорізь. облбюро суд.-мед. експертизи]. – Х.: Право, 2009. – С. 291.
- <sup>17</sup> Общая сексопатология. Руководство для врачей. Под ред. Г. С. Васильченко. – М. : Медицина, 1977. – С. 144–148.
- <sup>18</sup> Криминологія: підручник / В. В. Голіна, Б. М. Головін, М. Ю. Валуйська та ін.; за ред. В. В. Голіна, Б. М. Головіна. – Х. : Право, 2014. – С. 204.
- <sup>19</sup> Синюкоий О. В. Вказана праця. – С. 294.
- <sup>20</sup> Там само. – С. 365–366.
- <sup>21</sup> Мишота В. А. Предупреждение сексуальных преступлений против несовершеннолетних в семье [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В. А. Мишота ; Всерос. НИИ МВД России. – М., 2000. – С. 15 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1292814>
- <sup>22</sup> Козлюк Л. Г. Криминологічна характеристика особистості злочинця, який вчинив статевий злочин щодо неповнолітнього [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Л. Г. Козлюк ; НАН України. Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К. , 2009. – С. 14.
- <sup>23</sup> Аномальное сексуальное поведение [Текст] = Anomalous sexual behavior : монографія / [А. А. Ткаченко, Е. Ю. Яковлева, Н. А. Радченко и др. ] ; под. ред. А. А. Ткаченко и Г. Е. Введенского. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2003. – С. 78.
- <sup>24</sup> Синюкоий О. В. Вказана праця.– С. 364.
- <sup>25</sup> Там само. – С. 358.
- <sup>26</sup> Там само. – С. 366.
- <sup>27</sup> Кулик Е. Влияние психологических аномалий на личность преступника, совершающего развращение несовершеннолетних / Е. Кулик // *Legea si Viata*. – Noiembrie, 2015. – P. 76–79.

#### Резюме

##### **Кулик К. Д. Типологія особистості злочинців, які вчиняють розбещення неповнолітніх.**

У статті узагальнено існуючі в криминологічній науці розробки щодо типологізації осіб, які вчиняють злочини проти статевої свободи та недоторканості взагалі та статеві злочини проти неповнолітніх зокрема. Проаналізовано структурні складові особистості осіб, що вчиняють розбещення неповнолітніх. На підставі характерних для цих осіб криминологічно значущих ознак запропоновано авторську типологію злочинців цього виду, яка складається з патологічно-демонстративного, розважально-дозвольного, егоцентрично спрямованого, замісного та патологічного типів.

**Ключові слова:** особистість злочинця; типологія злочинців; розбещення неповнолітніх; злочини проти статевої свободи та недоторканості; статеві злочини проти неповнолітніх, сексуальні аномалії.

#### Резюме

##### **Кулик Е. Д. Типология личности преступников, совершающих развращение несовершеннолетних.**

В статье обобщены существующие в криминологической науке разработки типологизации лиц, совершающих преступления против половой свободы и неприкосновенности вообще и половые преступления против несовершеннолетних в частности. Проанализированы структурные составляющие личности преступников, совершающих развращение несовершеннолетних. На основе характерных для этих лиц криминологически значимых признаков предложена авторская типология преступников этого вида, которая состоит из патологически-демонстративного, развлекательно-досугового, эгоцентрично направленного, заместительного и патологического типов.

**Ключевые слова:** личность преступника; типология преступников; развращение несовершеннолетних; преступления против половой свободы и неприкосновенности; половые преступления против несовершеннолетних, сексуальные аномалии.

#### Summary

##### **Kulyk K. Typology of criminals who commit molestation.**

The article summarizes the existing in the criminology science the typology of the sex offender and the child sexual abuse in particular. Is analyzed the structural components of the identity of the perpetrators of molestation. Based on the characteristic the criminological features for these person is proposed the typology of offenders of this type, which consists of pathologically demonstrative, entertaining, egocentric, regressive and pathological types.

**Key words:** personality of offender; typology of criminals; molestation; crimes against sexual freedom and inviolability; sexual abuse of minors, sexual abnormalities.

**Т. О. ПАКЛІНА**

*Тетяна Олександрівна Пакліна, ад'юнкт Національної академії внутрішніх справ*

## **ВБИВСТВО ЧЕРЕЗ НЕОБЕРЕЖНІСТЬ ЯК ЮРИДИКО-ПСИХОЛОГІЧНА ПРОБЛЕМА**

Злочинність є однією з найгостріших проблем суспільства та, на жаль, невід'ємною його характеристикою. Вона певною мірою відображає соціально-психологічний стан суспільства та є своєрідним індикатором якісних змін і тенденцій у його розвитку.

Нинішня складна соціальна обстановка в країні призвела до суттєвого загострення проблеми забезпечення прав людини. Поряд з системним порушенням її прав у соціально-економічній, політичній та духовній сферах, порушується також і природне право людини на життя.

«Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека, – зазначено в ст. 3 Основного Закону, – визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст та спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави»<sup>1</sup>.

Суспільне життя людей регулюється нормами та правилами, які складаються в навколишньому соціальному середовищі. За відсутності таких правил суспільне життя стає хаотичним, не прогнозованим. Норми як регулятори поведінки окремої особи та соціальних груп надають соціальній спільноті регламентованості та передбачуваності, упорядковують життєдіяльність людини в суспільстві. Проте не завжди та не всі вчинки окремих осіб відповідають соціальним очікуванням. Нехтуючи у різних життєвих ситуаціях елементарними правилами поведінки, вживаючи алкоголь та психотропні речовини, не дотримуючись посадових та технічних інструкцій, люди піддають реальному ризику та небезпеці життя інших людей, власне життя й здоров'я.

Обставинами, що впливають на формування психоемоційного стану та спрямованості особи, яка вчинила насильницьке умисне кримінальне правопорушення, в переважній більшості випадків виступають не стільки індивідуальні психологічні диспозиції, скільки низький рівень соціалізації зі спотвореним особистим поглядом на соціальні чинники, внаслідок неадекватності розвитку особистості в родині, школі та у суспільстві.

Характеризуючи мікросоціальне середовище особи, яка вчинила умисне вбивство, можна визначити деякі чинники, що зумовлюють формування її емоційного стану і орієнтованості в поведінці, наприклад:

– нездатність пристосуватись до життя в тих чи інших соціальних умовах (міграція, зміна способу життя, соціального статусу, культурного чи політичного середовища). На особу досить жорстко починає впливати соціальне середовище, яке змушує пристосовуватись до нових нормативних вимог, модифікації статусу і ролі, що за умови низького рівня моральності й правосвідомості, загальної невихованості породжує соціальні та особистісні конфлікти. Відсутність адаптаційних можливостей та механізмів у особи сприяє реалізації конфлікту у формі кримінального правопорушення. Залежно від індивідуальних особливостей, гендерних відмінностей тощо особа стає або винною, або потерпілою стороною;

– конфліктогенність особи, пов'язана з належністю до певної вікової категорії, зокрема молодіжної. Нездатність, в силу своїх психофізичних особливостей розвитку та, здебільшого, відсутністю належного виховання у сім'ї, школі, критичним сприйняттям зауважень дорослих, неорганізованим дозвіллям та низькою правовою культурою призводить до соціальних конфліктів, як проміжної ланки до вчинення молодого людиною кримінального правопорушення. Крім того, притаманний молоді механізм групування в непоодиноких випадках сприяє формуванню кримінальних молодіжних угруповань;

– локальні ситуативні конфлікти з тенденцією, в силу тих чи інших обставин, до трансферу (перенесення) в інші соціальні середовища. До такого роду конфліктів можна віднести сімейно-побутові, в яких одна зі сторін, з вираженою низькою культурою і правосвідомістю, схильна до агресивної поведінки (кримінального правопорушення у формі тяжких тілесних ушкоджень чи вбивства) стосовно сторонніх осіб з метою зняття психоемоційного напруження. Особи з нестійкою психікою і незрілою соціалізацією, опинившись в скрутному побутово-економічному становищі, здатні виступати індукторами агресивності в складі натовпів, що сприяє масовим порушенням громадського порядку, вчиненню тяжких насильницьких дій;

– недоліки формування широких соціокультурних адаптаційних механізмів в найближчому суспільному середовищі, в родині. Висока біологічна та психологічна залежність від батьків та відсутність належного виховання (відстороненість від дитини чи, навпаки, гіперопіка та жорсткі виховні впливи) породжують стабільну психічну напруженість у дитини, схильність до психотизації і соціальну дезорієнтованість. У подальшому несформованість соціальної автономності та адаптивності призводить до поведінкових проявів у вигляді насильницького правопорушення чи аутоагресії.

Злочини проти життя та здоров'я людини, зокрема вбивства, нині є одними із найбільш поширених видів правопорушень. Внаслідок їх високої суспільної небезпечності вони завжди традиційно були і дотепер перебувають у сфері посиленої уваги соціальної та юридичної теорії і практики.

У текстах давньоруського права («Руська Правда», «Судебник 1550 года (Івана IV Грозного)», «Судебник царя Федора Іоановича 1589 года»), які є першими пам'ятками законодавства, розрізняються декілька складів вбивств. Зокрема, норми щодо відповідальності за вчинення вбивства містилися на той час практично в усіх редакціях «Руської Правди». Однак чіткого розмежування між вбивствами та іншими посяганнями на життя і здоров'я особи ще визначено не було. Норма конкретизувала відповідальність за вчинення вбивства на бенкеті, під час вчинення розбою тощо. Протягом того історичного періоду злочини пов'язувались лише з самим фактом спричинення смерті.

Запис про вчинення душоубства вперше з'явився у редакції «Судебника 1497 року», у якому під душоубством розумілось не тільки вбивство, а й також і самогубство, і навіть смерть унаслідок нещасного випадку («без покаяння у гріхах»). Згідно з прийнятим у 1949 р. Земським собором «Уложения», було здійснено розмежування злочинів проти життя на умисні й ненавмисні вбивства. Випадкове (невинне) спричинення смерті стало некараним діянням.

У подальшому, в період царювання Петра I, відбувалося реформування законодавства, де у військовому Артикулі розподілялися вбивства, вчинені умисно та необережно. Вже у ті часи законодавець звертав увагу на міру випадковості, на тонку грань між необережним і випадковим злочинами. Виокремлюючи суб'єктивну сторону злочину, законодавець не позбавляв уваги принцип об'єктивного ставлення. Однак необережні дії нерідко каралися, як і умисні. Головним чинником для суду на той час був також результат дії, а не його мотив.

З прийняттям «Свода Законів» у 1832 р. сталися деякі зміни в кримінальному законодавстві у сфері злочинів проти благ приватної особи. Вперше було здійснено спробу визначити поняття вбивства, яке вже традиційно поділялося на умисні та необережні.

У розділі «Уложения 1845 года», присвяченому злочинам проти життя, здоров'я, свободи, честі приватних осіб, на першому місці розташовані злочини проти життя, які розміщувалися в двох главах: у першій главі передбачалася відповідальність за смертовбивство, а в другій – за самогубство. Смертовбивства диференціювалися на прості, кваліфіковані, привілейовані і вчинені з необережності. Очевидно, що в цьому Законі система норм про відповідальність за посягання на життя достатньо відрізнялась від попереднього законодавства 1832 року.

У подальшому законодавство реформувалось неодноразово та найбільш значні зміни здійснено у 1922 році. У Кримінальному кодексі РРФСР 1922 р. було виокремлено декілька видів вбивств, у тому числі і убивство, вчинене через необережність (ст. 147), а у 1960 р. вказану норму виокремлено у ст. 106 КК СРСР.

Аналізуючи історію розвитку кримінального законодавства, можна стверджувати, що життя і здоров'я людини продовжує посідати чільне місце в системі кримінального права України.

За реформою кримінального законодавства України 2001 р. види вбивств закріплені в Розділі II Особливої частини Кримінального кодексу. Так, за суб'єктивною стороною розрізняються вбивства умисні (ст.ст. 115–118 КК України) і вбивства через необережність (ст. 119 КК України).

Відповідно до ч. 1 ст. 115 КК України вбивство – це умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині. Залежно від психологічного змісту умисна форма вини поділяється на пряму та непряму.

Різниця між прямим і непрямим умислом знаходиться в бажанні людини настання наслідків у вигляді смерті потерпілого, а в непрямому умислі – у разі небажання настання смерті людини, проте свідомому припущенні її настання. Очевидно, відмінність між прямим і непрямим умислом можна знайти виключно у вольовій сфері. Внутрішня структура вольової злочинної поведінки включає формування та усвідомлення мети, вибір засобів досягнення цілі, планування, прийняття та реалізацію рішення, що докладно описано у працях багатьох кримінологів. Вона розглядається ними як універсальна схема, придатна для аналізу механізму будь-якого правопорушення. Між тим, це далеко не так. Психологічна структура вольового умисного злочину не підпадає під опис злочинів, вчинених через необережність.

У вітчизняному кримінальному праві вбивство через необережність відображене у ст. 119 КК України, частини 1 та 2 якої диференціюють відповідальність за вчинене залежно від кількості постраждалих осіб<sup>2</sup>.

Суб'єктивна сторона цієї форми вбивства визначається необережною виною у вигляді злочинної самовпевненості або злочинної недбалості. Необережність, як і умисел, є основною формою вини, але розглядається як менш небезпечна форма вини порівняно з умислом. Злочинна самовпевненість суспільно небезпечніша, свідчить про більшу небезпеку винної особи, аніж злочинна недбалість, а тому вона може тягти за собою більш суворе покарання.

Досить складно виявити психічне ставлення особи до суспільно небезпечного наслідку при необережності, а особливо – при злочинній недбалості. Особа, яка діє з необережністю, не скеровує вольове зусилля на досягнення злочинного наслідку і не припускає його настання. При злочинній легковажності особа розраховує, що суспільно небезпечний наслідок не настане. При злочинній недбалості ж особа зовсім не передбачає можливості шкідливого наслідку, і саме це непередбачення стає обставиною, яка зумовлює його настання.

Отже, вина – це психологічне ставлення особи до вчинюваного нею суспільно небезпечного діяння, в якому виявляється антисоціальна, асоціальна або недостатньо виражена соціальна установка особи щодо найважливіших цінностей суспільства.

Соціальна природа необережної поведінки багатоаспектна, вона відображає професійну, технічну, побутову та управлінську необережність. Правова природа необережної поведінки знаходить своє втілення у характеристиці правового регулювання державою діяння, вчиненого через необережність. Психологічна природа необережності в поведінці окреслює індивідуально- та соціально-психологічні механізми виникнення психічних дефектів у винної особи. Філософський та методологічний підходи характеризують соціальний, правовий та психологічний аспекти проблематики необережності на рівні співвідношення загального, окремого та особливого.

Тобто, у необережній формі поведінки виокремлюють соціальну, правову, психологічну складову.

За даними конкретних досліджень феномена вбивства через необережність, переважній більшості осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, притаманне загальне негативне або поверхове ставлення до суспільних норм як регуляторів поведінки. Крім того, майже однотайно дослідниками констатується наявність соціального середовища, яке здійснює не лише позитивний, а й негативний вплив на психічний світ особистості, детермінуючи формування ставлення особистості до нормативності і через нього – на відповідні поведінкові прояви.

Вивчаючи феномен убивства, вчиненого через необережність, науковці й дотепер не мають чіткого уявлення щодо окреслення його психологічного функціонального змісту. На нашу думку, вказаний функціональний зміст виступає, з одного боку, системоутворюючим чинником конкретизації кримінального правопорушення, вчиненого з необережності, як діяння, а з іншого, – самостійним юридико-психологічним феноменом.

За об'єктивними ознаками, стосовно, зокрема, наслідків вчиненого діяння, вбивство через необережність нічим не відрізняється від умисного вбивства. Проте суб'єктивна сторона злочину, що розглядається, – необережна вина – свідчить про меншу суспільну небезпечність винного і всього діяння в цілому порівняно з аналогічними діями, вчиненими умисно.

Неоднозначно в науковій літературі розглядається проблема мотивації правопорушення. Деякі вчені категорично заперечують наявність усвідомленого мотиву в необережних злочинах. Інші науковці, вважаючи, що мотивація вказаній категорії правопорушень все ж притаманна, заперечують, зокрема, необхідність диференціації мотиву вчинення злочину та мотиву, який передує суспільно небезпечній поведінці.

Аналізуючи вищезазначені наукові погляди, ми вважаємо, що злочинній необережній поведінці мотивація притаманна, і вона відображає суб'єктивну причину суто необережного діяння. Зокрема, у мотиві виявляється соціальна позиція особи, її внутрішні психологічні установки, які виступають каталізатором майбутньої злочинної поведінки.

Вчинення вбивства через необережність слід відрізнити від ненавмисного завдання смерті, коли особа, по-перше, не передбачувала настання смерті потерпілого від своїх дій (бездіяння), а також за обставинами вчиненого не повинна чи не могла їх передбачити; а, по-друге, хоча і передбачала можливість настання смерті, але не могла це попередити в силу своїх психофізичних якостей та нервово-психічних перевантажень.

У вказаних випадках вина особи у спричиненні смерті при нещасному випадку відсутня, як і відсутня кримінальна відповідальність за вчинене.

Зважаючи на викладене, прийняття рішення щодо спричинення смерті особі через необережні дії іншої, чи її настання у разі нещасного випадку, слідчий повинен приймати лише після ретельного аналізу дій винного і всієї ситуації.

Теоретико-методологічний інтерес становить розуміння убивства, вчиненого через необережність, у кримінальному законодавстві зарубіжних країн.

Так, у кримінальному законодавстві Японії реалізується концепція, згідно з якою злочином вважається дія, вчинена умисно. Як виняток із правила, у ньому передбачена відповідальність за деякі необережні злочини, наприклад, за необережне спричинення смерті людині. Проте в Японії відсутнє визначення видів необережності.

У законодавстві Сполучених Штатів Америки вбивство тлумачиться (на прикладі «Зводу законів США», розділ «Злочини та кримінальний процес»), як протизаконне позбавлення життя людської істоти, вчинене навмисно та зі злим умислом. За ступенем тяжкості вбивства поділяються на вбивства першого ступеня та вбивства другого ступеня.

Відповідно до параграфу 125.15 кримінального законодавства США необережне вбивство належить до простих вбивств другого ступеня. Це, по-перше, необережне спричинення смерті, по-друге, проведення абортів, що спричинив смерть, і, по-третє, навмисне доведення іншої особи до самогубства чи сприяння в цьому. Натомість у кримінальному законодавстві штату Каліфорнія (§192) виокремлюються три види простого вбивства: навмисне, необережне та вчинене внаслідок порушення правил дорожнього руху. Навмисним визнається вбивство, вчинене під впливом раптово виниклої сварки або сильного душевного хвилювання.

Кримінальне законодавство Каліфорнії передбачає умови, під час яких водій автотранспорту, що порушив правила дорожнього руху, підлягає притягненню до відповідальності за вчинення необережного вбивства. Необережним вбивством визнається також протиправне позбавлення життя іншої особи у процесі вчинення іншого злочину, яке не є фелонією, або у процесі вчинення злочину протиправним способом, або без належної обережності та обачності дій, здатних заподіяти смерть<sup>3</sup>.

У ст. 109 Кримінального Кодексу РФ передбачено кримінальну відповідальність за спричинення смерті через необережність, зокрема:

– відповідальність за спричинення смерті через необережність (ч. 1 ст. 109 КК РФ);

– відповідальність за спричинення смерті через необережність внаслідок неналежного виконання особою своїх професійних обов'язків (ч. 2 ст. 109 КК РФ);

– відповідальність за спричинення смерті через необережність двом та більше особам. (ч. 3 ст. 109 КК РФ)<sup>4</sup>. Досить цікавим є порівняння формулювання і змісту суб'єктивної сторони кримінального правопорушення в кримінальному законодавстві Російської федерації та України.

Згідно зі ст. 109 КК РФ при кваліфікації легковажності (самовпевненості), «...винний передбачав можливість настання смерті від своїх дій (бездіяльності), але без достатніх на те підстав самовпевнено розраховував на запобігання смерті». Натомість за ст. 119 КК України при самовпевненості «...особа передбачає можливість настання смерті іншої людини, як наслідок своїх дій або бездіяльності, що утворює реальну загрозу для цієї людини, але легковажно розраховує на певні конкретні обставини, які здатні, на її думку, відвернути настання смерті».

Злочинна недбалість в КК РФ визначається у випадку, коли «...особа не передбачала можливості настання смерті внаслідок своїх дій (бездіяльності), але при необхідній увазі (передбаченні) повинна була та могла передбачити її настання». Кримінальне законодавство України кваліфікує злочинну недбалість якщо «...особа не передбачає можливість настання смерті іншої людини внаслідок своєї дій або бездіяльності, що утворює реальну загрозу для цієї людини, хоча повинна була і могла передбачити, якщо б винна особа діяла більш обачливо».

Констатуючи загальну тотожність змісту тлумачення цього кримінального правопорушення, слід визнати принципову відмінність у його суті, яка полягає в тому, що згідно з КК України воно визнається вбивством, а за КК РФ – заподіянням смерті.

Кримінальна відповідальність за завдання смерті через необережність передбачена в законодавстві інших пострадянських країн і відображена у ст. 144 Кримінального кодексу Республіки Білорусії, у ст. 105 КК Туркменістану, у ст. 123 КК Республіки Литва, у ст. 109 КК Республіки Вірменія, у ст. 104 КК Республіки Казахстан.

Вважаємо доцільним висловити думку щодо відповідності «духу» розуміння кримінального правопорушення з необережності як убивства його «букви», окресленій у ст. 119 КК України. Латинською мовою термін «вбивство» звучить як: *homo* (людина) та *caedo* (вбивство). Його аналогом є термін «гоміцид». Юридичне визначення поняття «умисне вбивство» міститься, як вказувалось вище, у ч. 1 ст. 115 КК України. Зокрема, відповідно до вказаної статті, під умисним вбивством розуміється «умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині».

Аналізуючи наукові підходи до визначення поняття «вбивство», робимо висновок, що найбільш широке його трактування здійснено Ю.В. Бауліним, який визначив вбивство як «протиправне умисне позбавлення життя іншої особи, вчинене суб'єктом злочину за відсутності обставин, що виключають протиправність такого діяння»<sup>5</sup>. Вказане визначення досить широке за своїм змістом і робить акцент саме на наявності протиправності у діях людини, для того щоб її діяння могли бути визнані як злочин, у вигляді вбивства.

Крім того, деякі науковці під вбивством розуміють суспільно небезпечне протиправне діяння, вчинене особою, що підлягає кримінальній відповідальності, і полягає в умисному позбавленні життя іншої людини. Аналізуючи наведені визначення вбивств, важливо зазначити той факт, що вони мають спільні ознаки та сутність досліджуваного поняття, але з різними юридичними акцентами щодо тієї чи іншої ознаки вбивства. Проте жодне визначення не містить такої ознаки, як необережність. Тому ми вважаємо, що ст. 119 КК України слід трактувати не як вбивство, вчинене через необережність, а як спричинення смерті через необережність, що за змістом більше відповідає сутності цього діяння.

<sup>1</sup> Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 380–418.

<sup>2</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України ; 2-ге вид., перероб. та доп. / відп. ред. С. С. Яценко. – К. : А.С.К., 2002. – 968 с.

<sup>3</sup> Примерный уголовный кодекс (США). Официальный проект Института американского права / пер. с англ. А. С. Никифорова ; под ред. и с предисл. Б. С. Никифорова. – М. : Прогресс, 1969. – 304 с.

<sup>4</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации : научно-практ. комментарий / отв. ред. В. М. Лебедев. – М. : Юрид. лит., 1998. – 768 с.

<sup>5</sup> Баулін Ю. В. Протиправність як ознака вбивств / Ю. В. Баулін // Кримінально-правова охорона життя та здоров'я особи : матер. наук.-практ. конф. (м. Харків, 22–23 квітня 2004 р.). – К. – Х. : Юрінком Інтер, 2004. – С. 18–19.

## Резюме

### Пакліна Т. О. Вбивство через необережність як юридико-психологічна проблема.

В статті надається психолого-юридична характеристика злочинів проти життя та здоров'я людини, зокрема вбивства, що є одними із найбільш поширених видів правопорушень. У результаті аналізу історичних джерел давньоруського права («Руська Правда», «Судебник 1550 года (Івана IV Грозного)», «Судебник царя Федора Іоановича 1589 года») встановлено, що внаслідок високої суспільної небезпечності вбивства як у ті часи, так і нині перебувають в сфері посиленої уваги соціальної та юридичної теорії й практики.

Автор статті акцентує увагу на тому, що науковці, розкриваючи феномен убивства, вчиненого через необережність, і дотепер не мають чіткого уявлення щодо окреслення його психологічного функціонального змісту. На нашу думку, вказаний функціональний зміст виступає, з одного боку, системоутворюючим чинником конкретизації кримінального правопорушення, вчиненого з необережності, як діяння, а з іншого, – самостійним юридико-психологічним феноменом.

**Ключові слова:** вбивство, необережність, кримінальне правопорушення, юридико-психологічний феномен.

Резюме

**Паклина Т. А. Убийство по неосторожности как юридико-психологическая проблема.**

В статье приводится психолого-юридическая характеристика преступлений против жизни и здоровья человека, в частности убийств, которые являются одними из наиболее распространенных видов правонарушений. В результате проведенного анализа исторических источников древнерусского права («Русская Правда», «Судебник 1550 года (Ивана IV Грозного)», «Судебник царя Федора Иоанновича 1589 года») установлено, что вследствие высокой общественной опасности убийства как тогда, так и сейчас находятся в сфере повышенного внимания социальной и юридической теории и практики.

Автор статьи акцентирует внимание на том, что ученые, раскрывая феномен убийства, совершенного по неосторожности, до сих пор не имеют четкого представления об определении его психологического функционального содержания. На наш взгляд, указанный функциональный смысл выступает, с одной стороны, системообразующим фактором конкретизации уголовного преступления, совершенного по неосторожности, как деяние, а с другой, – самостоятельным юридико-психологическим феноменом.

**Ключевые слова:** убийство, неосторожность, уголовное преступление, юридико-психологический феномен.

Summary

**Paklina T. Murder because of carelessness as juridical and psychological problems.**

Juridical and psychological characteristics of Crime Against Human Life and Health, particular the crime of killing, nowadays is one of the most widespread types of breaking the law are represented in our article. The conducted analysis of Old Russian law beginnings («Ruska Pravda», «Sudebnik 1550 (Ivana IV Groznoho)», «Sudebnik tsaria Fedora Ioanovycha 1689») shows that because of the high public danger murders always were and are in the sphere of on increase attention of social and legal theory and practice.

The author of this article emphasizes that studying the phenomenon of Negligent homicide, scientists even now don't have clear presentation in relation to the description of its psychological functional content. At our discretion, indicated functional content, on the one side, is systemically important point in specification of Negligent homicide as an act and, on the other side, independent legal and psychological phenomenon.

**Key words:** murder, carelessness, privation of life, unlawfulness.

УДК 343.231

**О. А. ПУШКАР**

*Олег Анатолійович Пушкар, здобувач Національної академії прокуратури України*

**РОЗВИТОК КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА  
ЩОДО ЗМІШАНОЇ ФОРМИ ВИНИ**

Для того, щоб у повному обсязі дослідити категорію змішаної форми вини, насамперед потрібно розглянути історико-правовий аспект цієї проблеми, оскільки це допоможе краще опрацювати відповідні сучасні погляди науковців та практичних працівників із даної тематики.

Певні висновки щодо розвитку кримінального законодавства в частині змішаної форми вини представлено в працях: Д. А. Безбородова, С. В. Векленко, Б. С. Волкова, Л. Д. Гаухмана, Ф. Г. Гілязева, Б. А. Глинської, В. Ф. Деміна, Ю. А. Демидова, В. Т. Квашиша, В. А. Нерсисян та ін. Однак до цього часу розвиток кримінального законодавства саме щодо змішаної форми вини залишається не дослідженим.

**Метою** статті є аналіз розвитку кримінального законодавства щодо змішаної форми вини.

У давньоримському праві вперше в історії світової правової думки було розроблено підстави відповідальності за умисні й необережні злочини. У період становлення Римської держави (починаючи з VIII–VI ст. до н.е.) юристи Стародавнього Риму тлумачили злочин як неправомірне діяння проти державного й суспільного ладу, що переслідувалось публічним обвинуваченням. За римським кримінальним правом відповідальність могла наставати лише за наявності вини, насамперед умисної (*dolus malus*), коли винний чинив діяння свідомо, знаючи всі аспекти своєї злочинної поведінки та її негативні наслідки для потерпілого. Поступово виокремлюється наступна форма вини – необережність, яка визначалася між виною умисною (*dolus malus*) і діянням невинним, що заподіяло випадкову шкоду (*casus*)<sup>1</sup>. Спочатку римське право не вирізняло умисного, необережного чи навіть випадкового вбивства. Поряд із вбивством (*caedere*) каралося і будь-яке заподіяння смерті (*morti dare*). За законом Корнелія вбивство з необережності не підлягало відповідальності. Покарання за цей злочин було встановлено пізніше – в імперський період. Закон Аквілія карав за необережне заподіяння смерті. Він не розповсюджувався на осіб, які заподіяли смерть випадково.

Подальший розвиток уявлення про необережну вину дістали у працях римських юристів під керівництвом Юстиніана I (482–565 рр.), який здійснив відому кодифікацію римського права. Ця форма вини визначалася в трьох ступенях: *culpa lata* (груба недбалість), *culpa levis* або *in absiracto* (необережність, пов'язана із браком дбайливості) і *culpa in concerto* (легка недбалість)<sup>2</sup>. В Інституціях Юстиніана як приклад необережності наводиться випадок, коли будь-хто, підрізуючи дерева, кидає з дерева гілку та вбиває при цьому раба,

який випадково проходив повз нього. Якщо таке трапилось на великій дорозі і особа не попередила про це звуковим сигналом, вона вважалася винною в необережному вбивстві. Проте якщо раба було попереджено, але він не потурбувався про свою обережність, відповідальність не наставала. Отже, засади щодо суб'єктивного вміння (відповідальності винятково за наявності вини) і виділення форм вини з подальшою їх деталізацією відомі ще давньоримському праву.

Подальший розвиток був перерваний занепадом Римської імперії, а в державах, які виникали та розвивалися в Європі, був утверджений принцип об'єктивного вміння (ставлення в вину), і для втілення в законодавство концепції суб'єктивного вміння знадобилося понад тисячоліття.

Стосовно розвитку українського кримінального права, то в літературі зазначається, що в стародавніх пам'ятках древньоруського права суб'єктивній стороні злочину приділялося мало уваги. У більшості випадків міра покарання не пов'язувалася безпосередньо з винуватістю суб'єкта у вчиненому злочині. Сам факт заподіяння шкоди, незалежно від того, чи було це зроблено навмисно, з необережності або випадково, спочатку породжував право помсти, а пізніше спричиняв відшкодування шкоди, сплату штрафу («віри») чи інше покарання. Якщо звернутися до русько-візантійських договорів X ст., що є одними із перших правових пам'яток, то можна побачити, що про вину в скоєнні низки злочинів, зокрема вбивства, не йдеться. Так, в договорі (911 р.) сказано: «Якщо хто-небудь вб'є (кого-небудь) – руський християнина або християнин руського, нехай умре на місці скоєння вбивства». Те ж можна побачити і в ст. 13 договору (944 р.), яка говорить: «Якщо ж вб'є християнин руського чи руський християнина, і буде схоплений вбивця родичами (убитого), то нехай буде він убитий». Як видно з наведених прикладів, основна увага приділялася об'єктивній стороні, а вина у вчиненні злочину не вказувалася як необхідна підстава настання відповідальності<sup>3</sup>.

Водночас було б неправильно стверджувати, що в давньоруському праві взагалі не приділялося уваги суб'єктивній стороні. На необхідність встановлення вини, причому саме умислу, в діях винного зверталася увага в Статуті Ярослава про земські справи: «аще хто в тік, – або в-стоги ввержеть, вогонь, іщяя ворожнечу, вогнем сожжен будеть». Іншими, словами, застосування до злочинця покарання передбачало в його діянні наявність умислу<sup>4</sup>.

Варто зауважити, що поступово практика застосування тогочасного кримінального закону поряд з об'єктивним ставленням у вину доповнюється суб'єктивним ставленням у вину. Тобто, тогочасний законодавець в заподіяній шкоді знаходить також прояв внутрішньої винуватості суб'єкта злочину. На думку окремих вчених, своєрідні зародки суб'єктивного ставлення у вину зустрічаються, зокрема, у Руській Правді<sup>5</sup>.

Ще одною характерною рисою феодалного права за «Руською Правдою» було те, що під злочинном («обида») в цю епоху розумілось будь-яке спричинення кому-небудь матеріальної чи моральної шкоди. Також не було різниці між кримінальними і цивільними правопорушеннями. Будь-яке правопорушення – чи це вбивство, чи несплата боргу – однаково називалися «обидою». А покарання залежало значною мірою від соціального становища потерпілого («обидженого»)<sup>6</sup>.

У літературі висловлено й інші підходи до оцінки тогочасного законодавства. Зокрема, на думку І. Я. Терлюк, «Руська правда» свідчить про високий рівень тогочасної правової свідомості. Вона постійно має на увазі суб'єктивну сторону злочину – ставить питання про вину. Мотиви вбивства розрізняли, виходячи з особистих спонукань та зовнішніх обставин – убивство у змові або на бенкеті. Причому зазначалося, у яких випадках, за які вбивства відповідав сам злочинець, а коли відповідальність поширювалась на цілу громаду. Відповідальність на громаду поширювалась у двох випадках – коли вона не знаходила вбивцю, або коли, знаючи вбивцю, дала можливість йому втекти<sup>7</sup>.

Про розвиток кримінально-правових норм Великого князівства Литовського, Руського і Жемайтійського (ВКЛ), в складі якого свого часу перебувала більша частина українських земель, дають уявлення три редакції Литовських Статутів. До видання Третього статуту розмежування між умислом і необережністю в контексті вини не проводилось. Якщо у діях особи не було умислу чи необережності, то кримінальне покарання не застосовувалося. У ряді випадків виявлена необережність мала наслідком не кримінальну відповідальність, а зобов'язання виплатити «головщину» (компенсацію за смерть) сім'ї убитого. Для правильного визначення вини суд зобов'язаний був установлювати причинний зв'язок між дією винної особи й результатом, що настав. Наприклад, особа вважалася винною у вбивстві в тому випадку, якщо потерпілий помер від ран через нетривалий час. Але якщо потерпілий протягом 24 днів після побоїв ходив «по корчмах і гостях», а потім помер, хоча б і від тих ран, то підсудний вважався винним тільки в нанесенні ран, але не у вбивстві, тобто заперечувався причинний зв'язок між побиттям і смертю. На цьому прикладі ми бачимо спробу виробити критерії розмежування заподіяння тілесних ушкоджень і вбивства, причому облік часу від заподіяння тілесних ушкоджень до настання смерті був характерний не лише для вітчизняного законодавства.

На етнічних українських землях, що входили до складу Російської імперії, розвиток права здійснювався у напрямі інкорпорації попередньої правової системи у загальноімперську. І якщо у сфері цивільно-правового регулювання самодержавство допускало урахування місцевих особливостей, то норми кримінального права якраз найменше враховували існуючі на території України регіональні особливості.

Зауважимо, що джерелами кримінального права у XIX ст. був 15-й том «Зводу законів Російської імперії», який містив: Кримінальне уложення з 775 статей – перший в історії права Росії та України кримінальний кодекс; «Уложення про покарання кримінальні та виправні» 1845 р. (в редакціях 1866 та 1885 рр.) і затверджене 1903 р. царем «Кримінальне уложення». Спеціальні норми кримінальної відповідальності військових містили «Військовий статут про покарання» (1867 р.) та «Військово-морський статут про покарання» (1886 р.).

Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р. у розділі «Посягання на тілесну недоторканість» містило такі види деліктів з похідними наслідками: «необережне спричинення смерті, як наслідок умисного плодовигнання без дозволу жінки» (ч. 3 ст. 1461); «необережне вбивство, як результат умисних тяжких або легких побоїв, або інших насильницьких дій, що не є небезпечними для життя» (ст. 1464); «необережне вбивство, як результат умисних понівечень або поранень» (ст. 1484); «необережне позбавлення життя, як результат умисного спричинення психічної або фізичної хвороби» (ст. 1488); «необережне позбавлення життя, як наслідок тяжких побоїв, катувань або тортур, що піддають життя небезпеці» (ст. 1490); «необережне спричинення смерті, як наслідок згвалтування жінки» (ст. 1527) тощо<sup>8</sup>.

Таким чином, вже у XIX ст. були започатковані фундаментальні положення, які в подальшому були покладені в основу сучасних уявлень про змішану форму вини. Однак поступальний розвиток був перерваний революцією 1917 р. та наступними трагічними подіями.

З середини 60-х років XX ст. актуалізувалася дискусія щодо можливості існування ще одної, «особливої» форми вини поряд з умисною і необережною. Саме в цей період фахівці з теорії кримінального права опрацювали нові дефініції такого кримінально-правового явища, як поєднання в одному складі злочину ознак умислу і необережності, що дістало назву змішаної, подвійної, складної форми вини. І хоча значна частина науковців погоджувалася з виділенням змішаної вини як окремої (особливої) форми психічного ставлення до вчиненого діяння у тих випадках, коли в межах одного складу злочину одночасно збігалися ознаки як властиві умислу (прямого чи непрямого), так і притаманні необережності (самовпевненість чи недбалість), за вирішення питання щодо встановлення переліку зазначених злочинів не взявся ніхто. Найчастіше наявність специфічної суб'єктивної сторони вказували у таких складах злочинів, як «умисне тяжке тілесне ушкодження ... що спричинило смерть потерпілого» (аналогічний склад – ч. 2 ст. 121 КК України), «згвалтування ... що спричинило особливо тяжкі наслідки...» (ч. 4 ст. 152 КК України), «умисне знищення або пошкодження чужого майна ... що спричинило загибель людей чи інші тяжкі наслідки» (аналогічний склад – ч. 2 ст. 194 КК України) та ін.<sup>9</sup>

Нового поштовху дискусія щодо змішаної форми вини отримала у зв'язку з тим, що в п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 9 квітня 1965 р. «Про судову практику у справах, пов'язаних з порушенням правил безпеки руху та експлуатації автомобілотранспорту або міського електротранспорту» фактично визнавалася можливість існування злочину, вчиненого з двома формами вини. Однак у подальшому Пленум ВС СРСР змінив свою позицію.

В. М. Бурдін зазначає, що при формулюванні різних видів вини законодавець тривалий час не давав вказівку на психічне ставлення особи до вчинюваного суспільно-небезпечного діяння, обмежуючись при цьому лише вказівкою на психічне ставлення особи до наслідків цього діяння. Так було сформульовано визначення видів умисної та необережної форм вини в ст. 11 КК УРСР 1922 р., в ст. 6 Основних начал кримінального законодавства СРСР та союзних республік 1924 р., в ст. 9 КК УРСР 1927 року. І тільки в ст. 8 Основ кримінального законодавства Союзу РСР та союзних республік 1958 р., а згодом відповідно і в ст. 8 КК УРСР 1960 р. при визначенні видів умислу законодавець використав таку ознаку, як вказівку на «усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру свого діяння»<sup>10</sup>. Однак, незважаючи на це, формулювання необережних видів вини і надалі відбувалося без використання вказівки на психічне ставлення особи до вчинюваного діяння.

На думку ряду вчених, визнання «змішаної» форми вини означало б розрив єдиного психічного процесу, що становить зміст певної форми вини<sup>11</sup>. Зауважимо, що подібна критика концепції змішаної форми вини у різних варіаціях наводиться у працях багатьох вчених, які є противники згаданої концепції. В. В. Лук'янов зазначає: «З точки зору здорового глузду комбінована з умислу та необережності, тобто умисно-необережна, вина уявляється зовсім безглуздою, аналогічною теплому холоду чи м'якій тверді. Розумній людині важко собі уявити, яким чином умисні дії можуть дати наслідки з необережності»<sup>12</sup>.

Окремі вчені стверджують, що недоречно визначати окремо психічне ставлення до порушення приписів інших нормативних актів, якими унормовані різноманітні спеціальні правила (виробництва, дорожнього руху, поведження зі специфічними речовинами та матеріалами тощо), оскільки саме по собі таке порушення є адміністративним або дисциплінарним правопорушенням і без спричинення вказаних у кримінальному законі суспільно небезпечних наслідків не тягне за собою кримінальної відповідальності винуватої особи.

Ряд вчених, наприклад М. П. Яблоков, М. С. Брайнін та ін. пропонують таке розуміння необережності при порушенні спеціальних правил безпеки, відповідно якого «при необережних злочинах винуваті також можуть усвідомлювати факт допущеного ними порушення і тим самим створюють основу для віднесення злочинів зі змішаною формою вини до числа необережних»<sup>13</sup>.

Використання ідеї змішаної форми вини у судовій практиці породило дискусію серед учених. Значне різноманіття точок зору дало змогу А. Д. Горбузу умовно розділити дослідників ідеї такої форми вини на дві групи. Як критерій такого поділу було взято зміст поняття складної форми вини і методика її визначення. Одні автори були віднесені до прихильників «широкої» концепції складної форми вини, інші – до авторів, які відстоюють «вузьку» концепцію складної форми вини. У літературі зазначається, що «широка» концепція складної форми вини відрізняється від «вузької», головним чином, більш широким колом злочинів, які передбачають цей різновид вини. Теоретичним обґрунтуванням концепції «широкого» тлумачення подвійної форми вини слугує поширена в науці кримінального права так звана теорія роздільного встановлення психічного ставлення особи до скоєної суспільно небезпечної дії і шкідливого наслідку. Суть цієї теорії



полягає в тому, що для вирішення питання про винність особи у вчиненні злочину потрібно встановити її відношення не тільки до наслідків своїх дій, а й до дій самих по собі<sup>14</sup>.

А. Д. Горбуза дуже красномовно охарактеризував стан наукової розробленості проблематики змішаної форми вини в той час, зокрема наголошував, що «суперечливість наявних у літературі позицій щодо проблеми змішаної форми вини не дозволяє дійти єдиного висновку про характер і структуру цього поняття, що значно ускладнює подальший розвиток вчення про вини в радянському кримінальному праві й перешкоджає вирішенню питання в законодавчому порядку. Теоретичні розбіжності негативно позначаються і на судовій практиці, так як призводять до помилок при кваліфікації діянь і застосування окремих інститутів кримінального права»<sup>15</sup>. Хоча наведена думка А. Д. Горбузи була висловлена ще в 1972 р., але якщо викреслити з цитати слово «радянському», то цілком і повністю може характеризувати нинішній стан справ.

Відлік історії розвитку кримінального законодавства щодо терміна «змішана форма вини» починається ще з римського права. Перші аналоги сучасних явлень про вини знаходяться у видатній пам'ятці древньоруського права – Руській правді. Історія ж наукових уявлень про власне змішану форму вини починається з ХІХ ст., однак розвиток вчень було перервано революційними подіями 1917 р. і відновлення наукової дискусії відбулося аж в 60-ті роки ХХ століття. Тоді ж були закладені основи сучасних підходів і поглядів, багато порушених тогочасними вченими проблемних питань дискутуються в науці кримінального права й досі.

<sup>1</sup> Владимиров В. А. Преступления против общественной безопасности, общественного порядка и здоровья населения / В. А. Владимиров, П. Ф. Гришанин, Ю. И. Ляпунов. – М. : Науч.-исслед. и ред.-издат. отд. Высш. шк. МВД СССР, 1970. – 172 с. – С. 13.

<sup>2</sup> Бартошек М. Римское право. Понятия, термины, определения / М. Бартошек. – М. : Наука, 1989. – 224 с. – С. 8.

<sup>3</sup> История государства и права (сб. документов) : в 2 ч. – М. : Юрид. лит., 1968. – Ч. II. – 600 с. – С. 12.

<sup>4</sup> Там само. – С. 13.

<sup>5</sup> Федитник В. М. Теорії складної вини в кримінальному праві / В. М. Федитник // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – Вип. 32 – С. 67–73 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc\\_gum/vkhnuvs/2006\\_32/index.htm](http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/vkhnuvs/2006_32/index.htm)

<sup>6</sup> Тихомиров М. Н. Пособие для изучения Русской Правды / М. Н. Тихомиров. – М. : Госюриздат, 1953. – 226 с. – С. 24.

<sup>7</sup> Терлюк І. Я. Огляд історії кримінального права України / І. Я. Терлюк. – Л. : Ліга-Прес, 2007. – 92 с. – С. 8.

<sup>8</sup> Шевченко С. В. Особливості прийомів законодавчої техніки при побудові складів злочинів з похідними наслідками: історичний аспект / С. В. Шевченко // Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». – 2013. – № 4 (15). – С. 301–310.

<sup>9</sup> Шевченко С. В. До питання змісту і співвідношення поняття «змішана», «подвійна» і «складна форми вини» у кримінальному праві / С. В. Шевченко // Проблеми законності. – 2011. – № 115. – С. 104–113.

<sup>10</sup> Бурдін В. Зміст вини: проблема співвідношення інтелектуальних та вольових аспектів / В. Бурдін // Вісник Львівського університету. – 2012. – Вип. 56. – С. 355–365. – (Серія «Юридична»).

<sup>11</sup> Широков В. Ответственность за нарушение правил охраны труда / В. Широков // Сов. юстиция. – 1982. – № 14. – С. 21–23.

<sup>12</sup> Лукьянов В. Исключить из УК статью об ответственности за преступления с двумя формами вины / В. Лукьянов // Российская юстиция. – 2002. – № 3. – С. 58–59.

<sup>13</sup> Яблоков Н. П. Субъективная сторона преступных нарушений правил охраны труда и техники безопасности / Н. П. Яблоков. // Труды Томского университета. – Т. 208. – Томск, 1970. – С. 146–154.

<sup>14</sup> Горбуза А. Д. Смешанная форма вины по советскому уголовному праву. автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.715 «Уголовное право и уголовный процесс» / А. Д. Горбуза. – М., 1972. – 15 с. – С. 12.

<sup>15</sup> Там само. – С. 12.

## Резюме

### **Пушкар О. А. Розвиток кримінального законодавства щодо змішаної форми вини.**

Досліджено розвиток кримінального законодавства щодо змішаної форми вини. Визначено, що в період становлення Римської держави, вперше в історії світової правової думки, були розроблені підстави відповідальності за умисні і необережні злочини. Подальший розвиток уявлень про вини знаходить відображення в працях римських юристів, де форма вини визначалася в трьох ступенях. Стосовно розвитку українського кримінального права, то перші аналоги сучасних явлень про вини знаходяться у пам'ятці древньоруського права – Руській правді, Литовських Статутах. Що ж до тих українських земель, що входили в подальшому до складу Російської імперії, то розвиток права здійснювався у напрямку інкорпорації попередньої правової системи у загальноімперську, тобто норми кримінального права найменше враховували існуючі традиції та досягнення. В радянські часи були закладені основи сучасних законодавчих підходів і поглядів до форм вини.

**Ключові слова:** історія, кримінальне законодавство, вина, форма вини, змішана форма вини, поняття.

## Резюме

### **Пушкар О. А. Развитие уголовного законодательства относительно смешанной формы вины.**

Исследовано развитие уголовного законодательства относительно смешанной форме вины. Определено, что в период становления Римского государства впервые в истории мировой правовой мысли были разработаны основания ответственности за умышленные и неосторожные преступления. Дальнейшее развитие представления о вине находит отражение в трудах римских юристов, где форма вины определялась в трех степенях. Относительно развития украинского уголовного права, то первые аналоги современных представлений о вине находятся в памятнике древнерусского права – Русской правде, Литовских Статутах. Что касается тех украинских земель, входивших в дальнейшем в состав Российской империи, то развитие права осуществляется в направлении инкорпорации предыдущей правовой системы в общеперскую, то есть нормы уголовного права

меньше всего учитывали существующие традиции и достижения. В советские времена были заложены основы современных законодательных подходов и взглядов на формы вины.

**Ключевые слова:** история, уголовное законодательство, вина, форма вины, смешанная форма вины, понятие.

#### Summary

##### **Pushkar O. Development of criminal legislation concerning mixed fault.**

Researched the development of criminal legislation concerning mixed fault. Was determined that during the formation the Roman state, the first time the history of world of legal thought, have been developed basis of liability for deliberate and incautious of crimes. The further development of understanding of the guilt finds its reflection in the works of the Roman jurists, where the form of guilt is determined the three degrees of. As regards development of the Ukrainian criminal law, the first analogs of modern ideas about guilt are in the monument of Old law – Ruska Pravda, Litovski Statute. As for those Ukrainian lands, what were in future the Russian Empire, it development of the law was carried towards the incorporation of the prior legal system in imperial, i.e. the criminal law the least take into account the existing traditions and achievements. In Soviet times, laid the foundations of modern legal approaches and views form of guilt.

**Key words:** history, criminal legislation, guilt, form of guilt, a mixed form of guilt, notion.

УДК 343.364

#### **О. Р. РОМАНИШИН**

*Олена Романівна Романишин, здобувач Київського університету права НАН України*

### **ОКРЕМІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗА НЕЗАКОННІ ДІЇ ЩОДО МАЙНА, НА ЯКЕ НАКЛАДЕНО АРЕШТ, ЗАСТАВЛЕНОГО МАЙНА АБО МАЙНА, ЯКЕ ОПИСАНО ЧИ ПІДЛЯГАЄ КОНФІСКАЦІЇ (СТ. 388 КК УКРАЇНИ)**

Одним із найбільш проблемних питань у сфері здійснення правосуддя є забезпечення належного виконання судових рішень, як остаточних, так і проміжних. Відповідно до п. 4 Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, затвердженої Указом Президента України від 20.05.2015 р. № 276/2015 одним із основних напрямів реформування судочинства та правових інститутів визнано реорганізацію системи виконання судових рішень та підвищення ефективності виконавчого провадження<sup>1</sup>.

У науці кримінального права питання відповідальності за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, були предметом дослідження багатьох науковців, серед яких можна виокремити наукові праці В. І. Борисова, І. А. Вартилицької, В. А. Головчука, С. О. Іваницького, В. О. Навроцького, О. О. Соболевої, В. І. Тютюгіна, М. І. Омеляненка, Є. В. Фесенка та інших. Проте, дослідження питань особливостей кримінально-правової кваліфікації за ст. 388 КК України, зокрема в частині кваліфікації дій щодо майна, яке підлягає спеціальній конфіскації як виду заходу кримінально-правового характеру, а також врахування під час кваліфікації за ст. 388 КК України практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), не проводилось. Тому метою статті є дослідження особливостей кримінально-правової кваліфікації за ст. 388 КК України, зокрема і суспільно небезпечних дій, що полягають у незаконних діях із майном, яке підлягає спеціальній конфіскації та врахування під час кваліфікації практики ЄСПЛ щодо права на мирне володіння майном.

Кримінально-правові норми, які забезпечують охорону порядку виконання судових рішень, розміщені в розділі XVIII Особливої частини КК України. Слушною є позиція М. І. Омеляненка, яка зазначає, що до родового об'єкта злочинів проти правосуддя включені й суспільні відносини, що забезпечують обов'язковість процесуальних актів<sup>2</sup>. Слід зазначити, що до злочинів, які забезпечують охорону порядку виконання судового рішення судів всіх юрисдикцій належить: 1) ст. 382 КК України (невиконання судового рішення); 2) ст. 388 КК України (незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації). При цьому, на думку В. А. Головчука: «стосовно загальних норм, які передбачають відповідальність за посягання на порядок виконання судових рішень (ст. 382, ч. 1 ст. 388 КК України), існують спеціальні норми, які встановлюють відповідальність за посягання на порядок відбування покарань (ч. 2 ст. 388, ст.ст. 389, 390 КК України)<sup>3</sup>. Таким чином, у ст. 388 КК України встановлено відповідальність як за незаконні дії з майном, що арештовано згідно з нормами процесуального законодавства різних судових юрисдикцій, так і за невиконання покарання у виді конфіскації майна.

У ч. 1 ст. 388 КК України встановлено відповідальність за розтрату, відчуження, приховування, підміну, пошкодження, знищення майна або інші незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, із заставленим майном або майном, яке описано, чи порушення обмеження (обтяження) права користуватися таким майном. За ч. 2 ст. 388 КК України відповідальність настає в разі, коли вищезазначені дії вчинені щодо майна, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, що набрало законної сили.

Злочини, передбачені у ч.ч. 1, 2 ст. 388 КК України, за об'єктивною стороною віднесені до злочинів із формальним складом і для кваліфікації незаконних дій щодо майна не вимагається встановлення настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді майнової шкоди державі, фізичній чи юридичній особі. Така позиція законодавця пов'язана із тим, що невиконання проміжних процесуальних актів під час здійснення судочинства напряду впливає на можливість виконання остаточного судового рішення і суспільна небезпека злочину, передбаченого ст. 388 КК України, полягає у вчиненні дій, заборонених судовим рішенням, щодо майна, належність якого певній конкретній особі є спірною з огляду на наявність судової процедури доказування його незаконного походження, необхідності відшкодувати завдану шкоду за рахунок такого майна, виконати покарання у виді конфіскації майна за вчинення тяжкого або особливо тяжкого корисливого злочину тощо. Також невиконання остаточного судового рішення, згідно з яким майно підлягає конфіскації унеможлиблює виконання цього виду покарання.

Таким чином, ст. 388 КК України є кримінально-правовим засобом охорони порядку виконання судових рішень в частині вирішення судами спірних питань майнового характеру, або ж конфіскації такого майна. У юридичній літературі зазначається те, що: «предметом злочину, передбаченого у ст. 388 КК України, є майно, що має особливий правовий статус, а саме, згідно з ч. 1 ст. 388 КК України власник або інший законний володілець цього майна внаслідок його опису або накладення на нього арешту позбавляється права ним розпоряджатися і обмежується в праві ним користуватися; а за ч. 2 цієї статті повністю втрачає право власності на майно, оскільки з моменту набуття рішенням суду законної сили про конфіскацію майна останнє переходить у власність держави (ч. 2 ст. 317, п. 10 ч. 1 ст. 346 ЦК України)»<sup>4</sup>. В одному із науково-практичних коментарів до КК України вказано, що майно може бути описано й на нього може бути накладений арешт як захід забезпечення: а) відшкодування шкоди, спричиненої злочинцем чи іншим правопорушенням; б) задоволення позовних вимог у цивільному, господарському та кримінальному провадженні (ст. 170 КПК, ст. 152 ЦПК, ст. 67 ГПК, ст.ст. 52, 57 Закону України «Про виконавче провадження»); в) застосування так званої спеціальної конфіскації і конфіскації майна як заходу адміністративного стягнення чи виду кримінального покарання (ст.ст. 100, 170 КПК, ст. 29 КУпАП, ст. 59 КК, ст. 465 МК); г) боргових, податкових та інших майнових зобов'язань<sup>5</sup>. Таким чином, суб'єкт злочину, передбаченого у ст. 388 КК України є спеціальним, який уповноважений на вчинення дій щодо майна з особливим правовим статусом або ж утриматися від певних дій щодо такого майна. Це особа, якій це майно ввірено, представник банку або іншої фінансової установи, який здійснює банківські операції з коштами, на які накладено арешт. При цьому, згідно ч. 1 ст. 170 КПК захід забезпечення кримінального провадження у виді арешту майна може бути застосовано також до майна третіх осіб, яке може підлягати спеціальній конфіскації. Такими особами є особи, які отримали чи придбали в підозрюваної, обвинуваченої чи засудженої особи майно безоплатно або в обмін на суму, значно нижчу ринкової вартості, або знали чи повинні були знати, що мета такої передачі – отримання доходу від майна, здобутого внаслідок вчинення злочину, приховування злочину та/або уникнення конфіскації.

Слід зазначити, що 23 грудня 2015 р. набув чинності Закон України від 10.11.2015 р. № 772-VIII «Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів»<sup>6</sup>. Цей закон вводить у дію через шість місяців з дня набрання ним чинності. У ч. 1 ст. 2 цього Закону вказано, що Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів, є центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом, що забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері виявлення та розшуку активів, на які може бути накладено арешт у кримінальному провадженні, та/або з управління активами, на які накладено арешт або які конфісковано у кримінальному провадженні. Згідно ст. 20 цього Закону Національне агентство здійснює управління активами, на які накладено арешт у кримінальному провадженні, шляхом: 1) прийняття активів на збереження у разі, якщо суд визнає, що вони не можуть бути залишені у користуванні підозрюваного чи іншого володільця майна; 2) здійснення контролю: за збереженням активів, на яке накладено арешт, їх економічної вартості; за додержанням власником чи володільцем активів, іншими юридичними чи фізичними особами відповідних обмежень чи заборон, встановлених ухвалою слідчого судді або суду щодо арештованих активів.

Таким чином, оскільки цей орган державної влади буде відповідальним за управління арештованими активами, у тому числі у виді контролю за особами, яким арештоване майно передано на зберігання та конфіскованими активами, які підлягають зверненню в дохід держави, службові особи цього державного органу будуть визнаватися спеціальними суб'єктами злочину, передбаченого ч.ч. 1, 2 ст. 388 КК України, що вимагає внесення відповідних доповнень до ст. 388 КК України.

Оскільки предметом складу злочину, передбаченого ст. 388 КК України, є майно, що має особливий статус, злочини, передбачені ст. 388 КК, слід відмежовувати від злочинів проти власності. Науковець О. О. Соболева наголошує на тому, що таке відмежування слід проводити за наступними ознаками: а) предметом злочинів, встановлених ст. 388 КК України, може виступати тільки майно, на яке накладено арешт, яке описане чи підлягає конфіскації, а також кошти (вклади), на які був накладений арешт. У свою чергу, предметом злочинів, встановлених ст.ст. 191, 194 КК може бути будь-яке чуже майно; б) обов'язковим елементом суб'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 191 КК, є корисливий мотив; інший особистий інтерес; інтерес третіх осіб. Злочини, передбачені ст. 388 КК, можуть бути вчинені з будь-яких мотивів; в) якщо за ч. 1 ст. 388 КК України, суб'єкт злочину може бути і власник майна, якому воно ввірено на відповідальне зберігання, то суб'єктом складу злочину, передбаченого ст.ст. 191 та 194 – особа, якій це майно не належить<sup>7</sup>.

У контексті відповідальності за незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, хочемо звернути увагу на деякі проблемні питання, які виникають під час кримінально-правової кваліфікації. Одним із проблемних питань при кваліфікації за ч. 1 ст. 388 КК України є співрозмірність арештованого майна тим фінансовим зобов'язанням, які мають бути задоволені за його рахунок. У судовій практиці часто зустрічаються випадки кваліфікації за ч. 1 ст. 388 КК України діянь, що полягали у незаконних діях власника майна із частиною арештованого майна, коли сума арештованого майна в кілька разів перевищувала боргові чи інші зобов'язання, внаслідок яких було накладено арешт. Так, наприклад, згідно вироку Автозаводського районного суду м. Кременчука Полтавської області від 23.08.2013 р. ОСОБА\_1 засуджено за ч. 1 ст. 388 КК України за таких обставин: 01.10.2010 р. відкрито виконавче провадження про стягнення з ОСОБА\_1 на користь банку заборгованості в сумі 9251,24 грн. Відповідно до акта опису та арешту майна 12.01.2011 р. на 2 автомобілі накладено арешт та передано на відповідальне зберігання ОСОБА\_1, який всупереч забороні продав 1 автомобіль, на який накладено арешт<sup>8</sup>. У юридичній літературі зазначається, що «для відповідальності за ст. 388 КК України не має значення вчиняються незаконні дії щодо всього майна, яке є предметом цього злочину, або лише його частки чи окремої речі, за винятком випадків, коли такі дії підпадають під ознаки ч. 2 ст. 11 КК України. Для наявності об'єктивної сторони достатнім є вчинення хоча б одного з альтернативно зазначених в диспозиції ст. 388 КК України діянь»<sup>9</sup>.

Ми погоджуємося із такою позицією, проте під час кваліфікації за ч. 1 ст. 388 КК України варто врахувати і те, що арешт майна має бути пропорційним вимогам, які планується задовольнити у разі його продажу. У вищеведеному випадку сума стягнення складала 9 тис. грн., при цьому накладено арешт на 2 автомобілі, один із яких засуджений продав за 37 тис. грн. Таким чином, вважаємо, що у випадку, коли залишок майна, яке заарештовано у кілька разів перевищує суму стягнення, суди можуть застосовувати до таких випадків положення ч. 2 ст. 11 КК України та визнавати такі дії малозначним діянням.

Слід зазначити, що відповідно до практики ЄСПЛ за ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, втручання у право власності особи має бути пропорційним тяжкості вчиненого правопорушення (зокрема, рішення ЄСПЛ від 06.11.2008 р. у справі «Ісмаїлов проти Російської Федерації» рішення від 24.01.1994 р. у справі «Раймондо проти Італії», рішення від 09.06.2005 р. у справі «Бакланов проти Російської Федерації» тощо). Разом із тим, втручання у право власності (в контексті пропорційності арешту майна до заявлених вимог) має бути справедливим. У рішенні Конституційного Суду України від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 зазначено, що справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Елементи права, зокрема розмірність, рівність, мораль, об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права<sup>10</sup>. У справі про податкову заставу Конституційний Суд України щодо співрозмірності втручання у право власності вказав, що «розмір податкової застави виходячи із загальних принципів права повинен відповідати сумі податкового зобов'язання, що забезпечувало б конституційну вимогу справедливості та розмірності. Розмірність як елемент принципу справедливості передбачає встановлення публічно-правового обмеження розпорядження активами платника податків за несплату чи несвочасну сплату податкового зобов'язання та диференціювання такого обмеження залежно від розміру несплати платником податкового боргу»<sup>11</sup>. Науковець С. П. Погребняк зазначає, що згідно принципу пропорційності, для досягнення певної мети органи влади не можуть накладати на громадян зобов'язання, які перевищують установлені межі необхідності, що впливають з публічного інтересу. Якщо зобов'язання є явно непропорційними, такий захід може бути визнаний недійсним<sup>12</sup>. Це складова правомірності обмежень, що використовується також у практиці ЄСПЛ (наприклад, у п. 50 рішення від 29.06.2004 р. у справі «Жовнер проти України»).

Таким чином, вважаємо, що під час кваліфікації вчинення незаконних дій щодо частини описаного чи арештованого майна за ч. 1 ст. 388 КК України, у випадку, коли залишок майна, яке залишилося у кілька разів перевищує суму стягнення, суди можуть застосовувати до таких випадків положення ч. 2 ст. 11 КК України, тобто визнати такі дії малозначними.

Важливим є питання врахування усіх обставин вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України, оскільки майно, яке підлягає конфіскації у дохід держави, є, по суті, доходами державного бюджету.

У практиці застосування ч. 2 ст. 388 КК України трапляються випадки, коли суди встановлюють, що внаслідок вчинення дій, передбачених у ч. 2 ст. 388 КК України, шкода не завдана, на підставі цього суд визнає такий факт обставиною, що пом'якшує покарання. Наприклад, згідно вироку Долинського районного суду Івано-Франківської області від 12.03.2013 р. ОСОБА\_2 визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 388 КК України. При цьому судом встановлено, що ОСОБА\_2 вироком від 18.07.2012 р. засуджений за ст. 246 КК України до покарання у виді штрафу з конфіскацією незаконно здобутої деревини, а речовий доказ у справі: бензопилу марки «СТІНЛ-MS360» конфісковано в дохід держави. Постановою старшого слідчого від 09.05.2012 р. бензопила визнана речовим доказом, на яку слідчим накладено арешт, описано та передано на зберігання ОСОБА\_2. Однак ОСОБА\_2, знаючи, що відповідно до вироку від 18.07.2012 р., який набрав законної сили, бензопила підлягає конфіскації в дохід держави, відчужив ОСОБА\_4 бензопилу, який у подальшому її продав нестановленим слідством особам<sup>13</sup>. Призначаючи покарання суд встановив, що цим злочином шкода не завдана і визнав цей факт обставиною, що пом'якшує покарання.

Разом із тим, у такому випадку шкода завдана державним інтересам, оскільки речовий доказ було конфісковано в дохід держави. Більше того, суспільна небезпека злочину, передбаченого у ч. 2 ст. 388 КК України, полягає в тому, що особа, яка зобов'язана остаточною судовим рішенням передати майно в дохід

держави або інших суб'єктів, умисно не виконуючи таке рішення, реалізовує його на власний розсуд, позбавляючи суб'єктів отримання конфіскованого майна можливості звернути його в дохід, як це визначено судовим рішенням. Таким чином, шкода у вигляді неотриманих платежів завжди настає.

З огляду на значні законодавчі зміни в процесуальному порядку накладення арешту на різні види майна під час кримінального провадження та різновиди його вилучення (конфіскації) необхідно внести зміни до ч. 2 ст. 388 КК України та встановити відповідальність не лише за незаконні дії із майном, яке підлягає конфіскації за рішенням суду, яке набрало законної сили, тобто остаточного рішення у судовій справі, а й за незаконні дії з майном, на яке накладено арешт, що передбачає у разі доведенні вини особи застосування до особи конфіскації такого майна, або ж спеціальної конфіскації (в тому числі і у третіх осіб), або ж застосування окремих видів конфіскації майна, які містяться у деяких санкціях статей Особливої частини КК України. Так, наприклад, у санкції ч. 2 ст. 332 КК України встановлено обов'язкову конфіскацію транспортних засобів або інших засобів вчинення злочину. Таким чином, у разі відчуження транспортного засобу, на яке накладено арешт під час кримінального провадження, до постановлення вироку у справі, відповідне майно не зможе бути конфісковане згідно санкції статті. На сьогодні вищезазначені дії отримують кваліфікацію за ч. 1 ст. 388 КК України як відчуження майна, на яке накладено арешт. Наприклад, згідно вироку Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 06.03.2013 р. ОСОБА\_1 визнано винним у вчиненні злочину передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України за таких обставин: ОСОБА\_1 порушив взяте на себе зобов'язання, а саме: самовільно, до завершення розгляду кримінальної справи в суді, реалізував речовий доказ, – автомобіль марки «Mazda Xedox 9 2.0l», який в ході розслідування кримінальної справи був визнаний речовим доказом і переданий йому на відповідальне зберігання<sup>14</sup>. Слід зазначити, що у випадку засудження особи за ч. 2 ст. 332 КК України транспортний засіб підлягав обов'язковій конфіскації в дохід держави. Таким чином, з огляду на санкцію ч. 2 ст. 332 КК України, обвинувачений знав про неминучість конфіскації автомобіля.

Варто зазначити, що в багатьох санкціях статей Особливої частини КК України є вказівки на застосування конфіскації окремих предметів (транспортних засобів, випущеної продукції тощо). Також, у ст. 96-1 КК України наведено перелік статей Особливої частини КК України, за яким до засудженого за вчинення злочину, передбаченого в цьому переліку, застосовується спеціальна конфіскація як захід кримінально-правового характеру, навіть поряд із конфіскацією майна як додатковим видом покарання. У такому разі й арешт майна у кримінальному провадженні обґрунтовується також тим, що таке майно може підлягати конфіскації, спеціальній конфіскації, або може бути конфісковане з огляду на особливості санкції конкретної статті Особливої частини КК України.

Враховуючи наведене, вважаємо, що відповідальність за незаконні дії з майном, до якого застосовано захід забезпечення кримінального провадження у виді арешту, яке може підлягати конфіскації (як виду покарання), конфіскації з огляду на вказівку про таке майно у санкції (у виді часткової конфіскації майна певного конкретного виду), спеціальній конфіскації з огляду на вимоги ст. 96-1 КК України, має наставати за ч. 2 ст. 388 КК України.

Враховуючи конституційний принцип справедливості, а також принципи пропорційності та співрозмірності в аспекті втручання у право власності особи, вважаємо, що під час кваліфікації за ч. 1 ст. 388 КК України за вчинення незаконних дій щодо частини описаного чи арештованого майна, коли залишок майна, яке залишилося після вчинення незаконних дій, у кілька разів перевищує суму стягнення, суди можуть застосовувати до таких випадків положення ч. 2 ст. 11 КК України, визнаючи такі дії малозначними.

<sup>1</sup> Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки: Указ Президента України від 20.05.2015 № 276/2015: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>.

<sup>2</sup> Омеляненко М. І. Про місце ст. 388 КК України у системі норм про відповідальність за злочини проти правосуддя: вихідні засади / М. І. Омеляненко // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Луганськ, 20–21 травня 2011 р.). – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2011. – 368 с. – С. 366.

<sup>3</sup> Головчук В. А. Кримінально-правова охорона порядку виконання судових рішень: дис. ... канд. юрид. наук 12.00.08 / Головчук Віталій Анатолійович. – К., 2012. – 209 с. – С. 170–171.

<sup>4</sup> Злочини проти правосуддя: навч. посіб. за заг. ред. проф. В. І. Борисова, проф. В. І. Тютюгіна. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2011. – 155 с. – С. 115.

<sup>5</sup> Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. – Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – 2013. – 1040 с. – С. 888.

<sup>6</sup> Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів: Закон України від 10.11.2015 року № 772-VIII: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/772-19/page>

<sup>7</sup> Соболева О. О. Кримінальна відповідальність за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації / дис. канд. юрид. наук 12.00.08 / Соболева Ольга Олександрівна. – Луганськ, 2012: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mydisser.com/ua/catalog/view/6/348/9363.html>

<sup>8</sup> Вирок Автозаводського районного суду м. Кременчука Полтавської області від 23 серпня 2013 року / справа № 524/7501/13-к р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33123730>

<sup>9</sup> Злочини проти правосуддя: навч. посіб. / за заг. ред. проф. В. І. Борисова, проф. В. І. Тютюгіна. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2011. – 155 с. – С. 118.

<sup>10</sup> Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 року у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) / Справа № 1-33/2004: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>

<sup>11</sup> Рішення Конституційного Суду України від 24.03.2005 року (справа про податкову заставу) / Справа № 1-9/2005: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-05>

<sup>12</sup> *Погребняк С. П.* Принцип пропорційності в Українській юридичній практиці та практиці ЄСПЛ / С. П. Погребняк // Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: зб. наук. ст. Міжнар. наук. практ. конф. (Одеса, 15.09.2012) / за ред. д.ю.н., проф., академіка С. В. Ківалова; Націон. ун-т «Одеська юридична академія». – Одеса: Фенікс, 2012. – С. 297 (С. 294 – 310).

<sup>13</sup> Вирок Долинського районного суду Івано-Франківської області від 12 березня 2013 року / Справа № 343/353/13-к: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29860967>

<sup>14</sup> Вирок Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 06.03.2013 року / Справа № 712/21218/12: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/30166547>

#### Резюме

**Романішин О. Р.** *Окремі питання кримінально-правової кваліфікації за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації (ст. 388 КК України).*

У статті досліджуються питання кримінально-правової кваліфікації за незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації (ст. 388 КК України). Проведено розмежування ст. 388 КК України із злочинами проти власності. Запропоновано правило кваліфікації за ст. 388 КК України з урахуванням принципу пропорційності. Визначено шляхи удосконалення кримінальної відповідальності за незаконні дії з майном, що підлягає спеціальній конфіскації згідно ст. 96-1 КК України.

**Ключові слова:** судове рішення, арешт, конфіскація, спеціальна конфіскація, покарання, кримінально-правова кваліфікація, заходи кримінально-правового характеру.

#### Резюме

**Романішин О. Р.** *Отдельные вопросы уголовно-правовой квалификации за незаконные действия в отношении имущества, на которое наложен арешт, заложенного имущества или имущества, которое описано или подлежит конфискации (ст. 388 УК Украины).*

В статье исследуются вопросы уголовно-правовой квалификации за незаконные действия в отношении имущества, на которое наложен арешт, заложенного имущества или имущества, которое описано или подлежит конфискации (ст. 388 УК Украины). Проведено разграничение ст. 388 УК Украины с преступлениями против собственности. Предложено правило квалификации по ст. 388 УК Украины с учетом принципа пропорциональности. Определены пути совершенствования уголовной ответственности за незаконные действия с имуществом, которое подлежит специальной конфискации согласно ст. 96-1 УК Украины.

**Ключевые слова:** судебное решение, арешт, конфискации, специальная конфискации, наказание, уголовно-правовая квалификация, меры уголовно-правового характера.

#### Summary

**Romanyshyn A.** *Selected issues of criminal law qualifications for illegal actions in respect of property has been seized, mortgaged property or property that describes whether subject to confiscation (art. 388 of the Criminal Code of Ukraine).*

The article deals with the question of criminal law qualifications for illegal actions in respect of property has been seized, mortgaged property or property that describes whether subject to confiscation (art. 388 of the Criminal Code of Ukraine). A distinction century. 388 of the Criminal Code of Ukraine crimes against property. A rule qualification under Art. 388 Criminal Code of Ukraine on the principle of proportionality. Ways of improving the criminal liability for illegal acts of property that is subject to special confiscation under Art. 96-1 of the Criminal Code of Ukraine.

**Key words:** judgment, arrest, confiscation, special confiscation, punishment, criminal legal qualification, measures criminal law.

УДК 343.361

**С. О. ЯЩЕНКО**

*Світлана Олександрівна Ященко, здобувач Харківського національного університету внутрішніх справ*

### ОБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 389-1 КК УКРАЇНИ

Кримінальна відповідальність за умисне невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості встановлена ст. 389-1. У юридичній літературі зазначається, що ст. 389-1 КК України є спеціальною нормою щодо ст. 382 КК України і одночасно загальною нормою щодо ст.ст. 389, 391, 392, 393 КК України<sup>1</sup>. І якщо з першою частиною цього твердження у цілому можна погодитися, то його друга частина викликає

заперечення. На нашу думку, ст. 389-1 КК України навряд чи є загальною нормою щодо ст.ст. 389, 391, 392, 393 КК України. До такого висновку можна дійти в результаті аналізу спеціальної літератури, що стосується об'єкта злочину, передбаченого ст. 389-1 КК України.

Зазначимо, що в Україні дослідженню проблем об'єкта умисного невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості уваги майже не приділялося. Окремі складові цього питання знайшли своє висвітлення лише у деяких працях М. І. Витязя. Віддаючи належне зусиллям цього дослідника, зазначимо, що зупинятися у дослідженні питання, пов'язаного з визначенням об'єкта цього злочину, не слід, оскільки це питання перебуває в початковій стадії наукової розробки. У зв'язку з цим необхідність проведення подальших наукових розвідок теоретичних аспектів об'єкта умисного невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості цілком очевидна.

Мета цієї статті полягає в аналізі доктринальних точок зору, що стосуються визначення об'єкта злочину, передбаченого ст. 389-1 КК України, та формулюванні на підставі цього власних узагальнюючих висновків.

Учення про об'єкт злочину є одним із найважливіших питань науки кримінального права, оскільки від з'ясування сутності об'єкта злочину та визначення його поняття залежить правильне розв'язання багатьох проблем кримінально-правової охорони<sup>2</sup>. У доктрині кримінального права, як відомо, відсутня єдність думок щодо розуміння поняття об'єкта злочину. Не заглиблюючись у спір про його сутність, зауважимо, що нам близька позиція, згідно якої об'єктом злочину є правовідносини<sup>3</sup>. Кримінально-правова заборона, зазначає Ю. М. Канібер, надає правовій формі позитивним суспільним відносинам, змінює їх зміст, перетворює на правовідносини, і саме правовідносини, а не фактичні первісні суспільні відносини, складовою яких є норми моралі, традиції, звичаї, загальнолюдські принципи спілкування людей тощо<sup>4</sup>, беруться під охорону – забороняються діяння, що їх порушують, передбачається можливість покарання та відновлення. Суспільні позитивні правовідносини, виступаючи предметом правового регулювання, після врегулювання розчиняються у різних елементах правовідносин. У зв'язку з цим об'єктами кримінально-правової охорони відповідно до чинного законодавства і рівня міжгалузевої наукової інтеграції кримінально-правової доктрини є саме правовідносини<sup>5</sup>.

Доктрині кримінального права відомі також різні варіанти класифікацій об'єкта злочину. Найбільш поширеною «за вертикаллю» є триступенева класифікація об'єктів – загальний, родовий та безпосередній<sup>6</sup>. Окремі науковці пропонують її розширити. Зокрема, на їх думку, видів об'єктів злочинів «за вертикаллю» існує не три, а чотири: 1) загальний; 2) родовий; 3) видовий (суспільні відносини одного виду – життя, особиста власність і т. ін.) і 4) безпосередній об'єкт<sup>7</sup>. Більше того, деякі науковці пропонують ще більше розширити класифікацію об'єктів злочину як «за вертикаллю», так і за «горизонталлю». Зокрема, «за вертикаллю» вона може виглядати таким чином: 1) загальний об'єкт; 2) типовий об'єкт (відображає найбільш суттєві, універсальні аспекти загального об'єкту, які дозволяють попередньо віднести правопорушення до кримінального типу протиправності; завдяки цьому об'єкту можна визначити злочинне посягання, спрямоване на особу, суспільство, державу або людство); 3) родовий об'єкт; 4) видовий об'єкт (охоплює групу однакових безпосередніх об'єктів, захищених групою тісно взаємопов'язаних суміжних норм Особливої частини КК); 5) безпосередній об'єкт; 6) фактичний об'єкт (реально існуючий в оточуючій дійсності об'єкт конкретного злочинного посягання). У класифікації об'єктів злочину «за горизонталлю», окрім безпосереднього основного (головного) та додаткового об'єктів<sup>8</sup>, також пропонують виділяти ще й альтернативний об'єкт, який є різновидом основного безпосереднього об'єкта злочину<sup>9</sup>.

Не заглиблюючись далі у полеміку щодо класифікації об'єктів злочину, відзначимо свою солідарність з останньою з наведених позицій. Взнявши її за основу, типовий об'єкт злочину, передбаченого ст. 389-1 КК України, можна охарактеризувати таким чином. Як відомо, система Особливої частини КК України побудована за схемою: «особистість → суспільство → держава». Звідси очевидно, що оскільки кримінальне правопорушення, передбачене ст. 389-1 КК України, розташовано в Особливій частині КК України у розділі XVIII «Злочини проти правосуддя», воно належить до посягань саме державного типу протиправності. Крім того, безпосереднє розташування кримінального правопорушення, передбаченого ст. 389-1 КК України, у розділі XVIII Особливої частини КК України, дозволяє визначити його родовий об'єкт. З цього приводу в юридичній літературі зазначається, що родовим об'єктом злочинів проти правосуддя є суспільні відносини у сфері правосуддя<sup>10</sup>, або суспільні відносини з приводу нормального функціонування системи правосуддя, що охороняється законодавством України<sup>11</sup>. У цілому ми погоджуємося з таким розумінням поняття родового об'єкту злочинів проти правосуддя, до складу яких входить і злочин, передбачений ст. 389-1 КК. Однак, обстоюючи позицію, згідно якої об'єктами кримінально-правової охорони відповідно до чинного законодавства і рівня міжгалузевої наукової інтеграції кримінально-правової доктрини є правовідносини<sup>12</sup>, зауважимо, що родовим об'єктом умисного невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості є правовідносини у сфері правосуддя.

Посилаючись на інших науковців В. А. Головчук зазначає, що під правосуддям розуміють особливу функцію державної влади, що здійснюється через розгляд і вирішення в судових засіданнях цивільних справ зі спорів, що стосуються прав та інтересів громадян, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань і кримінальних справ, і застосування встановлених законом карних заходів щодо осіб, винних у скоєнні злочину, або виправдання невинних<sup>13</sup>. Коментуючи наведене визначення поняття правосуддя зауважимо, що результатом розгляду в судових засіданнях кримінальних проваджень є не завжди застосування карних заходів. У ряді випадків, результатом їх розгляду є застосування некараних примусових чи навіть зоохочу-

вальних заходів кримінально-правового характеру. Якщо ж розглядати правосуддя у площині родового об'єкту певної групи злочинів, то під останнім варто розуміти як правовідносини, що виникають у процесі здійснення правосуддя, так і правовідносини, що виникають і реалізуються в ході діяльності інших органів і осіб, спрямованої на вирішення завдань, що стоять перед судовою владою. Вказане, на думку О. С. Горелика і Л. В. Лобанової, дозволяє стверджувати, що правосуддя як родовий об'єкт злочину слід розглядати як систему суспільних відносин (правовідносин – вст. С. Я.), які покликані забезпечити передумови, нормальне існування, а також реалізацію результатів охоронної, пізнавально-правозастосовної, процесуально-упорядкованої діяльності суду та органів і осіб, які цій діяльності сприяють<sup>14</sup>.

Як ми вже зазначали, видовий об'єкт охоплює групу схожих безпосередніх об'єктів, захищених групою тісно взаємопов'язаних суміжних норм Особливої частини КК України. У зв'язку з цим видається цікавою класифікація групи злочинів, які перешкоджають виконанню судового рішення, призначеного до відбування покарання та заходів процесуального примусу, запропонована В. А. Головчуком. На думку дослідника, видовим об'єктом вказаної групи злочинів буде виступати: діяльність суду щодо здійснення правосуддя в частині точного та своєчасного виконання його приписів; діяльність органів та посадових осіб, що забезпечують виконання судових рішень (вироки, рішення, ухвал, постанов суду); діяльність органів (установ), що виконують покарання, та спеціальних лікувальних закладів, які виконують постанову судді про примусове лікування. До першої підгрупи необхідно віднести злочини, які посягають на порядок виконання судових рішень, а саме: невиконання судового рішення (ст. 382 КК України); незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт або яке описано (ч. 1 ст. 388 КК України). До другої підгрупи входять злочини, які посягають на порядок відбування покарання, що включає в себе: незаконні дії щодо майна, яке підлягає конфіскації (ч. 2 ст. 388 КК України); ухилення від покарання, не пов'язаного з позбавленням волі (ст. 389 КК України); ухилення від відбування покарання у виді обмеження та у виді позбавлення волі (ст. 390 КК України); злісна непокоря вимогам адміністрації виправної установи (ст. 391 КК України); дії, що дезорганізують роботу виправних установ (ст. 392 КК України); втеча з місця позбавлення волі або з-під варти (ст. 393 КК України). До третьої групи належать злочини, які посягають на застосування заходів процесуального примусу, до них належать: втеча із спеціалізованого лікувального закладу (ст. 394 КК України); порушення правил адміністративного нагляду (ст. 395 КК України)<sup>15</sup>.

Спираючись на наведену вище позицію В. А. Головчука щодо визначення видового об'єкта групи злочинів, до якої належить і злочин, передбачений ст. 389-1 КК України, а також, беручи до уваги те, що об'єктом злочину є правовідносини, зазначимо, що видовим об'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 389-1 КК України, є правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання судових рішень, ухвалених судами України, якими вирішені спори, що стосуються прав та інтересів громадян, підприємств, установ, організацій, або визначені каральні чи некаральні заходи кримінально-правового характеру, в тому числі тимчасові примусові профілактичні заходи спостереження і контролю за поведінкою окремих осіб, звільнених з місць позбавлення волі (вироки, ухвал (ст. 369 КПК України), постанов (ст. 158 КВК України), а також правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання рішень Європейського суду з прав людини. Окрім злочину, що розглядається (ст. 389-1 КК України), до вказаної групи можна віднести злочини, передбачені ст.ст. 382, 388, 389, 390, 392, 393, 394, 395 КК України). На нашу думку, виділяти у цій групі злочинів якісь підгрупи не слід, адже єдиним критерієм, що їх об'єднує, є правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання судових рішень, ухвалених судами України на стадіях досудового розслідування, судового розгляду (провадження) або виконання судових рішень, а також правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання рішень Європейського суду з прав людини.

У юридичній літературі зазначається, що основний безпосередній об'єкт злочинів проти правосуддя можна визначити, як суспільні відносини, узяті під охорону нормами, що утворюють систему злочинів проти правосуддя, з приводу законного розгляду цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ та справ про адміністративні правопорушення, а також забезпечення нормальної діяльності судів загальної та конституційної юрисдикції органами дізнання, досудового розслідування, прокуратури, виконавчого провадження тощо та належного виконання законних рішень зазначених судів<sup>16</sup>. Таке визначення основного безпосереднього об'єкта злочинів проти правосуддя, на нашу думку, не є універсальним, адже ознаки основних безпосередніх об'єктів конкретних злочинів проти правосуддя є специфічними та мають самостійний характер. Так, наприклад, основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 388 КК України, є правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання ухвали суду про арешт заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації, в межах кримінального або цивільного процесуального провадження. Основним безпосереднім об'єктом злочину, що нас цікавить, є правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання судових рішень, ухвалених судами України в особливому порядку кримінального провадження, а саме кримінального провадження на підставі угод.

В. А. Головчук, посилаючись на інших науковців, зазначає, що додатковий обов'язковий об'єкт у складі злочинів, які посягають на порядок виконання судових рішень, відсутній<sup>17</sup>. З такою позицією науковця навряд чи можна погодитися. М. Витязь, досліджуючи питання основного безпосереднього об'єкту злочину, передбаченого ст. 389-1 КК України, доходить висновку, що цей злочин дійсно посягає на правосуддя як діяльність суду зі здійснення правосуддя. Але при невиконанні угоди про визнання винуватості порушується нормальна діяльність й інших органів, що сприяють здійсненню правосуддя. Таку діяльність слід вважати додатковим безпосереднім об'єктом у складі цього злочину. З огляду на те, що зазначений об'єкт потерпати-



ме в усіх випадках невиконання угоди про визнання винуватості, він є не факультативним, а обов'язковим у складі цього злочину<sup>18</sup>. До цього варто додати лише те, що в разі невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості порушується нормальна діяльність не лише таких державних органів, як Національна поліція України та прокуратура України, а й інших недержавних інститутів, що сприяють здійсненню правосуддя, зокрема, такого недержавного самоврядного інституту, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі, як адвокатура України, а також таких недержавних інституцій як медіаційні центри чи організації. У світлі приписів ст. 45 КПК України роль адвокатури України у сприянні здійсненню правосуддя очевидна. Крім того, у разі невиконання угоди про примирення потерпілому завжди заподіюється майнова шкода, а відтак порушуються правовідносини власності. З огляду на це, зазначимо, що додатковим обов'язковим об'єктом злочину, передбаченого ст. 389-1 КК України, є не лише правовідносини з приводу нормальної діяльності інших державних органів або недержавних інституцій, що сприяють здійсненню правосуддя, а й правовідносини щодо володіння, користування або розпорядження майном.

Нарешті фактичним об'єктом злочину, передбаченого ст. 389-1 КК України, є правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання конкретних судових рішень, ухвалених судами України згідно їх місцезнаходження, найменування та коду, в особливому порядку кримінального провадження на підставі затверджених угод про примирення або про визнання винуватості. Інакше кажучи, фактичним об'єктом цього злочину є правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання обвинувального вироку, ухваленого Андрушівським районним судом Житомирської обл. 12.07.2013 р. в порядку кримінального провадження на підставі угоди про примирення<sup>19</sup>.

Вищевикладене дозволяє зробити такі висновки: 1) типовим об'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 389-1 КК України, є правовідносини з приводу нормального функціонування системи державних інститутів; завдяки типовому об'єкту це злочинне посягання можна віднести до правопорушень державного типу протиправності; 2) родовим об'єктом умисного невиконання угоди про примирення або про визнання винуватості є правовідносини у сфері правосуддя; при цьому правосуддя як родовий об'єкт певної групи злочинів являє собою систему правовідносин, які покликані забезпечити як нормальну діяльність суду щодо здійснення правосуддя, так і нормальну діяльність інших органів, що сприяють здійсненню правосуддя; 3) видовим об'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 389-1 КК України, є правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання судових рішень, ухвалених судами України, якими вирішені спори, що стосуються прав та інтересів громадян, підприємств, установ, організацій, або визначені каральні чи некаральні заходи кримінально-правового характеру, у тому числі тимчасові примусові профілактичні заходи спостереження і контролю за поведінкою окремих осіб, звільнених з місць позбавлення волі (вироків, ухвал (ст. 369 КПК України), постанов (ст. 158 КВК України), а також правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання рішень Європейського суду з прав людини; 4) основним безпосереднім об'єктом злочину, що нас цікавить, є правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання судових рішень, ухвалених судами України в особливому порядку кримінального провадження на підставі угод; 5) додатковим обов'язковим об'єктом злочину, передбаченого ст. 389-1 КК України, є правовідносини з приводу нормальної діяльності як інших державних органів, так і інших недержавних інституцій, що сприяють здійсненню правосуддя, а також правовідносини щодо володіння, користування або розпорядження майном; 6) фактичним об'єктом цього злочину є правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання конкретних судових рішень, ухвалених судами України згідно їх місцезнаходження, найменування та коду в особливому порядку кримінального провадження на підставі угод; 7) у зв'язку з вищевикладеним можна дійти висновку, що ст. 389-1 КК України навряд чи є загальною нормою щодо ст.ст. 389, 391, 392, 393 КК України, адже вчиненням цього посягання порушуються правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання судових рішень, ухвалених судами України не в загальному, а в особливому порядку кримінального провадження, а саме кримінального провадження на підставі угод. Разом із наведеними статтями, вона є спеціальною щодо ст. 382 КК України.

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – [5-те вид.]. – Х. : Право, 2013. – Т. 2 : Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін [та ін.]. – 2013. – С. 894.

<sup>2</sup> Правова доктрина України : у 5 т. – Х. : Право, 2013. Т. 5 : Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. С. Багиргареева та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова. – С. 171.

<sup>3</sup> Лихова С. Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина (розділ V Особливої частини КК України) : монограф. / С. Я. Лихова. – К., 2006. – С. 17–148; Мягков М. О. Перешкоджання здійсненню виборчого права: проблеми кримінальної відповідальності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Мягков Микола Олександрович ; Ін-т. держ. і права ім. В. М. Корецького. – К., 2006. – С. 27.

<sup>4</sup> Правова доктрина України. Вказана праця. – С. 176–177.

<sup>5</sup> Канібер Ю. М. Два аргументи на підтримку концепції «об'єкт злочину – правовідносини» / Ю. М. Канібер // Матер. міжнар. наук.-практ. конф. 9–10 жовтня 2014 року «Наука кримінального права в системі міждисциплінарних зв'язків» / Нац. юрид. ун-т ім. Я. Мудрого ; НДІ вивч. проб. злочин. ім. акад. В. В. Сташиса НАПН України ; ГО «Всеукр. асоц. крим. права». – Х. : Право, 2014. – С. 204–205.

<sup>6</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., перероб. і допов. – Х. : Право, 2015. – С. 114–117.

- <sup>7</sup> Коржанский Н. И. Объект и предмет уголовно-правовой охраны : монограф. / Н. И. Коржанский. – М., 1980. – С. 74.
- <sup>8</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-ге вид., перероб. і допов. – Х. : Право, 2015. – С. 114–117.
- <sup>9</sup> Кримінальне право України. Загальна частина: підручник / За ред. А. С. Беніцького, В. С. Гуславського, О. О. Дудорова, Б. Г. Розовського. – К.: Істина, 2011. – С. 292–294.
- <sup>10</sup> Головчук В. А. Кримінально-правова охорона порядку виконання судових рішень : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Головчук Віталій Анатолійович ; Нац. акад. внутр. справ. – К., 2012. – С. 73–74.
- <sup>11</sup> Кримінальне право (Особлива частина) : підруч. / За ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. – Т. 2. – Луганськ : Вид-во «Елтон-2», 2012. – С. 510.
- <sup>12</sup> Канібер Ю. М. Вказана праця. – С. 205.
- <sup>13</sup> Головчук В. А. Вказана праця. – С. 72.
- <sup>14</sup> Горелик А. С. Преступления против правосудия : монограф. / А. С. Горелик, Л. В. Лобанова. – СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 28–31; Лобанова Л. В. Преступления против правосудия. Общая характеристика и классификация : учеб. пособ. / Л. В. Лобанова. – Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2004. – С. 10, 11–12.
- <sup>15</sup> Головчук В. А. Вказана праця. – С. 77–79, 172–173.
- <sup>16</sup> Кримінальне право (Особлива частина) : підруч. / За ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. – Т. 2. – Луганськ : Вид-во «Елтон-2», 2012. – С. 510.
- <sup>17</sup> Головчук В. А. Вказана праця. – С. 81.
- <sup>18</sup> Витязь М. Кримінально-правова характеристика умисного невиконання угоди про визнання винуватості / М. Витязь // Вісник національної академії прокуратури України. – 2014. – № 2 (35). – С. 37.
- <sup>19</sup> Вирок Андрушівського районного суду Житомирської області від 12.07.2013 року по справі № 272/852/13-к [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень : [веб-сайт]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32736002>

#### Резюме

##### **Яценко С. О. Об'єкт злочину, передбаченого ст. 389-1 КК України.**

Стаття присвячена аналізу доктринальних точок зору, що стосуються визначення об'єкта злочину, передбаченого ст. 389-1 КК України. В основу поділу об'єкта цього кримінального правопорушення на види «за вериткаллю» покладена наявна в юридичній літературі шестиступенева класифікація об'єктів злочину – загальний об'єкт; типовий об'єкт; родовий об'єкт; видовий об'єкт; безпосередній об'єкт; фактичний об'єкт. Виходячи з цього, зазначається, що ст. 389-1 КК України навряд чи є загальною нормою щодо ст.ст. 389, 391, 392, 393 КК України, адже вчиненням цього посягання порушуються правовідносини у сфері правосуддя в частині належного виконання судових рішень, ухвалених судами України не в загальному, а в особливому порядку кримінального провадження, а саме кримінального провадження на підставі угод. Разом із наведеними статтями вона є спеціальною щодо ст. 382 КК України.

**Ключові слова:** об'єкт злочину, угода про примирення або про визнання винуватості.

#### Резюме

##### **Яценко С. А. Объект преступления, предусмотренного ст. 389-1 УК Украины.**

Статья посвящена анализу научных точек зрения, касающихся определения объекта преступления, предусмотренного ст. 389-1 УК Украины. В основе деления объекта этого правонарушения на виды «по вертикали» лежит выделяемая в юридической литературе шестиступенчатая классификация объектов преступления – общий объект; родовый объект; видовой объект; непосредственный объект; фактический объект. Исходя из этого, отмечается, что ст. 389-1 КК Украины вряд ли является общей нормой по отношению к ст. ст. 389, 391, 392, 393 УК Украины, ведь совершением этого посягательства нарушаются правоотношения в сфере правосудия в части надлежащего исполнения судебных решений, принятых судами Украины не в общем, а в особенном порядке производства, а именно производства на основании соглашений. Вместе с указанными статьями она является специальной нормой по отношению к ст. 382 КК Украины.

**Ключевые слова:** объект преступления, соглашение о примирении или о признании вины.

#### Summary

##### **Yashchenko S. The object of the crime prescribed in article 389-1 of the Criminal Code of Ukraine.**

The article analyzes the scientific points of view relating to the definition of the object of the crime prescribed in article 389-1 of the Criminal Code of Ukraine. The basis of division of the object of this criminal offense on the types “vertically” is a six-step classification of objects of crime, which stands out in the legal literature – general object; object; generic object; specific object of the crime; direct object; actual object. Preceding from these notes that Art. 389-1 of the Criminal Code of Ukraine is unlikely to be the general norm in relation to the articles 389, 391, 392, 393 of the Criminal Code of Ukraine, because committing this assault violated the legal relations in the field of justice in the part of the proper execution of judicial decisions taken by the Ukrainian courts are not in general but in order of especially production, namely production based on the agreements. Together with the above-mentioned articles, it is a special norm in relation to the Art. 382 of the Criminal Code of Ukraine.

**Key words:** the object of the crime, a reconciliation agreement or a plea bargain.

УДК 341.215.2: 35.073.53

**К. Ю. ВОДОЛАСКОВА**

*Катерина Юрїєвна Водоласкова, кандидат юридичних наук, провідний фахівець Державного підприємства «Міжнародний аеропорт «БОРИСПІЛЬ»*

### **МІЖНАРОДНІ ПРИНЦИПИ ТА ІНСТРУМЕНТИ У БОРОТБІ ПРОТИ КОРУПЦІЇ В ГАЛУЗІ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ**

Державні закупівлі є складним та, на жаль, часто непрозорим процесом, під час якого витрачається значний відсоток державних коштів. На світовому рівні витрати у галузі державних закупівель коливаються між 13 та 20 % від валового внутрішнього продукту<sup>1</sup>. За середніми підрахунками, щороку 9,5 трлн доларів США державних коштів витрачається через публічні торги<sup>2</sup>. Під час обороту таких величезних сум виникає чимала спокуса для корупційних проявів з боку уповноважених осіб. Корупція у сфері державних закупівель означає не санкціонована, тіньова, витрата державних коштів. Замість того, щоб бути витраченими на оплату, наприклад, лікарняного обладнання, книг для шкіл, ремонту доріг тощо, гроші платників податків осідають в кишенях певних осіб. Відповідно до підрахунків Європейської Комісії щороку у зв'язку із корупцією в країнах-членах Європейського Союзу (далі – ЄС) втрачається близько 163 млрд доларів США, що становить не набагато менше загального річного бюджету ЄС. Державні закупівлі було визнано найбільш вразливою галуззю до корупційних проявів<sup>3</sup>. Відповідно до даних Організації економічного співробітництва та розвитку (Organisation for Economic Co-Operation and Development, OECD), втрати через корупційні схеми складають 20–25 % бюджету державних закупівель, що становить близько 2 трлн доларів США щороку<sup>4</sup>.

Проте шкода, що спричиняється корупцією у галузі державних контрактів вимірюється не лише в грошовому еквіваленті. Корупція спотворює конкуренцію, може знизити якість, стійкість і безпеку соціальних проектів та предметів закупівель. Крім цього, рівень довіри до уряду, який допускає спрямування державних коштів на задоволення приватних інтересів певних осіб, а не на благо суспільства, суттєво знижується.

Дослідження основних принципів та мінімальних стандартів, яких намагаються дотримуватися уряди країн світу у співпраці з приватним сектором у галузі державних закупівель, має стати для України вектором для зниження рівня корупції під час проведення торгів за державні кошти. Держава повинна нести повну відповідальність за забезпечення цілісності спрямованих коштів під час прок'юрементного процесу. З іншого боку, громадянське суспільство може і повинне використовувати принципи, важелі та мінімальні стандарти у напрямку контролю за діями державних органів та уповноважених осіб під час укладання державних контрактів. Оскільки приборкати корупцію можливо лише спільними зусиллями (діючи окремо чи разом) держави, громадянського суспільства та приватного сектору.

Враховуючи про-європейський напрям розвитку суспільних та економічних відносин в Україні, дослідження міжнародних зобов'язань, нормативного регулювання, принципів, стандартів, спрямованих на забезпечення прозорості прок'юрементного процесу, є особливо нагальним та обов'язковим для України.

Дослідженню різних аспектів управління системою державних закупівель та заходам протидії у цій сфері присвятили свої наукові праці такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як: І. Л. Бородін, Ю. І. Пивовар, В. В. Смиричинський, Г. О. Андрощук, М. І. Камлик, О. М. Костенко, І. В. Коруля, В. С. Лукомський, М. І. Мельник, К. Яерлінг, Х. О. Фіннестранд, Х. Торватн, Е. К. Сартер, Д. Сак, Д. Кауфман, С. Кюн, Л. Б. Шерман. Результати досліджень, які проводилися вказаними науковцями стосуються, здебільшого, кримінально-правових, адміністративно-деліктних, політологічних чи економічних аспектів корупції. На базі досягнутих наукових здобутків вказаних вчених автор ставить перед собою **мету цієї статті** вивчити проблеми, що виникають через корупційні прояви в галузі державних закупівель та узагальнити конкретні заходи протидії, що застосовуються урядами європейських країн із розвинутою економікою з метою протидії корупції.

Корупційні прояви підривають авторитет країни, завдають шкоди функціонуванню державного апарату, обмежують конституційні права і свободи людини та громадянина, порушують принципи верховенства права, встановлений порядок здійснення повноважень посадовими і службовими особами органів державної

влади, управлінських структур приватного сектору, руйнують моральні та суспільні цінності, дискредитують державу на міжнародному рівні<sup>5</sup>.

Указом Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015, яким уведено в дію рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 р. «Про Стратегію національної безпеки України», актуальною загрозою національній безпеці України визначається корупція та неефективна система державного управління, а саме: поширення корупції, її укорінення в усіх сферах державного управління; слабкість, дисфункціональність, застаріла модель публічних інститутів, депрофесіоналізація та деградація державної служби; здійснення державними органами діяльності в корпоративних та особистих інтересах, що призводить до порушення прав, свобод і законних інтересів громадян та суб'єктів господарської діяльності<sup>6</sup>.

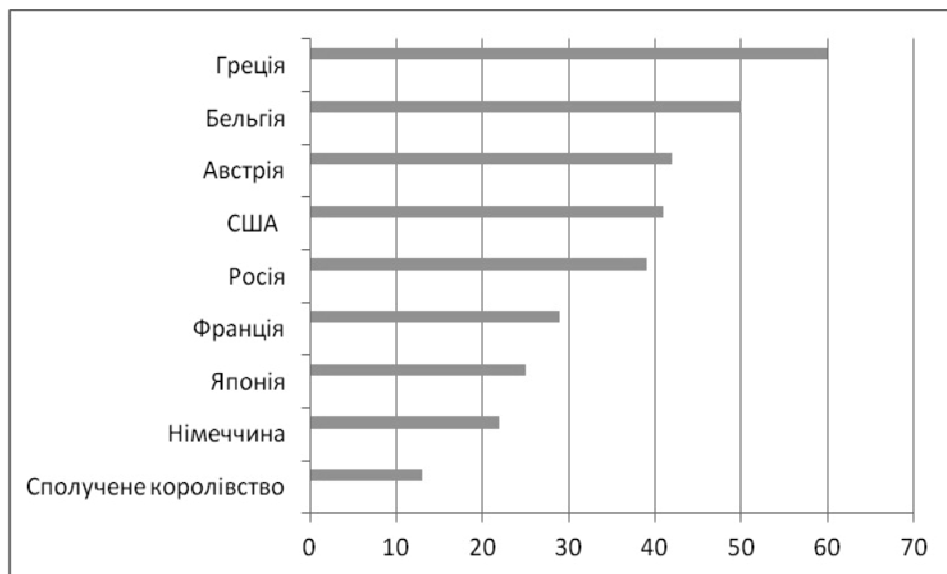
Державні закупівлі є тією сферою, де спокуса поставити особисті чи корпоративні інтереси вище за державні чи суспільні є надзвичайно сильною. За даними СБУ від 50 до 75 % бюджетних асигнувань під час процедури держзакупівель освоюється з численними порушеннями. Через корупційні схеми у сфері держзакупівель збитки становлять 10–15 % (35–53 млрд грн) видачкової частини держбюджету щорічно<sup>7</sup>.

Можна припустити, що рівень корупційних проявів прямо пропорційно залежить від рівня економічного та соціального розвитку в державі. Так, традиційно вважається, що проблеми у сфері державного управління та корупції найбільше виникають у бідних країнах, чи країнах, що розвиваються, а в країнах із потужною економікою та високими соціальними стандартами – розглядаються як приклад чи теоретично з метою профілактики<sup>8</sup>.

Проте за проведеними дослідженнями Transparency International у європейських країнах із розвинутою економікою найбільш очевидною формою корупції у галузі державних закупівель названо підкуп державних чиновників чи уповноважених осіб з боку замовників з метою отримання позитивного рішення для укладання контракту під час проведення тендерних процедур. Також названо більш тонкі форми корупції, які виникають, коли хабарі використовуються на етапі складання тендерних документів до проведення тендерних процедур та оцінки пропозицій за допомогою маніпуляцій у технічних характеристиках, критеріях оцінки в тендерній документації тощо. Хабарі можуть мати форму подарунків, грошових сум, сувенірів, робочих місць для членів сім'ї, пожертвування політичним партіям або благодійним організаціям<sup>9</sup>. Така ситуація викликана, зокрема, тим, що частка ринку приватних контрагентів, з якими підписуються контракти на поставку товарів чи надання послуг під час закупівлі за державні кошти зросла у всій Європі. Зростання державних витрат на товари та послуги (які можна спостерігати у всіх, крім декількох країн – членів Організації економічного співробітництва та розвитку) в період між 2000 і 2009 роками, було, в основному, обумовлено збільшенням витрат на товари і послуги, надані недержавними підприємствами (як підприємствами, так і неприбутковими організаціями). Станом на 2015 рік у деяких європейських країнах державні витрати на послуги, що надаються недержавними підприємствами, перевищують витрати, спрямовані на оплату праці в державному секторі, наприклад, в Нідерландах та Німеччині частка витрат державних коштів, що спрямовуються на закупівлі товарів та послуг в інших (недержавних) підприємствах складає 60 %, а в Норвегії, Данії, Угорщині та Греції така частка складає близько 40 %<sup>10</sup>.

Іншою проблемою країн із розвинутою економікою є високий рівень корупції у галузі державних закупівель в інших державах світу з перехідною економікою, де проводяться тендери з метою закупівлі імпортованих товарів, робіт чи послуг. Так, незалежно від методу вкладення інвестицій (чи у вигляді організації власних представництв, чи шляхом участі в окремих тендерах) іноземні учасники торгів піддаються корупційним впливам, що є «звичними» у країнах, де проводяться торги. У таблиці 1 наведено процентне співвідношення рівня хабарництва у галузі державних закупівель за країнами-інвесторами<sup>11</sup>.

Табл. 1.



У результаті корупції у галузі державних закупівель:

- спотворюється ринок і конкуренція,
- підвищуються ціни і витрати, оскільки, фактично в кінцеву ціну товару, послуги чи роботи закладено витрати на хабарі державним службовцям чи відповідальним особам;
- заплановані для соціальних потреб державні кошти осідають у гаманцях приватних осіб чи на рахунках приватних підприємств;
- продукуються не обгрунтовані та не раціональні рішення;
- збільшується ризик закупівлі товарів, робіт чи послуг низької якості, які не витримують чесної конкуренції, того, що послуги;
- виникає потенційна загроза охороні праці, навколишньому середовищу та ставиться під загрозу людське життя і здоров'я.

Розглянемо результати негативних впливів корупції у галузі державних закупівель, що спричиняють ту чи іншу загрозу, більш детально.

1) До негативних результатів корупційних проявів у галузі державних закупівель, спрямованих на фінансову загрозу держави, можна віднести:

- підвищення вартості предметів закупівель. Щороку в світі на державні закупівлі витрачається понад 4 трлн дол. США<sup>12</sup>;
- завищення цін за низьку якість предметів закупівель, в результаті чого виникає економічно невиправдана повторна необхідність проведення процедур закупівель в найближчий час;
- необхідність здійснювати закупівлі неконкурентноздатних товарів, робіт чи послуг;
- вкладення державних інвестицій, що не сприяють економічному розвитку держави.

2) До негативних результатів корупційних проявів у галузі державних закупівель, спрямованих на загрозу соціальним принципам, здоров'ю та життю людей, слід віднести:

- ризик закупівлі неякісних чи низькопробних продуктів харчування, що підвищують ризик небезпеки здоров'ю чи, навіть, життю людей;
- ймовірність будівництва будівель, доріг, мостів, інших конструкцій не у суворій відповідності до визначених законодавством норм, правил та стандартів, що може призвести до небезпечних аварій. Так, за останні 15 років було зафіксовано понад 400 землетрусів в 75 країнах, в результаті яких майже 9 млн людей позбулися даху, поранених – близько 584 тис. осіб і 156 тис. осіб загинули<sup>13</sup>. Багато з цих смертей були результатом неякісно побудованих будівель (вирізані сталеві стрижні, невідповідність стандартам консистенції бетону тощо)<sup>14</sup>;

- підрив авторитету державної влади в державі, незадоволення рівнем виконання державою своїх обов'язків в особі уповноважених державних, що може поступово призвести до соціальних протестів;
- спрямування державних коштів, які б могли бути витрачені для забезпечення умов або їх поліпшення у галузі охорони здоров'я, освіти тощо, на задоволення індивідуальних чи корпоративних інтересів.

3) До негативних корупційних впливів у галузі державних закупівель, що спричиняють загрозу навколишньому природному середовищу, можна віднести:

- недотримання належних екологічних стандартів;
- нехтування екологічними цілями в процесі виконання умов контрактів, укладених за результатами проведених тендерних процедур;
- незаконне або безвідповідальне використання природних ресурсів.

4) Загроза інноваціям та економічній ефективності в результаті корупційних проявів у галузі державних закупівель виявляється в тому, що:

- обмежується доступ до інноваційних рішень та продуктів;
- знижується інтерес до спрямування інвестицій в інновації;
- придушується конкуренція потенційних учасників, здатних запропонувати інноваційні рішення.

Головним принципом протидії корупції, зокрема, у сфері державних закупівель, найчастіше називається високий рівень заробітних плат для державних службовців та/чи уповноважених осіб замовників торгів. Як доказ наводиться приклад політики Швеції в історичному контексті. Швеція, яка відповідно до міжнародних рейтингів на сьогоднішній день вважається найменш корумпованою країною у світі, у сімнадцятому і вісімнадцятому століттях була однією із країн-лідерів у Європі за показниками корупції. Збільшення заробітної плати державним службовцям в поєднанні із запровадженням децентралізації влади призвело до розвитку чесного і компетентного державного управління у Швеції наприкінці дев'ятнадцятого століття<sup>15</sup>.

Таким чином, збільшення заробітної плати може зменшити хабарництво, але тільки за певних умов, зокрема:

- обов'язкове злагоджене функціонування злагодженої системи всіх органів державного апарату;
- зменшення рівня корупції не повинно бути єдиною метою та підставою для збільшення заробітних плат державним службовцям;
- необхідна наявність чітких, об'єктивних та своєчасних заходів реагування з боку контролюючих органів.

У багатьох бідних країнах, що розвиваються, де корупція є укоріненою та набула статусу інституту, виконання цих вимог та досягнення позитивного результату видається сумнівним<sup>16</sup>.

Таким чином протидіяти корупції в галузі державних закупівель можливо лише у разі запровадження та позитивного функціонування комплексних заходів. Так, завдяки послідовним та цілеспрямованим діям

Transparency International на світовому рівні було досягнуто результатів щодо протидії корупції в галузі державних закупівель шляхом запровадження Домовленостей про чесність, що дала свої позитивні результати.

Домовленість про чесність – це інструмент для запобігання корупції під час укладання державних контрактів. Фактично, це угода між уповноваженим державним органом (замовником торгів) з однієї сторони та компанією-переможцем торгів з іншої про те, що вони будуть утримуватися від підкупу, змови та інших корупційних проявів на всіх етапах виконання державного контракту. Для забезпечення підзвітності та цілісності домовленості також включають в себе систему громадського моніторингу за участю представників регіональних відділень Transparency International.

Початок підписання Домовленостей (пактів) про чесність припадає на 1990-ті роки, коли вони були застосовані в більш ніж 15 країнах і в понад 300 окремих ситуаціях. Такі угоди допомагають зберегти кошти платників податків, впевнитися, що інфраструктурні проекти та інші громадські роботи виконуються ефективно, та запобігти незаконному збагаченню окремих осіб, які діють в приватних інтересах<sup>17</sup>.

Основними принципами, на яких базується функціонування системи чесних тендерних процедур, та дотримання яких дозволить звести до мінімуму корупційні прояви і максимізувати ймовірність того, що економічні, соціальні, екологічні та політичні цілі будуть реалізовані за рахунок державних закупівель, Transparency International називає наступні.

1) Цілісність – поведінка і дії, що базуються на моральних чи етичних принципах і стандартах, осіб чи установ, які створюють бар'єр для корупції<sup>18</sup>. Цілісність означає, що закупівлі здійснюються на підставі законодавчих норм за принципами чесною та відкритою конкуренції.

2) Прозорість – це ознака урядів, компаній, організацій та фізичних осіб, яка характеризує їх як учасників відносин, відкритих до ясної співпраці шляхом розкриття інформації, правил, планів, процесів та дій<sup>19</sup>. У контексті державних закупівель, цей принцип означає, що закони, правила, інститути, процеси, плани, рішення, всі етапи закупівель тощо мають бути доступними для всіх потенційних учасників і широкої громадськості. Функціонування механізму принципу прозорості досягається не авторитарними урядовими впливами, а за рахунок активної та добровільної поведінки уповноважених замовників закупівель, спрямованої на опублікування інформації про торги.

3) Підзвітність, що означає, що державні органи, окремі посадові особи, установи та організації, їх керівники та уповноважені особи повинні нести відповідальність за виконання своїх обов'язків для прийняття рішень і заходів, що входять до їх компетенції.

4) Справедливість та ефективність:

– визначення переможця повинне бути справедливим, об'єктивним та неупередженим;

– державні кошти не повинні бути використані для забезпечення прихильності до конкретних осіб або компаній;

– вимоги та технічні специфікації не повинні бути дискримінаційними;

– постачальники та підрядники повинні бути обрані на основі їх кваліфікації, технічних та економічних пропозицій;

– повинно бути рівне ставлення до всіх потенційних учасників на всіх етапах проведення торгів;

– процес закупівель повинен бути ефективним;

– правила закупівель повинні відповідати вартості і складності предмету закупівель.

5) Професіоналізм. Державні закупівлі повинні розглядатися не як звичайне виконання адміністративних завдань. До прок'юрементного процесу повинні залучатися висококваліфіковані спеціалісти, для яких має бути забезпечене періодичне навчання для підвищення кваліфікації, оплата бонусів, визначені критерії кар'єрного росту тощо<sup>20</sup>.

Міжнародними інституціями, зокрема, Transparency International, розроблено ряд інструментів, комплексне застосування яких може гарантувати чесні та прозорі державні закупівлі, якими є наступні.

1. Як згадувалося вище, домовленості (пакти) про чесність розроблені Transparency International як інструмент для створення такого рівня виконання умов контрактів, на якому сторони (як замовники, так і постачальники-переможці конкурсів) будуть утримуватися від хабарництва та інших корупційних проявів.

Серед практичних прикладів позитивного застосування Домовленостей про чесність можна назвати наступні:

– пакт для регулювання усіх контрактів, які уклалися під час будівництва нового міжнародного аеропорту в Берліні (проект на 2,4 млн євро) був узгоджений між компанією-підрядником та головою Transparency International в Німеччині;

– з 2002 р. відділом Transparency International в Мексиці було застосовано Домовленості про чесність при укладанні більше ніж 100 державних контрактів на суму 30 млрд доларів США. Крім цього за виконанням умов контрактів слідували незалежні спостерігачі (т. зв. «соціальні спостерігачі»), діяльність яких стала обов'язковою та передбачена законодавством країни з 2004 року;

– у результаті підписання Домовленостей про чесність та застосування рекомендованих процедур під час проектування та впровадження системи водопостачання та каналізації в Пакистан у 2000 р. виконання контракту завершилося раніше запланованого строку та з економією на 10 млн доларів США від запланованої суми закупівлі<sup>21</sup>.

2. Соціальний моніторинг, що включає в себе електронні закупівлі, програма «соціальних спостерігачів» та інші форми моніторингу державних закупівель громадянським суспільством:

– система електронних державних закупівель збільшує можливості доступу до інформації про всі етапи проведення процедур з метою здійснення моніторингу громадянським суспільством цього процесу. За підрахунками Світового банку потенційна економія, яка досягається за допомогою електронних закупівель складає від 6 до 13 % сум державних закупівель<sup>22</sup>;

– групи громадянського суспільства, діючи в якості незалежних експертів протягом усього прок'юрементного процесу, можуть допомогти визначити та знизити рівень корупції, якщо вони мають право:

– переглядати умови тендерних документів та пропозицій учасників;

– брати участь у всіх засіданнях, які проводяться з потенційними претендентами, учасниками та переможцями торгів;

– наполягати на підписанні Домовленостей про чесність;

– приймати заяви від учасників, замовників та інших осіб про порушення антикорупційних домовленостей та передавати їх до відповідних компетентних органів;

– готувати остаточну доповідь, які є загальнодоступні;

– подавати інформацію про торги через засоби масової інформації спілкується через засоби масової інформації.

– застосування будь-яких форм участі громадянського суспільства у процесі моніторингу за державними закупівлями підвищує рівень прозорості та чесності, справедливості та ефективності їх проведення. Так, у США Transparency International розробила Вказівки щодо нагляду за державними закупівлями та Керівництво з моніторингу за онлайн-закупівлями з метою надання допомоги громадянському суспільству в організації ефективного моніторингу<sup>23</sup>.

3. Дії в конкретних секторах, які розроблені за останні декілька років для протидії корупції під час проведення процедур державних закупівель у відповідному секторі промисловості: будівництво, металургія, видобування чи медична галузі тощо.

Державні закупівлі можуть бути не лише засобом впливу на економіку чи становити великий інтерес у політичному аспекті, також вони можуть застосовуватися як ефективний та потужний інструмент для регулювання соціальної лінії поведінки у країні<sup>24</sup> з метою досягнення високих цілей внутрішніх функцій держави, що, звичайно ж, можливо лише у разі зведення до мінімуму рівня корупції у цій галузі.

Враховуючи все зазначене вище, можна зробити наступні висновки. Державні закупівлі є складним та, на жаль, часто непрозорим процесом, під час якого витрачається значний відсоток державних коштів. Корупція у сфері державних закупівель означає не санкціонована, тіньова, витрата державних коштів. Дослідження основних принципів та мінімальних стандартів, яких намагаються дотримуватися уряди країн світу у співпраці з приватним сектором у галузі державних закупівель, має стати для України вектором для зниження рівня корупції під час проведення торгів за державні кошти. Держава повинна нести повну відповідальність за забезпечення цілісності спрямованих коштів під час прок'юрементного процесу. З іншого боку, громадянське суспільство може й повинне використовувати принципи, важелі та мінімальні стандарти в напрямку контролю за діями державних органів та уповноважених осіб під час укладання державних контрактів. Оскільки приборкати корупцію можливо лише спільними зусиллями (діючи окремо чи разом) держави, громадянського суспільства та приватного сектору.

Основними базовими принципами здійснення прок'юрементного процесу, що допоможе уникнути корупційних проявів, є: цілісність, прозорість, підзвітність, справедливність, ефективність, а також професіоналізм.

Практичні інструменти у протидії корупції у галузі державних закупівель, застосування яких має позитивний результат на світовому рівні, є: підписання Домовленостей (пактів) про чесність, форми моніторингу державних закупівель громадянським суспільством (електронні закупівлі, програма «соціальних спостерігачів» та інші форми соціального моніторингу), заходи в конкретних секторах економіки.

Лише комплексне застосування методів та практичних інструментів, розроблених міжнародними організаціями, зокрема, Transparency International, що ґрунтуються на ефективних принципах, може стати гарантією для зниження рівня корупції у галузі державних закупівель.

<sup>1</sup> OECD, Fighting Corruption in the Public Sector (February 2013): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.oecd.org/gov/ethics/meetingofleadingpractitionersonpublicprocurement.htm](http://www.oecd.org/gov/ethics/meetingofleadingpractitionersonpublicprocurement.htm)

<sup>2</sup> Caroline Spruill. Open Contracting: Factivists fighting Procureaucrat – 2013: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.open-contracting.org/open\\_contracting\\_factivists\\_fighting\\_procureaucrats](http://www.open-contracting.org/open_contracting_factivists_fighting_procureaucrats)

<sup>3</sup> European Commission, Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report (February 2014): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr\\_2014\\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf)

<sup>4</sup> OECD, Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement (November 2013), p. 22: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.oecd-library.org/governance/implementing-the-oecd-principles-for-integrity-in-public-procurement/why-clean-public-procurement-matters\\_9789264201385-3-en.jsessionid=951fbj6h46u4a.x-oecd-live-01](http://www.oecd-library.org/governance/implementing-the-oecd-principles-for-integrity-in-public-procurement/why-clean-public-procurement-matters_9789264201385-3-en.jsessionid=951fbj6h46u4a.x-oecd-live-01)

<sup>5</sup> Гавриш С. Б. Стан та проблеми антикорупційної експертизи законодавства в Україні / С. Б. Гавриш // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика) : Наук.-практ. журнал. – 2008. – № 18. – С. 3–9. – С. 5.

<sup>6</sup> СБУ запропонувала вивести «з тіні» закупівлі держпідприємств // Дзеркало тижня від 8 липня 2013 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://dt.ua/ECONOMICS/sbu-zaproponuvava-vivesti-z-tini-zakupivli-derzhpidpriyemstv-124757\\_.html](http://dt.ua/ECONOMICS/sbu-zaproponuvava-vivesti-z-tini-zakupivli-derzhpidpriyemstv-124757_.html)

<sup>7</sup> Рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року «Про Стратегію національної безпеки України» // Указ Президента України від 26 травня 2015 року № 287/2015. – Офіційний вісник Президента України від 03.06.2015. – № 13, стор. 50, ст. 874.

<sup>8</sup> Kaufmann D. Corruption, Governance and Security: Challenges for the Rich Countries and the World. The Global Competitiveness Report 2004–2005. World Economic Forum. New York: Oxford University Press. – 2004. – P. 83.

<sup>9</sup> Susanne Kühn and Laura B. Sherman. Curbing Corruption in Public Procurement. A Practical Guide // Transparency International. – 2014. – P. 6.

<sup>10</sup> Karen Jaehrling, Hanne O. Finnestrand, Vassil Kirov and Hans Torvatn. The (In)Visible Third Party: De- and Re-regulation of Working Conditions through Public Procurement // Hard Work in New Jobs. The Quality of Work and Life in European Growth Sectors. London. – 2015. – P. 130.

<sup>11</sup> Joel Hellman, Geraint Jones, and Daniel Kaufmann. Are Foreign Investors and Multinationals Engaging in Corrupt Practices in Transition Economies? // TRANSITION. The World Bank/The William Davidson Institute/Stockholm Institute for Transition Economies. – 2000. – P. 6.

<sup>12</sup> OECD, The Size of Government Procurement Markets (2002): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.oecd.org/newsroom/1845927.pdf](http://www.oecd.org/newsroom/1845927.pdf)

<sup>13</sup> EM-DAT (2004) OFDA/CRED International Disaster Database: Université Catholique de Louvain, Brussels, Belgium: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.em-dat.net](http://www.em-dat.net)

<sup>14</sup> James Lewis. Earthquake destruction: corruption on the fault line. – Transparency International: 2005. – P. 23.

<sup>15</sup> Lindbeck Assar. Swedish Economic Policy. – London: MacMillan Press. – 1975. – P. 18.

<sup>16</sup> Jakob Svensson. Eight Questions about Corruption // Journal of Economic Perspectives – 2005. – Vol. 19. – № 3. – P. 19–42. – P. 33.

<sup>17</sup> Peter Eigen. Global Corruption Report 2005. Transparency International: 2005. – P. 1.

<sup>18</sup> Transparency International. The Anti-Corruption Plain Language Guide. – 2009: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.transparency.org/whatwedo/publications/>

<sup>19</sup> Там само.

<sup>20</sup> Elodie Beth. Transforming. Procurement into a Strategic Function: What are the Challenges Faced? (2013): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.oecd.org/gov/ethics/Session%201\\_Elodie\\_OECD%20Challenges.pdf](http://www.oecd.org/gov/ethics/Session%201_Elodie_OECD%20Challenges.pdf)

<sup>21</sup> Integrity Pacts in Public Procurement: An Implementation Guide (2013): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.transparency.org/whatwedo/pub/integrity\\_pacts\\_in\\_public\\_procurement\\_an\\_implementation\\_guide](http://www.transparency.org/whatwedo/pub/integrity_pacts_in_public_procurement_an_implementation_guide)

<sup>22</sup> Robert Hunja. E-Procurement Opportunities and Challenges: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/eprocurement/conferences/speeches/robert-hunja\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/conferences/speeches/robert-hunja_en.pdf)

<sup>23</sup> Francesco De Simone and Shruti Shah. Civil Society Procurement Monitoring: Challenges and Opportunities in Transparencia Mexicana, A New Role for Citizens in Public Procurement (2012): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.corruptionresearchnetwork.org/marketplace/resources/C-M%20SERIES%20-%20A%20new%20Role%20for%20Citizens%20in%20Public%20Procurement.pdf](http://www.corruptionresearchnetwork.org/marketplace/resources/C-M%20SERIES%20-%20A%20new%20Role%20for%20Citizens%20in%20Public%20Procurement.pdf)

<sup>24</sup> Sarter, Eva Katharina/Sack, Detlef/Fuchs, Sebastian 2014. Public Procurement as Social Policy? An introduction to social criteria in public procurement in Germany. – Working Paper Series „Comparative Governance”. – 2014. – № 1. – С. 6–38.

#### Резюме

**Водоласкова К. Ю. Міжнародні принципи та інструменти у боротьбі проти корупції в галузі державних закупівель.**

Стаття присвячена дослідженню проблем корупції у галузі державних закупівель: обсяги збитків, сфери та результати негативних впливів корупційних проявів, огляд ситуації в країнах з розвинутою економікою, розглянуто принципи та інструменти, розроблені міжнародною спільнотою, спрямовані на зменшення рівня корупції у галузі державних закупівель.

**Ключові слова:** державні закупівлі, протидія корупції, Transparency International.

#### Резюме

**Водоласкова Е. Ю. Международные принципы и инструменты в борьбе против коррупции в области государственных закупок.**

Статья посвящена исследованию проблем коррупции в области государственных закупок: объемы убытков, отрасли и результаты отрицательных воздействий коррупционных проявлений, обзор ситуации в странах с развитой экономикой, рассмотрены принципы и инструменты, разработаны международным сообществом, направленные на уменьшение уровня коррупции в области государственных закупок.

**Ключевые слова:** государственные закупки, противодействие коррупции, Transparency International.

#### Summary

**Vodolaskova K. International principles and tools against corruption in public procurement.**

The article examines the problems of corruption in public procurement: mainly volumes of losses, spheres and results of the corruption negative effects, review of the situation in countries with developed economies, examining principles and tools, provided by the international community against the corruption in public procurement.

**Key words:** public procurement, corruption resistance, Transparency International.



**О. І. КОТЛЯР**

*Ольга Іванівна Котляр, кандидат юридичних наук, доцент ДВНЗ «Ужгородський національний університет»*

**НАДАННЯ МІЖНАРОДНОГО ЗАХИСТУ ВІД ІМЕНІ БІЖЕНЦІВ –  
КЛЮЧОВЕ ЗАВДАННЯ УВКБ ООН**

Актуальність даної теми зумовлена тим, що гострота проблеми біженців продовжує залишатися викликом для міжнародної спільноти. На сьогодні це одна із глобальних проблем сучасності. Потік біженців з Близького Сходу та Африки – двох частин світу, де йде громадянська війна, а також страшенне зубожіння, розруха та голод не припиняються. Одні країни Європи приймають у себе сотні тисяч, інші погоджуються прихистити декілька сотень, а треті закривають кордони, намагаючись стримати потік біженців. У даному контексті буде доречним висвітлення діяльності УВКБ ООН щодо надання міжнародного захисту біженцям.

Значний внесок у дослідження міжнародно-правового співробітництва у галузі прав людини зробили такі вчені, як М. В. Буроменський, В. Г. Буткевич, М. М. Гнатовський, В. Н. Денисов, А. І. Дмитрієв, В. І. Євінтов, В. В. Мицик. Їхні праці формують уявлення про розвиток, сучасний стан міжнародного права з питань захисту прав людини. Також аналізуються міжнародні угоди, практика їх застосування, тлумачення міжнародними судовими та квазісудовими органами. Це важливо з огляду на те, що інститут захисту прав біженців розглядається у контексті міжнародного права людини. Питання забезпечення прав біженців та шукачів притулку, вимушеної міграції у світі досліджували Т. Є. Анісімова, О. А. Гончаренко, О. А. Малиновська, В. О. Новік, О. Р. Поєдинок, Ю. І. Римаренко, М. М. Сірант, В. М. Стешенко. Серед зарубіжних науковців, які досліджували дану тематику, варто назвати Е. Бредлі, А. Граль-Мадсена, Гай С. Гудвина-Гілла, М. Дженіса, Г. Меландера, Я. А. Макдональдса, Д. Рубіо-Марма, Л. Холборна.

Міжнародний захист у контексті нашої теми означає «заступництво суб'єкта міжнародних відносин за волею жертви або жертв, чії права ущемлені, або фізичної особи від їх імені, або за волею самого органу міжнародного захисту з метою припинити порушення прав людини» або «убезпечити, захистити, [або] оберегти» особу або об'єкт від небезпеки або шкоди<sup>1</sup>.

Ідея створення УВКБ ООН виникла після Другої світової війни, коли питання захисту прав людини гостро стояло на порядку денному для світової спільноти. Міжнародна організація у справах біженців, яка була попередницею УВКБ, займалася репатріацією та переселенням осіб, переміщених внаслідок війни, та завершила свою діяльність у 1959 році. Тим не менш, після цього залишилося понад мільйон європейських біженців, які проживали у таборах. Для сприяння урядам у наданні правового захисту і допомоги цим особам 14 грудня 1950 р. Генеральною Асамблеєю ООН було створено Управління Верховного Комісара ООН у справах біженців як допоміжну структуру Генеральної Асамблеї ООН.

Мандат УВКБ ООН ґрунтується на його Статуті, яким УВКБ ООН наділяється правом «під егідою Організації Об'єднаних Націй приймати на себе обов'язки щодо надання міжнародного захисту біженцям». У цьому контексті «міжнародний захист» є основною функцією УВКБ ООН, і вона може бути визначена як сукупність дій, спрямованих на «забезпечення основних прав біженців і на підвищення їх фізичної безпеки і захисту», починаючи з «надання захисту, притулку і поваги основних прав людини, включаючи принцип невислання, без яких безпека або навіть виживання біженця знаходяться під загрозою», і закінчуючи «виключно досягненням надійного рішення, в ідеалі – за допомогою відновлення захисту в країні походження біженця»<sup>2</sup>.

Відповідно до Статуту УВКБ діяльність Верховного комісара неpolitична і має тільки гуманітарний та соціальний характер. Тому надання захисту Управлінням не може залежати від політичних та ідеологічних пріоритетів, що існують у той чи інший час у світі чи окремих регіонах. Завдяки гуманітарній спрямованості УВКБ ця організація здобула визнання й авторитет. Зазначимо, що у західній літературі панує думка, відповідно до якої УВКБ з моменту свого заснування й упродовж майже сорока років фінансувалося, комплектувалося і керувалося представниками західного альянсу, що наклало відбиток на підходи цієї організації до проблеми біженців. Управління Верховного комісара у справах біженців є організацією системи ООН, тому воно не може бути цілком незалежною від її політичних органів<sup>3</sup>.

Відповідно до Статуту УВКБ ООН Верховний комісар виконує директиви Генеральної Асамблеї ООН або Економічної і Соціальної Ради ООН та «займається такими видами діяльності, що можуть бути визначені Генеральною Асамблеєю». Крім цього, Верховний комісар подає щорічну доповідь Генеральній Асамблеї ООН, яка розглядається як окремий пункт порядку денного на її сесії<sup>4</sup>.

Згідно зі Статутом основною функцією Управління є здійснення міжнародного захисту біженців, а також прийняття остаточного чи довгострокового рішення з проблем, пов'язаних з біженцями, у тісному співробітництві із заінтересованими державами<sup>5</sup>. Під «міжнародним захистом» розуміється насамперед

гарантований захист основних прав біженців, включаючи їх право шукати притулок, а також забезпечення ситуації, при якій будь-яку особу не можна буде повернути в примусовому порядку на територію країни, де вона може бути піддана переслідуванню. Без захисту, такого як втручання для забезпечення прийому і відмовлення від примусового повернення біженців, приймати довгострокові рішення неможливо<sup>6</sup>.

Завдання сприяти довгостроковим рішенням проблеми біженців міститься в Статуті УВКБ ООН. У ньому визначено два чітких напрями довгострокових рішень – добровільна репатріація й асиміляція в нових країнах, що може відбуватися як розселення на місцях у країні першого притулку або переселення в третю країну.

Окрім вказаної діяльності, відповідно до Статуту УВКБ (п. 8 розд. II), організація вживає ще цілий комплекс заходів на користь біженців:

1) сприяє підписанню та ратифікації міжнародних угод про захист біженців, контролює виконання постанов цих конвенцій і пропонує необхідні зміни й доповнення до них;

2) допомагає на підставі спеціальних угод з урядами реалізації будь-яких заходів щодо полегшення становища біженців і скорочення їх кількості, а також забезпечує належне поводження з біженцями відповідно до визнаних міжнародних норм і отримання ними належного правового статусу, включаючи надання їм у міру можливості таких прав і пільг, якими користуються громадяни країни притулку;

3) підтримує урядові і приватні зусилля, спрямовані на заохочення добровільної репатріації біженців чи їх асиміляції;

4) допомагає наданню притулку біженцям, тобто забезпечує їх захист від насильницького повернення в країну, щодо якої в них є побоювання піддатися переслідуванню або зазнати серйозних моральних чи фізичних збитків. Щоб забезпечити положення Статуту, УВКБ розвиває нові інститути міжнародного права стосовно біженців.

Необхідно зазначити, що в спеціальних рекомендаційних резолюціях Виконкому організації вперше згадується інститут тимчасового притулку<sup>7</sup>. Категорія тимчасового захисту була ініційована для того, щоб можна було негайно реагувати на раптовий наплив біженців до низки країн, і в цілому ряді міжнародних документів фігурує як альтернатива примусовому поверненню<sup>8</sup>. Це проміжна форма захисту, після якої повинно прийматися довгострокове рішення у вигляді надання постійного статусу біженцям. Необхідно підкреслити, що така форма захисту є своєрідною гарантією забезпечення окремих прав біженців. Посилаючись на положення про тимчасовий захист, держави на початковому етапі можуть не проводити індивідуальної перевірки переміщених у результаті воєн і насильства осіб через те, що це тривала офіційна процедура, а надати тимчасовий притулок з гуманних міркувань для захисту життя і безпеки людей.

Однак термін на захист не може бути продовжено. За згодою УВКБ ООН він припиняється, якщо небезпека минула і можна повернутися на місце постійного проживання<sup>9</sup>.

При створенні Управління і розробці його Статуту неможливо було передбачити й урахувати усі ситуації, які можуть спричинити появу численних груп біженців. З часом стали з'являтися нові категорії осіб, які потребують захисту й допомоги.

Відповідно до Статуту Управління, під мандат УВКБ ООН підпадають будь-які особи, котрі в силу «цілком обґрунтованих причин стати жертвою переслідування за ознаками раси, віросповідання, громадянства або політичних переконань, перебувають за межами країни своєї громадянської приналежності і не можуть користуватися захистом чи внаслідок таких побоювань, або з причин, не пов'язаних із розуміннями особистої зручності; чи не мають визначеного громадянства і знаходяться поза країною свого колишнього звичайного місця проживання, не можуть чи не бажають повернутися до неї внаслідок таких побоювань або з причин, не пов'язаних з розуміннями особистої зручності». Слід зазначити, що вказане визначення поняття «біженець» є універсальним у сфері застосування, оскільки не містить ні тимчасових, ні географічних обмежень. Утім, вже в 1957 р. Генеральна Асамблея ООН тимчасово розширила функції Управління, уповноваживши Верховного комісара надати допомогу біженцям, що не підпадали цілком під визначення Статуту, але становище яких викликало занепокоєння міжнародного співтовариства<sup>10</sup>.

Для надання ефективнішої допомоги біженцям Генеральна Асамблея однозначно висловила побажання Верховному Комісару «застосовувати свої добрі послуги»<sup>11</sup>. Характер можливої допомоги від початку був обмежений, і неодноразово вона полягала лише в передачі фінансових коштів, але незабаром це обмеження було знято. У 1959 р. Генеральна Асамблея в резолюції 1388 (XVIII) від 20 листопада уповноважила Верховного комісара надавати «добрі послуги» біженцям, «які не перебувають під опікою Організації Об'єднаних Націй». Резолюція 1959 (XVIII) 1963 р. Генеральної Асамблеї ООН містить прохання до Верховного комісара продовжувати надавати міжнародний захист біженцям і докладати зусиль в інтересах біженців, що перебувають на його піклуванні, а також біженцям, яким він надає свої «добрі послуги», і звертати особливу увагу на нові групи біженців відповідно до резолюцій ГА ООН і директив Виконавчого комітету.

Залежно від зростання кількості біженців УВКБ ООН було залучено до вирішення проблем біженців різних категорій у всіх регіонах земної кулі, і це змінило ставлення Управління до осіб, які потребують захисту.

УВКБ ООН розширило спектр діяльності з надання допомоги. З'явилися нові, не традиційні для УВКБ ООН сфери діяльності: надання захисту і допомоги населенню, що постраждало внаслідок воєн; нагляд за задоволенням потреб повернутих осіб та осіб, переміщених у середині країни; організація відновлення громад у районах повернення біженців; надання точної інформації про міграційні можливості потенційним шукачам притулку<sup>12</sup>.

Переміщені особи стали однією з категорій біженців, на яких поширився мандат УВКБ. «Внутрішньо переміщеними особами є особи або групи осіб, яких змусили рятуватися втечею або яких змусили залишити свої домівки чи місця звичайного проживання в результаті або з метою уникнути наслідків воєнного конфлікту, масового насильства, порушень прав людини, стихійного чи викликаного людською діяльністю лиха, зокрема й які не перетинали міжнародно визнаних державних кордонів»<sup>13</sup>. Слово «зокрема» припускає, що причини переміщення не обмежуються перерахованими в списку.

У 1994 р. зобов'язання надавати допомогу біженцям і переміщеним особам були чітко сформульовані у Висновку Виконавчого комітету Управління Верховного Комісара ООН у справах біженців<sup>14</sup>.

Таким чином, гострота гуманітарної ситуації в тому чи іншому регіоні викликає необхідність розширення функцій УВКБ ООН щодо надання захисту іншим категоріям осіб, які потребують захисту, ніж це передбачено Статутом. Підкреслимо, що зазначене розширення компетенції Управління є завжди тимчасовим і приймається на розсуд Генеральної Асамблеї ООН.

Ситуація ускладнюється ще тим, що в міжнародному праві існує дві визнані категорії біженців: «мандатні» і «конвенційні». Перша категорія – це біженці, які підпадають під мандат УВКБ ООН. У доктрині міжнародного права вони йменуються як «мандатні» біженці<sup>15</sup>. Спочатку під цю категорію підпадали тільки біженці згідно з визначенням Статуту УВКБ ООН, але зараз термін «мандатний біженець» застосовується до всіх біженців, які є в компетенції Управління. Такі біженці користуються міжнародним захистом ООН незалежно від того, чи приєдналася держава їх перебування до Конвенції 1951 р. і/чи до Протоколу до неї 1967 р., і чи визнаються вони біженцями в цій державі відповідно до одного з цих міжнародних документів. «Мандатні» біженці одержують міжнародну допомогу безпосередньо від УВКБ. Проте вони не можуть користуватися правами, наданими іншій категорії біженців – «конвенційним» чи «біженцям за Конвенцією» – у тому разі, коли вони не визнаються як біженці державою-учасницею вищезгаданої Конвенції і/чи Протоколу.

Інша проблема, пов'язана з мандатом УВКБ ООН, полягає в тому, що відповідно до Статуту при процедурі визначення осіб як біженців повинен використовуватися індивідуальний підхід, тобто окремо має розглядатися заява кожної особи, яка клопоче про визнання її біженцем.

Однак масові потоки біженців в Африці в 60-ті роки ХХ ст. зумовили необхідність нового групового підходу до визначення вищезгаданого статусу. За тих умов було практично неможливо перевіряти кожну окрему людину в групі, щоб установити, чи має вона обґрунтовані побоювання переслідування. Тому вихід було знайдено в застосуванні методу, відомого як групове визначення статусу біженців за принципом *prima facie*. Ці групи розглядалися як групи біженців з урахуванням тих обставин, що призвели до їх виїзду з країни походження. Окремі члени груп вважалися біженцями за принципом *prima facie*. Цей метод визначення незабаром став звичною практикою, особливо в тих ситуаціях, коли вимагалось вживання термінових заходів. Він передбачає більш гнучке застосування поняття «біженець», що базується на об'єктивних умовах у країні походження, що призвели до втечі біженця, а не на перевірці окремих осіб<sup>16</sup>. Хоча він і суперечить положенням Статуту УВКБ, але це – вимушений захід у випадку раптово виниклих масових потоків біженців.

Захист окремих біженців згідно зі Статутом УВКБ покладається на Верховного комісара у справах біженців. Стаття 35 Конвенції 1951 р.<sup>17</sup> передбачає його обов'язок спостерігати за застосуванням наявної Конвенції. У зв'язку з цим УВКБ вживає заходів щодо запобігання примусовому поверненню біженців шляхом встановлення офіційних контактів з владою держави, з боку якої передбачається здійснення подібного акта. Такі ж дії застосовуються і в разі висилки, депортації та екстрадиції<sup>18</sup>. Фактично Управління виконує не спостережну, а контрольну функцію з дотримання державами-учасницями Конвенції 1951 року. Втім, спостережна і контрольна функції – це, по суті, різні функції як за призначенням, так і за обсягом повноважень. Контрольна функція більш ефективна, ніж спостережна, але згідно зі Статутом, УВКБ ООН її не має. Вказаний факт значно обмежує компетенцію Управління з цього питання.

Управління також докладає всіх зусиль для надання допомоги при розгляді заяв про надання притулку відповідно до Конвенції 1951 року. З цією метою УВКБ співпрацює з національними органами влади, які відповідають за надання притулку. У деяких випадках на представництва УВКБ ООН повністю покладені всі функції з процедури визначення статусу біженця<sup>19</sup>. Для того, щоб біженці були добре озайомлені зі своїми правами відповідно до міжнародних договорів і національного законодавства, Управління надає їм правову підтримку шляхом надання юридичних консультацій на місцях, де УВКБ має свої представництва. До того ж працівники представництва проводять консультації і з робітниками державних органів виконавчої влади, суду, прокуратури, прикордонної служби щодо роз'яснення найбільш складних актуальних питань, що виникають у зв'язку з проблемою біженців. Зазначені факти свідчать, що завдяки своїй діяльності Управління впливає на формування національної політики та законодавства держав щодо біженців.

Важливою стала діяльність УВКБ, спрямована на зниження гостроти проблеми порушення принципу невисилки<sup>20</sup>. Як відомо, деякі країни висилали чи видворяли біженців, хоча тим загрожувала небезпека; у деяких випадках такі дії мали масовий характер. Заходи щодо висилки чи виселення дуже різноманітні: розпорядження про висилку біженців, примусове повернення біженців до країни походження чи небезпечні треті країни; спорудження загородження під струмом для закриття допуску на свою територію; відмова в допуску особам, що шукали притулок, але не мали проїзних документів, чи висадження на берег осіб, які прибувають морським шляхом, а також перехоплення їх у відкритому морі.

Отже, сьогодні УВКБ ООН є однією з основних гуманітарних організацій у світі. У той час як держави, що приймають біженців, повинні й надалі виконувати свої зобов'язання стосовно забезпечення їхнього

захисту і сприяти створенню обстановки терпимості щодо представників інших народів, а держави походження біженців зобов'язані запобігати діям, які породжують масовий відтік населення, основними напрямками діяльності УВКБ ООН є 1) лобіювання розвитку ефективної системи захисту біженців та законодавства відповідно до міжнародних стандартів, включаючи форми додаткового захисту біженців; 2) забезпечення захисту всіх осіб, якими опікується УВКБ ООН, зокрема забезпечення для біженців повного й безперешкодного доступу до території та процедури надання притулку і правового захисту від примусового повернення; 3) досягнення довготривалих рішень для біженців, включаючи збільшення можливостей переселення у треті країни, покращення умов місцевої інтеграції та допомогу в добровільному поверненні біженців; 4) захист права отримання притулку у контексті змішаних міграційних рухів; 5) надання правової, матеріальної та соціальної допомоги біженцям та шукачам притулку; 6) навчання представників державних органів та неурядових організацій; 7) інформаційні заходи, спрямовані на посилення захисту біженців та боротьбу проти расизму та ксенофобії.

<sup>1</sup> Ramcharan B. G. The Concept and Present Status of the International Protection of Human Rights. Forty Years after the Universal Declaration / B. G. Ramcharan. – Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff. 1989. – 609 s. – S. 22.

<sup>2</sup> Note on International Protection (submitted by the High Commissioner): Corrigendum. UN A/AC.96/830/Corr.1 : [Electron resource]. – Access mode : <http://www.unhcr.org/4dd525639.html>

<sup>3</sup> Cutts M. Politics and Humanitarianism / Mark Cutts // Refugee Survey Quarterly. – 1998. – Volume 17, Issue 1.– P. 1–15. – P. 5.

<sup>4</sup> Перевод в контексте работы с беженцами : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=502508702>

<sup>5</sup> Устав УВКБ ООН : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unhcr.ru/index.php?id=36>

<sup>6</sup> Betts A., Loescher G. Refugees and International Relations / Alexander Betts, Gil Loescher // Oxford University Press, Oxford, 2011. – 337 p. – P. 48.

<sup>7</sup> Ястребова А. Ю. Развитие международно-правовой системы защиты беженцев в современном мире / А. Ю. Ястребова // Советск. ежегодник междунар. права, 1989–1990–1991. – СПб., 1992. – С. 185–188.

<sup>8</sup> Декларация о территориальном убежище 1967 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/territorial\\_asylum.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/territorial_asylum.shtml) ; Конвенция по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке 1969 г. (Ст. II (5)) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.google.com/url?url=http://www.unhcr.ru/doc/1969afrika.doc&rc=j&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwimzNS6utbKAhVIEiwKHUifB0gQFggUMAA&sig2=EPUML9zo6wArQASsUKD8w&usq=AFQjCNHWOMF>

<sup>9</sup> УВКБ ООН. Защита беженцев: вопросы и ответы. – Женева, 2005. – 193 с. – С. 13.

<sup>10</sup> Резолюция 1167 ГА ООН от 26 ноября 1957 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org/russian/law/>

<sup>11</sup> Гудвин-Гилл Г. С. Статус беженца в международном праве / Г. С. Гудвин-Гилл ; пер. с англ. Иванченков А. В., Левина М. И. – М. : ЮНИТИ, 1997. – 647 с. – С. 45.

<sup>12</sup> УВКБ ООН. Защита беженцев: вопросы и ответы. – Женева, 1996. – 110 с. – С. 15.

<sup>13</sup> Лица, перемещенные внутри страны: Вопросы и ответы : [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.refworld.org.ru/docid/4b1fc2cd2.html>

<sup>14</sup> Заключение № 75 (XLV) – 1994 г.: Лица, перемещенные внутри страны // Сб. междунар.-прав. документов и нац. законодат. актов по вопр. беженцев. – Минск : Тесей, 2000. – С. 114–117.

<sup>15</sup> Потапов В. И. Беженцы и международное право / В. И. Потапов. – М. : Междунар. отношения, 1986. – 103 с. – С. 40–42.

<sup>16</sup> Гудвин-Гилл Г. Вказана праця. – С. 254–256.

<sup>17</sup> Конвенція про статус біженці : [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_011](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_011)

<sup>18</sup> Введение в вопросы международной защиты беженцев. Защита лиц, находящихся в компетенции УВКБ. Департамент Международной защиты Управления Верховного Комиссара ООН по делам беженцев. 2005. – Женева. – 193 с. – С. 15.

<sup>19</sup> Организация Объединенных Наций. Центр по правам человека. Права человека: изложение фактов № 20 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet20ru.pdf>

<sup>20</sup> Заключение Исполнительного комитета УВКБ ООН № 7 (XXVIII) – 1977 г.: Высылка : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unhcr.ru/index.php?id=85>

## Резюме

### **Котляр О. І. Надання міжнародного захисту від імені біженців – ключове завдання УВКБ ООН.**

У статті розглядається роль УВКБ ООН у наданні міжнародного захисту, яка є провідною у координації допомоги біженцям. Визначено, що основною функцією УВКБ є забезпечення поваги основних прав людини щодо біженців, у тому числі отримання притулку, а також недопущення примусового повернення осіб в країну, де вони можуть побоюватися репресій. Діяльність даної організації не обмежується повноваженнями, зафіксованими у Статуті, а мандат поступово розширився внаслідок різноманітних реальних факторів. Сьогодні характеризується допомогою УВКБ у надзвичайній ситуації, що викликане пересуванням великої кількості біженців. Серед інших видів допомоги можна назвати регулярні програми в таких галузях, як освіта, охорона здоров'я і забезпечення житлом; допомога в досягненні матеріальної самостійності біженців та їхнього інтегрування в приймаючих країнах; добровільна репатріація; переселення в треті країни для біженців.

**Ключові слова:** права людини, біженці, міжнародний захист, УВКБ ООН, Верховний комісар у справах біженців.

## Резюме

### **Котляр О. И. Предоставление международной защиты от имени беженцев – ключевая задача УВКБ ООН.**

В статье рассматривается роль УВКБ ООН в предоставлении международной защиты, которая является ведущей в координации помощи беженцам. Определено, что основная функция УВКБ – это обеспечение уважения основных прав человека в отношении беженцев, в том числе получения убежища, а также недопущение принудительного возвращения лиц в страну, где

они могут опасаться репрессий. Деятельность данной организации не ограничивается полномочиями, зафиксированными в Уставе, а мандат постепенно расширился вследствие различных реальных факторов. Сегодняшний день характеризуется помощью УВКБ в чрезвычайной ситуации, вызванной передвижением большого количества беженцев. Среди других видов помощи можно назвать регулярные программы в таких областях, как образование, здравоохранение и обеспечение жильем; помощь в достижении материальной самостоятельности беженцев и их интеграции в принимающих странах; добровольная репатриация; переселение в третьи страны для беженцев.

**Ключевые слова:** права человека, беженцы, международная защита, УВКБ ООН, Верховный комиссар по делам беженцев.

#### Summary

##### **Kotlyar O. Providing international protection on behalf of refugees – a key task of UNHCR.**

Article deal with the role of the United Nations High Commissioner for Refugees to provide international protection, which is leading in coordination assistance to refugees. The main function of the United Nations High Commissioner for Refugees is to ensure respect for the fundamental human rights of refugees, including asylum, and forcibly return persons to a country where they may fear reprisals. The activities of the organization is not limited by the powers which is fixed in the Charter and mandate gradually expanded as a result of various real factors. Nowadays is characterized through United Nations High Commissioner for Refugees in an emergency situation caused by the movement of large numbers of refugees. Among other assistance can be called regular programs in areas such as education, health and housing; help in achieving financial self-reliance of refugees and their integration in the host countries; voluntary repatriation; resettlement to a third country for refugees.

**Key words:** human rights, refugees, international protection, United Nations High Commissioner for Refugees.

УДК 336.2:341.171(4)

#### **О. В. ЛЕПЕТЮК**

*Олександр Васильович Лепетюк, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»*

### **РОЛЬ РЕКОМЕНДАЦІЙ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОМІСІЇ ЯК АКТИВ «М'ЯКОГО» ПРАВА У КОНТЕКСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОТРИМАННЯ ТРЕТІМИ ДЕРЖАВАМИ МІНІМАЛЬНИХ СТАНДАРТІВ НАЛЕЖНОГО УПРАВЛІННЯ У СФЕРІ ОПОДАТКУВАННЯ**

Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію) є «за своїм обсягом і тематичним охопленням ... найбільшим міжнародно-правовим документом за всю історію України та найбільшим міжнародним договором з третьою країною, коли-небудь укладеним Європейським Союзом»<sup>1</sup>.

Оподаткування є однією зі сфер співробітництва, які формують предмет Угоди про асоціацію. Разом з тим окремі договірні норми щодо співробітництва з податкових питань наділені рамковим характером і тому передбачають необхідність звернення до інших нормативних джерел *acquis* ЄС з метою визначення належного змісту таких договірних вимог. Наприклад, ст. 350 передбачає, що договірні сторони «визнають і зобов'язуються застосувати принципи належного управління у сфері оподаткування, зокрема принципи прозорості, обміну інформацією та добросовісної податкової конкуренції, яких дотримуються держави-члени на рівні ЄС»<sup>2</sup>. Хоча зміст таких принципів безпосередньо у нормах самої Угоди про асоціацію не розкрито, однак його можна визначити завдяки Рекомендації Європейської Комісії щодо заходів, спрямованих на підтримку застосуванню третіми державами мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування від 6 грудня 2012 року. У цьому контексті виникає потреба у визначенні ролі рекомендацій Європейської Комісії як актив «м'якого» права у контексті забезпечення дотримання мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування.

Акти «м'якого» права перебували і перебувають у фокусі уваги значного кола представників юридичної науки, серед яких можна назвати К. В. Смирнову<sup>3</sup>, Т. Р. Короткого<sup>4</sup>, О. М. Шпакович<sup>5</sup>, Е. Д'Амато<sup>6</sup>. Водночас у цих роботах не виділялась окремо і не досліджувалась роль такого виду актив «м'якого» права, як Рекомендації Європейської Комісії у світлі реалізації договірних вимог щодо дотримання мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування.

**Мета статті** полягає у характеристиці рекомендацій Європейської Комісії як актив «м'якого» права у розвитку співпраці між ЄС, його державами-членами та третіми державами щодо дотримання мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування.

Згідно зі ст. 288 Договору про функціонування ЄС до переліку правових актив цього інтеграційного об'єднання відносять, зокрема, рекомендації. Їх відмінною рисою є відсутність зобов'язальної сили для їх адресатів.

Звертаючись до використання подібного виду правових актів Європейська Комісія почала ще з початку 1960-х років. Протягом 70-х та 80-х рр. XX ст. з'явилась лише відносно невелика частина рекомендацій, наділених індивідуальною природою. І тільки в 1990-х рр. спостерігається активізація використання рекомендацій загального застосування<sup>7</sup>.

Зазначимо, що правові засади прийняття Європейською Комісією рекомендацій наразі викликають дискусії. Так, Е. Коркі-ехо підкреслює: «з набуттям чинності Лісабонським договором, ст. 211 Договору про Європейське Співтовариство була замінена на ст. 17 Договору про функціонування Європейського Союзу, яка двозначно передбачає, що Європейська Комісія «обстоє загальний інтерес Союзу та висуває належні ініціативи в цьому напрямку». Залишається незрозумілим, чи Європейська Комісія може приймати рекомендації на основі цієї статті, оскільки про це нічого безпосередньо в тексті не сказано. З певної точки зору, можна вважати, що Лісабонський договір зробив прийняття рекомендацій Європейською Комісією більш простішим, аніж до того, оскільки прийняття рекомендацій надалі вже не пов'язується з завданням забезпечення належного функціонування та поглиблення розвитку спільного ринку»<sup>8</sup>.

Відсутність юридично обов'язкової сили в рекомендаціях Європейської Комісії наближує їх до норм «м'якого» права, до основних ознак яких можна віднести<sup>9</sup>:

- закріплення в писаних нормативних джерелах;
- є результатом активної нормотворчої діяльності держав та інших суб'єктів міжнародного права;
- наділення загальним характером;
- є результатом узгодження воль держав та інших суб'єктів міжнародної системи;
- відсутність якості формальної визначеності та можливості наділення конкретними, чітко визначеними правами й обов'язками;
- можуть бути проміжною ланкою на шляху формування міжнародно-правових норм.

Серед наведених ознак норм «м'якого» права основною рисою є відсутність юридично зобов'язуючої сили<sup>10</sup>. Незважаючи на широке визнання подібного твердження, окремі дослідники вважають, що «не можна робити критерій обов'язковості визначальним в розумінні «м'якого» права»<sup>11</sup>. На нашу думку, все ж заперечувати визначальну роль критерію юридично зобов'язуючої сили є навряд чи можливим, оскільки, як зазначив Р. А. Колодкін, «держави доволі ретельно проводять різницю між нормами права та іншими категоріями міжнародних норм, пов'язуючи лише з першими характерні для них наслідки», серед яких – і обов'язковість виконання приписів відповідних норм<sup>12</sup>.

Рекомендації Європейської Комісії виконують ряд важливих функцій, які також є подібними до функцій актів «м'якого» права. Зокрема, Л. Сенден вважає, що до них можна віднести<sup>13</sup>:

- 1) доправові функції – полягають у наданні конкретному питанню співробітництва інтернаціонального характеру з поступовим переміщенням зі сфери внутрішньої компетенції в міжнародно-правовий дискурс, а також сприяння утвердженню належного рівня сприйняття майбутніх правових норм;
- 2) тимчасові парарправові функції – рекомендаційні норми слугують тимчасовими заміниками законодавчих норм, які в майбутньому будуть обов'язково замінені на останні;
- 3) постійні парарправові функції – рекомендаційні норми на постійній основі виконують функції альтернативи законодавчим нормам, можливість прийняття яких є відсутньою.

На нашу думку, до переліку функцій рекомендацій Європейської Комісії можна також віднести роз'яснювальну у тому випадку, якщо за допомогою відповідних рекомендаційних норм досягається конкретизація та уточнення вимог правових норм.

Отже, як з точки зору сутнісних ознак, так і виконуваних функцій Рекомендації Європейської Комісії можуть розглядатись як один з видів актів «м'якого» права, однак практика використання Європейською Комісією подібних інструментів у сфері оподаткування зустріла доволі різні оцінки. Так, Г. Грібнау зауважує: «Використання м'якого права у сфері прямого оподаткування може розглядатись швидше як прагматичний, запасний вибір, оскільки традиційне ... законодавство тяжко використати через складність досягнення одностайної згоди». У висновках він уточнює: «Вибір на користь механізмів участі та консультативних механізмів заслуговує обережного ставлення: виникають серйозні виклики. Зокрема, звітність, прозорість, публічність є тими важливими цінностями, які мають бути враховані»<sup>14</sup>. Відомий дослідник П. Фармер визнає, що не «відчуває алергії» до «м'якого права». Детально продумані ініціативи з використанням «м'якого права» можуть відігравати певну роль в інформуванні щодо розвитку права та в наданні сприяння платникам податків, державам-членам та національним судам<sup>15</sup>. Найбільш обґрунтованою ми вважаємо точку зору М. Серутун-Ковальчик. Вона наполягає, що не варто сприймати підхід «твердого права» і «м'якого права» як альтернативи, які можуть лише замінювати один одного. На її думку, існуюча гібридна модель взаємодії обох підходів є потрібною, оскільки кожен з них окремо пропонує різні рівні стабільності та має відмінні регулятивні наслідки. У такій політично чутливій сфері, як пряме оподаткування, «м'яке право» може сприяти створенню спільно використовуюваного знання і практик, але його може бути недостатньо для здійснення змін. Сила «твердого права», яка полягає в його зобов'язальному характері, забезпечує ефективність відповідного регулювання<sup>16</sup>.

Обережна оцінка дослідниками факту використання актів «м'якого» права, зокрема, і рекомендацій з боку Європейської Комісії у сфері оподаткування, тим не менше не завадила останній активно використовувати можливості таких актів у рамках кампанії з утвердження мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування.

У квітні 2009 р. Європейська Комісія вперше запропонувала своє бачення механізмів забезпечення належного управління в сфері оподаткування. Ця концепція містить у собі такі три ключові принципи, як прозорість, обмін інформацією і добросовісна податкова конкуренція<sup>17</sup>. За результатами свого засідання ще у травні 2008 р. Рада ЄС у конфігурації Ради економічних і фінансових зв'язків (ЕКОФІН) поставила перед Європейською Комісією завдання сприяти втіленню відповідних принципів у якомога ширшому географічному вимірі<sup>18</sup>. Такий підхід передбачав включення положення про належне управління у сфері оподаткування в договори, які укладатимуться ЄС і його державами-членами у майбутньому з третіми державами чи їх об'єднаннями. Як ми уже підкресливали, не стала винятком у даному випадку і Угода про асоціацію.

Концентрація уваги Європейської Комісії у контексті імплементації концепції належного управління у сфері оподаткування як на державах-членах ЄС, так і на третіх державах актуалізувала необхідність встановлення чітких вимог відповідного концептуального підходу.

У грудні 2012 р. Європейська Комісія прийняла дві рекомендації, спрямовані на конкретизацію вимог з належного управління в сфері оподаткування (щодо податкового планування та щодо заходів, спрямованих на сприяння третім державам в утворенні мінімальних стандартів належного управління в сфері оподаткування)<sup>19</sup>.

У першій з них у якості інструментів боротьби з агресивним податковим плануванням державам-членам ЄС рекомендувалось включати в договори про уникнення подвійного оподаткування положення про можливість звільнення доходу від оподаткування в державі джерела лише за умови його фактичного оподаткування в державі резидентства отримувача (далі – положення про обов'язкове оподаткування). Крім того, державам-членам ЄС пропонувалось запровадити загальну норму про запобігання уникненню від оподаткування.

Друга рекомендація Європейської Комісії стосувалась не стільки «внутрішніх» інструментів безпосередньої протидії уникненню від оподаткування в рамках ЄС, скільки посиленню впливу вимог належного управління в сфері оподаткування щодо третіх держав через чітке визначення його впливу. Негативним стимулом для третіх держав щодо дотримання вимог таких мінімальних стандартів є можливість включення їх до національних «чорних» списків, що зумовлюватиме погіршення умов економічного співробітництва таких держав з європейськими партнерами, зокрема, через можливість розірвання укладених раніше договорів про уникнення подвійного оподаткування з державами-членами ЄС.

Разом з тим обрана рекомендаційна форма конкретизації змісту вимог мінімальних стандартів у сфері оподаткування у взаємовідносинах ЄС та його держав-членів з третіми країнами викликає ряд сумнівів щодо доцільності такого її використання.

По-перше, рекомендації Європейської Комісії не приймаються відповідно до окремої нормотворчої процедури, закріпленої в установчих договорах, а тому зміни чи доповнення до них можуть прийматися швидко і без надмірних бюрократичних перешкод. За таких умов договірна вимога забезпечення дотримання мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування може перетворитися на виснажливий «марафон» із забезпечення відповідності все новим і новим вимогам. Характерним елементом такої роботи стане потенційне зниження інвестиційної привабливості економіки приймаючої інвестиції держави, адже «оподаткування є одним з факторів прибутковості та, у такий спосіб, впливає на прийняття рішення про те, куди і яким чином інвестувати»<sup>20</sup>. Саме тому запровадження більш жорстких вимог в оподаткуванні знижуватиме привабливість економіки конкретної держави для інвестицій, що навряд чи може розглядатись як позитивний результат співробітництва між ЄС та його державами-членами і третіми державами.

По-друге, робота ЄС з утворення мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування може не узгоджуватись з підходами інших авторитетних учасників кампанії із забезпечення добросовісної податкової конкуренції у світі, що породжуватиме множинність вимог до третіх держав та, відповідно, негативно впливатиме на рівень дотримання таких вимог. Так, у червні 2015 р. Європейська Комісія розробила список тридцяти держав, які не дотримуються мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування. Основним критерієм для внесення у такий список стало включення відповідної держави більш ніж 10 державами-членами ЄС у національні списки юрисдикцій, які не співпрацюють належним чином у сфері оподаткування. Як зазначає П. О. Селезень, «прийняття Європейською комісією власного «чорного» списку може негативно вплинути на реалізацію ініціатив ОЕСР щодо боротьби з недобросовісною податковою конкуренцією. Юрисдикції, які в різний час перебували в «чорному» списку ОЕСР, провели значну роботу із забезпечення відповідності встановленим стандартам цієї організації з тим, щоб бути виключеними із відповідного списку. Включення їх до нового «чорного» списку породжує питання стосовно того, наскільки необхідним було узгодження зі стандартами ОЕСР у сфері забезпечення прозорості й відкритості, якщо вони не забезпечують від негативних наслідків включення до «чорного» списку ЄС»<sup>21</sup>.

По-третє, мінімальні стандарти належного управління у сфері оподаткування сформульовані широко та не завжди містять належні показники, які дають змогу об'єктивно визначити рівень дотримання конкретною державою таких показників. Наприклад, щодо доступу до інформації передбачається, що компетентні органи договірних держав володіють необхідними повноваженнями для отримання та передачі інформації, яка є предметом запиту відповідно до угоди про обмін інформацією, від будь-якої особи у межах їх територіальної юрисдикції, яка володіє такою інформацією чи контролює її. Примітно, що такий показник спрямований не на визначення рівня ефективності співробітництва з обміну податковою інформацією, а саме на забезпечення нормативних засад можливості такого співробітництва. Іншими словами, відповідний показник має

достатньо формальний характер і жодною мірою не корелює зі справжньою ефективністю обміну податковою інформацією на практиці.

По-четверте, рекомендаційна форма та достатньо формалізовані критерії дають змогу сторонам у випадку мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування забезпечувати формальне їх дотримання з одночасним збереженням окремих спеціальних умов для оподаткування конкретних осіб або розкриття інформації щодо них. Наприклад, згідно з рейтингом Financial Secrecy Index 2015 Люксембург (6 місце), Німеччина (8 місце) та Сполучене Королівство (15 місце) з держав-членів ЄС єдині входять до переліку найбільш закритих держав з точки зору забезпечення фінансової конфіденційності. Як пояснюється, «у визначенні найбільш важливих постачальників послуг з міжнародної фінансової конфіденційності (international financial secrecy), Financial Secrecy Index розвінчує традиційний стереотип про податкові гавані. Найбільшими світовими постачальниками послуг з забезпечення фінансової конфіденційності для укріплення приховуваних активів є переважно не маленькі островці з пальмами, а окремі найбільші та найзаможніші держави»<sup>22</sup>.

Рекомендації Європейської Комісії за своїми ознаками є одним із різновидів актів «м'якого» права. У контексті забезпечення дотримання мінімальних стандартів у сфері оподаткування можна вважати, що вони виконують доправову та постійну парарправову функції у поєднанні з роз'яснювальною. Разом із тим використання рекомендаційної форми у даному випадку може викликати сумніви через можливість їх швидкої зміни та перманентний розвиток, розбіжності у підходах з іншими міжнародними органами чи організаціями, широкі та формалізовані формулювання, а також недостатній рівень дотримання відповідних стандартів окремими державами-членами ЄС. Як бачимо, реалізація положень ст. 350 Угоди про асоціацію щодо дотримання мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування є доволі складним завданням, реалізація якого потребуватиме системної, злагодженої та ґрунтовної роботи з метою забезпечення відповідності національним інтересам.

<sup>1</sup> Сушко О. Угода про асоціацію Україна–ЄС: дороговказ реформ / О. Сушко, О. Зелінська та ін.; за ред. О. Сушко // KAS Policy Paper 20. – Представництво Фонду Конрада Аденауера в Україні, 2012. – 53 с. – С. 6 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_32048-1522-13-30.pdf?120912134959](http://www.kas.de/wf/doc/kas_32048-1522-13-30.pdf?120912134959)

<sup>2</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_011)

<sup>3</sup> Смирнова К. Концепція «м'якого» права (soft law) в міжнародному праві та праві ЄС / К. Смирнова // Український часопис міжнародного права. – 2012. – № 3. – С. 74–78.

<sup>4</sup> Короткий Т. П. Природа норм рекомендацій міжнародних міжурядових організацій (на прикладі рекомендацій ІМО у сфері охорони морського середовища) / Т. П. Короткий // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – № 61. – С. 595–403.

<sup>5</sup> Шпакович О. М. Вплив актів міжнародних організацій на внутрішні правопорядки держав-членів: теорія і практика : моногр. / О. М. Шпакович. – К. : Вид.-поліграф. центр «Київський університет», 2011. – 415 с.

<sup>6</sup> D'Amato, A. International Soft Law, Hard Law and Coherence / A. D'Amato // Northwestern Public Law Research Paper No. 08-01, March 2008. – 31 p. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ssrn.com/abstract=1103915>

<sup>7</sup> Senden, L. Soft Law in European Community Law / L. Senden. – Portland : Hart Publishing, 2004. – 533 p. – P. 171.

<sup>8</sup> Korkea-aho, E. Adjudicating New Governance: Deliberative Democracy in the European Union / E. Korkea-aho. – Routledge, 2015. – 266 p. – P. 89.

<sup>9</sup> Кашлач О. Нормы «мягкого» права: понятие и признаки / О. Кашлач // Журнал международного права и международных отношений. – 2006. – № 2. – С. 26–32. – С. 30.

<sup>10</sup> Халафян Р. М. Концепция международного «мягкого» права в международно-правовой доктрине / Р. М. Халафян // Евразийский юридический журнал. – 2012. – № 2. – С. 35–38. – С. 35.

<sup>11</sup> Кашлач О. Вказана праця. – С. 27.

<sup>12</sup> Колодкин Р. А. Критика концепции «мягкого» права / Р. А. Колодкин // Советское государство и право. – 1985. – № 12. – С. 95–99. – С. 99.

<sup>13</sup> Senden, L. Soft Law in European Community Law / L. Senden. – Portland : Hart Publishing, 2004. – 533 p. – P. 169–170.

<sup>14</sup> Gribnau, H. Improving the Legitimacy of Soft Law in EU Tax law / H. Gribnau // Intertax. – 2007. – Vol. 35. – Issue 1. – P. 30–44. – P. 32.

<sup>15</sup> Farmer, P. Tax law and Policy in an Adolescent European Union / P. Farmer // Bulletin for International Taxation. – 2007. – Vol. 61. – No. 2. – P. 42–45. – P. 44.

<sup>16</sup> Seeruthun-Kowalczyk, M. Hard Law and Soft Law Interactions in EU Corporate Tax Regulation: Exploration and Lessons for the Future: PhD Thesis / M. Seeruthun-Kowalczyk. – University of Edinburg, 2011. – 316 p. – P. 262–265.

<sup>17</sup> Promoting Good Governance in Tax Matters: Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee of 28 April 2009, COM(2009)201 final. – 14 p. – P. 5: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0201:FIN:EN:PDF>

<sup>18</sup> Press Release 8850/08 of 2866th Council Meeting (Economic and Financial Affairs), 14 May 2008. – 36 p. – P. 22: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/en/ecofin/100339.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ecofin/100339.pdf)

<sup>19</sup> EU Commission Recommendation of 06.12.2012 on aggressive tax planning, C(2012) 8806. – 6 p. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/tax\\_fraud\\_evasion/c\\_2012\\_8806\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf) ; EU Commission Recommendation of 06.12.2012 regarding measures intended to encourage third countries to apply minimum standards of good governance in tax matters, C(2012) 8805. – 8 p. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/tax\\_fraud\\_evasion/c\\_2012\\_8805\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8805_en.pdf)

<sup>20</sup> Addressing Base Erosion and Profit Shifting (Russian Version). – OECD Publishing, 2013. – 112 p. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201262-ru>



<sup>21</sup> Селезень П. О. Концепція належного управління у сфері оподаткування: сучасні виклики / П. О. Селезень // Право і суспільство. – 2015. – № 5.2. – Ч. 2. – С. 161–166. – С. 165.

<sup>22</sup> Introducing the Financial Secrecy Index / Tax Justice Network : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.financialsecrecyindex.com/introduction/introducing-the-fsi>

#### Резюме

**Лепетюк О. В. Роль рекомендацій Європейської Комісії як актів «м'якого» права у контексті забезпечення дотримання третіми державами мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування.**

У сучасній практиці Європейського Союзу значного поширення набуло використання актів «м'якого» права, до яких, зокрема, можна віднести і рекомендації Європейської Комісії. Оподаткування стало однією зі сфер, у якій Європейська Комісія використала можливість прийняття власних рекомендацій, особливо у контексті забезпечення дотримання мінімальних стандартів належного управління у сфері оподаткування. Разом із тим використання рекомендаційних норм може бути пов'язане з такими викликами, як надмірна широта та формалізм формулювань, неузгодженість з аналогічними вимогами інших міжнародних органів та організацій тощо, що можуть потенційно негативно впливати на рівень їх дотримання адресатами таких норм.

**Ключові слова:** рекомендації Європейської Комісії, належне управління у сфері оподаткування, Європейський Союз, «м'яке» право, оподаткування.

#### Резюме

**Лепетюк А. В. Роль рекомендаций Европейской Комиссии как актов «мягкого» права в контексте обеспечения соблюдения третьими государствами минимальных стандартов надлежащего управления в сфере налогообложения.**

В современной практике Европейского Союза значительное распространение приобрело использование актов «мягкого» права, к которым, в частности, можно отнести и рекомендации Европейской Комиссии. Налогообложение стало одной из сфер, в которой Европейская Комиссия использовала возможность принятия собственных рекомендаций, особенно в контексте обеспечения соблюдения минимальных стандартов надлежащего управления в сфере налогообложения. Вместе с тем, использование рекомендательных норм может быть связано с такими вызовами, как чрезмерная широта и формализм формулировок, несогласованность с аналогичными требованиями других международных органов и организаций и т.д., которые могут негативно повлиять на уровень их соблюдения адресатами таких норм.

**Ключевые слова:** рекомендации Европейской Комиссии, надлежащее управление в сфере налогообложения, Европейский Союз, «мягкое» право.

#### Summary

**Lepetjuk O. Role of the European Commission's recommendation as act of soft law in the context of encouraging third countries to apply minimum standards of good governance in tax matters**

The instruments of soft law have become very popular in modern practice of the European Union, among which are the European Commission's recommendations. Taxation is one of the areas of cooperation in which the European Commission has realized its right to adopt recommendation, especially on the issues of measures on encouraging third countries to apply minimum standards of good governance in tax matters. Nevertheless, the usage of form of recommendation might determine such challenges as too wide and formalistic formulation of provisions, incoordination of demands of the European Union and other intergovernmental organizations and so on. Such challenges might have negative impact on the results of application of the European Commission's recommendation in the area of minimum standards of good governance in tax matters.

**Key words:** European Commission's recommendation, good governance in tax matters, European Union, soft law.

### RENATA RUNIEWICZ-JASIŃSKA

*Dr. Renata Runiewicz-Jasińska, Head of the Department of Law and International Relations, University of Technology and Economics named Helena Chodkowska in Warsaw*

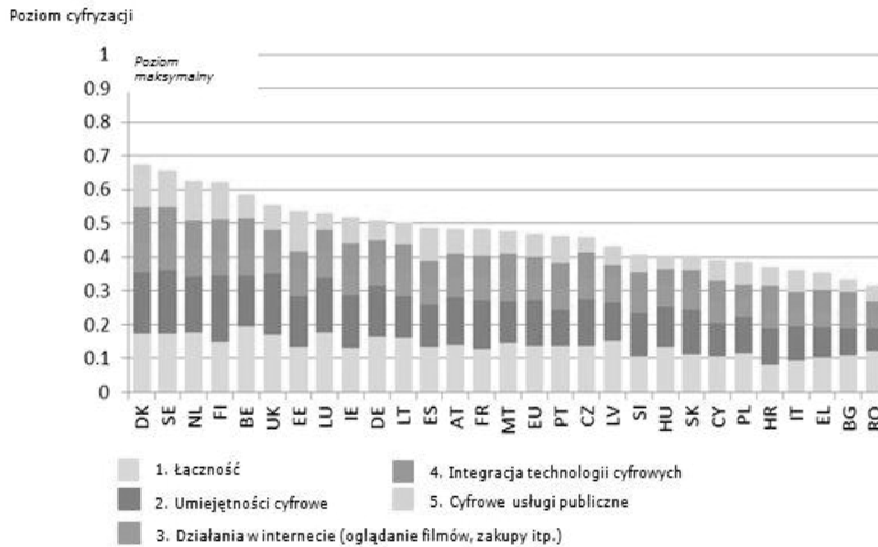
## VIOLATION OF HUMAN RIGHTS IN THE ERA OF CIVILIZATION AND TECHNOLOGICAL SOCIETY ON THE EXAMPLE OF THE BALTIC STATES (LITHUANIA, LATVIA, ESTONIA)

Despite the development of civilization and social progress, human rights violations still remains a pressing problem, as an example, these disturbing phenomena can be observed in the Baltic states as BSR countries, which are one of the most technologically advanced civilization in Europe, yet in terms of respect for human rights and freedoms, these countries have still a lot of catching up to do. This paper is divided into two parts – the first of an optimistic value in which the author sets the research goal in order to show the advantages of technological development, development of digitization, and at the same time civilizational progress, while the second part has to be some kind of warning against the fact that a high level of social progress, technological and civilizational development in general, does not always go hand in hand with the observance and respect for human rights and freedoms.

**1. The development of civilization and technology<sup>1</sup>**

Modern technologies, services and the use of telecommunications, data communications and multimedia are in the modern world a catalyst for economic development, increase the competitiveness of the economics, create new jobs positions, promote the development of the regions, support teaching, protect the security of the state and the citizens and the public order. The Baltic states are trying to use all of benefits arising from technological progress. The presentation of the importance and place of computerization in modern sovereign societies of Baltic states should start with an analysis of previous reports, namely the 2000 “eEurope +” or “eEurope +” from 2005<sup>2</sup>. Studies up to date have led and are currently still carrying out, in this matter, by national and international agencies investigating the social opinions of the Baltic states as the entire Baltic Sea Region (BSR)<sup>3</sup>. Particular attention was paid to the analysis of the differences in the levels of technological development (ie. computerization, usage of internet, strength of telecommunications markets) in Baltic states (see Graph 1 and see Graph 2).

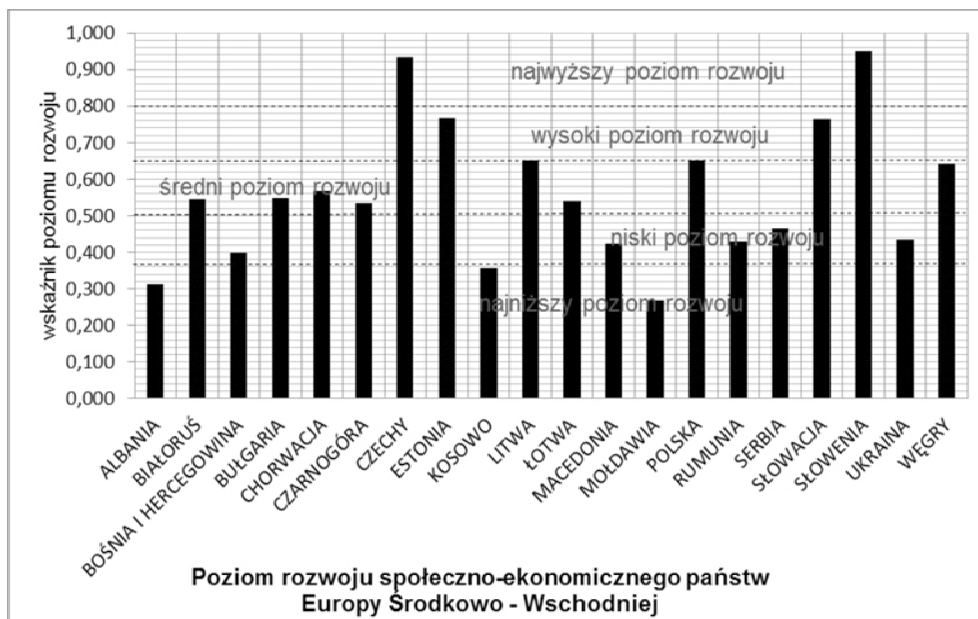
Graph 1. The level of technological development (ie. the digitization) of EU countries in 2014.



Source: The European Commission – Press release, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4475\\_pl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4475_pl.htm), Access 29.08.2015.

The above chart shows that the ratio of the digital economy and digital society today is determinant of the development of society in twenty-first century, and presented in this topic the Baltic states, as you can see, they are in a good position (eg. are before Poland).

Graph 2. Indicators of socio-economic countries of Central and Eastern Europe in relative size, the state from 2013.



Source: Z. Lach, Analysis of the level of socio-economic development and the power of the states of Central and Eastern Europe, <http://geopolityka.net/analiza-poziomu-rozwoju-spoeczno-ekonomicznego-i-potegi-panstw-europy-srodkowo-wschodniej/>, Access 29.08.2015.

It should be the occasion to mention the EU project “Europe of Knowledge”<sup>4</sup>; it is the heir, as well as a continuator of the above analysis of the reports. What led to the creation of the EU Strategy “Europe 2020” is the EU’s growth strategy for the period from 2010 to 2020. It includes a lot more than just a way out of the crisis, which continues to face many European countries, it focuses namely on the so-called smart growth, which means getting better results in the field of<sup>5</sup>:

- **education** (to encourage to the learning, study and growth of qualifications)
- **research / innovation** (creating new products and services that would boost economic growth and employment and help in solving social problems)
- **digital society** (use of information and communication technologies).

How are the Baltic states prepared to the objectives of the EU Strategy “Europe 2020”, including the implementation of so-called Smart Growth shows the report of European Commission’s from spring 2015. (see. Table 1).

Table 1. Economic situation and prospects for economic development of Lithuania, Latvia and Estonia by European Commission report of 2015.

LITHUANIA	LATVIA	ESTONIA
After a severe recession (with one of the sharpest declines in real GDP in the EU in 2009), the Lithuanian economy returned to strong and stable economic growth path. This is driven by exports and domestic demand state. After that the private investments significantly increased in the first half of 2014. In Lithuania, the labor market is recovering and also recovering the balance, so the unemployment rate is falling.	After a slowdown of economic growth in Latvia in 2014 an increase is expected again in 2015 and 2016. It is estimated that unemployment will fall over the next two years, also it is predicted that inflation will remain low in 2015 and 2016 reflecting the same price of crude oil. Imports will grow faster than exports in terms of quantity, but the current account deficit is likely to remain relatively small due to the categorization of the current trading gains. The deficit in the government sector is to continue in 2015 and 2016 and public debt is supposed to decline after 2016.	Despite the weakening of exports from trade partners in 2008 and 2009, the Estonian economy still remained very flexible, so it is expected real GDP growth and a drop in unemployment in 2016. Unemployment in Estonia, four times in raised and fell in 2009-2015, and that was partly due to the shrinking population of working age. It is expected that the public debt and the budget deficit will remain low in the coming years, and if it will grow it will be very slightly due to, eg. increasing the administrative sector wages planned for 2016.

Source: EUROPE 2020, [http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-your-country/index\\_pl.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-your-country/index_pl.htm), Access 29.08.2015

To sum up. The EU intends to support *smart* growth through three initiatives<sup>6</sup>:

1. The European Digital Agenda wants to create a digital single market based on fast and ultra fast internet and interoperable applications.

2. Within the framework of the so-called Innovation Union, we have to confront climate change, improve energy efficiency and conserve resources, enhance services within health care and stop the negative demographic trends.

3. The youth on the move project is suppose to be a facilitation for young people in order to help them to obtaining internships and studying abroad, moreover, in order to better prepare young people to start in the labor market and improve education at all levels of education and trainings (including a high academic level and equal opportunities).

## 2. Social issues – organized crime

In the case of the Baltic states we are dealing with so-called international organized crime. Uniquely the development of transnational organized crime affects geographic states position. They are in fact on the so-called trade routes of international criminal organizations between sending countries, suppliers and countries-consumers.

Going back to the geography of the Baltic states, it should be mentioned here about the existing critical points of the issue, and these are, among others, long external borders of RMB to which these countries are not questionable. These borders often separate two very different types of legislation, eg. EU and non-EU countries. They cause situations in which cross-border cooperation in law enforcement (becomes time-consuming and difficult) which is fully exploited by the people connected with the criminal world. Thus, such border is conducive to the development of organized crime and illegal markets. Another convenience for fraud in this region, for eg. trade, are large traffic volumes passing through the borders and the lack of quality solutions in the logistics sector. This obliges the EU to promote and support the construction of modern regional approaches the border.

Before EU initiatives will be presented, those to eliminate the activities of transnational organized crime, it should be mentioned here about already existing types of this crime (see. Tab. 2).

Table 2. Transnational organized crime types.

Ways	Types of crime			
	Organized crime of an economic nature	Drug-related crime	Organized crime by criminal characteristics	Corruption
– VAT and excise fraud as well as undercutting public debts – crime in the capital market – crime in the banking market – insurance market crime – crime related to public procurement – crimes against copyright and related – offenses related to reactivation of pre-war companies – illicit trafficking and disposal of waste and hazardous substances – money laundering	– production – smuggling – marketing – “new drugs”	– crime with assault and criminal terror – illegal migration – human trafficking – illicit trafficking in case of weapons, munitions and explosives – crime related to the vehicle theft – forgery in the means of payments and documents – crime to the detriment of the national heritage – crimes on stadiums	– bribery – extortion – Pay favoritism or deception	– cyberterrorism – cybercrime – cyber spying – information warfare

Source: own study based on data from the National Program to prevent and combat organized crime for 2012–2016, the Department of Analysis and Surveillance of Ministry of Internal Affairs, Warsaw 2012, pp. 12–13<sup>8</sup>.

A series of measures to eliminate international organized crime, the European Union implements by four components. The first stage action would be the rating of State OCTA and serious transnational crime. Another part of the cycle is the identification by the Council the limited number of priorities, both regional and Europe-wide. For each of the identified priority areas to be developed Long-term Strategic Plan, in order to achieve a multidisciplinary, integrated approach to effectively counteract priority threats, including both preventive and repressive. The third part of the cycle is the implementation and monitoring of annual operational action plans, which should be linked with the strategic objectives contained in the Multi-Annual Strategic Plans and the multilateralism use as a platform for cooperation in dealing with priority threats<sup>9</sup>.

EU’s strategic objectives for the RMB international organized crime issues are<sup>10</sup>:

- strengthen the cooperation between customs and border guards as well as police forces;
- evaluate the risks for the Baltic Sea Region;
- the creation of a single national co-ordination center;
- the creation of a single national border surveillance system;
- pool resources for the posting of liaison officers to third countries and international organizations;
- take preventive actions against human trafficking.

A valuable fact is that in this context the strategy of the Task Force for combating organized crime in the Baltic Sea region in 2010–2014 has been implemented – Lithuania was the coordinator of the project.

In addition to participation in the structures of the EU Baltic states should maximize the opportunities for international cooperation in preventing and combating organized crime posed other forums and international organizations.

Particularly important in this context is the role of the International Criminal Police Organization – Interpol, Europol, Frontex, OLAF<sup>11</sup>.

In the early 90s new conditions for emigration was created, especially to the post-communist states in RMB, and thus arose in Europe a new trade route called: the Baltic<sup>12</sup>. The factors that lead to illegal emigration of citizens of the Baltic states include<sup>13</sup>: setting authority to create countries with single-national structure, and not as it was in Soviet times, the structure of multinational and related processes, conflicts of ethnic, cultural; lack of confidence in the ruling; unfavorable economic situation, economic crises; unemployment; progressive impoverishment of society as a result of fraud in the redistribution of wealth earmarked for social assistance (Table. 3).

Table 3. European countries, which frequently recruit victims of trafficking.

European destination countries for trafficking victims	European countries of origin of victims of trafficking (very high risk)	European countries of origin of victims of trafficking (high risk)	European countries of origin of victims of trafficking (moderate risk)	European countries where the victims of human trafficking comes from
1	2	3	4	5
Belgium	Albania	Czech Republic	Croatia	Poland
Germany	Bulgaria	Estonia	Serbia	Bosnia and Herzegovina
Grece	Lithuania	Hungary	Montenegro	Czech Republic
Italy	Romania	Latvia	Kosovo	
Austria	Russian Federation	Slovakia	Bosnia and Herzegovina	

Table 3 continuation.

1	2	3	4	5
<b>Netherlands</b>	Ukraine	Poland	Kyrgyzstan	
<b>Denmark</b>	Moldova	Estonia		
<b>France</b>	Belarus	Georgia		
<b>Spain</b>		Armenia		
<b>Switzerland</b>		Uzbekistan		
<b>UK</b>		Kazakhstan		

Source: Handel kobietami i młodymi ludźmi w Europie. Przybornik edukacyjny, ... op. cit., s. 26.

### 3. Cyber Attack

In April of 2007. There has been organized on a large scale cyber attack on the resources essential for the functioning of society and the economy of Estonia or objects of critical infrastructure. Russian hackers seized control of more than one million private computers in 174 countries and created a cybernetic weapon through which in the three weeks time, successfully bombed the servers of the Estonian critical infrastructure banks, the president's office, all ministries, state security and the mass communication – effectively paralyzing their work. Estonians were not able to use online banking, to withdraw the money from the account, the banks have not been able to implement the transaction and suffered millions in losses<sup>14</sup>. According to Prime Minister of Estonia Andrus Ansip: "(...) Estonia tested a new model of cyber warfare. (...) This is the first such attack on an independent state by the Internet"<sup>15</sup>. Therefore, Estonia intensively appealed to the EU and government organizations in RMB to create their own cyber defense policy in order to protect against hackers not only the state system, the military, but primarily the private sector and ordinary citizens. It succeeded on 11 January 2013. When the European Centre for Combating Cybercrime started its activity, which protects citizens and European businesses against crime on the Internet. The Centre has its headquarters at the office of Europol in The Hague (Netherlands)<sup>16</sup>.

However, in Tallinn (Estonia) on 14 May 2008 was established Cyber Defence Centre of Excellence NATO Cooperative. The center is designed to defend against cyber crime, and also organizes educational projects for military and civilian structures of the state, they conduct research and exchange of experience and consultation of the Member States of NATO<sup>17</sup>.

### 4. Violation of human rights

For the last 20 years there have been changes in the development and establishment of democracy in the Baltic States, including human rights. On this road they were carried out two main objectives: to join NATO and the EU. The Baltic states are also parties to a number of international organizations dealing with the protection of human rights. They ratified a whole series of important documents relating to these rights, such as the Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities and the Geneva Convention relating to the Status of Refugees and so on.

The latest report of Amnesty International (2014/2015<sup>18</sup>) shows (see. Table 4) that the Baltic states are still having problems with the implementation of legal obligations relating to human rights even though they are at the forefront of EU countries and technologically advanced civilization.

**Table 4.** Details of the latest Amnesty International report on human rights violations in Lithuania, Latvia and Estonia (2014/2015).

Lithuania	Latvia	Estonia
<u>The main complaint:</u> – The RL Act created the in 2009 concerning the protection of minors, has led to violations of rights and freedoms of lesbian, gay, bisexual, transgender.	<u>The main complaint:</u> – Lesbians, gays, bisexuals, transsexuals are not protected by the government from hatred; - still remains high number of stateless persons do not have at the same time political rights in the country (267.789 thousand of people data from January 2014).	<u>The main complaint:</u> – about 91 000 people remain stateless in Estonia (January 2014) ; – The number of requests of asylum seekers and success rate remains very low.
<u>The rights of lesbian, gay, bisexual, transgender.</u> For transgender people it continues to be denied access to legal gender recognition due to lack of legal provisions.	<u>The rights of lesbian, gay, bisexual, transgender.</u> In September of 2013. RL Parliament adopted amendments to the Act relating to hate crimes. However, sexual orientation and gender identity have not been included in the background which can lead to this kind of aggression. RL Criminal Law still does not recognize incitement to hatred and violence based on race, ethnicity, nationality, religion, disability, age and sex a crime. Only a racist motives are regarded as aggravating circumstances.	<u>The rights of lesbian, gay, bisexual, transgender.</u> <b>Praise.</b> On 9 October the Estonian Parliament adopted a law on cohabitation and it contains records gender neutral, which already enter live from 1 <sup>st</sup> January 2016. The law allows live without a marriage contract, in the persons of the same sex; Such couples will also be able to collect social benefits.

Table 4 continuation.

Lithuania	Latvia	Estonia
<p><u>Torture</u> Allegations that on Lithuania ground the citizen of Saudi Arabia Mustafa al-Hawsawi was tortured and imprisoned on behalf of the US government in 2009.</p>	<p><u>Women's rights</u> Violence in Lithuanian law has still not been defined as a specific crime. In December of 2013., The United Nations Committee Against Torture expressed concern over the lack of protection and insufficient to provide shelter to victims of domestic violence in the republic of Latvia.</p>	<p><u>Discrimination - ethnic minorities</u> – calls in the report that children are stateless and at birth should get automatically citizenship of Estonia; – Ethnic minorities are still disproportionately with other citizens affected by unemployment and poverty; – Knowledge of the state language requirements for employment of people from minority ethnic / national puts them in a very unfavorable and stressful situation.</p>
		<p><u>Asylum seekers</u> The number of applications of asylum seekers remains low.</p>

Source: own study based on data Amnesty International Report 2014/2015, <https://www.amnesty.org/en/countries/>, 28.09.2015.

It is worth adding that the problems of discrimination against minorities in post-communist countries especially in Lithuania, Latvia and Estonia are big and practically unresolved since the early 90s mentioned in many previous reports by Amnesty International especially from the years 1998, 2000, 2006, 2009, 2012, while for eg. in the Nordic countries it the issue has been solved in an optimal way<sup>19</sup>.

<sup>1</sup> R. Runiewicz-Jasińska, *Budowa społeczeństwa informacyjnego na Litwie, Łotwie i w Estonii*, w: J. Sobczak, B. Hordecki (red), *Polityka i media*, WNPiD UAM, Poznań 2008, s. 113–127; R. Runiewicz-Jasińska, *Litwini, Łotysze i Estończycy – społeczeństwem informacyjnym*, w: *Polska we współczesnym świecie. Między zaściankiem a przestrzenią wolności*, Księga jubileuszowa z okazji 65. rocznicy urodzin prof. Karola B. Janowskiego, Adam Marszałek, Toruń 2007, s. 407–423.

<sup>2</sup> The purpose of the “eEurope” is to support the acceleration of the reform and modernization of the economies of the candidate countries to the EU, to stimulate their productivity and to build institutions and improve the overall competitiveness and social cohesion. The report, “eEurope + 2003” is the first full report on the state of implementation of the action plan in the candidate countries. The next report was released at the end of 2005. And it is part of the Lisbon Strategy, which is planned by 2010, to transform the EU into the most competitive and dynamic knowledge-based economy. It is worth to note here the considerable difference between the assumptions of the plan “eEurope 2005” and the earlier concepts. An example may be the fact that a large deference is paid to the very infrastructure of the information society. As the first and most important goals, reference is made to provide multiplatform access to the network (ie not only computers, but also mobile phones, digital TV), characterized by broadband links. More about this on the website of the Ministry of Internal Affairs and Administration, Cooperation, Report of the Steering Committee “eEurope 2005”.

<sup>3</sup> These are the following international agencies analytical and statistical information: International Telecommunication Union (ITU), Emor e-Track, BMF Gallup Media, Andersen Consulting, SIC Gallup Media, TQM Consulting.

<sup>4</sup> For the first time this phrase was used in the Bologna Declaration of 1999 : A Europe of Knowledge is now widely recognized as giving no way to replace the growth factor of social and human growth and as an indispensable component to consolidate and enrich European citizenship, which could equip its citizens with the skills to take challenges of the new millennium, together with an awareness of shared values and participation in a common social and cultural space.

<sup>5</sup> The following text was developed based on the website EUROPE 2020, [http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/priorities/smart-growth/index\\_pl.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/priorities/smart-growth/index_pl.htm), Access 28.08.2015.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> R. Białoskórski, *Cyberzagrożenia w środowisku bezpieczeństwa XXI wieku. Zarys problematyki*, WSCiL, Warszawa 2011, s. 78–79.

<sup>8</sup> However, the execution of the above-mentioned program was abandoned in 2013, taking into account the part of its elements in the current Polish „Programie przeciwdziałania i zwalczania przestępczości gospodarczej na lata 2015–2020”.

<sup>9</sup> A national program to prevent and combat organized crime for 2012–2016, op. cit., p. 17.

<sup>10</sup> EU Communication from the Commission to the European Parliament, RE, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions concerning the European Union Strategy for the Baltic Sea Region, Working Paper, Brussels 2010, pp. 76–78.

<sup>11</sup> A national program to prevent and combat organized crime for 2012–2016, op. cit., pp. 17–19.

<sup>12</sup> R. Runiewicz-Jasińska, *Handel ludźmi – współczesna zbrodnia przeciwko godności. Casus europejskich szlaków handlowych*, w: W. Waclawczyk, K. Żarna (red. red.), *Zbrodnia i kara. Ludobójstwo-zbrodnie wojenne – zbrodnie przeciwko ludzkości*, Adam Marszałek, Toruń 2011, s. 210–227.

<sup>13</sup> *Handel kobietami i młodymi ludźmi w Europie*, Przybornik edukacyjny, Uniwersytet w Padwie, s. 27–38.

<sup>14</sup> R. Białoskórski, *Cyberzagrożenia w środowisku...*, op. cit., s. 50.

<sup>15</sup> Wprost 24, <http://wprost.pl/ar/?o=107407>, 10.06.2012 r.

<sup>16</sup> The European Centre for. Combating Cybercrime opens for business on January 11, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-13\\_pl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-13_pl.htm), as at 30.08.2015.

<sup>17</sup> NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, <https://ccdcoe.org/about-us.html>, access : 24.08.2015 r.

<sup>18</sup> Amnesty International Report 2014/15, [http://amnesty.org.pl/uploads/media/Raport\\_roczny\\_2015\\_PL\\_wyb%C3%B3r\\_ost.pdf](http://amnesty.org.pl/uploads/media/Raport_roczny_2015_PL_wyb%C3%B3r_ost.pdf), Access: 28.09.2015 r.

<sup>19</sup> Many on this topic in the studies of R. Runiewicz-Jasińska: The rights of the Polish minority in the Baltic states sovereign and bilateral accords, Krakow Lesser Studies, 2003, No. 7; Protecting the rights of the Polish minority in Lithuania, Latvia and Estonia after 1991, Lithuania, Warsaw 2002, No. 1/2 (42/43); Protection of minority rights in international law, ATHENAENUM, Torun 2002, No. 8; The problems of national minorities (for example the Polish minority) in sovereign Baltic states (Lithuania, Latvia, Estonia) in 1991–2001, in A.W. Mikołajczyk, M. Walczak-Mikołajczykowa (ed. Ed.), Latin and Byzantine tradition against the idea of European unity, University. Adam Mickiewicz University in Poznan, the Collegium Europaeum Gnesense, Poznan 2003; Violations of human rights in Lithuania, in Charter of Fundamental Rights of the EU. A new chance for human rights?, (ed.) W. Waclawczyk, Warsaw 2010.

### Bibliography

1. R. Białoskórski, *Cyberzagrożenia w środowisku bezpieczeństwa XXI wieku. Zarys problematyki*, WSciL, Warszawa 2011, ss. 130.
2. R. Runiewicz-Jasińska, *Budowa społeczeństwa informacyjnego na Litwie, Łotwie i w Estonii*, w: J. Sobczak, B. Hordecki (red), *Polityka i media*, WNPiD UAM, Poznań 2008, ss. 363.
3. R. Runiewicz-Jasińska, *Litwini, Łotysze i Estończycy – społeczeństwem informacyjnym*, w: *Polska we współczesnym świecie. Między zaściankami a przestrzenią wolności*, Księga jubileuszowa z okazji 65. rocznicy urodzin prof. Karola B. Janowskiego, Adam Marszałek, Toruń 2007, ss. 472.
4. R. Runiewicz-Jasińska, *Handel ludźmi – współczesna zbrodnia przeciwko godności. Casus europejskich szlaków handlowych*, w: W. Waclawczyk, K. Żarna (red. red.), *Zbrodnia i kara. Ludobójstwo-zbrodnie wojenne – zbrodnie przeciwko ludzkości*, Adam Marszałek, Toruń 2011, s. 314.
5. *Handel kobietami i młodymi ludźmi w Europie*, Przybornik edukacyjny, Uniwersytet w Padwie, ss. 24.
6. R. Runiewicz-Jasińska, *Prawa mniejszości polskiej w suwerennych państwach nadbałtyckich a układy bilateralne*, „Krakowskie Studia Małopolskie”, Kraków 2003, nr 7, ss. 434.
7. R. Runiewicz-Jasińska, *Ochrona praw mniejszości polskiej na Litwie, Łotwie i w Estonii po 1991 roku*, „Lithuania”, Warszawa 2002, nr 1/2 (42/43), ss. 304.
8. R. Runiewicz-Jasińska, *Ochrona praw mniejszości w prawie międzynarodowym*, ATHENAENUM, Toruń 2002, nr 8, ss. 413.
9. R. Runiewicz-Jasińska, *Problemy mniejszości narodowych (na przykładzie mniejszości polskiej) w suwerennych państwach nadbałtyckich (Litwa, Łotwa, Estonia) w latach 1991–2001*, w: A.W. Mikołajczyk, M. Walczak-Mikołajczykowa (red. red.), *Tradycja łacińska i bizantyjska wobec idei jedności europejskiej*, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Collegium Europaeum Gnesense, Poznań 2003, ss. 458.
10. R. Runiewicz-Jasińska, *Przypadki łamania praw człowieka na Litwie*, w: (red.) W. Waclawczyk, *Karta praw podstawowych UE. Nowa szansa dla praw człowieka?*, Warszawa 2010, ss. 263.

### Internet sources:

11. Wprost 24, <http://wprost.pl/ar/?o=107407>
12. Europejskie Centrum ds. Walki z Cyberprzestępczością rozpoczyna działalność 11 stycznia, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-13\\_pl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-13_pl.htm)
13. NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, <https://ccdcoe.org/about-us.html>
14. Raport Amnesty International 2012, <http://www.amnesty.org/en/news/report-2012-no-longer-business-usual-tyranny-and-injustice>
15. Raport Amnesty International 2014/15, [http://amnesty.org.pl/uploads/media/Raport\\_roczny\\_2015\\_PL\\_wyb%C3%B3r\\_ost.pdf](http://amnesty.org.pl/uploads/media/Raport_roczny_2015_PL_wyb%C3%B3r_ost.pdf)

### Резюме

#### **Runiewicz-Jasińska R. Poruшення прав людини в епоху цивілізації і технологічного суспільства на прикладі країн Прибалтики (Литва, Латвія, Естонія).**

Країни Балтії (Литва, Латвія і Естонія) є одними з найрозвиненіших серед країн Європейського Союзу з точки зору цивілізації і технології. Незважаючи на вищезазначений соціальний прогрес, порушення прав людини, організована злочинність та боротьба з тероризмом залишаються нагальними проблемами. Наприклад, Естонія входить до першої десятки списку країн-членів з високо розвинутою цифровою економікою і високою швидкістю інформаційного (цифрового) суспільства. Водночас у Міжнародній доповіді йдеться, що на січень 2014 р. на території Естонії налічувалося 91 тис. осіб без громадянства (Естонія має населення 1 млн 325 тис. осіб, дані 2013 р.). У Латвії ситуація ще гірша – 267 тис. 789 жителів без громадянства (Латвія налічує 2 млн 13 тис. населення, дані 2013 р.). Це означає, що вони там не мають ніяких політичних прав. Мета цієї статті – показати, що вище згаданий людський розвиток не рівнозначно відповідає правам людини. Ці права є ознакою демократичної зрілості країни в XXI столітті.

**Ключові слова:** країни Балтії, права людини, розвиток цивілізації, технологічний розвиток, інформаційне суспільство, розвиток оцифрування, інтелектуальний розвиток, організована злочинність, кібератака, доповідь «Електронна Європа +2000 і 2005», стратегія «Європа 2020».

### Резюме

#### **Runiewicz-Jasińska R. Нарушение прав человека в эпоху цивилизации и технологического общества на примере стран Прибалтики (Литва, Латвия, Эстония).**

Страны Балтии (Литва, Латвия и Эстония) являются одними из наиболее развитых среди стран Европейского Союза с точки зрения цивилизации и технологии. Несмотря на вышеупомянутый социальный прогресс, нарушения прав человека, организованная преступность и борьба с терроризмом остаются насущными проблемами. Например, Эстония находится в первой десятке списка стран-членов с высоко развитой цифровой экономикой и высокой скоростью информационного (цифрово-

го) общества. В то же время в Международном докладе говорится, что на январь 2014 г. на территории Эстонии насчитывалось 91 тыс. лиц без гражданства (Эстония имеет население 1 млн 325 тыс. человек, данные 2013 г.). В Латвии ситуация еще хуже – 267 тыс. 789 жителей без гражданства (Латвия насчитывает 2 млн 13 тыс. населения, данные 2013 г.). Это означает, что они там не имеют никаких политических прав. Цель этой статьи – показать, что вышеупомянутое развитие общества не равнозначно соответствует правам человека. Эти права являются признаком демократической зрелости страны в XXI веке.

**Ключевые слова:** страны Балтии, права человека, развитие цивилизации, технологическое развитие, информационное общество, развитие оцифровки, интеллектуальное развитие, организованная преступность, кибератака, доклад «Электронная Европа +2000 и +2005», стратегия «Европа 2020».

#### Summary

#### **Runiewicz-Jasińska R. Violation of human rights in the era of civilization and technological society on the example of the Baltic states (Lithuania, Latvia, Estonia).**

The Baltic States (Lithuania, Latvia and Estonia) are one of the most developed countries within European Union in terms of civilization and technology. Violation of human rights, organized crime and counter-terrorism remain pressing problems despite the aforementioned social progress. For example, Estonia is in the top ten list of the Member States with high digital economic growth rate and high digital society rate. At the same time, in the report of International it is stated that on Estonian territory there were 91,000 stateless persons in January 2014 (Estonia has a population of 1 million 325 thousand people, data from 2013). In Latvia the situation is even worse since there are 267,789 inhabitants who are stateless persons. It means that they do not have any political rights there. (Latvia has a population of 2 million 13 thousand people, data from 2013). The aim of this article is to show that the above mentioned human development is not tantamount to responsibility of authorities in terms of human rights. Those rights are the sign of the democratic maturity of a country in the 21<sup>st</sup> century.

**Key words:** the Baltic states, human rights, development of civilization, technological development, the digital society, the development of digitization, intelligent development, organized crime, cyber attack, the report “eEurope + 2000 and 2005”, the strategy “Europe 2020”.

УДК 341.1/8; 347.8

#### **В. В. СЕМЕНЯКА**

*Василь Васильович Семеняка, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

### **АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ КОСМІЧНОГО ПРОСТОРУ ВІД ТЕХНОГЕННОГО ЗАСМІЧЕННЯ**

Одним із актуальних питань сучасної теорії та практики міжнародного космічного права є забезпечення діяльності у сфері дослідження і використання космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла. Необхідно констатувати, що поряд із очевидними благами освоєння космічного простору для всього людства, здійснення космічної діяльності супроводжується його засміченням об'єктами техногенного походження, які називають «космічним сміттям». До категорії об'єктів космічного сміття відносять нефункціонуючі космічні апарати, розгінні блоки, останні ступені ракет-носіїв, їхні фрагменти, операційні елементи запусків та ін. Теперішнє перевантаження космічного простору об'єктами космічного сміття становить реальну загрозу реалізації міжнародних та національних космічних проектів і програм.

Сучасне міжнародне космічне право, на жаль, не вирішує глобальну проблему охорони навколомного космічного простору від техногенного засмічення. Загальне положення статті IX Договору про принципи діяльності держав по дослідженню і використанню космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла<sup>1</sup> (далі – Договір про космос) щодо обов'язку держав-учасниць даного Договору з проведення вивчення і дослідження космічного простору, таким чином, щоб уникати їх шкідливого забруднення, не має належного міжнародно-правового механізму реалізації. Іншими словами, норми міжнародного космічного права не містять конкретного міжнародно-правового механізму запобігання утворення космічного сміття та його видалення з космічного простору.

У світлі інтенсифікації господарської діяльності, пов'язаної з безпосереднім дослідженням та використанням космічного простору, міжнародно-правова проблема космічного сміття належить до нових викликів у галузі сучасного міжнародного космічного права.

У вітчизняній та зарубіжній юридичній літературі фактично відсутні розробки щодо міжнародно-правової охорони космічного простору від техногенного засмічення. У роботах Ю. С. Шемшученка, Н. Р. Малишевої, С. П. Малкова та Г. П. Жукова розглядалися окремі міжнародно-правові аспекти запобігання утворення космічного сміття. При цьому в науці міжнародного космічного права не проводилися наукові дослідження міжнародно-правових засад очищення космічного простору від космічного сміття.



Термін «космічне сміття» з'явився в лексиконі міжнародного космічного права фактично із початком активного здійснення діяльності у сфері дослідження та використання космічного простору. Його поява зумовлена потребою означення космічних об'єктів, які використали свій експлуатаційний ресурс та завершили активне функціонування, але продовжують надалі перебувати в космічному просторі. При цьому загальна кількість нефункціонуючих космічних об'єктів з кожним роком зростає.

Космічне сміття несе потенційну загрозу передусім для суб'єктів космічних правовідносин, оскільки існує ймовірність ризику зіткнення об'єктів космічного сміття з функціонуючими космічними апаратами та/або космічними об'єктами, що запускаються. Не виключається також падіння космічного сміття на Землю та завдання шкоди третім особам. Разом із тим, слід відзначити, що зіткнення об'єктів космічного сміття зумовлюють їх фрагментацію та подальше техногенне засмічення космічного простору.

У сучасному міжнародному космічному праві немає офіційного визначення терміна «космічне сміття». На доктринальному рівні термін «космічне сміття» зазвичай використовується для означення усіх нефункціонуючих антропогенних об'єктів, включаючи їхні фрагменти та елементи, що перебувають на навколосемній орбіті або повертаються в атмосферу Землі<sup>2</sup>.

Найбільша частина космічного сміття утворилася у пріоритетних напрямках провадження космічної діяльності: на низькій (на висотах 200–2000 км над поверхнею Землі) та геостационарній (на висоті приблизно 35 786 км. над поверхнею Землі) орбітах. За каталізованими базами даних спостережень за космічним простором, станом на 30 вересня 2015 р. на низькій навколосемній орбіті знаходилося 13 123 космічних об'єктів, з яких 764 функціонуючих космічних апарати і 12 359 об'єктів космічного сміття. При цьому на геостационарній орбіті перебувала 1 455 космічних об'єктів, з яких 466 – це функціонуючі космічні апарати та 989 об'єктів космічного сміття<sup>3</sup>. Як бачимо, загальна кількість космічного сміття значно перевищує кількість функціонуючих космічних апаратів.

Наразі, як свідчить космічна практика, наявні непоодинокі випадки фрагментації космічних об'єктів, що відбувається унаслідок їхнього зіткнення, вибухів тощо. Особливу небезпеку становлять зіткнення космічних апаратів з ядерними джерелами енергії на борту. Розпадання космічних об'єктів на дрібні частини сприяє збільшенню космічного сміття. Зіткнення 10 лютого 2009 р. функціонуючого комерційного супутника американської компанії супутникового зв'язку Iridium-33 з нефункціонуючим військовим російським супутником зв'язку «Космос-2251» стало причиною утворення в космічному просторі нового космічного сміття в кількості 2 267 техногенних об'єктів<sup>4</sup>.

Техногенне засмічення космічного простору відбувається також унаслідок руйнування космічних об'єктів. Так, наприклад, 11 січня 2007 р. Китаєм було проведено випробування балістичної протисупутникової ракети, ціллю якої став власний метеорологічний супутник «Феньюнь-1С». У результаті цих дій сталася фрагментація космічного об'єкта та утворення 3 390 нових об'єктів техногенного походження<sup>5</sup>. В обох випадках йдеться про об'єкти космічного сміття розмірами понад 10 см і більше<sup>6</sup>, знаходження та переміщення яких в космічному просторі контролюється за допомогою радіолокаційно-оптичних засобів спостереження.

Збільшення техногенного навантаження на навколосемний космічний простір становить реальну загрозу для безпечної реалізації космічних проєктів і програм. Зокрема, найбільший космічний об'єкт, який перебуває в космічному просторі – Міжнародна космічна станція, декілька раз на рік змінює орбіту розташування задля уникнення можливого зіткнення з об'єктами космічного сміття<sup>7</sup> зважаючи на їх відносну швидкість орієнтовно 10 км/с<sup>8</sup>. Водночас зростають ризики виникнення спірних ситуацій між суб'єктами космічної діяльності по факту зіткнення космічних об'єктів з космічним сміттям тощо. Існують ризики неконтрольованого падіння космічного сміття на Землю та завдання шкоди фізичним та юридичним особам, забруднення навколишнього середовища.

Вочевидь подальше техногенне засмічення космічного простору може стати перешкодою для провадження діяльності у сфері дослідження та використання космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла. У світлі цих подій та обставин надзвичайно актуалізується необхідність розв'язання міжнародно-правової проблеми забезпечення охорони навколосемного космічного простору від техногенного засмічення.

Проблема техногенного засмічення космічного простору протягом багатьох років перебуває в центрі уваги Комітету ООН з використання космічного простору в мирних цілях. Обидва його підкомітети – Науково-технічний та Юридичний підкомітет проводять комплексні дослідження з визначення техніко-юридичних способів мінімізації утворення космічного сміття. Результатом їхньої роботи є розробка Керівних принципів попередження утворення космічного сміття<sup>9</sup> (далі – Керівні принципи), які прийняті Комітетом ООН з використання космічного простору в мирних цілях та схвалені резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № A/RES/62/217 від 01.02.2008 р.

Безумовно, закладені в цьому документі технічні умови мають загальне позитивне значення для попередження утворення космічного сміття. Певним технічним заходом у напрямі охорони затребуваних частин космічного простору (геостационарної орбіти) можна вважати рекомендацію щодо спрямування космічних апаратів після завершення їх програми польоту на визначені орбіти «захоронення». Очевидно, що переміщення космічного сміття та утворення «кладовищ» космічних об'єктів не є ефективним способом вирішення проблеми міжнародно-правової охорони навколосемного космічного простору від техногенного засмічення.

На наш погляд, лише заходів із мінімізації утворення космічного сміття явно недостатньо для забезпечення сталого розвитку космічної діяльності, гарантування довгострокового та безперешкодного доступу суб'єктів космічної діяльності до навколосемного космічного простору, його дослідження та використання в

інтересах теперішніх та майбутніх поколінь. Головна міжнародно-правова проблема реалізації Керівних принципів полягає в тому, що вони підлягають застосуванню державами виключно у добровільному порядку. Інакше кажучи, Керівні принципи не є юридично обов'язковими до виконання згідно з нормами міжнародного космічного права. За таких обставин висловлена рекомендація щодо практичного впровадження даних Керівних принципів через національне космічне законодавство.

Сучасною тенденцією розвитку міжнародного і національного космічного права є формування національно-правових механізмів щодо охорони космічного простору від техногенного засмічення на підставі Керівних принципів. Саме на рівні національного космічного законодавства формуються конкретні правові механізми щодо мінімізації утворення космічного сміття.

Як свідчить проведене дослідження, на рівні національного космічного законодавства деяких країн містяться конкретні правові основи запобігання техногенному засміченню космічного простору. Зокрема, в актах національного космічного законодавства України і Російської Федерації дається тлумачення терміну «космічне сміття». Відповідно до п.п 3.8 Правил космічної діяльності в Україні «Обмеження засмічення навколоземного космічного простору при експлуатації космічної техніки», космічне сміття – це нефункціонуючі техногенні об'єкти та їх фрагменти, які розташовані в космічному просторі або повертаються в атмосферу<sup>10</sup>. Національний стандарт Російської Федерації «Загальні вимоги до космічних засобів по обмеженню техногенного засмічення навколоземного космічного простору» під терміном «космічне сміття» розглядає всі космічні об'єкти штучного походження (включаючи фрагменти або частини таких об'єктів), які знаходяться на навколоземній орбіті та закінчили своє активне функціонування<sup>11</sup>. Вочевидь визначення термінів «космічне сміття» має різне техніко-юридичне наповнення, яке обумовлює особливості реалізації заходів з мінімізації утворення космічного сміття, міжнародної відповідальності за завдану шкоду тощо.

Водночас національне космічне законодавство передбачає особливості реалізації технічних вимог з обмеження техногенного засмічення навколоземного космічного простору. Наприклад, вимоги щодо обмеження засмічення навколоземного космічного простору при експлуатації космічної техніки в Україні не підлягають застосуванню до космічних об'єктів військового та подвійного призначення.

Національно-правові заходи, як бачимо, фактично спрямовані на мінімізацію утворення космічного сміття, при цьому не розв'язується проблема очищення космічного простору від об'єктів техногенного походження. Її невирішеність зберігає високою імовірність насамперед можливих зіткнень функціонуючих космічних апаратів з космічним сміттям. Ці обставини негативного характеру актуалізують потребу розв'язання проблеми видалення космічного сміття. Це є складною міжнародно-правовою проблемою, оскільки нормами і принципами сучасного міжнародного космічного права не передбачено обов'язку суб'єктів міжнародних правовідносин щодо очищення навколоземного космічного простору. Іншими словами, утворення та існування космічного сміття не зумовлює виникнення міжнародного зобов'язання з його видалення.

Поміж тим, слід мати на увазі, що процес реалізації операцій з видалення космічного сміття супроводжується ризиками заподіяння шкоди третім особам унаслідок падіння космічних об'єктів на Землю, їх зіткнення з функціонуючими космічними апаратами, повітряними суднами тощо. У цьому випадку запускаюча держава (держава, яка здійснює або організує запуск космічного об'єкта; з території або установок якої здійснюється запуск об'єкта) нестиме міжнародну відповідальність за шкоду, завдану космічними об'єктами або їх складовими частинами на Землі, у повітряному або в космічному просторі, включаючи Місяць та інші небесні тіла, іншій державі, її фізичним або юридичним особам (стаття VII Договору про космос). Відтак є потреба організації та проведення страхування відповідальності перед третіми особами на стадії видалення об'єктів космічного сміття з одночасним включенням до договору космічного страхування інших учасників даного проекту в якості застрахованих осіб.

Разом із тим, коли космічний об'єкт запускається на орбіту навколо Землі або далі в космічний простір, запускаюча держава реєструє цей космічний об'єкт шляхом запису у відповідному реєстрі, який нею ведеться (стаття II Конвенції про реєстрацію об'єктів, що запускаються в космічний простір<sup>12</sup>). Юрисдикцію і контроль над космічним об'єктом під час його знаходження в космічному просторі, як це передбачено статтею VIII Договору про космос, зберігає саме держава реєстрації, до реєстру якої занесено космічний об'єкт. Звідси, державою реєстрації визнається запускаюча держава, до реєстру якої занесено космічний об'єкт. При цьому право власності на космічні об'єкти, запущені в космічний простір та їх складові частини залишаються непорушеними під час їх знаходження в космічному просторі або на небесному тілі, або після повернення на Землю.

Однак, як свідчить космічна практика, певна кількість космічних об'єктів незареєстрована в національних реєстрах, що ускладнює визначення держави реєстрації. Крім того, внаслідок фрагментації та зіткнень космічних об'єктів утворюється велика кількість їхніх дрібних частин, стосовно яких неможливо провести ідентифікацію їхньої належності: визначити власника та/або державу реєстрації космічного об'єкта. У цьому випадку вирішення даної проблеми доцільно здійснювати на міжнародному рівні шляхом утворення суб'єктами міжнародного космічного права спеціального фонду зі спільного фінансування операцій по видаленню відповідних об'єктів космічного сміття з космічного простору. Наразі ефективним було б створення під егідою Організації Об'єднаних Націй міжнародної космічної організації з очищення навколоземного космічного простору, на базі якої здійснити акумуляцію та систематизацію сучасних космічних технологій по видаленню космічного сміття. Одночасно на організацію слід покласти здійснення міжнародного моніторингу (спостереження) за об'єктами космічного сміття, попередження зіткнень аналізованого космічного сміття з функціонуючими космічними апаратами та ін.

Підсумовуючи сказане, необхідно констатувати, що міжнародне космічне право не справляється з сучасними викликами та загрозами, пов'язаними з техногенним засміченням навколоземного космічного простору. Запорукою сталого розвитку космічної діяльності в інтересах теперішніх і майбутніх поколінь є необхідність розробки ефективних міжнародно-правових інструментів, спрямованих на запобігання утворення та очищення космічного простору від космічного сміття, які будуть обов'язкові до виконання усіма суб'єктами космічних правовідносин.

Забезпечення прогресивного розвитку міжнародного космічного права потребує уніфікації визначення терміна «космічне сміття», закріплення відповідальності за техногенне засмічення космічного простору. При цьому за допомогою механізмів національно-правового регулювання має бути забезпечено виконання міжнародно-правових заходів з мінімізації утворення космічного сміття з метою охорони навколоземного космічного простору від техногенного засмічення. Складовими елементами міжнародно-правового механізму очищення навколоземного космічного простору має стати запровадження обов'язку держави реєстрації космічних об'єктів по здійсненню видалення утвореного космічного сміття, а також міжнародної відповідальності держав за засмічення космічного простору об'єктами техногенного походження. Саме держави мають нести міжнародну відповідальність, оскільки на них покладається зобов'язання забезпечити відповідність здійснюваної національної космічної діяльності нормам і принципам міжнародного космічного права.

<sup>1</sup> Космічне право України: Збірник національних і міжнародних правових актів: Вид. 5-те, переробл. та допов. / Відп. ред.: Е. І. Кузнєцов, Н. Р. Малишева. – К.: Атіка, 2007. – С. 195–201.

<sup>2</sup> Див.: *Шемшученко Ю. С.* Космічне право: Підручник. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2012. – С. 109.

<sup>3</sup> События в околоземном космическом пространстве: Центральный научно-исследовательский институт машиностроения. – 2015. – Выпуск 6 (61). – 44 с.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.aspos.mcc.rsa.ru/pls/apex/aspos\\_okp\\_portal.wvp\\_publications\\_doc.download?p\\_publication\\_id=510](http://www.aspos.mcc.rsa.ru/pls/apex/aspos_okp_portal.wvp_publications_doc.download?p_publication_id=510)

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Там само.

<sup>6</sup> Бюллетень «Пилотируемые космические полеты»: Центральный научно-исследовательский институт машиностроения. – 2013. – Вып. 33. – С. 4: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://knts.tsniimash.ru/ru/site/Bulletin.aspx>

<sup>7</sup> Там само.

<sup>8</sup> *Пилькевич И. А.* Использование гидродинамической модели объемно-распределенного объекта при каталогизации мелких осколков космического мусора // Реєстрація, зберігання і оброб. даних. – 2006. – Т. 8. – № 1. – С. 9–16.

<sup>9</sup> Руководящие принципы Комитета по использованию космического пространства в мирных целях по предупреждению образования космического мусора: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/space\\_debris.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/space_debris.shtml)

<sup>10</sup> Правила космічної діяльності в Україні (УРКТ – 11.03). Обмеження засмічення навколоземного космічного простору при експлуатації космічної техніки: наказ Національного космічного агентства України від 19.07.2006 р. № 204. – К.: НКАУ, 2006. – С. 3.

<sup>11</sup> ГОСТ Р 52925-2008. Изделия космической техники. Общие требования к космическим средствам по ограничению техногенного засорения околоземного космического пространства: приказ Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии от 09.06.2008 г. № 120-ст / Национальный стандарт Российской Федерации. – М.: Стандартинформ, 2008. – С. 2.

<sup>12</sup> Космічне право України: Збірник національних і міжнародних правових актів: вид. 5-те, переробл. та допов. / Відп. ред.: Е. І. Кузнєцов, Н. Р. Малишева. – К.: Атіка, 2007. – С. 215–220.

#### Резюме

**Семеняка В. В.** Актуальні проблеми міжнародно-правової охорони космічного простору від техногенного засмічення.

У статті досліджуються теоретичні і практичні аспекти міжнародно-правової проблеми засмічення космічного простору об'єктами техногенного походження. Визначаються можливі напрямки її вирішення з метою охорони навколоземного космічного простору та забезпечення сталого розвитку космічної діяльності.

**Ключові слова:** космічний об'єкт, космічний простір, космічне сміття, техногенне засмічення, міжнародне космічне право.

#### Резюме

**Семеняка В. В.** Актуальные проблемы международно-правовой охраны космического пространства от техногенного засорения.

В статье исследуются теоретические и практические аспекты международно-правовой проблемы засорения космического пространства объектами техногенного происхождения. Определяются возможные направления ее решения с целью охраны околоземного космического пространства и обеспечения устойчивого развития космической деятельности.

**Ключевые слова:** космический объект, космическое пространство, космический мусор, техногенное засорение, международное космическое право.

#### Summary

**Semenyaka V.** Actual problems of international legal protection space of anthropogenic contamination

The article examines the theoretical and practical aspects of international legal problems of space debris objects of anthropogenic origin. Identify possible directions of its decision to protect the adjacent space and sustainable development of space activities.

**Key words:** space object, space, space debris, industrial pollution, international space law.

**О. В. ЧЕРНЕЦЬКА, В. С. ШИЛІНГОВ**

*Олена Василівна Чернецька, кандидат юридичних наук, доцент, проректор Київського університету права НАН України*

*Володимир Сергійович Шилінгов, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі*

**ПРАВО АНГЛІЇ ЯК КЛАСИЧНА МОДЕЛЬ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА**

Сучасний етап розвитку та функціонування національних правових систем зумовлений їх тісною взаємодією та взаємним проникненням, що зрештою приводить до зближення та стирання кардинальних відмінностей між ними. Зокрема, одним із напрямів правової конвергенції є розширення системи джерел права, застосування принципів права в юридичній практиці національних правових систем як у межах романо-германського типу права, так і в межах загального права.

Так, Україна запозичила принцип верховенства права із загального типу права. Крім того, в національній юриспруденції триває дискусія щодо судового прецеденту як джерела права. Актуальність наукового дослідження в межах даної статті обумовлена об'єктивними проблемами, що постали перед національною правовою системою, пов'язаними із проведенням судово-правової реформи в Україні. З'ясування специфіки застосування принципу верховенства права та особливостей здійснення судом правотворчої діяльності можливо розглядати в якості потенційних напрямів проведення зазначеної реформи.

Справді, необхідність проведення масштабної судової реформи поставило перед Україною завдання щодо закріплення статусу суду як незалежного та неупередженого державного органу, що забезпечує дотримання законності й справедливості. Одним із вірогідних шляхів досягнення цього є можливість набуття певними рішеннями вищих судів України прецедентного характеру. Безсумнівно, що при відповіді на питання як про доцільність надання правотворчих повноважень судовій владі, так і про їхній обсяг та порядок здійснення необхідно враховувати відповідний досвід інших розвинутих країн, наприклад Англії. Англійське право з усіх точок зору є класичним зразком функціонування судового прецеденту, тому його аналіз дає змогу найбільш рельєфно виявити позитивні та негативні властивості врегулювання суспільних відносин за допомогою прецедентного права<sup>1</sup>.

Особливістю права Англії є безперервний та поступальний його розвиток. За всю свою багатовікову історію англійське право не зазнало великих потрясінь і перетворень, як це було в інших країнах, зокрема у Франції в 1793 р. або в Росії в 1917 році.

В Англії ми не знайдемо поділу на до та післяреволюційне право, а це є свідченням, що діюче право та його інститути ніколи не відривались від свого історичного коріння і традицій. Англійське право не знало оновлення ні на базі римського права, ні в силу кодифікації, що є характерним для країн, які належать до романо-германського типу права. Воно розвивалось автономним шляхом і минуле органічно трансформувалося в сучасне.

У силу своєрідності англійської правової системи відмінність її правової теорії від історії майже непомітна. Тому аналіз англійського права, як правило, майже завжди більше нагадує дослідження його історії.

Британські острови тривалий час перебували у складі Римської імперії (приблизно 350 років). Систематичне завоювання Британії Римом розпочалося у 43 р. н.е. і завершилось в основному до 60-х р. н.е. Панування Риму тривало до 410 р., коли указом імператора Гонорія римський протекторат над Британією був знищений.

Безумовно, в цей час на підкорених територіях панувало римське право. Однак практично одночасно із знищенням римського протекторату припиняє свою дію і римське право.

Після того як римляни полишили Британські острови, починається англо-саксонське завоювання. Витіснивши римлян з Британських островів під час Великого переселення народів, англійці та сакси, подібно іншим германським племенам, принесли із собою своє родове право, що містило характерні для германського родового суспільства право примирення<sup>2</sup>.

Вважається, що представники германських племен з'явилися у Британії ще в період Римського панування, як найманці у складі римських легіонів. Утвердження їхньої влади на острові відбувалася поступово, протягом століття, в результаті військових бунтів, вторгнень із континенту та шлюбних союзів<sup>3</sup>.

Англо-саксонський період історії Англії охоплює в цілому шість століть – із середини V століття до 1066 р., тобто до нормандського завоювання, яке здійснило революцію в англійському праві.

Незважаючи на тривалий період панування римського права на Британських островах, після закінчення римського протекторату на цих землях ми практично не зустрічаємо його слідів. Таким чином, римське право практично ніяк не вплинуло на формування правової системи Англії.

В історії права Англії можна виділити чотири основних періоди, а саме: I – передував нормандському завоюванню 1066 р.; II – від 1066 р. до встановлення династії Тюдорів (1485 р.), – це період становлення загального права, коли воно утверджується, долаючи опір місцевих звичаїв; III – з 1485 р. по 1832 р., – період розквіту загального права, хоча воно і вимушене було піти на компроміс з додатковою правовою системою, яка знайшла своє відображення в «нормах справедливості»; IV – з 1832 р. і по наш час, коли загальне право зіткнулося з небаченим розвитком законодавства і йому необхідно пристосовуватись до суспільства, де постійно зростає значення державної адміністрації.

Своїм корінням англійське право сягає в далеке минуле. До 1066 р., тобто до нормандського завоювання, не існувало загального права, в Англії в цей час була відсутня централізована правова система. Право цього періоду являло собою лише місцеві звичаї патріархальних англосаксонських племен. Місцеві суди здійснювали правосуддя на підставі місцевих звичаїв і традицій. У силу своєї локальності місцеві звичаї різних територій суттєво різнилися між собою. По суті до нормандського завоювання англосаксонське право було архаїчним, тобто дофеодальним.

Після завоювання було створено централізовану систему правління, зокрема старі суди були замінені феодальною юрисдикцією нового типу, однак правосуддя продовжувало здійснюватись на підставі звичаєвого права локального характеру, але згодом з'являються судові рішення, що поширюють свою дію на територію всієї Англії. Таким чином, відбувається формування загального права. Загальне право – право англійське і загальне для всієї Англії, було створене виключно королівськими судами. Король здійснював лише «вищий суд». Він втручався в справи лише у виняткових випадках, а саме, якщо існувала загроза миру в королівстві, або обставини справи були такі, що її неможливо було вирішити у звичайному порядку. Втручання королівських судів обмежувалося головним чином трьома категоріями справ: справами, що стосувались королівських фінансів, справами, що стосувались земельної власності та нерухомості і тяжкими кримінальними злочинами, що порушували мир в королівстві. Всі інші справи, крім зазначених трьох категорій, як і раніше вирішувались судами графств, феодальними або церковними судами, тобто перебували поза королівською юрисдикцією. Однак компетенція королівських судів поступово розширювалась і в кінці середніх віків вони перетворилися на єдиний орган правосуддя. Система норм, створених королівськими судами, і є загальним правом. Воно мало обов'язкову силу як для королівських суддів, так і для нижчестоящих судів.

Під загальним правом розуміють право в тому значенні, що воно є загальним для всієї країни, тобто розроблялось у загальнонаціональному масштабі, на протигагу місцевим звичаям.

Однак поряд з нормами загального права, які склалися в процесі діяльності королівських судів, що також називалися судами загального права, англійське право включає і норми права справедливості, які вносять доповнення або поправки до норм загального права, однак не змінюють його сутності.

У тих випадках, коли обмежена компетенція королівських судів робила неможливим розгляд або вирішення справи, зневірена сторона могла звернутися безпосередньо до монарха – джерела справедливості та милості, для того, щоб домогтися справедливості. Це зумовило необхідність створення спеціальної юрисдикції, що ґрунтувалася на королівській прерогативі, спрямованій на пом'якшення і доповнення норм загального права та вирішення питань відповідно до вимог моралі і совісті.

Отже, починаючи з XIV ст. приватні особи, які не мали можливості домогтися рішення в королівських судах, або у випадку невдоволення прийнятим рішенням у їх справі, звертались до монарха з проханням втрутитися для прийняття справедливого рішення. У подальшому такі справи розглядались судом лорда-канцлера і рішення, винесені за ними на підставі застосування доктрин «справедливості», являли собою доповнення або корективи до правових принципів, що застосовувались королівськими судами, тобто судами загального права.

Судова реформа 1873–1875 рр. (Новий акт про судоустрій) фактично об'єднала загальне право і право справедливості, канцлерські суди з судами загального права. Після 1875 р. норми загального права і права справедливості почали застосовуватись одними і тими ж судами, при цьому норми права справедливості перетворились на органічну частину єдиного прецедентного права Англії.

Право справедливості трактується як сукупність норм, які покликані корегувати англійське право і є на сьогодні його невід'ємною частиною.

Головним джерелом англійського права є судова практика. Англійське право – це право судової практики. Судова практика в Англії не лише застосовує, а й створює норми права. Правила, що містяться в судових рішеннях, повинні застосовуватись в подальшому при розгляді аналогічних справ. Правило прецедента, яке зобов'язує англійських суддів дотримуватись рішень, що були прийняті їх попередниками, утвердилося з першої половини XIX століття.

Вивчення судової практики передбачає знання основних принципів англійського судоустрою. В Англії існує поділ на високе правосуддя (воно здійснюється вищими судами) і низьке правосуддя, яке здійснюється великою кількістю нижчих судів. Особлива увага завжди приділялася діяльності високих судів, оскільки саме вони не тільки розглядали конкретну справу, а й створювали прецедент, якому необхідно слідувати.

Відповідно до Актів про судоустрій 1873–1875 рр., Закону про суд 1971 р., Закону про Верховний суд 1981 р. високим судом є Верховний суд. До нього входять: Високий суд, Суд корони і Апеляційний суд. До того ж до високих судів належать Апеляційний комітет палати лордів і Судовий комітет таємної ради, який утворюється із суддів палати лордів і суддів заморських територій, держав – членів британської Співдружності.

Іншим джерелом англійського права, поряд із судовою практикою, є нормативно-правовий акт, тобто закон в прямому розумінні цього слова та різноманітні підзаконні акти. Однак нормативно-правовий акт – це другорядне джерело права. Він тільки вносить поправки і доповнення до права, створеного судовою практикою. Відповідно до англійської класичної теорії права нормативно-правовий акт лише створює деякі винятки в загальному праві.

Поряд з судовою практикою і нормативно-правовим актом існує третє джерело англійського права – звичай. Проте він має досить другорядне значення і використання його обмежене.

**Особливості англійського права.** Характеризуючи правову систему Англії, слід зазначити, що англійське право діє лише на території Англії та в Уельсі. В Шотландії діє своє шотландське право, яке відрізняється рядом особливостей, наприклад, кодифікацією. Певними особливостями також відрізняється правова система Північної Ірландії. Тому англійське право не можна назвати ні правом Сполученого Королівства, ні правом Великобританії, тому що Північна Ірландія, Шотландія, острови Ла-Маншу і острів Мен не підпорядковуються англійському праву. Саме тому не вживається термін «британське право».

1. Особливістю англійського права є те, що воно, на відміну від романо-германського права, розвивалось не в університетах, не доктринально вченими-юристами, а юристами-практиками.

Крім того, Англія не сприйняла римське право, в якому основне місце займає цивільне право в якості зразка. І саме тому правова система Англії не визнає поділу права на приватне і публічне. Також не визнається виділення торгового права із норм цивільного права, як це прийнято у Франції, в Німеччині й багатьох інших країнах. Пояснюється це принципом верховенства права.

Варто зазначити, що принцип верховенства права – це фундаментальний конституційний принцип. Відповідно до його вимог всі визнаються рівними перед правом, тому що закон – це не єдине (або основне) джерело правових норм. Держава виступає у правовому полі лише як один із суб'єктів права поряд з приватними особами. Саме тому і держава, яка відстоює публічний інтерес, і окремі індивіди, які відстоюють свої приватні інтереси, повинні доводити в суді свою правоту кожного разу, коли вони звертаються за правосуддям.

Згідно з принципом верховенства права англійський суд не виступає на боці держави. Ось чому ніхто не може звинуватити суддів в тому, що вони перебувають у змові з тими, у кого в руках знаходиться політична влада<sup>4</sup>.

Основне призначення принципу верховенства права полягає у забезпеченні свободи та прав людини, насамперед у її відносинах з державною владою та державними органами. Ідея *rule of law* з самого початку свого становлення була спрямована проти тиранії і свавілля монархічних режимів та авторитаризму, які часто використовували формальний закон для досягнення антиправових цілей. Її метою було «зв'язати» державну владу правом, встановити надійний правовий заслін її необгрунтованому втручання у життя людей, створити необхідні правові механізми для реалізації та захисту прав і свобод людини<sup>5</sup>.

Тому мета верховенства права – це не просто формальне забезпечення порядку, передбаченого законами та іншими нормативними актами, встановленими державою, а утвердження такого правопорядку, який обмежує абсолютизм державної, передусім виконавчої влади, ставить її під контроль суспільства, створюючи для цього відповідні правові механізми. Інакше кажучи, навіть бездоганний з точки зору юридичної техніки закон не завжди є панацеєю верховенства права<sup>6</sup>.

2. Англійське право характеризується відсутністю суворої галузевої класифікації, хоча базові галузі стабільно розвивались. Для англійського права характерним є високий рівень розвитку юридичного процесу на основі якого й розвиваються матеріальні галузі права. Це одна із ознак, яка кардинально відрізняє англійське право від романо-германського. Процедура розгляду спорів має для суддів найважливіше значення.

Слід наголосити на тому, що існування в Англії суду присяжних також сприяло стрімкому розвитку процесуального права, оскільки суддя вирішував лише питання права, а питання факту вирішувались присяжними.

3. В Англії основним джерелом права продовжують залишатись прецеденти. Тому є всі підстави віднести правову систему Англії до прецедентного типу права. Цей тип права характеризується тим, що рішення вищих судів мають обов'язкову силу як для них самих, так і для судів нижчих інстанцій.

У системі англійського прецедентного права виділяють загальне право і право справедливості. Взагалі поділ права на загальне і право справедливості в Англії розглядається як фундаментальна характеристика англійської правової системи. Формування загального права почалося з XI століття. І сьогодні воно продовжує відігравати суттєву роль в правовій системі як її провідний компонент. Право справедливості історично виникає із рішень спеціалізованого органу – Суду канцлера, який спочатку не був зв'язаний нормами загального права. В Англії право справедливості як самостійне право існує поряд із загальним правом з XV століття. Після реформи 1863–1875 рр. право справедливості формально зливається із загальним правом, але фактично його норми продовжують поширюватись на ряд найбільш важливих галузей цивільного права. Наприклад, до права справедливості належать норми, які регламентують інститути довірительної власності, відповідальність за заподіяння шкоди та ряд інших сфер цивільно-правового регулювання<sup>7</sup>.

4. Норми прецедентного права з'явилися при розгляді судами конкретних справ, у зв'язку з чим вони не мають абстрактного характеру, оскільки розраховані на вирішення конкретних спорів, а не на встановлення правил поведінки в майбутньому.

Особливості багатоговікового розвитку права Англії як права прецедентного зумовили внутрішню суперечливість його системи, яка в цілому важко піддається систематизації. Ні одна галузь англійського права не кодифікована повністю, вважається, що право Англії уникло кодифікації. Таким чином, для правової системи Англії не характерна кодифікація.

Разом з тим слід зазначити, що з практичної точки зору англійське право продовжує залишатись досить ефективним, гнучким та соціально орієнтованим інструментом.

5. Між судовим прецедентом та існуючою судовою практикою, як сумарним результатом розгляду конкретних справ, не можна ставити знак рівності. Прецедент, на відміну від практики, створюється окремо прийнятим судовим рішенням, яке вправі прийняти лише вищі судові інстанції. Так, в Англії рішення палати лордів є обов'язковими для всіх судів, рішення Апеляційного суду – обов'язкові для нього самого, а також для судів нижчих інстанцій. Норми, які містяться в прецедентах, можуть формулювати положення, що відсутні в нормативних актах, а також тлумачити і роз'яснювати статті діючого права. Здійснюючи тлумачення правових норм, суд може їх змінювати.

Судовий прецедент забезпечує ефективність, прогнозованість та одноманітність судової практики. Ефективність знаходить свій прояв у швидкому прийнятті рішення на підставі розглянутих раніше аналогічних справ. Прогнозованість означає передбачуваність рішень судових органів, які відповідають існуючим прецедентам. Одноманітність проявляється в однаковому підході до аналогічних справ на підставі прецеденту.

6. Законодавство (статутне право) як джерело права поступово набуває все більшого значення в правовій системі Англії. Зростає роль закону, більш помітним стає вплив міжнародного європейського права. Змінюються правові концепції і підходи англійських юристів до правотворчості і правозастосування. Однак, не зважаючи на бурхливий розвиток законодавства, останнім часом продовжує діяти принцип, відповідно до якого норма закону набуває реального змісту лише після застосування її в суді<sup>8</sup>.

Як правило, англійське законодавство застосовується після його тлумачення судами. Англійська доктрина тлумачення складається із правил, презумпцій, лінгвістичних максим, законів про інтерпретацію, прецедентів, допоміжних засобів та підходів. Така система інструментів тлумачення зобов'язує інтерпретатора творчо аналізувати норму закону відповідно до конкретних правовідносин, вибирати оптимальне рішення не тільки з точки зору тексту статуту, а й базуючись на праві справедливості та загальному праві. Саме в англійській доктрині тлумачення утвердився принцип, що цікавить багатьох з нас: право – це насамперед розум (*lex est aliquid rationis*)<sup>9</sup>.

Таким чином, в сучасних умовах прецедентне право продовжує зберігати свої позиції в правовій системі Англії. Воно залишається самостійним і повноцінним джерелом права. Норми прецедентного права безпосередньо регулюють ряд найбільш важливих інститутів сучасного права Англії, зокрема договірне, зобов'язальне та інші інститути права. Прецеденти супроводжують практику застосування законодавства, оскільки на суди покладено завдання тлумачити, уточнювати й розвивати положення статутного права. Фактично без прецедентного права в умовах Англії статутне право втрачає своє значення і не може застосовуватись<sup>10</sup>.

Здатність англійських суддів протистояти виконавчій владі, матеріальна і процесуальна можливість прийняття незалежних судових рішень детермінована, в том числі, англійською доктриною тлумачення закону<sup>11</sup>.

Саме тому прецедент продовжує залишатись в англійському праві основним джерелом права. Наявність судового прецеденту реально робить рівнозначними законодавчу, виконавчу та судову владу, кожна з яких уповноважена приймати акти, які є джерелом права.

Все це є актуальним для України. Не зважаючи на те, що Україна належить до романо-германського типу права, на сьогодні високі темпи законодавчої діяльності характеризуються безсистемністю та хаотичністю, відсутністю науково обґрунтованої системи нормативно-правових актів, механізмів їхнього втілення в життя. Зазначене породжує необхідність оперативно вносити до них зміни та доповнення. Ефективно вирішити цю проблему можливо завдяки впровадженню судового прецеденту як офіційного джерела права.

Все вищевикладене свідчить, що англійське право продовжує залишатися тією моделлю права, котрій, можливо в силу українських реалій, не потрібно слідувати у всьому, однак вона містить в собі раціональне зерно, яке доцільно взяти до уваги в процесі проведення судово-правової реформи.

<sup>1</sup> Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії / Б.В. Малишев. – К. : Праксис, 2008. – С. 10.

<sup>2</sup> Аннерс Э. История европейского права (пер. со швед.) / Э. Аннерс ; Ин-т Европы. – М. : Наука, 1996. – С. 194.

<sup>3</sup> Романов А. К. Правовая система Англии : учеб. пособ. / А. К. Романов. – М.: Дело, 2000. – С. 8.

<sup>4</sup> Там само. – С. 79.

<sup>5</sup> Верховенство права // Законодавчий бюлетень. – К., 2005. – С. 5–6.

<sup>6</sup> Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. – Х. : Право, 2008. – Т. 1. – С. 151.

<sup>7</sup> Романов А. К. Вказана праця. – С. 80–81.

<sup>8</sup> Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / А. Х. Саидов ; под ред. В. А. Туманова. – М.: Юристъ, 2003. – 448 с. – С. 250.

<sup>9</sup> Тонков Е. Н. Толкование закона в Англии : моногр. / Е. Н. Тонков. – СПб. : Алетейя, 2015. – С. 10.

<sup>10</sup> Романов А. К. Вказана праця. – С. 82.

<sup>11</sup> Тонков Е. Н. Вказана праця. – С. 17.

#### Резюме

#### **Чернецька О. В., Шилінгов В. С. Право Англії як класична модель прецедентного права.**

У науковій статті досліджується своєрідність правової системи Англії, яка не зважаючи на бурхливий розвиток законодавства, продовжує залишатися країною прецедентного права, а право розуміється як «розум». Такий підхід став можливим

завдяки специфіці історичного розвитку англійського права. У статті зосереджується увага на принципі верховенства права та на правотворчій діяльності судів, що робить судову владу рівнозначною законодавчій та виконавчій. Висвітлені особливості права Англії можуть бути враховані при проведенні судово-правової реформи в Україні.

**Ключові слова:** загальне право, право справедливості, прецедентне право, статутне право, верховенство права, судово-правова реформа.

#### Резюме

*Чернецкая О. В., Шилингов В. С. Право Англии как классическая модель прецедентного права.*

В научной статье исследуется своеобразие правовой системы Англии, которая, невзирая на бурное развитие законодательства, продолжает оставаться страной прецедентного права, а право понимается как «разум». Такой подход стал возможным благодаря специфике развития английского права. В статье сосредоточено внимание на принципе верховенства права, а также на правотворческой деятельности судов, что делает судебную власть разнозначной законодательной и исполнительной. Раскрытые особенности права Англии могут быть учтены во время проведения судебного-правовой реформы в Украине.

**Ключевые слова:** общее право, право справедливости, прецедентное право, статутное право, верховенство права, судебно-правова реформа.

#### Summary

*Chernetska O., Shylingov V. The law of England as a classical model of case law.*

The article investigates uniqueness of the legal system of England, which remains the case law state where law is understood as “mind”, regardless of the turbulent development of legislation. Such an approach became possible thanks to the specialty of the English law historical development. The article emphasizes the rule of law principle and the judges’ lawmaking activity, due to which the judicial branch of power is equal to the legislative and the executive ones. The highlighted peculiarities of the law of England may be taken into consideration while conducting the judicial-legal reform in Ukraine.

**Key words:** common law, the law of justice, case law, statutory law, the rule of law, the judicial-legal reform.

УДК 342. 7

### В. Д. ШАПОВАЛ

*Валерій Дмитрович Шаповал, кандидат юридичних наук, завідувач кафедри Кременчуцького національного університету імені Михайла Остроградського*

## МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ПРАВА ГРОМАДЯН НА ПРАВОВУ ДОПОМОГУ

Держави-члени Європейського Союзу, так само як і держави-члени СНД, як учасники Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22 січня 1993 р., іменовані далі Договірні Сторони, виходячи з прагнення забезпечити громадянам Договірних Сторін і особам, що проживають на їх територіях, надання в усіх Договірних Сторонах стосовно особистих і майнових прав такого ж правового захисту, як і власним громадянам, надають важливого значення розвитку співробітництва в галузі надання установами юстиції правової допомоги із цивільних, сімейних і кримінальних прав<sup>1</sup>.

Міжнародне співтовариство приділяє значну увагу розвитку та забезпеченню прав людини. Ці процеси набули особливої інтенсивності після Другої світової війни, чому насамперед сприяла загальна демократизація міжнародних відносин, створення Організації Об’єднаних Націй, інших демократичних міжнародних інституцій.

Демократизації процесу, пов’язаного з проголошенням та захистом прав людини, значною мірою сприяло прийняття ряду міжнародних документів щодо закріплення, правової регламентації та розробки механізму міжнародного захисту прав людини у державах, які підписали відповідні міжнародні документи.

Серед найважливіших загальних документів, з якими повністю узгоджуються положення Конституції України, – Загальна декларація прав людини (1948 р.)<sup>2</sup>, Міжнародний договір про громадянські та політичні права (1966 р.)<sup>3</sup>, Міжнародний договір про економічні, соціальні та культурні права (1966 р.)<sup>4</sup>, Європейська конвенція про захист прав та фундаментальних свобод людини з протоколами (1950 р.)<sup>5</sup>, Європейський соціальний статут (1961 р.)<sup>6</sup>, Заключний акт Ради з питань безпеки та співробітництва в Європі (1975 р.)<sup>7</sup>, Підсумковий документ Віденської зустрічі представників держав – учасниць Ради з питань безпеки та співробітництва в Європі (1989 р.)<sup>8</sup>.

Щоб мати уявлення про обсяги міжнародної діяльності, пов’язаної із захистом прав людини, достатньо зазначити, що на початку 90-х років минулого століття у цій сфері діяло понад 60 різних міжнародних фору-



мів, починаючи від Генеральної Асамблеї ООН і закінчуючи Засіданням експертів із прав людини та Робочою групою з примусових та недобровільних зникнень.

Україна як суб'єкт міжнародного права, одна із засновниць ООН, проводить активну роботу, спрямовану на використання не тільки національних, а й міжнародних інститутів захисту прав людини. Цьому сприяють положення Конституції України, згідно з якими «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України» (ст. 9), а також визначення зовнішньої політичної діяльності України як такої, що «спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загально визначеними принципами і нормами міжнародного права» (ст. 18)<sup>9</sup>.

З огляду на подальшу демократизацію в Україні процесу захисту прав і свобод людини у ст. 55 Конституції записано, що кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасницею яких є Україна<sup>10</sup>.

Такими органами є Комітет з прав людини ООН, Європейський суд з прав людини, а також Європейська комісія з прав людини. Склад і порядок діяльності вказаних судів визначаються у розділах II, III і IV Європейської конвенції про захист прав та основних свобод людини<sup>11</sup>.

Відповідно до наукової публікації В. М. Ісакової «Право на правову допомогу» в Україні продовжується складний процес пошуку шляхів будівництва правової держави, переосмислення цінностей і значення багатьох правових інститутів та механізмів. Одним із основних орієнтирів розвитку вітчизняної правової системи проголошується пріоритет людської особистості, її прав і свобод, який знайшов своє відображення у ст. 2 Конституції України. Цей фундаментальний принцип, який наразі прийшов на заміну соціалістичному принципу пріоритету суспільних інтересів над особистими, сьогодні істотно впливає на тенденції розвитку як конституційного, так і інших галузей права<sup>12</sup>.

Стаття 59 Конституції гарантує право на правову допомогу кожному громадянину України. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав<sup>13</sup>.

Важливість та особлива соціальна значимість права на правову допомогу полягає ще й у тому, що воно виступає своєрідним посередником у реалізації особою інших прав. У деяких випадках особі важко повноцінно реалізувати гарантовані Конституцією права, не скориставшись при цьому правом на правову допомогу, оскільки процесуальне законодавство України має досить формалізований характер.

Існує необхідність окремого дослідження питань про міжнародно-правові стандарти права особи на правову допомогу та їх співвідношення із внутрішньодержавними стандартами. Тісний взаємозв'язок між ними є безумовним. Конституційні норми визначають місце міжнародно-правових актів у системі права держави, регламентують право кожного звертатися до міжнародних організацій для захисту своїх прав, визначають межі дії міжнародно-правових гарантій.

Зокрема, відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надається Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Стаття 55 Конституції 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<sup>14</sup>.

Право на правову допомогу, гарантоване п. «с» ч. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини, прийнятої 11 квітня 1950 р. Радою Європи, ратифікованої Законом України № 475/97ВР від 17 липня 1997 р., передбачає, що кожен має право «захистити себе особисто чи використовувати правову допомогу захисника, обраного на власний розсуд, або – якщо він не має достатніх коштів для оплати правової допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, якщо цього вимагають інтереси правосуддя»<sup>15</sup>.

Практично Європейський суд у цьому питанні дотримується ідеї, що обвинувачений повинен мати можливість звернутися за допомогою до адвоката на власний вибір, яка становить абсолютне право. Водночас, якщо обвинувачений не має фінансової можливості, він може захищати себе сам, якщо інтереси правосуддя не вимагають такої правової допомоги.

Більше того, Суд неодноразово підкреслював, що право на правову допомогу не обмежується лише допуском або призначенням адвоката для ведення справи, позаяк обвинувачений має право саме на «практичну та ефективну» правову допомогу. Однак слід зазначити, що держава не може нести відповідальності за процесуальні помилки в стратегії захисту. Утім, за наявності об'єктивної неспроможності призначеного захисника забезпечити ефективне представництво в кримінальному провадженні національні органи мають вжити заходів – або призначити іншого захисника, або відкласти провадження, щоб забезпечити ефективність такого захисту<sup>16</sup>.

Таким чином, дане конституційне право закріплюється Європейською Конвенцією як одне із прав обвинуваченого у скоєні злочину.

Разом із тим дія права на правову допомогу не обмежується тільки сферою кримінального судочинства. Права, передбачені ч. 3 ст. 6 Європейської конвенції, є складовим 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 п. «с» ч. 3 ст. 6 Конвенції.

Стаття 6 Конвенції посідає значне місце в системі гарантій захисту прав людини, визначених конвенцією. Тому й не дивно, що стільки складних питань постало перед Європейським судом при її застосуванні.

Більше того, можна з певністю сказати, що з огляду на еволюційний підхід Суду до її тлумачення та розвиток національного права в державах – членах Ради Європи зарано вважати, що зміст принципів, на яких вона ґрунтується, остаточно визначений.

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 його послуг. 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 (Конвенцію було ратифіковано відповідно до Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р. № 475/97), можна зробити висновок, що відповідно до взятих міжнародно-правових зобов'язань Україна повинна забезпечувати кожній особі право на правову допомогу як під час провадження у кримінальних справах, 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 всього комплексу прав та свобод, визначених законодавством (як внутрішньодержавним, так і міжнародним).

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок про те, що закріплення права громадян на правову допомогу у Конституції України відображає її орієнтацію на європейське та загальнолюдське бачення їх каталогу, змісту і можливих обмежень<sup>17</sup>.

Стаття 11 Загальної декларації прав людини (1948 р.) зазначає, що кожна людина, обвинувачена у вчиненні злочину, має право вважатися невинною доти, доки її винність не буде встановлена в законному порядку шляхом прилюдного судового розгляду, під час якого їй забезпечують усі можливості для захисту<sup>18</sup>. Стаття 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966 р.) уточнює це право обвинуваченого, яке містить право захищати себе особисто або за посередництвом обраного ним захисника; якщо він не має захисника, слід повідомити його про це право і призначити йому захисника в будь-якому разі, коли інтереси правосуддя того вимагають та безплатно для нього в усякому випадку, коли у нього немає достатньо коштів для оплати цього захисника... В. Л. Федоренко підкреслює, що правова допомога покликана забезпечувати захист прав людини в судовому та інших процесах<sup>19</sup>. З цього визначення не зовсім зрозуміло, чи можливо надавати правову допомогу поза межами «судового чи іншого» процесу.

А. М. Баранов та П. Г. Марфіцін визначають юридичну допомогу як сприяння громадянам, посадовим та юридичним особам у вирішенні питань, пов'язаних із застосуванням норм права. Найбільш поширеною вважають юридичну допомогу, що її надають адвокати і яка поділяється: а) у кримінальному процесі – захисник обвинуваченого (підозрюваного), представник потерпілого, цивільного позивача або цивільного відповідача; б) в цивільному процесі – представник позивача, відповідача або третьої особи; в) в арбітражному процесі – представник позивача або відповідача; г) в адміністративному процесі – представник громадянина в державних органах, надання консультацій, довідок; д) інша допомога – складання заяв, скарг та інших документів<sup>20</sup>.

Як зазначає у своїй статті (застосування практики Європейського суду з прав людини судовими органами України в забезпеченні права особи на правову допомогу) А. В. Коршенко, здобувач кафедри конституційного та міжнародного права Національної академії внутрішніх справ, Україна, обравши шлях незалежного розвитку й закріпивши це у Конституції, підтвердила своє прагнення будувати демократичну, соціальну й правову державу, змістом і спрямованістю діяльності якої визначено права і свободи людини та їх гарантії. Наступним кроком на цьому шляху стало приєднання України до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція). З моменту ратифікації 17 липня 1997 р. цього документа Верховною Радою України він став частиною національного законодавства. З огляду на необхідність приведення українського законодавства у відповідність до норм і принципів міжнародного права досить значущим є вивчення європейського законодавчого досвіду та європейської правової доктрини, розуміння змісту Конвенції 1950 р. і основних механізмів реалізації її норм.

З підвищенням ролі захисту прав та інтересів особи значної актуальності набувають проблеми, пов'язані зі сприйняттям та визнанням державою судових рішень міжнародних судових інстанцій щодо забезпечення права на правову допомогу. Незважаючи на те, що кожна держава, як правило, встановлює та закріплює у своєму Основному Законі міжнародний стандарт прав і свобод особи, сучасні демократичні процеси у світі вимагають утвердження міжнародних конвенцій як базових та невід'ємних елементів правового поля демократичних країн. Європейський суд з прав людини (далі – Європейський суд) у даному разі виступає до певної міри як гарант застосування Конвенції 1950 р., однак наразі існує проблема виконання його рішень на території України та подальшого їх використання у вітчизняній судовій правозастосовній практиці як джерела права в забезпеченні права особи на правову допомогу.

Важливу роль у забезпеченні прав і свобод людини і громадянина Конституція України відводить праву особи на правову допомогу, яке є невід'ємним правом кожного. Відповідно до ст. 59 Конституції України

кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура<sup>21</sup>. Крім того, право на правову допомогу гарантується міжнародно-правовими актами, важливе місце серед яких посідають: Загальна декларація прав людини 1948 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р., Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року.

Відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України<sup>22</sup>.

Таким чином, закріплення права на правову допомогу в Конституції України є результатом імплементації міжнародно-правових норм, які проголошені в глобальних загальних та спеціальних міжнародних актах.

Відповідно до частини четвертої ст. 55 Конституції України кожен має право після використання всіх 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<sup>23</sup>.

Отже, з вищевикладеного випливає те, що кожна людина, яка використала в Україні всі гарантовані вітчизняним законодавством засоби судового захисту, може звертатися за захистом своїх прав і свобод до Європейського суду.

У рамках цієї статті розглянуто лише положення Конвенції як уніфікованого міжнародно-правового акта щодо забезпечення права на правову допомогу, яким керується Європейський суд з прав людини при прийнятті рішень. Саме п. 3 (с) ст. 6 («Право на справедливий суд») Конвенції, прийнятої 11 квітня 1950 р. Радою Європи і ратифікованої Законом України від 17 липня 1997 р. № 475/97ВР, передбачає, що кожний обвинувачений у скоєнні 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>24</sup>.

Слід урахувати, що прецедентне право Європейського суду обмежене рамками Конвенції, засноване на інтерпретації її норм і використовується лише в зв'язку з їх реалізацією. За роки продуктивної правотворчої діяльності Європейський суд сформував дієву систему захисту прав людини та її законних інтересів, у тому числі й права на правову допомогу.

Так, важливі аспекти права на правову допомогу постали у справах про кримінальне обвинувачення «Пакеллі проти Німеччини»<sup>25</sup>, в цивільному судочинстві «Ейрі проти Ірландії»<sup>26</sup>, про надання безоплатної правової допомоги «Артіко проти Італії»<sup>27</sup>, про отримання безоплатної допомоги перекладача «Людіке, Белькасем, Коч проти Німеччини»<sup>28</sup>, про право на захист «Бендерський проти України»<sup>29</sup> та інших справах.

У своєму рішенні у справі «Пакеллі проти Німеччини» від 25 квітня 1983 р.<sup>30</sup> Європейський суд зазначив, що положення Конвенції гарантує особі, обвинуваченій у скоєнні кримінального злочину, три права: захищати себе особисто; мати обраного ним самим представника і, за визначених умов, мати призначеного йому захисника безоплатно<sup>31</sup>.

Разом із тим дія права на правову допомогу не обмежується тільки сферою кримінального судочинства. Адже права, передбачені п. 3 ст. 6 Конвенції, є складовим елементом загального поняття справедливого судового розгляду, що охоплює і випадки здійснення цивільного судочинства.

Справа «Ейрі проти Ірландії» від 9 жовтня 1979 р. передбачає, що повна відсутність правової допомоги позивачеві у поданні позову може стати порушенням ст. 6 Конвенції, особливо у випадках складних позовів та неможливості для позивача постати перед судом особисто<sup>32</sup>.

У справі «Артіко проти Італії» від 13 травня 1980 р. Європейським судом було зазначено, що п. 3 (с) ст. 6 Конвенції гарантує право на адекватний захист у ході судового розгляду, який здійснюється як особисто, так і за допомогою адвоката; це право підсилюється обов'язком з боку держави надати в певних випадках безоплатну юридичну допомогу<sup>33</sup>. У справі «Людіке, Белькасем, Коч проти Німеччини» від 28 листопада 1978 р. покладення обов'язку на заявників щодо оплати послуг перекладача після їх засудження було визнано Європейським судом порушенням права заявників на отримання безоплатної допомоги перекладача.

Отож, на особу, якій спочатку надано безоплатну допомогу, не може покладатися обов'язок відшкодування державі витрат, пов'язаних з наданням такої допомоги, після ухвалення судового рішення у справі. На її погляд, цей висновок цілком справедливо застосовувати і до правової допомоги захисника.

У справі «Бендерський проти України» від 15 листопада 2007 р.<sup>34</sup> Європейський суд зауважив, що право на захист впливає із права на справедливий судовий розгляд. У цьому контексті право на захист можна розглядати як механізм отримання правової допомоги.

Важливою подією у справі утвердження верховенства права та європейських підходів до розуміння прав людини в діяльності вітчизняних судів стало прийняття Верховною Радою України Закону від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», у ст. 17 якого визначено обов'язок судів України при розгляді справ застосовувати Конвенцію та практику Європейського суду як джерело права<sup>35</sup>. Даний Закон має важливе значення для української правової системи, оскільки, завдячуючи цьому, посилюється уже сформований механізм захисту права особи на правову допомогу.

Як зазначено у ст. 129 Конституції України, судді під час здійснення правосуддя керуються лише законом<sup>36</sup>. Серед вітчизняних юристів триває дискусія, чи є достатні правові підстави для того, щоб судді обґрун-

товували свої рішення безпосередньо правовими позиціями Європейського суду. Адже судова практика, навіть Європейського суду, не є законом в Україні.

Як вважає О. В. Колісник, під час здійснення судочинства національні суди повинні посилалися на висновки Європейського суду як на безпосереднє джерело права. Вони мають не тільки керуватися формальним тлумаченням норм права, а й додержуватися притаманної рішенням Європейського суду ідеї справедливості й гуманності та втілювати її у своїх рішеннях<sup>37</sup>.

На думку сучасного українського дослідника європейських стандартів у галузі прав людини та проблем конституційної юстиції С. В. Шевчука, права та свободи людини мають бути обов'язково зафіксовані в конституції з метою їх юридичного захисту та гарантій, але зміст цих прав (принаймні першого покоління) не може визначатися лише в текстах законів. Для їх належної гарантії найбільш пристосована діяльність конституційних судів та міжнародних юрисдикційних органів (Європейського суду), яка сприяє всебічному визнанню судового прецеденту джерелом права<sup>38</sup>.

На переконавання І. Ю. Діра, нормативні і процедурні правила, сформульовані у Конвенції та протоколах до неї, в жодному випадку не можуть зайняти місце положень національного законодавства у сфері захисту прав людини. Однак вони визначені як такі, що створюють додатковий, наднаціональний засіб для забезпечення реалізації та захисту прав людини, які надає людині національне право. Все це свідчить про субсидіарний характер більшості положень Конвенції<sup>39</sup>.

Отже, слід визнати: наявність різних точок зору свідчить, що місце прецедентів Європейського суду на національному рівні чітко не визначено. А звідси ми маємо великі сподівання на те, що одним із початкових завдань Української держави стане розробка і запровадження конвенції з прав людини не тільки для Європи, а й для України.

<sup>1</sup> Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22 січня 1993 р. – № 997\_009.

<sup>2</sup> Загальна декларація прав людини : міжнародний документ від 10 грудня 1948 р. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – Ст. 3103.

<sup>3</sup> Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : Прийнято резолюцією 2200 А (XXI) Генеральної Асамблеї ООН від 16 грудня 1966 р. // Права людини : зб. док. / укл. В. С. Семенов, О. Н. Ярмиш та ін. – Х. : Ун-т внутр. справ, 1997. – С. 4–25.

<sup>4</sup> Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 р. – № 995\_042.

<sup>5</sup> Європейська конвенція про захист прав та фундаментальних свобод людини з протоколами від 4 листопада 1950 р. // Международные акты о правах человека : сб. документов. – М., 1999.

<sup>6</sup> Європейський соціальний статут від 18 жовтня 1961 року.

<sup>7</sup> Заключний акт Наради з питань безпеки та співробітництва в Європі від 1 серпня 1975 р. – № 994\_055.

<sup>8</sup> Підсумковий документ Віденської зустрічі представників держав – учасниць Наради з питань безпеки та співробітництва в Європі від 15 січня 1989 року.

<sup>9</sup> Конституція України [Текст] // Офіційний вісник України. – 2010. – № 72/1. – Спец. випуск. – Ст. 2598.

<sup>10</sup> Там само.

<sup>11</sup> Особливості міжнародних стандартів щодо прав та свобод людини і громадянина : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bibliofond.ru/view.aspx?id=439567>

<sup>12</sup> Ісакова В. М. Право на правову допомогу в системі прав людини [Текст] / В. М. Ісакова // Вісник Академії правових наук України : зб. наук. пр. / Нац. акад. прав. наук України. – Х. : Право, 2012. – № 4 (71). – С. 337–345.

<sup>13</sup> Конституція України [Текст] // Офіційний вісник України. – 2010. – № 72/1. – Спец. випуск. – Ст. 2598.

<sup>14</sup> Там само.

<sup>15</sup> Європейська конвенція про захист прав та фундаментальних свобод людини з протоколами від 4 листопада 1950 р. // Международные акты о правах человека : сб. документов. – М., 1999.

<sup>16</sup> Ісакова В. М. Вказана праця.

<sup>17</sup> Право на правову допомогу: міжнародні стандарти та перспективи реалізації в Україні // Збірник тез доповідей та наукових повідомлень учасників всеукраїнської науково-практичної конференції молодих учених та здобувачів 23–24 листопада 2010 р. / за заг. ред. А. П. Гетьмана. – Х. : НЮАУ ім. Ярослава Мудрого, 2010. – 338 с.

<sup>18</sup> Загальна декларація прав людини : міжнародний документ від 10 грудня 1948 р. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – Ст. 3103.

<sup>19</sup> Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. Ю. С. Шемшученка. – К. : Юридична думка, 2007. – С. 682.

<sup>20</sup> Баранов А. М. Словарь основных уголовно-процессуальных понятий и терминов / А. М. Баранов, П. Г. Марфицин // Правовые технологи : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lawtech.agava.ru/pub/buppdic/g0000313.htm>

<sup>21</sup> Конституція України [Текст] // Офіційний вісник України. – 2010. – № 72/1. – Спец. випуск. – Ст. 2598.

<sup>22</sup> Там само.

<sup>23</sup> Там само.

<sup>24</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – С. 270.

<sup>25</sup> Рішення Європейського суду у справі «Пакеллі проти Німеччини» від 25.04.1983 року.

<sup>26</sup> Рішення Європейського суду у справі «Ейрі проти Ірландії» від 9.10.1979 року.

<sup>27</sup> Рішення Європейського суду у справі «Артико проти Італії» від 13.05.1980 року.

<sup>28</sup> Рішення Європейського суду у справі «Людіке, Белькасем, Коч проти Німеччини» від 28.11.1978 року.

<sup>29</sup> Рішення Європейського суду у справі «Бендерський проти України» від 15.11.2007 року.

<sup>30</sup> Рішення Європейського суду у справі «Пакеллі проти Німеччини» від 25.04.1983 року.

<sup>31</sup> Банчук О. А. Вимоги статті 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод до процедури здійснення судочинства / О. А. Банчук, Р. О. Куйбіда. – К. : ІКЦ «Леста», 2005. – 116 с.

<sup>32</sup> Довідник майбутнього адвоката / Т. В. Варфоломеева [та ін.] ; Акад. адвокатури України [та ін.]. – К. : Прецедент, 2010. – С. 8–71.

<sup>33</sup> Банчук О. А. Вказана праця.

<sup>34</sup> Рішення Європейського суду у справі «Бендерський проти України» від 15.11.2007 року.

<sup>35</sup> Фурса С. Я. Науково-практичний коментар до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. – К. : Видавець Фурса С. Я., 2007. – 52 с.

<sup>36</sup> Конституція України [Текст] // Офіційний вісник України. – 2010. – № 72/1. – Спец. випуск. – Ст. 2598.

<sup>37</sup> Колісник О. В. Удосконалення здійснення судочинства в Україні в контексті практики Європейського суду з прав людини / О. В. Колісник // Науковий вісник Чернівецького університету : зб. наук. праць. – Чернівці, 2008. – С. 46–51.

<sup>38</sup> Шевчук С. Порівняльне прецедентне право з прав людини / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2002. – 344 с.

<sup>39</sup> Дір І. Ю. Захист громадянських прав людини в Україні у рамках Ради Європи : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / І. Ю. Дір. – К., 2010. – 20 с.

#### Резюме

##### **Шаповал В. Д. Міжнародні стандарти регламентації права громадян на правову допомогу.**

У статті проаналізовано істотні відмінності міжнародних правових документів у галузі прав людини від інших міжнародних угод. Основою є те, що зобов'язання, які накладаються на держави, регулюють відносини не стільки з іншими державами, скільки мають своєю метою захистити права і свободи громадян саме цієї держави. Однак у багатьох країнах справи з розвитком конституційного права, а головне з його виконанням знаходяться не в найкращому стані.

**Ключові слова:** Генеральна Асамблея ООН, Конституція України, право громадян на правову допомогу, міжнародне співтовариство.

#### Резюме

##### **Шаповал В. Д. Международные стандарты регламентации права граждан на правовую помощь.**

В статье проанализированы существенные отличия международных правовых документов в области прав человека от других международных соглашений. Основой является то, что обязательства, которые накладываются на государства, регулируют отношения не столько с другими государствами, сколько имеют своей целью защитить права и свободы граждан именно этого государства. Однако во многих странах дела с развитием конституционного права, а главное с него выполнением находятся не в наилучшем состоянии.

**Ключевые слова:** Генеральная Ассамблея ООН, Конституция Украины, право граждан на правовую помощь, международное сообщество.

#### Summary

##### **Shapoval V. International standards of citizens' right regulation to legal assistance.**

The article deals with study of the significant differences in international legal instruments concerning human rights from other international agreements. The basis is that the obligations imposed on the state, regulate relations not only with other states but with the aim to protect the rights and freedoms of citizens of this particular state. However, in many countries there are still some problems connected with the development of constitutional law, and its implementation is not in the best condition.

**Key words:** United Nations General Assembly, the Constitution of Ukraine, citizens' right to legal assistance, international community.

УДК 341.1

#### **К. Л. БІЛЛЯР**

*Костянтин Леонідович Білляр, здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, працівник МЗС України*

### **ТИПОЛОГІЯ ІНСТРУМЕНТІВ, ЩО ПРИЙМАЮТЬСЯ МІЖНАРОДНОЮ МОРСЬКОЮ ОРГАНІЗАЦІЄЮ (ІМО)**

Класифікація актів міжнародних організацій уявляє собою важливу методологічну проблему. Її вирішення надає змогу правильно оцінити загальні питання правотворчості конкретної міжнародної організації по відношенню до її учасників та до об'єкту правового регулювання в цілому, окреслити місце організації у загальному контексті міжнародного правотворчого процесу, виявити притаманні саме їй характерні особливості процесу створення норм права. Водночас, у вітчизняній науці міжнародного права цьому питанню приділяється незаслужено мало уваги. Причиною цього явища можуть бути підходи, за якими акти міжнародних організацій не розглядаються як джерела міжнародного права<sup>1</sup>. Справді, якщо визнавати за актами міжна-

родних організацій статус джерел міжнародного права, до їх класифікації можна застосовувати загальні підходи, що притаманні іншим джерелам: за змістом та місцем у системі норм; за просторовою сферою дії; за юридичною силою; за характером нормативних приписів та ін.<sup>2</sup> Навіть за умови визнання статусу джерела права за актами міжнародних організацій, дослідники тяжіють використовувати для класифікації лише окремі характеристики: юридичну силу або властивості регулятивних функцій<sup>3</sup>.

Відсутність цілісного погляду на класифікацію актів міжнародних організацій дається взнаки і при спробах категоризувати акти конкретних організацій. Так, класифікація актів, що приймаються Міжнародною морською організацією (ІМО), демонструє згадані складнощі зі всією очевидністю. В якості ознак класифікації домінують підходи щодо юридичної сили актів, які приймаються<sup>4</sup>, спостерігається неоднозначне тлумачення повноважень окремих органів ІМО на прийняття актів, які можуть бути віднесені до різних категорій<sup>5</sup>. Особливу складність викликає класифікація інструментів, які приймаються резолюціями ІМО, і для цього є певні причини. Зокрема, акти, що мають обов'язковий характер для держав-членів ІМО, можуть прийматися, залежно від обставин, як Асамблеєю, так і одним із робочих органів Організації. Крім того, резолюціями ІМО ухвалюються різні за юридичною силою інструменти (причому резолюції не містять жодних вказівок щодо їх обов'язкового чи рекомендаційного характеру), а самі інструменти мають різні родові найменування – правила, керівні принципи, вказівки, кодекси, процедури і рекомендації. Чітке розуміння правової природи зазначених інструментів має принципове значення для їх належної імплементації у національне законодавство і для практичного виконання.

Здебільшого, дослідники діяльності ІМО у своїх роботах обмежуються згадкою про існування сталих форм інструментів, що ухвалюються за допомогою резолюцій. Зокрема, відомий дослідник ІМО Г. Г. Іванов зазначає, що ІМО ухвалює різні інструменти: правила, керівництва, кодекси, процедури і просто рекомендації, проте ні в Конвенції про ІМО, ні в конвенціях, розроблених під її егідою, неможливо знайти положення, які б з'ясували відмінності між цими інструментами<sup>6</sup>. У К. Генрі простежується така ж думка, водночас, автор зазначає, що у Конвенції про ІМО в редакції 1977 року згадано про два види документів: «правила» і «керівні вказівки», однак відмінності між ними не розкриті. Зазначаючи, що визначення критеріїв, відповідно до яких згадані документи приймаються у тій, чи іншій формі, становить інтерес, автор не йде далі аналізу обсягу цих документів і, у цьому контексті, приділяє особливу увагу лише кодексам, як документам, найбільш широким за сферою правового регулювання та більшим за обсягом, порівняно з іншими рекомендаціями<sup>7</sup>.

Водночас, вбачається необхідним більш детальне дослідження цих інструментів для з'ясування юридичної природи актів Міжнародної морської організації. У статті проведено дослідження типології інструментів, що приймаються ІМО. З цією метою було проаналізовано дві фундаментальні конвенції ІМО: Міжнародна конвенція з охорони людського життя на морі 1974 р. (Конвенція СОЛАС) і Міжнародна конвенція по запобіганню забрудненню з суден 1973 р. змінена Протоколом 1978 р. (Конвенція МАРПОЛ). На основі проведеного аналізу ідентифіковано наступні типи інструментів, що становлять додатки до актів ІМО: кодекси (Codes), керівні принципи (Guidelines), процедури (Procedures), рекомендації (Recommendations), регламенти (Regulations), керівництва (Guidance), уніфіковані тлумачення (Unified Interpretations), експлуатаційні стандарти (Performance Standards) та технічні специфікації (Technical Specifications). За результатами дослідження пропонуються визначення та надаються характерні особливості цих інструментів.

*Кодекс:* інструмент, що регулює, у цілісний спосіб, окремі аспекти судноплавства у сферах морської безпеки, перевезення вантажів, морської технології, судноводіння та пошуку і рятування. Всього Організацією прийнято тридцять кодексів, із них шістнадцять отримали обов'язковий статус. Кодекси мають схожу структуру та містять вступну частину, визначення цілей, сфери застосування, понятійного апарату (визначення термінів) та загальну частину. Цілісність правового регулювання за допомогою кодексу досягається тим, що у ньому визначаються фактори, які здійснюють вплив на предмет правового регулювання, або принципи, що ним підпорядковуються певна сфера відносин, передбачаються способи розкриття важливої інформації або фіксації найбільш критичних показників, визначаються заходи контролю, окреслюються права і зобов'язання сторін.

Переважає більшість кодексів регулюють одночасно декілька елементів (у різних комбінаціях): конструкцію судна, конструкцію певного обладнання, містять технічні вимоги до обладнання, умов перевезення, збереження та забезпечення безпеки вантажу. Винятками є кодекси, які регулюють виключно адміністративні питання (такі як Міжнародний кодекс з управління безпечною експлуатацією суден і попередженням забруднення 1993 року (Кодекс МКУБ)<sup>8</sup>, Кодекс міжнародних стандартів та рекомендованої практики розслідувань аварій і катастроф<sup>9</sup>, Кодекс з підготовки і дипломування моряків та несення вахти), та окремі кодекси, що стосуються перевезення вантажу (Кодекс практики безпечного завантаження та вивантаження навалочних суден<sup>10</sup>, Міжнародний кодекс твердих навалочних вантажів<sup>11</sup>, Кодекс безпечного перевезення опроміненого ядерного палива<sup>12</sup> т.ін.). Деталізація приписів, що містяться у кодексах, вимагає їх структурування (переважна більшість кодексів поділяється на глави), кодекси, здебільшого, містять численні додатки до яких можуть входити інші інструменти, такі як керівні принципи та рекомендації. Зрештою, кодекси є одними з найбільш об'ємних документів, що містять декілька десятків сторінок, а окремі (Кодекс з будівництва та обладнання суден, що перевозять гази наливом, Кодекс з безпеки для атомних торговельних суден) містять більше сотні сторінок, у той час, як Міжнародний кодекс твердих навалочних вантажів має 372 сторінки.

*Правила (Regulations).* Цей тип документу приймається нечасто. Зокрема, резолюцією ІМО А.567(14) було затверджено Правила використання систем заповнення інертним газом на танкерах-хімовозах<sup>13</sup>. Необ-

хідність прийняття Правил впливала з наступного. Згідно положень Конвенції СОЛАС, технічні вимоги до систем заповнення інертним газом визначаються у Кодексі з систем пожежної безпеки, що має обов'язковий статус. Водночас, вимоги цього Кодексу можуть не застосовуватися до танкерів-хімовозів та суден-газовозів, якщо такі судна обладнані інертними системами, що відповідають вищезгаданім Правилам використання систем заповнення інертним газом. Таким чином, мова йде про вимоги, еквівалентні тим, що передбачені конвенцією. Іншим прикладом Правил є документи, ухвалені резолюціями А.320(IX) та А.514(13). У додатках до цих резолюцій містяться Правила еквівалентні правилу 27 Міжнародної конвенції про вантажну марку та зміни до нього. Зазначений інструмент, знову ж таки, запроваджує еквівалентні вимоги. Схожа ситуація спостерігається з резолюцією А.265(VIII) «Правила поділу на відсіки та остійності пасажирських суден, еквівалентні частині В Глави II Конвенції СОЛАС 1960 р.»<sup>14</sup> та іншими. Із зазначеного можна зробити висновок, що характерною особливістю Правил є те, що вони регулюють винятки із обов'язкових положень конвенцій, встановлюють еквівалентні або альтернативні технічні вимоги щодо конструкції, технічних вимог до окремих систем, положень щодо розрахунку елементів морехідних якостей судна, таких як непо-топлюваність або остійність.

*Керівні принципи (Guidelines) та рекомендації (Recommendations).* Спроба надати визначення керівним принципам та рекомендаціям є непростою. Обидва типи документів мають багато подібного. По-перше, юридична сила обох документів відносить їх до інструментів т.зв. «м'якого права», тобто рекомендаційних. Водночас, це не применшує їх значення для правового регулювання торговельного судноплавства, оскільки конвенції, прийняті в рамках ІМО, містять посилання на обидва типи документів. По-друге, згадані інструменти регулюють як адміністративні, так і технічні питання (хоча існують приклади, коли керівні принципи є внутрішньо-організаційними, зокрема – Керівні принципи застосування стратегічного плану Організації та Плану високого рівня<sup>15</sup>, а також Керівні принципи щодо оренди приміщень для конференцій у Штаб-квартирі ІМО<sup>16</sup>). По-третє, керівні принципи і рекомендації не мають суттєвих відмінностей за критерієм їх обсягу: обидва типи інструментів можуть містити від двох до сотні сторінок. По-четверте, керівні принципи і рекомендації або доповнюють конвенції (містять рекомендації в силу доручень, що присутні в конвенціях), або допомагають у їх імplementації.

Головна відмінність між двома типами інструментів дається взнаки при більш детальному аналізі. Сфера регулювання адміністративних питань за допомогою керівних принципів виявляється ширшою, більш загальною і складною, порівняно з рекомендаціями, хоча це і не є абсолютно очевидним. Зокрема, за допомогою керівних принципів здійснюється регулювання Гармонізованої системи освідоцтва і сертифікації, одного з фундаментальних елементів контролю, передбачених конвенціями СОЛАС і МАРПОЛ. За допомогою керівних принципів здійснюється правове регулювання питань Дальньої системи ідентифікації і контролю за місцезнаходженням суден, функціонування окремих елементів Глобальної морської системи зв'язку під час лиха та для забезпечення безпеки мореплавства (ГМЗЛБ), безпечного укомплектування екіпажем, використання Системи автоматичної ідентифікації суден тощо. Припущення щодо більш широкої, порівняно з рекомендаціями, сфери правового регулювання підтверджується тим, що керівні принципи можуть стати основою конвенцій, як це мало місце з Гонконгською міжнародною конвенцією про безпечну та екологічно раціональну утилізацію суден 2009 р., якій передувало прийняття у 2003 році Керівних принципів про утилізацію суден<sup>17</sup>.

*Процедури (Procedures).* Це відносно невеликий тип документів, що ухвалюється в рамках ІМО. Всього Організація прийняла у рамках Асамблеї ІМО – 14 процедур, у рамках Комітету із захисту морського середовища (КЗМС) – 2 процедури. Окремі процедури приймаються у формі циркулярів Комітету з безпеки на морі (КБМ) і КЗМС. Процедурами регулюються питання контролю державою порту, добровільна схема аудиту зобов'язань держави-члена ІМО, запобігання актам тероризму на пасажирських суднах, поведіння з людьми, врятованими на морі, порядок ухвалення та прийняття змін до експлуатаційних стандартів та технічних специфікацій, визначення особливо уразливих районів моря, прийняття і внесення доповнень до схем розподілу рухом суден, видачі сертифікатів ГМЗЛБ, запобігання незаконному або випадковому використанню у якості пального легкозаймистих нафтопродуктів, що перевозяться як вантаж. Зазначений тип документів має рекомендаційний характер, хоча їх значення є суттєвим з огляду на важливість сфери правового регулювання. Переважна більшість інструментів цього виду містять положення стосовно процедур контролю, що створюють підстави для затримання судна з метою усунення виявлених недоліків. Яскравим прикладом такого виду процедур є Процедури контролю державою порту<sup>18</sup>, які уніфікують діяльність держав у здійсненні контролю відповідно до п'яти конвенцій, прийнятих ІМО, а у додатках містять керівні принципи щодо затримання суден. Обсяг цих документів є також різним: згадані вище Процедури контролю державою порту мають майже сотню сторінок тексту, у той час, як Процедури, що стосуються дій у випадках виявлення невідповідності вимогам Кодексу МКУБ, містять всього дві сторінки<sup>19</sup>. Як засвідчує аналіз, процедури можуть стосуватися як діяльності держав-учасниць інструментів ІМО, так і регулювати питання внутрішньої організації, як, наприклад, Процедури ухвалення Організацією та прийняття змін до експлуатаційних стандартів та технічних специфікацій<sup>20</sup>. Таким чином, процедури є рекомендаційним документом, що містить детальний виклад адміністративної діяльності у ході здійснення визначених функцій держави у визначеній галузі діяльності, пов'язаній з судноплавством, або регулює діяльність ІМО у ході виконання нею окремих функцій (наприклад – визначення маршрутів руху суден, визначення особливо уразливих районів моря).

*Керівництво (Guidance)* – документ, що містить вказівки (рекомендації) для адміністрацій, або судової команди з питань імплементації (виконання вимог) окремих правил обов'язкового інструменту ІМО, чи здійснення певної діяльності, передбаченої інструментом, або морською практикою. Невелика кількість цих інструментів ухвалена резолюціями Асамблеї ІМО та Комітету з безпеки на морі, значно більша їх кількість прийнята у формі циркулярів КБМ та КЗМС. Обсяг керівництва може бути від однієї сторінки до декількох десятків сторінок, як Керівництво щодо освідоцтва та сертифікації Системи дальньої ідентифікації та контролю за місцезнаходженням суден (ДКМС)<sup>21</sup>.

*Експлуатаційні стандарти (Performance Standards)* та *технічні специфікації (Technical Specifications)* – один із найбільш чисельних типів документів ІМО, що регулюють технічні вимоги до конкретного виду обладнання. Характерними рисами цього виду документів є те, що положення їх вимог є детальними, конкретизованими, як і передбачає мета прийняття цих документів: визначення технічних і операційних характеристик, що відповідатимуть конвенційним вимогам. Іншою характерною особливістю цього типу документів є наявність чітких вказівок щодо їх прийняття у конвенціях ІМО. Стандарти і специфікації повинні містити зазначення дати, на яку вони набуватимуть чинності, а також те, чи застосовуються вони лише до нових суден, чи до існуючих, або до обох категорій одночасно. Доповнення до стандартів і специфікацій приймаються відповідно до правил процедури комітетів та Керівних принципів щодо організації і методів роботи комітетів та їх допоміжних органів (немає необхідності слідувати процедурам, передбаченим для внесення змін і доповнень конвенцій, або їх додатків). Водночас, якщо нові стандарти замінюють попередні, дата набуття ними чинності, зазвичай, не повинна визначатися раніше, ніж через півроку після їх прийняття. Детальні положення щодо порядку здійснення посилань на ці інструменти, їх правовий статус, порядок внесення змін і доповнень не залишають сумнівів у їх винятковій важливості. Рекомендаційний характер згаданих документів не применшує їх значення, водночас – створює необхідну ступінь оперативності для їх ухвалення.

*Уніфіковані тлумачення (Unified Interpretations)*. Зазначені інструменти приймаються по мірі необхідності та поширюються у формі циркулярів відповідних органів ІМО. Мета прийняття і значення цих інструментів відображені, зокрема, у вступній частині до офіційної публікації ІМО «Міжнародна конвенція по запобіганню забрудненню з суден 1973 р.». У ній зазначається, що КЗМС, здійснюючи перегляд положень Конвенції МАРПОЛ, дійшов висновку про необхідність надання роз'яснень певних положень Конвенції у зв'язку з труднощами їх імплементації. Для усунення розбіжностей у тлумаченні та забезпечення одноманітного застосування відповідних правил Конвенції, Комітет погодився з необхідністю розробки їх уніфікованих тлумачень. Робота над такими тлумаченнями, в окремих випадках, призводила до внесення змін до Конвенції<sup>22</sup>. Для зручності використання уніфіковані тлумачення наведені у Конвенції МАРПОЛ в кінці кожного додатку, в той час, як Конвенція СОЛАС містить лише посилання на відповідні циркуляри ІМО. Необхідно наголосити, що ініціатором тлумачень може виступати як ІМО, так і Міжнародна асоціація класифікаційних товариств (МАКТ, IACS). МАКТ об'єднує найбільш авторитетні класифікаційні товариства, що здійснюють нагляд за будівництвом і експлуатацією переважною більшістю суден світового торговельного флоту. У процесі освідоцтва та нагляду за суднами МАКТ ідентифікує необхідність усунення невизначеності у застосуванні конкретного правила конвенції, видає власне уніфіковане тлумачення цього правила та звертається до відповідного органу ІМО з проханням про його універсальне застосування. ІМО, розглянувши відповідне звернення, приймає рішення щодо необхідності такого тлумачення і публікує його як уніфіковане тлумачення Організації. В якості прикладу можна навести ухвалення «Уніфіковане тлумачення терміну «перше освідоцтво»<sup>23</sup>. Спершу таке тлумачення було зроблено МАКТ у її документі SC 171. За результатами звернення до підкомітету з імплементації зобов'язань держави прапора, FSI, 16-а сесія підкомітету визнала таке тлумачення слушним і звернулася до КБМ з відповідною пропозицією, після чого Комітет, на своїй 85-ій сесії, прийняв рішення про видання згаданого циркуляру, що містить відповідне уніфіковане тлумачення.

Таким чином, розгляд проблем класифікації актів ІМО засвідчує складність цього завдання, яке, однак, може бути вирішене шляхом аналізу актів відповідно до визначених критеріїв. У якості критеріїв можуть бути обрані ті, що застосовуються для класифікації джерел міжнародного права. Питання типології інструментів Організації, як окремих видів класифікації, є важливим засобом з'ясування юридичної природи актів ІМО, їх категоризації та підвищення системності знань про Міжнародну морську організацію. З іншого боку, типологія інструментів ІМО має важливе дидактичне значення, слугуючи передумовою підготовки фахівців у галузях, що передбачають здійснення взаємодії українських органів влади, установ і організацій з ІМО, та полегшує імплементацію інструментів, прийнятих Організацією, до національного законодавства України.

<sup>1</sup> Міжнародне право: Навч. посібник / За ред. М. В. Буруменського. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 55.

<sup>2</sup> Буткевич В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. – К.: Либідь, 2002. – С. 165.

<sup>3</sup> Игнатенко Г. В., Тиунов О. И. Международное право. Учебник для вузов. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА, 1999. – С. 75.

<sup>4</sup> Иванов Г. Г. Международная морская организация. 2-е издание, дополненное. – Одесса: Латстар, 1999. – С. 88.

<sup>5</sup> Arzimanoglou Théodore. L'Organisation Maritime Internationale et la Prevention de la Pollution Marine. Mémoire en vue de l'obtention du D.E.A. de Droit Public et Privé. Université de Nice Sophia – Antipolis, Institut du Droit de la Paix et du Développement. Septembre 1995, p. 46.

<sup>6</sup> Иванов Г. Г. Вказана праця. – С. 100.



<sup>7</sup> *Henri, Cleopatra Elmira*. The role of the international maritime organization in enactment of international legislation: A case study of the legal regulation of the carriage of dangerous goods by sea. Thèse No387 – Université de Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1984, p. 144.

<sup>8</sup> International Management Code for the Safe Operation of Ships and for Pollution Prevention (International Safety Management (ISM) Code). IMO Assembly Resolution A.741(18). – 1993.

<sup>9</sup> Code of the International Standards and Recommended Practices for a Safety Investigation into a Marine Casualty or Marine Incident. IMO MSC Resolution MSC.255(84). – 2008.

<sup>10</sup> Code of Practice for the Safe Loading and Unloading of Bulk Carriers. IMO Assembly Resolution A.862(20). – 1997.

<sup>11</sup> International Maritime Solid Bulk Cargoes (IMSBC) Code. IMO MSC Resolution MSC.268(85). – 2008.

<sup>12</sup> Code for the Safe Carriage of Irradiated Nuclear Fuel, Plutonium and High-Level Radioactive Wastes in Flasks on Board Ships. IMO Assembly Resolution A.748(18). – 1993.

<sup>13</sup> Regulation for inert gas systems on chemical tankers. IMO Assembly Resolution A.567(14). – 1985.

<sup>14</sup> Regulations on subdivision and stability of passenger ships as an equivalent to Part B of Chapter II of the International Convention for the Safety of Life at Sea, 1960. – IMO Assembly Resolution A.265(VIII). – 1973.

<sup>15</sup> Guidelines on the application of the Strategic Plan and the High-Level Action Plan of the Organization. IMO Assembly Resolution A.1013(26). – 2009.

<sup>16</sup> Guidelines for hire of conference facilities at IMO Headquarters. IMO Assembly Resolution A.548(13). – 1983.

<sup>17</sup> IMO Guidelines on ship recycling. IMO Assembly Resolution A.962(23). – 2003.

<sup>18</sup> Procedures for Port State Control, 2011. IMO Assembly Resolution A.1052(27). – 2011.

<sup>19</sup> Procedures concerning observed ISM Code major non-conformities. IMO MSC/Circ.1059-MEPC/Circ.401. – 2002.

<sup>20</sup> Procedure for the adoption of, and amendments to, performance standards and technical specifications. IMO Assembly Resolution A.886(21). – 1999.

<sup>21</sup> Guidance on the survey and certification of compliance of ships with the requirement to transmit LRIT information. IMO MSC.1/Circ.1307. – 2009.

<sup>22</sup> MARPOL, Consolidated edition 2006. Published in 2006 by the International Maritime Organization. p. iii.

<sup>23</sup> Unified interpretation of the term “First Survey” referred to in SOLAS Regulations. IMO MSC.1/Circ.1290. – 2008.

#### Резюме

##### **Білляр К. Л. Типологія інструментів, що приймаються Міжнародною морською організацією (ІМО).**

Статтю присвячено розгляду проблем класифікації актів Міжнародної морської організації (ІМО), зокрема – типології інструментів, що приймаються цією Організацією. На підставі проведеного аналізу поточного висвітлення питань класифікації актів міжнародних організацій та ІМО зокрема, зроблено висновок про відсутність цілісного підходу до класифікації таких актів та вказано на можливі причини цього явища. Ідентифіковано складнощі, пов'язані зі здійсненням типології інструментів ІМО, та висвітлено підходи інших дослідників у цій галузі. На основі аналізу конвенцій ІМО СОЛАС і МАРПОЛ визначено основні типи інструментів, які приймаються ІМО: кодекси (Codes), керівні принципи (Guidelines), процедури (Procedures), рекомендації (Recommendations), регламенти (Regulations), керівництва (Guidance), уніфіковані тлумачення (Unified Interpretations), експлуатаційні стандарти (Performance Standards) та технічні специфікації (Technical Specifications); надані їх визначення та висвітлені характерні особливості.

**Ключові слова:** міжнародне право, Міжнародна морська організація, кодекс (Code), керівні принципи (Guidelines), процедури (Procedures), рекомендації (Recommendations), регламент (Regulation), керівництво (Guidance), уніфіковані тлумачення (Unified Interpretations), експлуатаційні стандарти (Performance Standards); технічні специфікації (Technical Specifications).

#### Резюме

##### **Білляр К. Л. Типология инструментов, которые принимаются Международной морской организацией (ИМО).**

Статья посвящена рассмотрению проблем классификации актов Международной морской организации (ИМО), в частности – типологии инструментов, принимаемых этой Организацией. На основании анализа текущего освещения вопросов классификации актов международных организаций и ИМО в частности, сделан вывод об отсутствии целостного подхода к классификации таких актов и указано на возможные причины этого явления. Идентифицированы сложности, связанные с осуществлением типологии инструментов ИМО, и освещены подходы других исследователей в этой области. Исходя из анализа конвенций ИМО СОЛАС и МАРПОЛ определены основные типы инструментов, принимаемых ИМО: кодексы (Codes), руководящие принципы (Guidelines), процедуры (Procedures), рекомендации (Recommendations), регламенты (Regulations), руководства (Guidance), унифицированные толкования (Unified Interpretations), эксплуатационные стандарты (Performance Standards) и технические спецификации (Technical Specifications); даны их определения и освещены характерные особенности.

**Ключевые слова:** международное право, Международная морская организация, кодекс (Codes), руководящие принципы (Guidelines), процедуры (Procedures), рекомендации (Recommendations), регламент (Regulation), руководство (Guidance), унифицированные толкования (Unified Interpretations), эксплуатационные стандарты (Performance Standards), технические спецификации (Technical Specifications).

#### Summary

##### **Billiar K. Typology of the International Maritime Organization (IMO) instruments.**

The article is dedicated to examining the problems of classification of the International Maritime Organization (IMO) acts and in particular – to the problem of typology of the IMO instruments. Based on the analysis of a current level of study of classification of the international organizations acts and especially – of those, the IMO, the conclusion was done about the absence of a holistic approach to the classification of such acts and possible causes of this phenomenon were indicated. Difficulties related to the establishing the typology of the IMO instruments were identified and scientific approaches of other researchers in this field were covered. On analyzing two fundamental IMO conventions, SOLAS and MARPOL, main types of IMO instruments were identified: Codes, Guidelines,

Procedures, Recommendations, Regulations, Guidance, Unified Interpretations, Performance Standards, Technical Specifications; their definition were provided and main characteristics were covered.

**Key words:** International Law, International Maritime Organization, Code, Guidelines, Procedures, Recommendations, Regulations, Guidance, Unified Interpretations, Performance Standards, Technical Specifications.

УДК 341.1.8

**М. І. ГОЛЬБІН**

*Микола Іллч Гольбін, здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## **НЕУРЯДОВІ МІЖНАРОДНІ ОРГАНІЗАЦІЇ У СФЕРІ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ТА СОЦІАЛЬНИХ ПРАВ МОРЯКІВ**

У сучасній системі міжнародних відносин визначилась тенденція до перерозподілу функцій між суб'єктами світової політики. Зокрема, зростає вплив недержавних (неурядових) інститутів, які ефективно функціонують як самостійні та дієві суб'єкти міжнародних відносин. Неурядові структури впливають на світовий політичний процес як в глобальному, так і в регіональному вимірах; репрезентують широкі суспільні інтереси, що виходять за межі окремих держав; здійснюють безпосередній тиск на уряди; контролюють виконання міжнародних угод; забезпечують аналіз та експертну оцінку політичних проблем; сприяють ефективності та оптимізації міжнародного співробітництва<sup>1</sup>.

У міжнародно-правових документах та у науковій літературі термін «неурядові міжнародні організації» вживається щодо організацій, які діють на національному, субрегіональному, регіональному або міжнародному рівнях; виступають суб'єктами міжнародних відносин; реалізують найрізноманітніші інтереси (економічні, професійні, освітні).

Науковці Ф. Брайар та М.-Р. Джалили під неурядовими міжнародними організаціями розуміють структури співробітництва у специфічних сферах, які об'єднують недержавні інститути та індивідів кількох країн (релігійні організації (Екуменічна Рада Церков), організації учених (Пагоушський Рух), спортивні (ФІФА), профспілкові (МФП), правові (Міжнародна Амністія) тощо)<sup>2</sup>.

За визначенням Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно правового статусу неурядових організацій у Європі, термін «неурядові організації» включає в себе добровільні самоврядні об'єднання або організації, створені для реалізації некомерційних завдань їхніх засновників або членів<sup>3</sup>.

Неурядова міжнародна організація – це створений на підставі установчих документів, зареєстрованих відповідно до національного законодавства однієї з держав, той чи інший різновид об'єднання представників громадськості двох або більшої кількості країн світу, які поділяють його статутні та програмні цілі, що відповідають духу й принципам Статуту ООН та нормам міжнародного права<sup>4</sup>.

Тобто, неурядова міжнародна організація – це організаційно оформлене, засноване на приватному погодженні некомерційне об'єднання національних організацій, союзів, груп і окремих осіб, що реалізує суспільно корисні цілі у різних галузях (публічно-правовій, соціальній, політичній, культурній, економічній тощо) та ґрунтується на неурядових угодах. Отже, держава не несе відповідальності за діяльність своїх громадян у таких організаціях.

Неурядові міжнародні організації можуть бути складовою неформалізованих міжнародних суспільних рухів – екологічного, правозахисного, молодіжного, жіночого, профспілкового, національно-визвольного, антивоєнного тощо<sup>5</sup>.

Часто неурядові міжнародні організації називають групами тиску, адже, мобілізуючи міжнародну громадськість, вони здійснюють тиск на міжнародне співтовариство.

Об'єктивними причинами виникнення неурядових міжнародних організацій є глобалізаційні процеси та масштабні транскордонні взаємодії. На думку сучасних науковців, у перспективі міжнародні неурядові організації зумовлять створення глобального громадянського суспільства, яке впливатиме на систему міжнародних відносин подібно до громадянського суспільства у національних державах<sup>6</sup>.

Аналізуючи правову природу неурядових міжнародних організацій, слід зазначити, що вони не є суб'єктами міжнародного права, проте можуть функціонувати як суб'єкти міжнародно-правових відносин.

Варто підкреслити, що в сучасній науці чітко виокремились два підходи до трактування статусу неурядових організацій у системі міжнародних правовідносин: 1) неурядові міжнародні організації не є суб'єктами міжнародного права; 2) міжнародні неурядові організації, не будучи суб'єктами міжнародного права, є учасниками (суб'єктами) міжнародних правовідносин і, можливо, у майбутньому відбудеться становлення їх міжнародної правосуб'єктності. На думку більшості науковців, хоч міжнародні неурядові організації не є суб'єктами міжнародного права, але повинні здійснювати свою діяльність згідно з його принципами і нормами.

У межах держав правовий статус неурядових організацій визначається національним законодавством.

Головною ознакою неурядових міжнародних організацій є створення їх не на основі міждержавних договорів. Вони не виражають інтересів держав чи міжурядових організацій, їх засновниками є професійні, релігійні та інші громадські організації або приватні особи, заклади, організації та органи. Неурядові міжнародні організації не ставлять собі за мету одержання прибутку, а функціонують за рахунок внесків своїх членів, тобто мають некомерційний, неприбутковий характер і некомерційні цілі.

Найважливішим носієм світової громадської думки, інституалізованим суб'єктом світового громадянського співтовариства є МНУО (Міжнародні неурядові організації). Дуже яскраво це проявляється на різних етапах механізму міжнародно-правового регулювання.

Так, головна роль МНУО в процесі правоутворення, на думку О. В. Тарасова, полягає в наступному:

- 1) встановлення прогалін у чинному міжнародному праві;
- 2) розроблення проектів резолюцій і конвенцій;
- 3) внесення проектів у відповідні органи держав і Міжнародні урядові організації (МУО) та вимога їх детального розгляду;
- 4) створення за допомогою світової громадської думки морально-політичних і, по можливості, матеріальних умов для підписання й ратифікації міжнародних договорів;
- 5) доктринальне тлумачення норм міжнародного права відповідно до ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН.

Таким чином, О. В. Тарасов робить висновок, що МНУО (особливо ті, що спеціалізуються в галузі міжнародного права і мають консультативні відносини з МУО) відіграють все більшу роль у механізмі міжнародно-правового регулювання. Цей процес є прямим наслідком інтеграційних явищ у світі, гуманізації і демократизації міжнародних відносин<sup>7</sup>.

Перші неурядові організації з'явилися ще в середині XIX століття. Так, ще у 1823 р. було утворено Британське і Міжнародне Товариство боротьби проти рабства<sup>8</sup>.

Приблизно і у цей же час виникають перші неурядові міжнародні організації у сфері захисту трудових та соціальних прав моряків.

Розглянемо деякі з них.

Міжнародний Морський Комітет (далі – ММК) – (International Maritime Committee; Comite maritime international), (ІМС; СМІ) – неурядова міжнародна організація, яка створена у 1897 році. Має консультативний статус при Міжнародній морській організації (ММО). Членами ММК є національні асоціації морського права (станом на 2000 – понад 40 держав), а також вчені-юристи і спеціалісти в галузі торгового судноплавства.

Основні завдання комітету – уніфікація морського права, розробка норм міжнародного приватного морського права. Комітет брав участь у підготовці проекту Міжнародної конвенції про цивільну відповідальність за шкоду, завдану забрудненням моря, проектів ряду інших конвенцій у галузі морського права. Керівні органи ММК: асамблея та виконавча рада. Робочі мови – англійська і французька. Місцеперебування – м. Антверпен (Бельгія)<sup>9</sup>.

Міжнародна палата судноплавства (далі – МПС) (International Chamber of Shipping (ICS) створена в 1948 р. на основі Міжнародної судноплавної конференції, заснованої в 1921 р. судноплавними компаніями Великої Британії, Франції, Німеччини, Італії, Японії, Сполучених Штатів Америки, Бельгії, Данії, Голландії, Норвегії, Швеції, Іспанії, Австралії і Канади. Мета організації – виражати та захищати інтереси судновласників, лоцманів різних країн на національному та міжнародних рівнях і стимулювати розвиток торговельного судноплавства<sup>10</sup>.

Загальні цілі МПС можна визначити як прийняття та сприяння заходам, які дають судноплавству можливість обслуговувати світову торгівлю та ефективно її розвивати на основі справедливих економічних принципів.

Найбільшу увагу Палата приділяє наступним групам питань: морська судноплавна політика, безпека суден, запобігання забрудненню моря, інспектування суден в портах, відкрита реєстрація суден, уніфікація транспортної документації та розробка правил плавання суден, інформування членів Палати з різних аспектів судноплавства та зовнішньої торгівлі<sup>11</sup>.

Міжнародна асоціація морських лоцманів (далі – МАМЛ) International Maritime Pilot's Association (ІМРА) – некомерційна, неурядова організація, яка створена на конференції представників лоцманів держав Західної Європи, Азії і Америки, що відбулася в липні 1970 р. в Кельні.

Асоціація є об'єднанням лоцманських організацій, які діють на основі приватного підприємництва. У Статуті МАМЛ немає конкретних вказівок щодо можливості вступу в неї державних морських лоцманських організацій. Очевидно, вони не можуть бути членами Асоціації, оскільки можуть брати участь у засіданнях Загальних зборів тільки як наглядачі. Кожен член має право брати участь у загальних зборах і виступати з будь-якою заявою, бути обраним в керівні органи та робочі комітети, отримувати безкоштовні публікації та інформаційні матеріали, підготовлені Асоціацією<sup>12</sup>.

Асоціація розробила міжнародні правила з проведення суден крізь глибоководні місця Англійського каналу, Дуврської протоки та південної частини Північного моря. Вони визначають порядок прийняття на борт лоцмана та прохід суден на цих ділянках. МАМЛ разом з іншими організаціями розробила в 1983 р. рекомендовані керівництвом з обслуговування проходу суден Правила ВТС. Цей документ базується на рекомендаціях ММО, що стосуються відокремленого руху суден.

Міжнародна федерація асоціацій морських капітанів (далі – МІФАК) International Federation of Shipmaster's Associations (IFSMA) створена в 1974 р. для захисту інтересів капітанів та інших осіб командного складу перед судовласниками та забезпечення їх інтересів в інших міжнародних організаціях.

У МІФАК існують дві категорії членства: колективні та індивідуальні члени. Колективними членами є асоціації капітанів і відповідні організації. Індивідуальні члени – це капітани та морські офіцери, які не входять в асоціацію або організацію.

Найбільш важливими напрямками діяльності МІФАК є: а) забезпечення безпеки мореплавства; б) охорона праці капітанів; в) боротьба з піратством.

Федерація встановила тісні зв'язки з ММО. Дев'ята сесія асамблеї ММО надала МІФАК консультативний статус. Організації обмінюються попередніми порядками денними головних і допоміжних органів, пропонують включити до порядку денного окремі пункти, беруть участь у роботі різних підрозділів, отримують тексти резолюцій та рекомендації<sup>13</sup>.

Однією з найвідоміших та найвпливовіших неурядових міжнародних організацій у сфері захисту трудових та соціальних прав моряків на сьогоднішній день є Міжнародна федерація працівників транспорту (транспортних працівників) (далі – МФТ) International Transport Workers' Federation (ITF). Це – міжнародна федерація профспілок працівників транспорту. Будь-які незалежні профспілки, члени яких працюють на транспорті, мають право стати членами МФТ.

У МФТ входять 708 профспілки, що представляють 4 668 950 працівників транспорту з 154 країн. Вона є однією з глобальних профспілкових федерацій, які входять до Міжнародної конфедерації профспілок (далі – МКП)<sup>14</sup>.

Організація була створена в 1896 р. у Лондоні керівниками європейських профспілок моряків і докерів. Об'єднання представляє інтереси транспортних профспілок у таких структурах, як Міжнародна організація праці (далі – МОП), Міжнародна морська організація (далі – ММО) і Міжнародна організація цивільної авіації (далі – МОЦА).

У Федерації представлені працівники транспорту у восьми категоріях: залізничний, морський, річковий і автомобільний транспорт, портові робітники, працівники рибної промисловості, цивільної авіації та сфери туризму<sup>15</sup>.

Основною з усіх цілей Міжнародної федерації транспортних працівників є завоювання поваги до прав людини і прав профспілок. Крім основних прав, викладених у Всесвітній декларації ООН з прав людини, МФТ докладає значних зусиль щодо зміцнення в усьому світі прав на свободу асоціацій, викладених у Конвенціях Міжнародної Організації Праці № 86 і 98<sup>16</sup>.

Значне місце у діяльності Міжнародної федерації працівників транспорту займає боротьба проти використання судами «зручних» («дешевих») прапорів (flags of convenience – focs).

Головною метою боротьби проти «зручних» прапорів є повернення всіх суден, що плавають в даний час під «дешевими» прапорами, в свої істинно національні реєстри (реєстри), забезпечення всім екіпажам таких суден умов оплати та праці, які б відповідали загальноприйнятим мінімальним нормам, захист прав моряків.

Одним із найважливіших документів, розроблених Федерацією, є стандартний колективний договір МФТ (ITF Standard Collective Agreement). Даний договір включає нормативні угоди та умови, дійсні для всіх моряків, які служать на будь-якому судні, щодо якого діє спеціальна угода між МФТ та судовласником<sup>17</sup>.

Отже, система сучасних міжнародних відносин характеризується значним зростанням кількості неурядових міжнародних організацій у сфері захисту трудових та соціальних прав моряків, збільшенням їх впливу на світовий політичний процес і міжнародну співпрацю. Неурядові міжнародні організації в сфері захисту трудових та соціальних прав моряків є активними інституціалізованими суб'єктами міжнародних відносин, репрезентують широкі суспільні інтереси, які виходять за межі окремих держав. Діючи в межах консультативного статусу, неурядові інституції активно взаємодіють з урядовими міжнародними організаціями, визнаючи тенденції та характер міжнародних відносин у сфері захисту трудових та соціальних прав моряків.

<sup>1</sup> Гльницька У. Особливості міжнародно-правової суб'єктності неурядових організацій / Уляна Гльницька // Українська національна ідея: реалії та перспективи розвитку. – 2012. – Вип. 24. – С. 84–85.

<sup>2</sup> Основи теорії міжнародних відносин: навч. посіб. – Л.: Академія Сухопутних військ, 2010. – 240 с.

<sup>3</sup> Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно правового статусу неурядових організацій № СМ/РЕС(2007)14 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_937](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_937)

<sup>4</sup> Корнієвський О. А. Громадські об'єднання у системі національної безпеки держави: монографія / О. А. Корнієвський. – К. : Альтерпрес, 2010. – 396 с.

<sup>5</sup> Гльницька У. Вказана праця. – С. 86.

<sup>6</sup> Мирова політика і міжнародні відносини: учеб. пособ. / под ред. С. А. Ланцова, В. А. Ачкасова. – СПб.: Питер, 2008. – 448 с. – С. 244.

<sup>7</sup> Тарасов О. В. Міжнародні неурядові організації в системі світового громадянського співробітництва: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / О. В. Тарасов. – К. – 1995. – С. 19. – С. 9.

<sup>8</sup> Гльницька У. Вказана праця. – С. 86.

<sup>9</sup> Міжнародний Морський Комітет : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.zakony.com.ua/juridical.html?catid=41723>

<sup>10</sup> Міжнародні організації, конвенції та багатосторонні угоди в галузі транспорту : в 4 т. – К. : ДП «Державтотранс-НДПроект», 2009. – Т. 4: Морський і річковий транспорт : навч. посіб. / за ред. А. М. Редзюка, І. В. Морозової. – 216 с. – С. 44.

<sup>11</sup> Там само. – С. 46.

<sup>12</sup> Там само. – С. 30.

<sup>13</sup> Там само. – С. 49.

<sup>14</sup> Міжнародна федерація працівників транспорту : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.itfseafarers.org/the\\_itf.cfm/ViewIn/RUS](http://www.itfseafarers.org/the_itf.cfm/ViewIn/RUS)

<sup>15</sup> *Топалов В. П.* Применение международных конвенций на борту судна / В. П. Топалов, В. Г. Торский. – Одесса : Астропринт, 2005. – 205 с. – С. 30.

<sup>16</sup> Міжнародна федерація працівників транспорту : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://мимо.com.ua/info/58-itf-international-transport-workers-federation-mezhdunarodnaya-federaciya-rabotnikov-transportatransportnyh-rabochih-mft.html>

<sup>17</sup> *Топалов В. П.* Вказана праця. – С. 31.

#### Резюме

##### **Гольбін М. І. Неурядові міжнародні організації у сфері захисту трудових та соціальних прав моряків.**

У статті розглядається загальний процес виникнення та становлення неурядових міжнародних організацій у сфері захисту трудових та соціальних прав моряків. Аналізується система та функції найбільш активних неурядових міжнародних організацій у сфері захисту трудових та соціальних прав моряків, визначається специфіка впливу їх діяльності на вирішення глобальної проблеми трудових та соціальних прав моряків у світі.

**Ключові слова:** міжнародне право, неурядові міжнародні організації, трудові права моряків, соціальні права моряків, захист трудових і соціальних прав.

#### Резюме

##### **Гольбин М. И. Неправительственные международные организации в сфере защиты трудовых и социальных прав моряков.**

В статье рассматривается общий процесс возникновения и становления неправительственных международных организаций в сфере защиты трудовых и социальных прав моряков. Анализируется система и функции наиболее активных неправительственных международных организаций в сфере защиты трудовых и социальных прав моряков, определяется специфика влияния их деятельности на решение глобальной проблемы трудовых и социальных прав моряков в мире.

**Ключевые слова:** международное право, неправительственные международные организации, трудовые права моряков, социальные права моряков, защита трудовых и социальных прав.

#### Summary

##### **Golbin N. Non-governmental international organizations in the sphere of protection of labor and social rights of seafarers.**

The article discusses the general process of the emergence and formation of non-governmental international organizations in the sphere of protection of labor and social rights of seafarers. We analyze the system and the function of the most active non-governmental international organizations in the sphere of protection of labor and social rights of seafarers, and is determined by the specificity of the effect of their activities on the global problem of labor and social rights of seafarers in the world.

**Key words:** international law, international non-governmental organizations, the labor rights of seafarers, seafarers' social rights, protection of labor and social rights.

УДК 341.231.14

**Н. Г. ГОРОБЕЦЬ**

*Наталія Григорівна Горобець, здобувач Київського університету права НАН України*

## **ДЕЯКІ ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ ЩОДО МЕХАНІЗМУ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В СУЧАСНОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ**

Питання щодо захисту права власності відповідно до міжнародної практики і доктрини міжнародного права тривалий час належало до внутрішньої компетенції держав. Розширення географічної сфери взаємовпливу держав, у межах якої здійснюється інтеграція осіб, капіталів, майна, прав на нього, послуг актуалізує проблеми, пов'язані із захистом права власності на міжнародно-правовому і внутрішньодержавному рівнях та, відповідно, активізує діяльність міжнародних судових установ.

Зазначимо, що до основних документів у сфері міжнародно-правового регулювання відносин власності належать Загальна декларація прав людини (1948 р.) та Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.), учасниками яких є практично всі європейські держави, в тому числі й Україна. Так, ст. 17 Загальної декларації прав людини проголошує право приватної власності як основне й невідчужуване право людини. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод є міжнародним договором, який закріплює певний перелік найбільш важливих для людини суб'єктивних прав. Складовою цього документа

є окремі протоколи, які доповнюють та розвивають її положення. Так, ст. 1 Протоколу № 1 (1952 р.) до Конвенції встановлено:

«Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна, інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права».

Попередні положення, однак, жодним чином не обмежують право держави запроваджувати такі закони, які, на її думку, необхідні для здійснення контролю за використанням майна відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків або інших зборів чи штрафів<sup>1</sup>.

Як відомо, повноцінний режим захисту права власності можливий за умови належного дотримання міжнародно-правових доктрин, напрацьованих міжнародним співтовариством у національних правових системах.

Міждержавні відносини у сфері захисту права власності мають певну специфіку, обумовлену різними підходами держав до регулювання даної сфери правовідносин. Цим пояснюється те, що міжнародні договори, які містять норми права в цій сфері, зазнали складного формування й розвитку під безпосереднім впливом доктрини міжнародного права на різних етапах історичного розвитку.

**Теоретичну основу статті** становлять праці таких вітчизняних юристів-міжнародників, як: П. М. Рабінович, І. М. Панкевич, Н. М. Раданович, С. В. Шевчук, Н. С. Кузнецова, В. Є. Мармазов, І. С. Піляєв, В. Н. Денисов, В. І. Євінтов, М. В. Буроменський та дослідження зарубіжних вчених Т. Хефті, Р. Біндшедлера, А. Фердросса, Фр. Сюдра, П. Велласа.

**Метою** цієї статті є дослідження доктринальних підходів вітчизняних та зарубіжних вчених щодо захисту права власності в сучасному міжнародному праві.

Отже, проаналізуємо правила та норми, що склалися в міжнародній практиці і доктрині міжнародного права, яким повинні слідувати держави з тим, щоб прийняті ними заходи щодо обмеження та позбавлення права власності розглядалися правомірними, зокрема такі, як публічний інтерес, дискримінації, виплата швидкої, ефективної й адекватної, а також повної компенсації у випадках будь-якого вилучення. При цьому наголошується, що міжнародне право не містить чітких вказівок щодо розуміння і тлумачення цих правил і умов<sup>2</sup>.

У міжнародно-правовій доктрині історично обґрунтовується ідея про існування в міжнародному праві звичаєвої норми права, що захищає власність іноземних осіб. Різні автори обов'язок держави відшкодувати збиток іноземній власності аргументували по-різному: з посиланням на принцип *pacta sunt servanda*, доктрину придбаних прав, доктрину безпідставного збагачення, принцип справедливості тощо<sup>3</sup>.

Одним із перших авторів, які порушували питання про власність іноземців, був Е. Ваттель. Він писав, що майно приватних осіб повинно розглядатися як власність усієї нації. Держава, яка конфіскує власність іноземних громадян, тим самим безпідставно збагачується на шкоду інтересам іншої держави (нації). Тому держава не має права позбавляти іноземців майна без справедливого відшкодування<sup>4</sup>.

У книзі «Право народів» Е. Ваттель писав: «Суверен не може погоджуватися на в'їзд у свою країну іноземців та ставити одночасно їм пастку: з того моменту, як він погодився допустити їх в країну, він прийняв на себе зобов'язання їх захищати як власних суб'єктів, дозволяючи їм користуватися (тією мірою, якою це залежить від нього) повною безпекою»<sup>5</sup>.

На думку Ваттеля, повна безпека означає: «майно приватної особи не може припинити бути його власністю унаслідок того, що воно знаходиться в іноземній державі і воно є одночасно частиною майна її власної держави. Тому дії територіального суверена щодо такого майна будуть суперечити праву власника і тієї держави, громадянином якої він є»<sup>6</sup>.

Він також писав і про право іноземців заповісти своє майно: іноземець на основі природного права має свободу скласти заповіт. Це право також виникає з його права власності.

Таким чином, на нашу думку, з аналізу розглянутої доктрини випливає, що захист іноземної приватної власності може здійснюватися з урахуванням двох обставин:

- 1) конфіскація майна іноземця суперечить праву тієї держави, до якого він належить;
- 2) конфіскація суперечить праву власника, яке є для нього природним правом.

Як ми переконуємося пізніше, пише Т. Хефті, ці два принципи, серед яких один робить акцент на спільні інтереси, зокрема інтереси держави, а інший – на індивідуальні інтереси кожної людини, досі не втратили своєї актуальності. Ідея Е. Ваттеля, що розглядав майно приватних осіб як майно всієї нації по відношенню до інших держав, була підтримана згодом австрійським ученим А. Фердроссом, який говорив: «... на мій погляд, принцип, згідно з яким майно іноземної особи, вилучене в інтересах приймаючої держави, має бути компенсовано. Бо за відсутності такого правила, кожна держава могла б конфіскувати майно, що перебуває на його території і приналежне комерційним організаціям інших держав»<sup>7</sup>.

Цю ідею ми зустрічаємо також у Х. Вольфа. На його думку, міжнародне право не допускає, щоб іноземці довільно позбавлялися свого майна. У нашій дні вона була приведена в якості аргументу суддею міжнародного суду ООН Гроссом у справі *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* від 5 лютого 1970 року<sup>8</sup>.

У той же час є автори (Джірван, Хартманн та інші<sup>9</sup>), які заперечують існування в міжнародному праві юридичних норм, що зобов'язують держави відшкодувати збитки, завдані іноземній власності. Зазначена точка зору, не відображає адекватно існуючу практику, а також об'єктивну тенденцію зростання взаємозалежності держав, що вимагають (а також сприяють) встановленню і розвитку міжнародних та внутрішньодержавних норм, спрямованих на захист іноземної власності.

На початку ХХ ст. норма про обов'язок захисту власності іноземних осіб в міжнародному праві була підтверджена на рівні міжнародних зобов'язань між державами. Як пишуть окремі автори: «Здається немислимим, на початку нашого століття, щоб держава могла без порушення своїх міжнародних зобов'язань зазіхати на власність і майнові права іноземців»<sup>10</sup>.

На підтвердження цієї думки посилаються на Резолюцію Генеральної Асамблеї ООН «Невід'ємний суверенітет над природними ресурсами». Характеризуючи цю резолюцію, Т. Хефті пише: «Було б неправильно думати, що цей документ відображає лише інтереси групи 77 (країни, що розвиваються) і не виражає правової позиції. Практика держав прагне до вирішення дихотомії (протиріччя) між публічним і приватним інтересом в діях держав. Багато держав, включаючи держави групи 77, змінили свої позиції, уклали угоди про компенсації, про взаємний захист капіталовкладень, що свідчить про зміну їхніх інтересів»<sup>11</sup>.

Класичні норми міжнародного права здатні відповідати спільним інтересам обох держав: держави, яка прагне отримати інвестиції, і держави, реципієнта капіталу. Саме про це йдеться у Резолюції Генеральної Асамблеї ООН «Невід'ємний суверенітет над природними ресурсами», який балансує приватний інтерес власника власності з публічним інтересом приймаючої іноземної держави. Економічна взаємозалежність держав сприяє розвитку практики, орієнтованої на використання класичних правил (норм) для захисту власності. Безумовно, застосування цих норм не залишається незмінним з часом. Тому цілком закономірним і нормальним є інше їх тлумачення відповідно до змінених умов.

Однак загальний зміст залишається таким же, як і колись: міжнародні правила вимагають відшкодування збитку, розмір якого визначається, по-перше, сумою, яку власник повинен мати, щоб відшкодувати вартість втраченого майна; по-друге, конкретними умовами (обставинами), які необхідно враховувати рівною мірою. Відшкодування не повинно, однак, зводитися до принципу «*bonne foi*» (доброї волі, заснованої на розсуді держави). Більше того, це відшкодування шкоди повинно бути ефективним і здійснюватися в розумні терміни.

Перебільшення ролі державного суверенітету, відбите в резолюції 1803(XVII) Генеральної Асамблеї ООН «Невід'ємний суверенітет над природними ресурсами», не відповідає формуванню тенденції взаємозалежності держав в сучасному світі. І це знайшло відображення в ряді доктрин: «Кальво», «мінімальний стандарт».

Доктрина «Кальво», також як доктрина «мінімального стандарту», свідчать про існування суперечливих інтересів. Доктрина «Кальво» вимагає, щоб ставлення до іноземних і національних осіб було однаковим. Отже, іноземні особи повинні підкорятися внутрішній юрисдикції приймаючої держави та відмовитися від усякого дипломатичного захисту. Привілейоване становище іноземця має бути виключено. Ця теорія робить акцент на територіальний суверенітет кожної держави.

Доктрина «мінімального стандарту», навпаки, ставить своєю метою гарантувати деякі права іноземців незалежно від внутрішнього права держав. На думку її прихильників, відсутність цих гарантій поставило б іноземців у повну залежність від внутрішнього законодавства держави, в якій вони знаходяться, і ніякий вплив у плані захисту від власної держави не був би можливий, оскільки вони мають можливість брати участь у політичному житті приймаючої держави<sup>12</sup>.

Додатковий характер міжнародно-правового регулювання права власності іноземців відбивається у застосовуваному в міжнародному праві понятті «мінімальний міжнародний стандарт». У сучасній зарубіжній доктрині міжнародного права більшість авторів поділяють думку про те, що міжнародне право містить норми, спрямовані на захист іноземної власності. Однак щодо точного змісту цих норм існують різні точки зору. Питання про суверенне право держави приймати рішення щодо власності іноземців та про відповідальність держави за різні позбавлення й обмеження права власності іноземців були викладені і в роботах більш ранніх авторів, таких як: Корнеліус Бункресхук, Франціско Суарес, Христіан Вольф. На їх думку, суверен повинен перешкодити неправомірним діям своїх осіб щодо іноземців. Інакше кажучи, йшлося про дії, що належать до сфери міжнародного права.

У теоретичному відношенні обидві доктрини діаметрально протилежні і несумісні. Але це лише в теорії. На практиці в світі є дуже мало держав, які можуть жити в повній ізоляції. Найчастіше вони вступають в комерційні відносини з іноземцями, експортують та імпортують, потребують фінансових ресурсів для того, щоб досягти своїх політичних цілей. Зазначені тенденції також об'єктивно сприяють розвитку норм міжнародного права, все більш спрямованих на взаємний пріоритет інтересів щодо приватної власності.

Т. Хефті вважає за можливе окреслити тенденцію розвитку міжнародно-правового регулювання в галузі захисту іноземної власності наступним чином: «Націоналізації стануть у майбутньому анархізмом. Можна з упевненістю стверджувати, що міжнародні норми в галузі захисту іноземної власності сьогодні мають більш сильну підставу (підтвердження) у практиці держав, ніж це було в період після Другої світової війни до 60-х років, і вони зберігатимуться доти, доки фундаментальні зміни не відбудуться в міжнародних відносинах»<sup>13</sup>.

Всі ці міркування економічного характеру підтверджують об'єктивне існування взаємної залежності держав, яка може сприяти формуванню їх правової позиції. Реально правові позиції держав, сформульовані в нормах права, можуть відрізнитися від точок зору, викладених в теорії.

Згідно з «формулою Халла» заходи для націоналізації та інші примусові акти, щоб бути правомірними, повинні задовольняти ряд умов: мають відбуватися в громадських (публічних) інтересах; не повинні носити дискримінаційний характер та мають супроводжуватися швидкою, адекватною і ефективною компенсацією.

Під формулою «швидка, ефективна та адекватна» компенсація розуміємо те, що така компенсація повинна відповідати реальній цінності майна або майнового права, або що вона має виплачуватися швидко або в переказній валюті. Експропріація без компенсації рівносильна конфіскації і суперечитиме міжнарод-

ному праву. Такі з погляду доктрини норми класичного міжнародного права, які найчастіше позначають як «формула Халла».

Формула Халла отримала свою назву від імені держсекретаря США Корделла Халла, який в 1938 р. під час суперечки між США і Мексикою з приводу націоналізації нафтових родовищ, що перебували у власності іноземних, у тому числі американських компаній, зажадав від Мексики негайної компенсації інвесторам США за їх експропрійовані нафтові концесії.

«Формула Халла», як і звичайні норми міжнародного права, являють собою «мінімальний міжнародний стандарт», що містить правила щодо поводження з іноземцями, зокрема правила, яких кожна держава зобов'язана дотримуватися згідно з міжнародним правом.

Також становить інтерес доктрина «набутих прав». Дана доктрина деякими авторами ототожнюється з суб'єктивними правами. Так, досліджуючи походження терміна «придбані права» (*driot aquis*) вчений Біндшедлер стверджує, що раніше придбані права відрізняли від поняття права власності. Пізніше включили в поняття «права власності» термін «придбані права» як (особливої) її частини на відміну від тих прав, які належать кожному<sup>14</sup>.

Згодом поняття «набутих прав» слугувало для вирішення проблем, що стосуються застосування норм права у часі: справедливість вимагала виплати відшкодування у випадках, коли права, що мають економічну цінність, були знищені (скасовані). З часом поняття «набутих прав» стало теоретичною основою для вирішення проблем застосування законів в просторі: цей принцип розглядався як правова основа для покладання на державу зобов'язання визнати і дозволити іноземцю здійснювати «придбані ним права». Стосовно міжнародного права ці дві норми породили третю, згідно з якою зміна суверена (тобто держави) не повинна впливати на приватні «придбані права» у разі переміщення його власності.

Суддя Мореллі у своєму індивідуальному думці у справі *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* від 5 лютого 1970 р. охарактеризував термін «приданого права» іноземців наступним чином: «Міжнародне право зобов'язує кожну державу в певних межах і за певних умов дотримуватися допомоги своїх адміністративних органів (і навіть законодавчих) права, які внутрішнє право цієї держави надає іноземним громадянам (особам, вихідцям з іншої держави). У таких випадках ми говоримо про дотримання прав, придбаних іноземцями»<sup>15</sup>.

За своїм змістом принцип «набутих прав» не є абсолютним правом, оскільки воно може бути обмежено і навіть припинено в рамках законодавчих приписів. Принцип дотримання «набутих прав» не обмежується тільки вимогою про відшкодування. У рамках цього ж принципу передбачено, що «придбані права» не можуть бути (об'єктом) предметом довільних або дискримінаційних заходів з боку держави, і коли це трапляється, власник права має отримати відшкодування. Таким чином, відшкодування за шкоду на підставі принципу дотримання «набутих прав» має своєю підставою вимагати справедливості (*d'equite*), доброї волі (*bonne foi*) і заборони сваволі. Ця доктрина також має пряме відношення до подальшого формування, які стали класичними принципами міжнародного права, що склалися в галузі захисту іноземної власності.

Однак загальноновизнаність факту впливу міжнародно-правових доктрин на поведінку держав на ранніх стадіях зародження й розвитку норм міжнародного права не означає їх становлення в якості безпосереднього і загальнообов'язкового для держав регулятора їх взаємовідносин.

Правильне тлумачення фундаментальних засад захисту права власності згідно зі ст. 1 Першого протоколу до Конвенції з прав людини і основоположних свобод та застосування відповідної практики Європейського суду з прав людини стає поштовхом до правильного вирішення судами спорів на національному рівні.

Право приватної власності, його дієві гарантії, надійний і ефективний судовий захист – це одні з найважливіших атрибутів правової демократичної держави. Однак наразі ще не можна з упевненістю говорити про те, що українське законодавство досягло досконалості в питаннях регулювання права власності та забезпечення реальних гарантій прав власників. Ця сфера перманентно удосконалюється, зазнає змін, і часом – кардинальних<sup>16</sup>.

Власність посідає особливе місце в суспільному та приватному житті громадян. Практично кожна людина протягом свого життя стикається з тими чи іншими проблемами, пов'язаними з її власністю. Крім того, власність – це той базис, який гарантує життєздатність економіки держави, забезпечує існування й розвиток суспільства загалом<sup>17</sup>.

Статистика свідчить про те, що за кількістю випадків порушення права власності у європейських країнах посідає друге місце після порушення права на справедливий суд. Важливим є послідовне тлумачення та застосування на практиці права власності. Особливу роль у цьому відіграє такий дієвий інструмент, як забезпечення єдності судової практики. Питання права власності посідає одне із найважливіших місць у сучасних правовідносинах, а гарантія захисту права власності є основою для розвитку економіки держави<sup>18</sup>.

Суддя ЄСПЛ у відставці від Сербії, професор Драголюб Попович зокрема зазначає, що судова практика ЄСПЛ є частиною національного права при вирішенні спорів щодо права власності. Держава посідає важливе місце в регулюванні відносин, які виникають в сфері права власності. Він наголошує на значенні принципу справедливого балансу, який полягає у тому, що у випадку експропріації або націоналізації державою майна, яке належить особі, мають враховуватися інтереси суспільства, держави та особи. Обов'язковою умовою проведення державою експропріації є виплата особі компенсації, яка має бути розумною. Важливим також є дотримання принципу пропорційності, оскільки виплата суми, яка не відповідає базовій вартості майна, – це порушення прав особи<sup>19</sup>.



Професор кафедри цивільного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка доктор юридичних наук Наталія Кузнецова, роз'яснює особливості понять власності та права на мирне володіння майном відповідно до ст. 1 Протоколу № 1 Конвенції. У Протоколі під терміном «майно» окрім рухомого та нерухомого майна розуміється ціла низка інтересів економічного характеру, зокрема патенти, судові та арбітражні рішення стосовно компенсації, право на пенсію, економічні права, пов'язані із підприємницькою діяльністю тощо. У державі повинно не лише гарантуватися право мирно володіти майном, а й обов'язково має реалізовуватися на практиці захист права власності<sup>20</sup>.

Суддя Конституційного Суду Литви Вітас Мілюс доводить про доктрину КС Литви з приводу права власності, який вважає поняття власності та право на майно тотожними. Право власності складається із таких складових, як: володіння, користування та розпорядження майном, а власник має право виконувати будь-які законні дії із майном, не порушуючи права інших осіб. Висловлюючи позицію щодо питання вилучення майна особи, Вітас Мілюс зазначає, що це має відбуватися лише відповідно до закону з урахуванням суспільної необхідності, задля блага народу та з виплатою компенсації, яка має бути еквівалентною вилученому майну<sup>21</sup>.

Таким чином, з вищезазначеного робимо висновок, що існують різні точки зору вітчизняних та зарубіжних вчених щодо захисту права власності, однак спільним є те, що право власності є невід'ємним, природним правом людини і повинно належним чином бути захищеним в судовому порядку в разі його порушення.

<sup>1</sup> *Sprankling John G.* The International Law of Property. Oxford: Oxford University Press. – 2014. – P. 432 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199654543.001.0001/acprof-9780199654543>

<sup>2</sup> *Lillich Richard B.* ed. The Valuation of Nationalized Property in International Law. Charlottesville, 1972. V. 1. – P. 4 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://library.law.uiowa.edu/burns-h-weston>

<sup>3</sup> *Hefi T.* La protection de la propriete etrangere en droit international public. Zurich, 1989. – P. 214.

<sup>4</sup> *Vattel Emmerch.* De' Droit de gens, MDCCL VIII. Livre-II, chap. VIII. P. 104 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lonang.com/library/reference/vattel-law-of-nations/>

<sup>5</sup> Там само. – P. 104.

<sup>6</sup> Там само. – P. 109.

<sup>7</sup> *Verdross A.* Les regles internationales concernant le traitement des etrangers. RCADI. T. 37. 1931. P. 371.

<sup>8</sup> [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_819](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_819)

<sup>9</sup> *Girvan.* Expropriating the Expropriators : (dans: Lillich R. ed. The Valuations of Nationalized Property in International Law. Vol. 3. P. 179; Hartmann Gode. Nationalisierung und enteignung und Enteignung im Volkerrech (dans: Lillich R. Op.cit. N 18. – P. 23).

<sup>10</sup> *Andinet.* Le monopole des assurance sur la vie en Italie. RDIP. t. XX. 1913. – P. 10.

<sup>11</sup> *Hefi T.* La protection de la propriete etrangere en droit international public. Zurich, 1989. – P. 114.

<sup>12</sup> *Roth, Andreas Hans,* The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens. These, Geneve: La Haye. 1949. P. 23 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://searchworks.stanford.edu/view/3757240>

<sup>13</sup> *Andinet.* Le monopole des assurance sur la vie en Italie. RDIP. t. XX. 1913. – P. 10.

<sup>14</sup> *Bindshedler.* La protection de la proprieete privee en droit international public. RCADI. t. 90. 1956. – P. 215.

<sup>15</sup> Recueil des Cour International de Justice, La Haye, 1970. – P. 233.

<sup>16</sup> Право власності: європейський досвід та українські реалії // Правовий тиждень. – № 20–21 від 27 жовтня 2015 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=123901>

<sup>17</sup> Там само.

<sup>18</sup> Там само.

<sup>19</sup> Там само.

<sup>20</sup> Там само.

<sup>21</sup> Там само.

## Резюме

**Горобець Н. Г. Деякі доктринальні підходи щодо механізму захисту права власності в сучасному міжнародному праві.**

У статті досліджуються доктринальні підходи вітчизняних та зарубіжних вчених щодо захисту права власності в сучасному міжнародному праві. Особливу увагу приділяється тлумаченню захисту права власності в контексті позицій суддів ЄСПЛ.

**Ключові слова:** Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, 1950 р., Протокол № 1 до Конвенції, право власності, право на володіння майном, доктрини міжнародного права.

## Резюме

**Горобець Н. Г. Некоторые доктринальные подходы относительно механизма защиты права собственности в современном международном праве.**

В статье исследуются доктринальные подходы отечественных и зарубежных ученых по защите права собственности в современном международном праве. Отдельное внимание уделяется толкованию защиты права собственности в контексте позиций судей ЕСПЛ.

**Ключевые слова:** Конвенция о защите прав человека и основных свобод, 1950 г., Протокол № 1 к Конвенции, право собственности, право на владение имуществом, доктрины международного права.

Summary

*Gorobets N. Certain doctrinal approaches concerning ownership right remedial devices in the modern international law.*

The paper addresses doctrinal approaches of the national and foreign scientists concerning ownership right protection in the modern international law. Specific attention is paid to ownership right protection interpretation in the context of ECHR judges' position.

**Key words:** Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950, Protocol No. 1 to Convention, ownership right, right of property belongings possession, doctrines of the international law.

УДК 340.1

**Я. П. ЛЮБЧЕНКО**

*Ярослав Павлович Любченко, здобувач Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування НАПрН України*

## **ЗОБОВ'ЯЗАННЯ УКРАЇНИ У СФЕРІ АЛЬТЕРНАТИВНИХ СПОСОБІВ ВИРІШЕННЯ ПРАВОВИХ СПОРІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З УКЛАДЕННЯМ УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ**

Для України є важливим розвиток альтернативних способів вирішення правових спорів та юридичної конфліктології не тільки через підписання Угоди про асоціацію з ЄС, а й також тому, що наша країна є активним учасником міжнародних відносин. Наприклад, це спори, пов'язані зі встановленням результатів спортивних на Олімпійських іграх, інвестиційні міжнародні спори, спори щодо захисту прав людини, конфлікти між країнами тощо. Зазвичай для врегулювання конфліктів у міжнародній сфері використовуються альтернативні способи вирішення правових спорів, адже національні суди не викликають довіри в іноземних контрагентів та не мають належного досвіду для вирішення подібних справ.

Розвиток альтернативних способів вирішення спорів можна розглядати як показник стану розвитку громадянського суспільства в демократичній правовій державі. Державна політика в цій сфері залежить від багатьох факторів. Зокрема, слід брати до уваги ступінь розвитку ринкових відносин, міжнародного економічного обороту, цивілізованості бізнесу, рівня правової культури й правосвідомості в суспільстві, довіри підприємців один до одного і до третіх осіб, до яких звертаються для врегулювання конфлікту. Важливе значення має також існуюча в державі система права і реалізована в національному законодавстві концепція альтернативного вирішення спорів.

Європейський Союз затвердив низку директив, рекомендацій та інших актів, які стосуються альтернативних способів вирішення правових спорів (далі – ADR). Їхній перелік та аналіз є важливим для розбудови національної концепції (інституту) альтернативного вирішення спорів.

21 березня 2014 р. Україною було підписано політичну частину Угоди про асоціацію між Україною та ЄС; економічна частина Угоди була підписана 27 червня 2014 року<sup>1</sup>. Дослідження альтернативних способів вирішення спорів зумовлене орієнтацією на інтеграцію в європейське співтовариство, у зв'язку з чим одним із пріоритетних напрямів стратегічного розвитку України є забезпечення відповідності національної правової системи стандартам європейської спільноти загалом та створення дійсно ефективного механізму захисту прав та свобод людини і громадянина зокрема.

**Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони**

З 1 листопада 2014 р. набули чинності деякі частини Угоди про асоціацію (далі – Угода), зокрема щодо: поваги до прав людини, основних свобод та верховенства права; політичного діалогу та реформ; правосуддя, свободи та безпеки; економічної співпраці та співпраці в таких галузях, як охорона навколишнього середовища, інфраструктура та сільське господарство; фінансової співпраці.

З 1 січня 2016 р. Європейський Союз і Україна розпочали застосування положень поглибленої і всеосяжної зони вільної торгівлі (далі – ПВЗВТ), що є складовою економічної частини Угоди про асоціацію. Застосування ПВЗВТ у рамках Угоди про асоціацію є одним із наріжних каменів двосторонніх відносин, пропонуючи нові економічні вигоди обом сторонам.

Одне з ключових положень, на яке спирається Угода, визначає засади поступового наближення законодавства України до норм і стандартів ЄС. Встановлюються конкретні строки для узгодження українського законодавства з відповідним законодавством ЄС, які коливаються у межах від 2 до 10 років після набуття Угодою чинності. Угода передбачає концепцію динамічного зближення, оскільки законодавство ЄС не є статичним і постійно розвивається. Тому процес наближення матиме динамічний характер, а його темп повинен відповідати основним реформам ЄС, але бути пропорційним здатності України реалізовувати таке наближення.

Ратифікація Угоди про асоціацію між Україною та ЄС стала стимулом загального удосконалення правового регулювання альтернативних (позасудових) способів вирішення спорів та прискорення реалізації

Верховною Радою України пов'язаних із цим законодавчих ініціатив, спрямованих на наближення законодавства України до норм ЄС.

Положення щодо створення ПВЗВТ між Україною та ЄС є невід'ємною частиною Угоди про асоціацію. Вони передбачають суттєву лібералізацію торгівлі та гармонізацію українського законодавства із нормами ЄС. Тобто, йдеться не просто про скасування мит на кордонах, а про усунення нетарифних бар'єрів, що полегшить доступ українських товарів на єдиний європейський ринок. ПВЗВТ повинна створити практично такі ж умови для торгівлі між Україною та ЄС, які мають місце у торгівлі всередині Союзу.

Єдиний ринок є одним із найбільших досягнень Європейського Союзу і запорукою його економічного лідерства. Він ґрунтується на зобов'язанні та прагненні держав-членів забезпечити вільний рух товарів, послуг, капіталів та людей.

#### **Механізми вирішення спорів відповідно до Угоди. Консультації**

Угода про Асоціацію між Україною та ЄС містить главу 14 «Вирішення спорів», яка передбачає вирішення спорів за допомогою наступних способів: консультації (ст. 305) арбітражної процедури (ст.ст. 306, 307) і медіації.

Відповідно до цієї глави першим способом вирішення спорів, до якого мають звернутись сторони Угоди, – це консультації, які за своєю природою є переговорами. Одна із сторін має підготувати та надіслати іншій стороні письмовий запит та його копію до Комітету з питань торгівлі, у якому зазначається спірний захід та положення цієї Угоди, що містяться у ст. 304 Угоди про асоціацію, які ця сторона вважає застосовними. За загальним правилом, консультації проводяться протягом 30 днів з дати отримання такого запиту та мають відбутися на території сторони-відповідача. Уся конфіденційна інформація, яка стала відомою в ході консультацій, залишається конфіденційною. Виняток становлять спори стосовно швидкокопсувних та сезонних товарів, а також консультацій з приводу транспортування енергоносіїв (природний газ, нафта, електроенергія).

Передбачений ПВЗВТ механізм врегулювання спорів базується на відповідній моделі Світової організації торгівлі (далі – СОТ), але зі спрощеною процедурою<sup>2</sup>.

Органом, який представлятиме Україну під час консультацій, визначено Міністерство закордонних справ України. Усі повідомлення, у тому числі запити стосовно консультацій, надсилаються Міністерству закордонних справ України і Генеральному директору Європейської Комісії «Торгівля» відповідно до п. 5 додатку XXIV до глави 14 «Правила процедури вирішення спорів».

У випадку неможливості врегулювання сторонами спору шляхом проведення консультацій сторони можуть звернутись до арбітражної процедури. Сторона – скаржник подає запит відповідачу та Комітету з питань торгівлі про створення арбітражної групи, у якому вона має визначити відповідний конкретний спірний захід та надати стислий узагальнений опис правових підстав скарги, достатній, щоб чітко представити це питання.

#### **Арбітражні групи**

Компетенція арбітражної групи може визначатись запитом, але якщо сторони не домовились про інше, арбітражна група має: «вивчити питання, зазначене у запиті про створення арбітражної групи, прийняти рішення про сумісність цього спірного заходу з положеннями цієї Угоди, зазначеними у статті 304 цієї Угоди, і прийняти рішення відповідно до статті 310 цієї Угоди».

Стаття 307 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС передбачає, що арбітражна група складається з трьох арбітрів.

Арбітражна група може отримувати з будь-яких джерел (включаючи сторони, що є учасниками спору) інформацію, яку вона вважає необхідною для своєї діяльності. Також арбітражна група має право звертатись за відповідними експертними оцінками, які вважатиме доцільними. Будь-яка інформація, отримана у такий спосіб, має повідомлятися кожній зі сторін та бути надана сторонам для коментарів. Заінтересовані фізичні або юридичні особи, створені на територіях сторін, уповноважені подавати письмові зауваження стосовно *amicus curiae* до арбітражної групи відповідно до правил процедури, викладених у додатку XXIV до Угоди.

Слухання арбітражної групи повинні бути відкритими для громадськості, за винятком тих випадків, коли сторони вирішують, що слухання має бути повністю або частково закритим. Крім того, арбітражна група повинна збиратись у форматі закритого засідання, якщо подання та аргументи сторін містять конфіденційну інформацію відповідно до Додатку XXIV до Угоди.

Арбітражна група, за загальним правилом, надсилає своє попереднє рішення сторонам та Комітету з питань торгівлі протягом 90 днів (але не пізніше, ніж 120 днів) з дати створення арбітражної групи (винятки становлять спори стосовно транзиту електроносіїв, швидкокопсувних та сезонних товарів). Сторони вправі подати письмовий звіт до арбітражної групи щодо перегляду конкретних аспектів попереднього звіту протягом 14 днів з дати його публікації.

Стаття 309 Угоди про асоціацію передбачає можливість звернення сторін із запитом до голови арбітражної групи з проханням виступити в якості посередника у зв'язку з будь-яким питанням, пов'язаним із спором, якщо можливе повне або часткове припинення будь-якого транзиту природного газу, нафти чи електроенергії між Україною та стороною ЄС або через загрозу такого припинення. Якщо протягом 15 днів після призначення посередника він не може забезпечити досягнення згоди про процедуру вирішення спору, посередник повинен рекомендувати вирішення спору або процедуру, що дозволяє досягти такого вирішення, та повинен прийняти рішення про умови, яких необхідно дотримуватись з визначеної ним або нею дати до моменту, поки спір не буде вирішено.

Остаточне рішення арбітражна група надсилає сторонам та Комітету з питань торгівлі протягом 120 днів з дати створення арбітражної групи. У виняткових випадках – не пізніше 150 днів з дати створення арбітражної групи. Для випадків крайньої необхідності, коли йдеться про швидкопсувні або сезонні товари, а також про спори стосовно транзиту енергоносіїв встановлені зменшені строки.

Постанова арбітражної групи є обов'язковою для виконання.

Угода про асоціацію передбачає також тимчасові засоби захисту в разі невиконання арбітражних рішень, наприклад тимчасову компенсацію. Пропозиція щодо тимчасової компенсації має бути надана стороною – відповідачем на вимогу сторони – скаржника. Сторона – скаржник має право, після повідомлення стороні – відповідачу та Комітету з питань торгівлі, призупинити зобов'язання, які впливають з будь-якого положення, що міститься у главі про зону вільної торгівлі, на рівні, еквівалентному анулюванню або скороченню, спричиненому порушенням.

Під час призупинення зобов'язань сторона-скаржник може прийняти рішення підвищити свої ставки ввізного мита до рівня, який застосовується до інших держав-членів СОТ, для обсягу торгівлі, який має бути визначений таким чином, щоб обсяг торгівлі, помножений на підвищення ставки ввізного мита, дорівнював вартості обсягу анулювання або скорочення, спричиненого порушенням.

Сторони вправі у будь-який час домовитись про взаємопогоджене рішення щодо спору.

Правила процедури вирішення спорів передбачені у додатку XXIV до Угоди про Асоціацію.

#### **Тлумачення Угоди про асоціацію**

Арбітражна група має тлумачити положення Угоди про асоціацію для вирішення спорів відповідно до звичаєвих правил тлумачення міжнародного публічного права, в тому числі правил, кодифікованих у Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 року. У разі, якщо зобов'язання за Угодою про асоціацію є ідентичними зобов'язанням за Угодою СОТ, арбітражна група повинна прийняти тлумачення, яке узгоджується з відповідним тлумаченням, створеним рішеннями Органу вирішення спорів СОТ. Постанови арбітражної групи не можуть розширити або обмежити права та обов'язки, передбачені Угодою про асоціацію.

Найбільш цікавою для дослідження є ч. 2 ст. 322 Угоди, відповідно до якої: «Якщо у спорі виникає питання щодо тлумачення положення права ЄС, згадане в пункті 1, арбітражна група не повинна вирішувати це питання, але повинна подавати до Суду Європейського Союзу прохання винести рішення із цього питання. У таких випадках строки, що застосовуються до постанов арбітражної групи, повинні призупинятися до ухвалення Судом Європейського Союзу своєї постанови. Ця ухвала Суду Європейського Союзу є обов'язковою для арбітражної групи».

Дана норма розширює коло питань, які має досліджувати арбітражна група, а саме: міжнародні договори між Україною та державою, з якою виник спір, Угоду про асоціацію та конкретні рішення Суду Європейського Союзу.

Таким чином, практика Суду Європейського Союзу має досліджуватись та вивчатись українськими юристами, оскільки торгівельні відносини між Україною та Європейським Союзом будуть підпорядковані праву ЄС – *acquis communautaire*.

Зазначимо, що постанови арбітражних груп будуть загальнодоступними.

#### **Механізм посередництва**

Передбачається утворення Платформи громадянського суспільства, яка складатиметься з членів Європейського економічного та соціального комітету і представників громадянського суспільства України.

Всі арбітри, призначені до арбітражної групи, повинні бути незалежними, діяти особисто, не повинні отримувати інструкцій від будь-якої організації або уряду та бути пов'язаними з урядом будь-якої зі сторін, а також дотримуватись Кодексу поведінки, закріпленого у додатку XXV до Угоди про асоціацію.

Механізм посередництва дає змогу сторонам долати небажані явища у торгівлі товарами. Його метою є не дослідити правову сторону того чи іншого питання, а знайти швидке та ефективне вирішення проблем у сфері доступу до ринків.

Даний спосіб вирішення спорів має на меті сприяти досягненню взаємопогодженого рішення на основі всеохоплюючих та прискорених процедур за допомогою посередника. Угода про асоціацію містить винятки: спори, що стосуються Глави 6 «Заснування підприємницької діяльності, торгівля послугами та електронна торгівля», Глави 7 «Поточні платежі та рух капіталів», Глави 8 «Державні закупівлі», Глави 9 «Інтелектуальна власність» та Глави 13 «Торгівля та сталий розвиток».

Посередництво має ті самі початкові етапи, що й арбітражні групи, а саме: сторона може запитати інформацію стосовно заходу, що негативно впливає на торгівлю або інвестування між сторонами. У випадку недостиження консенсусу будь-яка зі сторін може вимагати порушення процедури посередництва. Сторони мають погодити кандидатуру посередника. Якщо сторони не можуть дійти згоди стосовно посередника, вони звертаються до голови Комітету з питань торгівлі або вповноваженої головою особи з вимогою обрати посередника шляхом жеребкування. Сторони вправі домовитись про те, що посередник може бути громадянином однієї зі сторін.

Посередник може прийняти рішення щодо найбільш доцільного способу внесення ясності до зазначеного заходу та його можливого впливу на торгівлю. Зокрема, посередник може організувати засідання сторін, проводити спільні або індивідуальні консультації зі сторонами, звертатися за допомогою або консультуватися з відповідними експертами та заінтересованими особами й надавати будь-яку додаткову допомогу, яка

вимагається сторонами. Посередник не повинен давати поради або коментарі щодо відповідності зазначеного заходу Угоді про асоціацію.

Рішення посередника може бути ухвалено шляхом прийняття рішення Комітетом з питань торгівлі.

Арбітражна група під час посередництва не враховує позиції сторін, поради або пропозиції посередника, факт, що сторона заявила про готовність прийняти дії щодо заходу, який є предметом посередництва. Всі етапи процедури посередництва конфіденційні.

Витрати, що впливають з організаційних питань, зокрема винагороди та витрати посередника, будь-якого помічника посередника та, якщо сторони не можуть домовитись про спільну мову, будь-які витрати, пов'язані з перекладом. Винагорода посереднику повинна відповідати винагороді, встановленій голові арбітражної групи, згідно з Додатком XXIV до Угоди про асоціацію.

#### **Зобов'язання України**

Серед зобов'язань України за Угодою про асоціацію є також зобов'язання провести конкурс та надати список осіб (ст. 323), представників України для включення до складу арбітражних груп у рамках процедури розгляду спорів, визначеної ст.ст. 306 та 307 (далі – Арбітражних груп).

Відповідно до постанови КМУ від 2 грудня 2015 р. № 995 Міністерство юстиції України має на конкурсній основі відібрати кандидатів. Кандидати повинні відповідати критеріям, визначеним у ст. 323 Угоди про асоціацію і додатку XXV до Глави 15 Угоди про асоціацію. Результати конкурсу, список кандидатів на призначення представниками України в склад арбітражних груп у рамках процедури розгляду спорів мають бути подані до Кабінету Міністрів України до 1 квітня 2016 року.

Нині Міністерство юстиції України працює над проектом наказу «Про утворення Конкурсної комісії та затвердження Порядку проведення конкурсу для добору представників України до складу арбітражних груп у рамках процедури розгляду спорів визначеної статтями 306 та 307 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони».

Угода про асоціацію також містить принцип *lis pendens* (ст. 324), згідно з яким сторонам заборонено передавати на розгляд до органів вирішення спорів СОТ справи, які ініційовано відповідно до Угоди про асоціацію, або навпаки розглядати спори відповідно до Угоди про асоціацію до моменту їх вирішення органами вирішення спорів СОТ.

Таким чином, опосередковано через Угоду про асоціацію рішення Суду ЄС з 1 січня 2016 р. мають важливе значення для України в цілому, а також експертів арбітражних груп зокрема, які зобов'язані у разі виникнення питань стосовно тлумачення *acquis communautaire* звертатись до Суду ЄС.

Тому вважаємо за необхідне одразу наголосити на проблемі, яка виникла у правовій системі України у зв'язку з некомпетентністю суддів, які не розрізняють Суд Європейського Союзу (Люксембург) та Європейський суд з прав людини (Страсбург).

Цікавим прикладом вищезазначеного є справа «Yvonne Van Duyn v Home Office»<sup>3</sup>. Єдиний державний реєстр судових рішень видає понад 125 000 посилань на дану справу, переважно судів адміністративної юрисдикції, в яких містяться посилання на це рішення.

Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва містили посилання на справу «Yvonne Van Duyn v Home Office», як справу Європейського суду з прав людини ЄСПЛ (наприклад № 2a-1149/12/2670)<sup>4</sup>, у зв'язку з цим судді масово копіювали з цих рішень текст, не перевірявши його. Проте ЄСПЛ не розглядає справи між фізичними особами, або фізичними та юридичними особами, оскільки ЄСПЛ розглядає справи заявників проти держав, або міждержавні спори, а не їх інституцій. Існують і інші помилки, пов'язані з посиланнями у рішеннях українських судів, але даний аналіз виходить за рамки досліджуваної теми.

Отже, можемо зробити висновок, що Угода про Асоціацію містить положення про поглиблену та всеохоплюючу зону вільної торгівлі (далі – ПВЗВТ). ПВЗВТ забезпечить Україні умови для модернізації її торговельних відносин та для економічного розвитку шляхом відкриття ринків та поступової ліквідації митних тарифів і квот та всеохоплюючого процесу гармонізації законів, норм і правил у різних сферах, пов'язаних із торгівлею. Це створить умови для приведення ключових секторів економіки України у відповідність до стандартів ЄС.

Завдяки таким амбітним цілям, як наближення українського законодавства до стандартів ЄС у сфері конкуренції, державних закупівель і захисту прав інтелектуальної власності, Угода допоможе модернізації та диверсифікації української економіки, а також створить додаткові стимули для реформ, особливо у сфері боротьби з корупцією. Таким чином ПВЗВТ дає Україні можливість покращити підприємницький клімат і залучити іноземні інвестиції, що сприятиме процесам інтеграції у світову економіку. Впровадження ПВЗВТ відбуватиметься упродовж кількох років, що допоможе здійснювати поступове наближення законодавства і дасть час на адаптацію всім задіяним сторонам.

Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом містить реальні механізми вирішення публічно-правових спорів, які потенційно можуть виникнути між сторонами. Причому ці механізми подібні до механізмів вирішення приватноправових спорів.

<sup>1</sup> Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: [Електронний ресурс]. – 2014. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984_011)

<sup>2</sup> ЄС–Україна: поглиблена та всеохоплююча зона вільної торгівлі: [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://eeas.europa.eu/delegations/ukraine/documents/virtual\\_library/dcfra\\_guidebook\\_web.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/ukraine/documents/virtual_library/dcfra_guidebook_web.pdf)

<sup>3</sup> European Court of Justice Decision: [Електронний ресурс]. – 1974. – Режим доступу: [http://www.biicl.org/files/2065\\_c-41-74.pdf](http://www.biicl.org/files/2065_c-41-74.pdf)

<sup>4</sup> Ухвала Київського апеляційного адміністративного суду: [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/SO8261.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO8261.html)

#### Резюме

**Любченко Я. П. Зобов'язання України у сфері альтернативних способів вирішення правових спорів, пов'язаних з укладенням Угоди про асоціацію.**

У статті розглядаються недоліки чинного законодавства та міжнародний досвід у сфері альтернативних способів вирішення правових спорів, висвітлюються пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства для підвищення інвестиційної привабливості України.

**Ключові слова:** арбітраж, медіація, законопроект, законодавство, альтернативні способи вирішення правових спорів, судова влада, виконання рішень суду.

#### Резюме

**Любченко Я. П. Обязательства Украины в сфере альтернативных способов решения правовых споров, связанных с заключением Соглашения об ассоциации.**

В статье рассматриваются недостатки действующего законодательства и международный опыт в сфере альтернативных способов разрешения правовых споров, освещаются предложения по усовершенствованию действующего законодательства для повышения инвестиционной привлекательности Украины.

**Ключевые слова:** арбитраж, медиация, законопроект, законодательство, альтернативные способы решения правовых споров, судебная власть, исполнение решений суда.

#### Summary

**Liubchenko I. Ukraine's commitments in the field of alternative dispute resolution related to the Association Agreement.**

Paper contain analysis of current legislation lacks and international experience in alternative dispute resolution of legal disputes, highlights suggestions for improvement current legislation in order to increase investment attractiveness of Ukraine.

**Key words:** arbitration, mediation, bill, legislation, alternative resolution of legal disputes, courts, enforcement of court decision.

УДК 347.95.952

### Н. А. ЛЯШЕНКО

*Надія Анатоліївна Ляшенко, здобувач Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ПРЕДМЕТ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Для правильного сприйняття меж повноважень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) слід окреслити ті питання, які можуть бути прийняті на розгляд цього суду і, відповідно, відобразитися в його рішенні. Такий підхід до сприйняття рішень ЄСПЛ дасть змогу переосмислити як ті питання, з якими особи можуть звернутися до цього суду, так і прогнозувати межі рішень цього суду, а також доводити такі рішення до остаточного виконання.

З цією метою проаналізуємо гіпотези вчених щодо меж повноважень даного суду. Так, С. П. Добрянський вказував, що у правопорядку Ради Європи (далі – РЄ) подальшого розвитку набуває тенденція універсалізації інституту прав людини, яка проявилась, зокрема, у прийнятті 2000 р. Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р. (далі – Євроконвенція). Тепер до сфери ефективного міжнародно-судового захисту Євросудом з прав людини потрапляють не лише закріплені Євроконвенцією громадянські та політичні права (та, як виняток, деякі соціально-економічні права), як це мало місце раніше, а й усі інші категорії прав людини, які отримали своє закріплення у національному законодавстві держав-членів РЄ, котрі ратифікували згаданий Протокол. Останній покликаний гарантувати на основі рівності відповідні права людини усім суб'єктам, що перебувають під юрисдикцією відповідної держави, беручи за основу, власне, той зміст та обсяг певного права людини, які визначаються характером та рівнем розвитку саме даного суспільства<sup>1</sup>.

Слід зазначити, що С. П. Добрянським окреслено межі повноважень Євросуду як загальні на основі рівності. Зрештою, вони зведені в захисті до рівня «розвитку саме даного суспільства». З таким твердженням даного автора важко погодитися, оскільки тут відчувається суперечність, адже визначаючи європейські стандарти щодо захисту прав людини та її основних свобод як загальний курс на універсалізацію, слід такі стандарти застосовувати до громадян всіх країн Європи.

Дійсно, економічні показники рівня життя в Європі не можуть бути однаковими для всіх громадян, але всі громадяни повинні забезпечуватися хоча б мінімально допустимими для проживання економічними, соціальними та іншими умовами. Інакше Статут ООН, Загальна декларація прав людини, Конституція України, де людина, її життя, здоров'я, недоторканність та безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, а права й свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави (ст. 3), перетворюються на просту декларацію, а не норми прямої дії.

Інші ж автори розглядають рішення ЄСПЛ як прецедентні й порівнюють їх з англійською системою права, з чим важко погодитися в тому контексті, що англійська система правосуддя за рахунок рішень судів заповнює прогалини в праві<sup>2</sup>, а Європейський суд, базуючись на міжнародних актах, розширено тлумачить їх положення і так розширює сферу застосування цих норм та визначає нові правила для держав – членів Ради Європи у відносинах зі своїми громадянами. Зокрема, М. В. Мазур називає третій розділ своєї дисертації: «Прецеденти Європейського суду з прав людини як джерело конституційного права України» і розкриває поняття прецеденти в контексті рішень ЄСПЛ, який послідовно дотримується принципів прецедентного права, постійно посилаючись на свої попередні рішення, прецеденти Європейської комісії з прав людини або «усталене прецедентне право»<sup>3</sup>. Але так ЄСПЛ підтверджує послідовність власної позиції, а не сприймає свої ж рішення як непорушні норми або прецеденти, які диктують абсолютно нові і обов'язкові правила тощо. Саме тому в ст. 30 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод вказується: якщо вирішення питання, яке вона розглядає, може мати наслідком несумісність із рішенням, постановленим Судом раніше, палата може в будь-який час до постановлення свого рішення відмовитися від розгляду справи на користь Великої палати, якщо жодна зі сторін у справі не заперечує проти цього»<sup>4</sup>. Тобто, ухвалене раніше рішення не може розцінюватися як остаточне і повинно бути переглянуте навіть не Великою палатою, якщо на цьому наполягають сторони спору.

Існують в Україні й концепції, згідно з якими діяльність ЄСПЛ розглядається поряд з іншими способами захисту<sup>5</sup>, хоча така позиція не зовсім виправдана, оскільки так зменшується (принижується) статус цього суду як виняткового, діяльність якого розпочинається тоді, коли всі правові способи захисту в державі вже вичерпані. В силу ж обов'язковості рішень ЄСПЛ для держав і їх органів захист прав громадян таким судом так само має розглядатися як винятковий, а не звичайний спосіб відновлення прав.

Тому очевидно, що предмет рішень Європейського суду з прав людини має формуватися з урахуванням наведених раніше положень, а також позиції самого суду. Зокрема, в рішенні ЄСПЛ у справі «Новоселецький проти України» (заява № 47148/99, Страсбург, 22 лютого 2005 р.) зазначено: «... Суд нагадує, що він не має права замінювати національні органи, щоб визначити більш належну поведінку інституту у справі»<sup>6</sup>. Водночас у мотивувальній і резолютивній частинах цього ж рішення ЄСПЛ обґрунтовано констатується наявність порушень ст. 8 Конвенції<sup>7</sup> та ст. 1 Протоколу № 1<sup>8</sup>, а фактично, недостатню повагу до приватного і сімейного життя, до житла заявника та позбавлення його власності. Автором свідомо визначено недостатню увагу з боку державних органів і, відповідно, судової гілки влади в Україні до перелічених раніше питань, а не цитується буквальний зміст ст. 8 Конвенції, оскільки рішенням було частково задоволено вимоги заявника.

Суди України в цій справі посилалися на неможливість відшкодування завданої в житлових правовідносинах моральної шкоди, оскільки це не передбачено законодавством України, а Європейський суд з прав людини не сприйняв таку позицію і встановив не тільки факт завдання моральної шкоди заявнику, а й встановив рівень відповідальності посадових та службових осіб за завдану шкоду, поклавши на державу – Україну обов'язок відшкодувати завдану шкоду. Автор погоджується з такою позицією, оскільки відсутність прямих вказівок у житловому законодавстві щодо можливості або неможливості виникнення моральної шкоди не повинно враховуватися судами через те, що моральна шкода – це суб'єктивне сприйняття тих чи інших обставин і саме тому рівень моральних страждань у кожного суб'єкта буде різним. Достатньо, що в ст. 23 ЦК України підстава виникнення моральної шкоди пов'язується з наявністю факту правопорушення, і така формула сприйняття моральної шкоди має застосовуватися для всіх правовідносин.

Інакше можна було б встановлювати конкретний рівень моральної шкоди в законодавстві для тих чи інших правовідносин, хоча такі спроби й робляться, зокрема, щодо моральної шкоди в дорожньо-транспортних пригодах<sup>9</sup> тощо, але будь-які формули не здатні враховувати суб'єктивні фактори, наприклад, персоніфікацію не тільки постраждалої особи, а й винної особи.

Автор вважає, що останнє положення про залежність захисту прав з урахуванням суб'єкта правопорушника може розглядатися через призму гіпотези щодо наявності моральної шкоди та раціональності вимоги щодо її відшкодування від конкретного суб'єкта, а саме: у разі публічної образи з боку безпритульної особи навряд чи хтось звернеться до неї з позовом, оскільки юридична безперспективність такої справи очевидна. Водночас, коли образа «виходить» з дій або слів високопосадовців чи мільйонерів, то й відповідальність має бути адекватною їх статусу тощо.

Автор був та є прихильником попередньої редакції ч. 2 ст. 440-1 ЦК України від 1963 р., де було встановлено мінімальний розмір моральної шкоди, а саме: не менше п'яти мінімальних розмірів заробітної плати, і вважає за доцільне знов його запровадити у цивільне законодавство України. Це не означає, що необхідно встановити саме такий розмір моральної шкоди, однак встановлений законом її мінімальний розмір дасть орієнтир для обґрунтованого збільшення конкретного розміру певним суб'єктом. Більше того, суди повинні будуть дотримуватися закону, а не перетворювати такий розмір моральної шкоди на мізерний, як це має місце сьогодні.

Щодо необґрунтованого збільшення розміру моральної шкоди, то тут стримуючим чинником є прогресуюча шкала судового збору, який необхідно сплатити перед зверненням до суду, і це має застерігати від необґрунтованого бажання отримати максимальну вигоду, оскільки суди не завжди задовольняють позови про відшкодування моральної шкоди і тим більше в повному обсязі. Оптимальним у сучасних умовах вважаємо розмір мінімальної моральної шкоди, що дорівнює одній мінімальній заробітній платі.

Тому вважаємо за доцільне запровадити збільшену ставку мінімального розміру моральної шкоди, яка має стягуватися за завдану державою, тобто її посадовими особами, шкоду в розмірі, як мінімум, двох розмірів мінімальної заробітної плати. При цьому один розмір має стягуватися безпосередньо та персоніфіковано з уповноваженого представника держави, діями або бездіяльністю якого була завдана така шкода, а другу мінімальну заробітну плату – з установи, де працює така посадова особа. Така диференціація потрібна в сучасних умовах внаслідок того, що значна частина посадових осіб держави дозволяє собі нехтувати своїми обов'язками та зловживає посадовими правами, оскільки вони не несуть істотної персоніфікованої матеріальної відповідальності через те, що за їх дії або бездіяльність відповідає держава. Так само, але в значно більшому обсязі, відповідає держава за факти правопорушень, коли рішенням ЄСПЛ присуджується громадянам України компенсація з держави, але ж за такі факти правопорушень мають нести матеріальну відповідальність ті її представники, які допустили правопорушення. Саме тому судді ухвалюють незаконні (необґрунтовані) рішення не вагаючись, оскільки вони матеріально не відповідають за наслідки завдання особам, які беруть участь у справі, шкоди.

Виходячи з наведеного раніше і підсумовуючи проаналізоване, можна стверджувати, що підставами звернення до ЄСПЛ та відповідно, предметом його розгляду, можуть стати:

- невідповідність законодавства України високим європейським стандартам з охорони і захисту прав громадян та юридичних осіб, внаслідок чого права останніх були порушені;
- неможливість захисту і відновлення прав громадян в державі, що може проявлятися не тільки в ухваленні рішень судів з порушенням норм матеріального і процесуального права, а й затягування розгляду справи, невиконання рішень судів державною виконавчою службою;
- невдоволення громадян визначеним судом способом ліквідації правопорушення та/або відновлення права, зокрема, відсутністю відповідної компенсації порушеного права.

Проте слід зазначити, що такий поділ підстав звернення до ЄСПЛ є узагальненим. Якщо ж спробувати конкретизувати сучасний стан правового захисту громадян, то стане очевидним, що до ЄСПЛ можливо звертатися як до остаточного вирішення справи по суті судами України, так і після ухвалення судового рішення.

У судовій практиці України мали місце випадки, коли судовий розгляд справ тривав понад п'ять років. Осіб за різними підставами позбавляли права на судовий захист, оскільки відмовляти у прийнятті позовної заяви, вказуючи на все нові й нові її недоліки та повертали заяви<sup>10</sup>, відмовляли у задоволенні відводу судді тощо. Така упередженість була очевидною, оскільки судді безпідставно відмовляли у задоволенні різних клопотань та не компетентно вирішували різні процесуальні питання тощо. Тому вважаємо, що особи можуть звертатися до ЄСПЛ і тоді, коли справа в Україні ще остаточно не вирішена, але було вичерпано розумний строк (ст. 6 Конвенції) для її розгляду<sup>11</sup>.

Автор впевнений і в тому, що значна частина громадян України, які зверталися до Конституційного Суду України, залишилися невдоволеною відмовою у розгляді їх заяви. Останнє положення загалом не можна вважати законним, коли замість суддів Конституційного Суду України відповідь на звернення у вигляді процесуального акта надає канцелярія суду простим листом, яка не є суб'єктом процесуальних відносин і не може брати на себе повноваження з вирішення правових питань. На нашу думку, громадяни України вправі звертатися до ЄСПЛ за захистом власних прав, коли їм перешкоджають у доступі до правосуддя, хоча це положення є дискусійним.

Так, окремі автори зверталися до аналізу цього проблемного питання і зазначали про те, що при визначенні меж впливу прецедентів ЄСПЛ на практику КСУ потрібно виходити з особливої правової природи останнього як єдиного органу конституційної юрисдикції, тому вони мають для КСУ не обов'язковий, а переконливий характер. Крім того, на прикладі аналізу декількох справ, вирішених ЄСПЛ і КСУ, доводиться, що останній, розглядаючи виключно питання права, не завжди може зробити загальний висновок щодо неконституційності певного закону, покладаючи в основу своєї аргументації прецедент ЄСПЛ, який бере до уваги факти конкретної справи<sup>12</sup>.

Зважаючи на повноваження Конституційного Суду України як єдиного легітимного органу щодо тлумачення конституційності законів та інших правових питань, ми мусимо визнати, що його повноваження вищі, ніж у Європейського суду з прав людини, якщо, звісно, ми визнаємо Конституцію України найвищим нормативним актом у ієрархії законів в Україні. Саме тому можна визнати повноваження Конституційного Суду України щодо перегляду рішень ЄСПЛ на предмет їх конституційності для України.

Водночас в силу того, що Європейський суд з прав людини займає місце наддержавного органу в європейському співтоваристві, слід погодитися з його повноваженнями щодо перегляду ним рішень навіть конституційних судів держав, членів Ради Європи і, відповідно, Конституційного Суду України, якщо ним порушуються європейські стандарти прав людини. Але легітимність такого рішення ЄСПЛ в Україні стає сумнівною в силу високого статусу Конституційного Суду України.

Аналізуючи ж рішення Конституційного суду України без врахування його статусу, суспільство вже визнало частину з них такими, які були ухвалені під політичним впливом. Тому вважаємо неможливим абсо-



лютизувати позицію навіть цього суду. Безперечним є те, що не всі рішення ЄСПЛ – абсолютно правильні і такі, що відповідають реальним правовідносинам, тому не слід їх ідеалізувати.

Отже, потенційно можливим є конфлікт юрисдикційного значення: між рішеннями ЄСПЛ та рішеннями Конституційного Суду України в частині сприйняття умов конкретної справи, і в такій ситуації необхідно буде визнати переваги одного із рішень судів. У цьому разі, на нашу думку, слід орієнтуватися на те, що Конституційний Суд України обмежений у своїх повноваженнях щодо відносно вільного сприйняття прав та обов'язків суб'єктів правовідносин, оскільки над ним домінуватиме буква закону, а Європейський суд у своїх рішеннях може пропагувати дух закону і права.

Тому можна і слід ставити питання широко: про домінування європейських стандартів сприйняття права над національними, що, фактично, знизить правове значення як діяльності Конституційного Суду України, так і правової системи України взагалі. Таке положення свідчитиме й про часткову втрату суверенітету і незалежності України (ст. 1 Конституції України), хоча визнаючи повноваження Європейського суду з прав людини як обов'язкові для України, ми мусимо визнати такий стан де-факто.

Однак, об'єктивно кращим є варіант, коли громадяни України можуть звернутися до Європейського суду з прав людини за захистом своїх прав, якщо вони не знайшли його в Україні, ніж втрата належних їм прав. Водночас слід підіймати вимоги до охорони і захисту прав громадян судами України до рівня європейських стандартів та з урахуванням цього удосконалювати правову систему України.

Автор вважає, що існуюча в юридичних джерелах дискусія щодо правового значення рішень Конституційного Суду України<sup>13</sup> має бути вирішена на користь надання цьому суду подібних до Європейського суду з прав людини повноважень. Тому Конституційний Суд України повинен наділятися повноваження не формального (буквального) тлумачення щодо неконституційності правового акта (його окремих положень) або необхідності в офіційному тлумаченні<sup>14</sup>, а до його повноважень має належати вирішення питань щодо відповідності нормативних актів України європейським стандартам у контексті регламентації прав громадян та юридичних осіб.

Дійсно, сьогодні можна погодитися з думкою Б. В. Малишева, який вказує на незрілість демократичних інституцій в Україні (насамперед тут мається на увазі не сформованість демократичних стандартів і традицій функціонування інститутів Верховної Ради України та Президента України, вказані повноваження з офіційного тлумачення слід залишити за Конституційним Судом України...)<sup>15</sup>. І тим не менш, розширюючи повноваження Конституційного Суду України та не зважаючи на висловлені зауваження до його діяльності, можна частину потенційних звернень до Європейського суду з прав людини вирішити в Україні. При цьому доцільно переглядати формування складу Конституційного Суду України, оскільки в цьому питанні відчувається політична заангажованість на предмет стримуючих чинників і противаг, що, за задумом законотворців, мало б надавати рівні важелі впливу в боротьбі за владу між парламентом та президентом. Хибність такого підходу до формування складу Конституційного Суду України була виявлена пізніше і підтверджена фактичним переглядом Конституції України за часів В. Ф. Януковича і узурпацією ним всієї повноти влади.

Автор вважає, що наявність повноважень у Конституційного Суду України переглядати питання щодо відповідності захисту прав громадян України європейським стандартам дасть змогу підвищувати вимогливість суспільства до дій уповноважених державою посадових осіб. У даному випадку мається на увазі можливість пред'явлення позовів до держави, яка згідно зі ст. 30 ЦПК є суб'єктом цивільних процесуальних відносин з причин різних правопорушень, включаючи запровадження законів, які не відповідають ні конституційним положенням, ні європейським стандартам, не говорячи про невиконання приписів законів внаслідок відсутності коштів у бюджеті тощо.

Проблеми, які мають місце у сучасній правовій системі в Україні, полягають і в тому, що значна частина законопроектів та чинних законів проходить перевірку на їх відповідність європейським стандартам у Венеційській комісії, але ж для самодостатньої правової держави такі питання доцільно вирішувати у своїй країні, а не за допомогою іноземних фахівців. Зокрема, в Україні існують науково-дослідні установи, Академія наук, Академія правових наук, до складу яких входять провідні українські вчені, правова позиція, досвід і фах яких нехтуються. Тому автор вважає, що звернення до ЄСПЛ та інших міжнародних правових установ слід сприймати лише як запасний варіант, а фетишизувати ці установи і не надавати їм ролі контролюючих правовий стан в Україні органів і це положення має стимулювати владу до удосконалення правової системи України власними силами, з урахуванням нашого історичного і політичного досвіду, а також ментальності українського народу.

<sup>1</sup> Добрянський С. П. Актуальні проблеми загальної теорії прав людини : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Добрянський Святослав Павлович. – Одеса, 2003 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis64r\\_81/cgiirbis\\_64.exe?Z21ID=&I21DBN=ARD&P21DBN=ARD&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=fullwebr&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=A=&S21COLORTERMS=1&S21STR=%D0%94%D0%BE%D0%B1%D1%80%D1%8F%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9%20%D0%A1.%D0%9F.\\$](http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis64r_81/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=ARD&P21DBN=ARD&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=fullwebr&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=A=&S21COLORTERMS=1&S21STR=%D0%94%D0%BE%D0%B1%D1%80%D1%8F%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9%20%D0%A1.%D0%9F.$)

<sup>2</sup> Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії / Б. В. Малишев. – К. : Праксіс, 2008. – 344 с.

<sup>3</sup> Мазур М. В. Акти органів судової влади як джерело конституційного права України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / Мазур Микола Вікторович. – Х., 2009 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://liber.onu.edu.ua>

<sup>4</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004)

<sup>5</sup> Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов : моногр. / И. В. Спасибо-Фатеева, М. Н. Сибилев, В. Л. Яроцкий и др. ; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Х. : Право, 2014. – 672 с.

<sup>6</sup> Європейський суд з прав людини. Друга секція. Рішення «Новоселецький проти України» (заява № 47148/99). Страсбург, 22 лютого 2005 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980\\_238](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_238)

<sup>7</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004)

<sup>8</sup> Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (зі змінами, внесеними Протоколом № 11 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_535](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_535)

<sup>9</sup> Слонова Е. Расчет «душевных страданий» при ДТП / «Юридическая практика» № 33 (555) от 12/08/08 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [yurpractika.com/article.php?id=100095219](http://yurpractika.com/article.php?id=100095219)

<sup>10</sup> Фурса С. Я. Анализ типовых зауважень, які пред'являються судами при прийнятті заяв / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса // Процесуальні документи: теорія, методика і практика : наук.-практ. посіб. – К. : Правова єдність, 2011. – С. 69–75.

<sup>11</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004)

<sup>12</sup> Мазур М. В. Вказана праця.

<sup>13</sup> Малишев Б. В. Вказана праця. – С. 275–294.

<sup>14</sup> Про Конституційний Суд України : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/422/96-%D0%B2%D1%80/ed20120427>

<sup>15</sup> Малишев Б. В. Вказана праця. – С. 284.

#### Резюме

##### **Ляшенко Н. А. Предмет рішень Європейського суду з прав людини.**

У статті аналізуються повноваження Європейського суду з прав людини та визначаються їх межі, запропоновано додаткові підстави звернення до даного суду, порівнюються рішення ЄСПЛ та Конституційного Суду України і вказується на значення рішень ЄСПЛ для правової системи України.

**Ключові слова:** Європейський суд з прав людини, рішення, предмет, Конституційний Суд України, прецедент.

#### Резюме

##### **Ляшенко Н. А. Предмет решений Европейского суда по правам человека.**

В статье анализируются полномочия Европейского суда по правам человека, определяются их границы, предложены дополнительные основания обращения в суд, дается сравнение решений ЕСПЧ и Конституционного Суда Украины и определяется значение решений ЕСПЧ для правовой системы Украины.

**Ключевые слова:** Европейский суд по правам человека, решения, предмет, Конституционный Суд Украины, прецедент.

#### Summary

##### **Ljashenko N. The subject of the European Court of Human Rights.**

This article analyzes the powers of the European Court of Human Rights and determined their boundaries proposed additional grounds of appeal to a court decision are compared and the Constitutional Court of Ukraine and highlights the importance of ECtHR judgments for the legal system of Ukraine.

**Key words:** European Court of Human Rights, the decisions subject, the Constitutional Court of Ukraine, the precedent.

УДК 341.215

#### **В. М. ОТРОШ**

*Володимир Михайлович Отрош, старший прокурор відділу Прокуратури міста Києва*

### **ПРАВОВИЙ ЗВ'ЯЗОК СУВЕРЕННОГО МАЛЬТІЙСЬКОГО ОРДЕНУ ЗІ СВЯТИМ ПРЕСТОЛОМ**

Аналіз правового зв'язку між Суверенним Мальтійським Орденом і Апостольським Престолом як вищим керівним органом Католицької Церкви нам уявляється за необхідне розпочати зі з'ясування питання щодо правової природи Святого Престолу з канонічної та міжнародно-правової точок зору. Під терміном «Святий Престол» (Sancta Sedes) або «Апостольський Престол» (Sedes Apostolica) згідно з каноном 361 Кодексу канонічного права Католицької Церкви 1983 р. розуміється не лише єпископська кафедра Римського Папи, тобто Римський Понтифік, а також і Державний (Папський) секретаріат та інші установи (конгрегації, суди тощо) Римської курії, якщо з самої суті справи або з контексту не впливає інше<sup>1</sup>. Термін «Святий Престол» має більш пізніше походження і є синонімом поняття «Апостольський Престол», яке з'явилося у

IV ст. і підкреслює факт апостольського заснування Римського престолу, а також те, що єпископ Риму є наступником апостола Петра<sup>2</sup>.

Святий Престол є суб'єктом міжнародного права і носієм духовного та світського суверенітетів, будучи одночасно верховним органом Католицької Церкви та сувереном Держави Міста Ватикан. Духовний суверенітет означає необмежену й неподільну владу Святого Престолу в особі Римського Папи та безперешкодне здійснення його юрисдикції<sup>3</sup>. Виявом світського суверенітету є виключні права Святого Престолу щодо Держави Міста Ватикан, главою якої є Папа Римський. Духовний суверенітет Святого Престолу є невід'ємною частиною його правової природи, в той час як світський суверенітет став результатом «історичного збігу обставин» та укладення Латеранських угод 1929 року<sup>4</sup>.

Будучи вищим керівним органом Католицької Церкви, Святий Престол володіє усіма правами в рамках міжнародного правопорядку для досягнення її цілей, а також представляє цю Церкву на міжнародній арені. Право виступати від імені Католицької Церкви є невід'ємним елементом природи Святого Престолу. У своїй органічній єдності з Церквою цей інститут наділений активним і пасивним правом дипломатичного представництва та правом укладати від імені Церкви договори з іншими суб'єктами міжнародного права. Реалізуються ж ці повноваження за допомогою фізичного носія суверенітету – Папи Римського<sup>5</sup>, обсяг повноважень якого ідентичний обсягу прав Святого Престолу<sup>6</sup>, оскільки Папа є необмеженим главою Католицької Церкви і сувереном Держави Міста Ватикан. Отже, з'ясувавши правову природу Святого Престолу як суб'єкта канонічного та міжнародного права, проаналізуємо тепер правовий зв'язок між ним і Мальтійським Орденом.

Відносини Мальтійського Ордену як католицького релігійного ордену з Святим Престолом як керівним органом Католицької Церкви регулюються Кодексом канонічного права (Codex iuris canonici – CIC) Католицької (Латинської) Церкви 1983 р. (розділ III, канони 573–709)<sup>7</sup>, Конституційним Статутом (Конституцією) 1961 р. і Кодексом (Зводом Законів) 1966 р. Суверенного Військового Ордену Госпітальєрів святого Іоанна Єрусалимського, Родосу і Мальти<sup>8</sup>. Вищезгадані канони 573–709 Кодексу канонічного права 1983 р. стосуються усіх католицьких чернечих інститутів, в т. ч. і Мальтійського Ордену як релігійного ордену, тому ми не будемо зупинятися на них докладно. Проте доречно буде проаналізувати ст. 4 Конституції Ордену, присвячену відносинам Мальтійського Ордену зі Святим Престолом, де, зокрема, йдеться про таке:

«§1. Орден є легальною організацією, визнаною Апостольським Престолом.

§ 2. Ченці в силу своїх обітниць так само, як і члени Другого Класу в силу своєї обіцянки послуху, є тільки суб'єктами відповідальних за них настоятелів в Ордені.

Згідно з Кодексом, церкви і чернечі інститути Ордену звільняються з-під юрисдикції єпархій і підпорядковуються безпосередньо Апостольському Престолу.

§ 3. У відносинах з Апостольським Престолом отримані права, звичаї та привілеї, даровані Ордену Римськими папами, залишаються чинними, доки вони не анулюються спеціальними указами.

§ 4. Римський Папа призначає в якості свого представника при Ордені кардинала Священної Римської Церкви, якому присвоюється титул кардинала-покровителя і надаються особливі права. Завдання кардинала-покровителя полягає у підтриманні духовних інтересів Ордену та його членів і підтриманні відносин між Апостольським Престолом і Орденом.

§ 5. Орден має дипломатичне представництво при Апостольському Престолі відповідно до норм міжнародного права.

§ 6. Релігійна природа Ордену не завдає шкоди здійсненню суверенних прерогатив, що належать Ордену, тією мірою, якою це визнано державами як суб'єктами міжнародного права»<sup>9</sup>.

Проаналізувавши положення цієї статті, можна дійти висновку, що відносини зі Святим Престолом розглядаються в ній через призму правової природи Мальтійського Ордену одночасно як суверенного рицарського ордену, так і католицького релігійного ордену. Такі правовідносини не мають аналогів у міжнародній і національній практиці, тому інколи між Мальтійським Орденом і Святим Престолом (точніше, Державним секретаріатом Апостольського Престолу) виникали непорозуміння на цьому ґрунті з приводу інтерпретації деяких аспектів таких відносин. З метою уникнення подібних ситуацій Папа Римський Пій XII (1939–1958 рр.) доручив спеціально створеній Комісії Великого Трибуналу кардиналів вивчити питання правового становища Мальтійського Ордену. Комісія досконало дослідила всю історію питання і підтвердила згадану ще у ленній грамоті імператора Карла V подвійну природу Мальтійського Ордену як суверенного суб'єкта міжнародного права, з одного боку, і релігійного ордену Католицької Церкви, – з другого. При цьому було особливо наголошено, що суверенітет Ордену є функціональним, тобто таким, що залежить від завдань Ордену та виконання його цілей і, власне, будується на їх основі.

Висновки Комісії Великого Трибуналу кардиналів були викладені у спеціальному Вироку. Враховуючи важливість наведених у цьому документі формулювань, процитуємо їх повністю:

«I. Природа Мальтійського рицарського Ордену як суверенного ордену:

Якість суверенності Ордену, що описана у ст. 2 розділу 1 чинної Конституції Ордену і неодноразово визнана Святим Престолом, являє собою користування деякими переважними правами, які властиві Ордену як суб'єкту міжнародного права. Відповідно до положень міжнародного права такі привілеї є наслідком суверенітету і визнані деякими державами за прикладом Святого Престолу, але для Ордену вони не являють собою того комплексу влади і прав, що властиві суб'єктам міжнародного права, суверенним у повному смислі цього слова.

II. Природа того ж Ордену як релігійного ордену:

Мальтійський рицарський Орден, що складається з рицарів, які принесли обітницю, і капеланів згідно зі ст.ст. 4 і 9 розділу 1 Конституції Ордену, є орденем, точніше релігійним орденем, схваленим Святим Престолом (СІС, канони 467 і 488, розділи 1 і 2). Поряд з освяченням членів свого Ордену він переслідує релігійні та добродійні цілі, цілі надання допомоги різного роду (Конституція Ордену, розділ 1, ст. 10).

III. Межі і взаємозв'язок становища Ордену як суверенного і релігійного, відносини з Святим Престолом:

Обидві якості Ордену – суверенність і релігійність, описані в пунктах 1 і 2 цього вироку, тісно пов'язані між собою.

Якість суверенності направлена на досягнення його цілей і забезпечення його становища у світі.

Мальтійський рицарський Орден підвладний Святому Престолу (див. послання Папи Бенедикта XIV від 12 березня 1753 року, Кодекс Рогана і чинну Конституцію Ордену) і є релігійним Орденем, оскільки знаходиться у компетенції Священної Релігійної Конгрегації відповідно до положень канонічного права і діючої Конституції Ордену.

Ті, кому пожалувано почесне орденське звання, і члени Асоціацій підпорядковані Ордену і через нього Святому Престолу згідно з главою 3 розділу III чинної Конституції Ордену.

Питання суверенності Ордену, описані у першому пункті вироку, розглядав Державний Секретар Його Святості.

Зі змішаних питань рішення прийняті Священною Релігійною Конгрегацією і Державним Секретарем Його Святості за обоюсторонньої згоди.

Набуті права, звичаї і привілеї, надані Ордену Святішими Отцями, залишаються недоторканими, якщо не суперечать Кодексу Канонічного Права Католицької церкви (СІС, канони 4 і 5, 23–30, 63–79) і чинній Конституції Ордену.

Цей вирок підлягає негайному виконанню.

Рішення прийнято у Ватикані у залі засідань Конгрегацій у Ватиканському палаці 24 січня 1953 року»<sup>10</sup>.

Водночас, з метою уникнення різних тлумачень тексту цього вироку, Святий Престол і Мальтійський Орден додатково прояснили подвійність природи Ордену в офіційному листуванні. У посланні Постійної Верховної Ради Суверенного Мальтійського Ордену на ім'я заступника Державного секретаря Святого Престолу повідомлялося:

«Уважно та об'єктивно вивчивши текст Вироку, який був винесений Великим Трибуналом Кардиналів 24 січня 1953 р. і проголошений 10 лютого того ж року, Постійна Верховна Рада дійшла висновку, що поняття, які містяться у статтях Вироку, слід інтерпретувати таким чином:

1. Стосовно пункту I. Природа Мальтійського Ордену як суверенного.

Визнання суверенітету Ордену, що відповідає його призначенню, являє собою користування переважними правами, носієм яких є Орден як суб'єкт міжнародного права.

2. Стосовно пункту II. Природа Мальтійського Ордену як релігійного.

Релігійна природа Ордену обмежується членством в Ордені рицарів, які принесли обітницю, і капеланів.

3. Стосовно пункту III. Ділянка змішаних компетенцій тощо.

Взаємовідношення двох якостей Ордену – суверенності і релігійності, визначається тим, що питаннями стосовно суверенної якості Ордену займається Державний Секретар Його Святості, але не в тому смислі, що Орден підпорядкований Державному Секретаріату і той скеровує його діяльність, а у тому розумінні, що компетенція Державного Секретаріату визначається вищезазначеними питаннями, які можуть виникнути у цьому зв'язку. Усі питання щодо змішаних компетенцій слід інтерпретувати аналогічно»<sup>11</sup>. У посланні-відповіді від 23 березня 1953 р. заступник Державного секретаря Святого Престолу повідомив, що Державний Секретаріат Його Святості взяв до відома інтерпретацію, викладену в посланні Ордену<sup>12</sup>.

Отже, вирок Великого Трибуналу кардиналів і листування з приводу інтерпретації його змісту у черговий раз підтверджують суверенність Ордену як суб'єкта міжнародного права стосовно його світської природи, завдань і цілей; при цьому в них констатується, що не можна ототожнювати здійснювані суверенні права за їх походженням та обсягом і реальну політичну владу суверенної держави, що жодним чином не обмежує суверенітет Мальтійського Ордену, оскільки він для збереження свого існування не має потреби у фактичній владі, яка необхідна політичній державі.

Суверенний Мальтійський Орден як католицький рицарський орден і релігійний орден Католицької Церкви містить у собі керівне ядро, що складається з Рицарів Справедливості (Рицарів-Профессів), які принесли обітницю та є прямими наступниками його засновників, з числа яких обирається Великий Магістр і більшість членів Суверенної Ради. Компетенція Великого Магістра Суверенного Мальтійського Ордену як глави релігійного ордену Католицької Церкви регулюється джерелами Орденського права, а також канонічним правом Католицької Церкви.

До 1997 р. новообраний Великий Магістр до вступу на посаду повинен був отримати особисте благословення від Папи Римського, нині новообраний Великий Магістр лише інформує Папу про своє обрання. Особисте посвячення у звання Великого Магістра супроводжується, як зазначається у ст. 14 Конституції Ордену, клятвою у присутності кардинала-покровителя на урочистому засіданні Повної Державної Ради. Наводимо текст цієї клятви: «На цьому Святішому хресному дереві і на Святому Божому Євангелії, Я, NN, урочисто приношу обітницю і клянуся дотримуватися Конституції, Законів, Правил і славетних звичаїв нашо-

го Ордену і керувати справами Ордену добросовісно. Хай допоможе мені Господь Бог, і якщо я вчиню інакше, нехай це буде ризиком для моєї душі»<sup>13</sup>.

Великий Магістр Ордену повинен виконувати постанови Апостольського Престолу тією мірою, якою вони стосуються Мальтійського Ордену, і інформувати Святий Престол про стан і потреби Ордену (Конституція Ордену, ст. 15, § g), а також подавати кандидатури на посаду прелата як духовного настоятеля кліри Ордену. Процедуру призначення і функції прелата викладено у ст. 19 Конституції Ордену:

«§ 1. Прелат призначається Верховним Понтифіком (Папою Римським), який обирає його з числа трьох кандидатів, поданих Великим Магістром при виборному голосуванні Суверенної Ради. У тому випадку, якщо жоден з трьох поданих кандидатів не буде затверджений Папою Римським, повинні бути подані інші кандидати.

Прелат допомагає кардиналу-покровителю у виконанні його завдання в Ордені.

§ 2. Прелат є духовним настоятелем кліри Ордену у священницьких функціях. Він гарантує, що релігійне і священницьке життя капеланів і їх поборництво ведуться відповідно до дисципліни та духу Ордену.

§ 3. Прелат допомагає Великому Магістру і Великому Командору у їх відповідальності у духовному житті та релігійних обрядах членів Ордену і в усіх питаннях, що стосуються духовної сторони діяльності Ордену.

§ 4. На кожному засіданні звичайного Генерального Капітула прелат надає звіт про духовний стан Ордену»<sup>14</sup>.

У контексті правового зв'язку Суверенного Мальтійського Ордену зі Святим Престолом як вищим керівним органом Католицької Церкви слід також сказати про розподіл компетенції між церковними і орденськими судами. Так, справи, що підпадають під юрисдикцію церковного суду, виносяться на розгляд звичайних Церковних Трибуналів відповідно до церковного права. Що стосується справ, які підпадають під компетенцію світського суду між фізичною і юридичною особами Ордену проти третьої сторони, юридичні дії виконуються Магістерськими (Орденськими) судами згідно з нормами Кодексу (Зводу законів) 1966 року. Цим правовим актом регулюється увесь комплекс питань щодо судоустрою та процедур, яких мають дотримуватися Магістерські суди. Судді Магістерських судів обираються з членів Ордену, які є фахівцями в галузі юриспруденції. Вони займають посади протягом трьох років і можуть бути перепризначені. Великий Магістр з виборним голосуванням Суверенної Ради призначає президентів, суддів і клерків Магістерських судів<sup>15</sup>.

Таким чином, Суверенний Мальтійський Орден як світський рицарський орден і суб'єкт міжнародного права є повністю незалежним від Святого Престолу і підтримує з ним дипломатичні відносини, а як католицький релігійний орден, так само як і усі католицькі чернечі ордени, він підпорядковується Апостольському Престолу як вищому керівному органу Католицької Церкви.

<sup>1</sup> Кодекс канонического права / пер. с латинського А. Н. Коваля. – М. : Институт философии, теологии и истории св. Фомы, 2007. – 624 с. – С. 169.

<sup>2</sup> Отрош М. І. Статус Святого Престолу у міжнародному праві : моногр. / М. І. Отрош. – Одеса : Фенікс, 2014. – 242 с. – С. 73–74.

<sup>3</sup> Treaty and Concordat between the Holy See and Italy / National Catholic Welfare Conference. – Washington, DC. – P. 37–56.

<sup>4</sup> Okolo Jude M. T. The Holy See: a Moral Person. The juridical nature of the Holy See in the light of the present Code of Canon Law. – Romae, 1990. – 422 p. – P. 175.

<sup>5</sup> Отрош М. І. Вказана праця. – С. 74.

<sup>6</sup> Wynen Arthur. Rechts- und insbesondere die Vermögensfähigkeit des Apostolischen Stuhles nach internationalem Recht. Freiburg im Breisgau: Herder and Co. G.m.b. H. Verlagsbuchhandlung, 1920. – 357 s. – S. 55.

<sup>7</sup> Кодекс канонического права / пер. с латинського А. Н. Коваля. – М. : Институт философии, теологии и истории св. Фомы, 2007. – 624 с. – С. 251–299.

<sup>8</sup> Constitutional Charter and Code of the Sovereign Military Hospitaller Order of Saint John of Jerusalem of Rhodes and of Malta. – Rome, Bollettino Ufficiale, 12.01.1998. – P. 35–40.

<sup>9</sup> Захаров В. А. Суверенный Мальтийский Орден и подделки под него / В. А. Захаров, Е. А. Пчельников. – М. : Русская панорама, 2002. – 168 с. – С. 109–110.

<sup>10</sup> Hafkemeyr Georg B. Der Malteserorden und die Völkerrechtsgemeinschaft // Der Joanniterorden der Malteserorden. Der ritterliche Orden des hl. Johannes vom Spital zu Jerusalem. Seine Geschichte, seine Aufgaben. – Köln: Wienand Verlag, 1988. – S. 427–430.

<sup>11</sup> Hafkemeyr Georg B. Вказана праця. – С. 431–433.

<sup>12</sup> Там само. – С. 434.

<sup>13</sup> Захаров В. А. Вказана праця. – С. 113.

<sup>14</sup> Там само. – С. 115.

<sup>15</sup> Annuaire Orde Souverain Militaire Hospitalier de Saint-Jean de Jerusalem de Rhodes et de Malte 1998/1999. – Roma, 1999. – P. 8.

## Резюме

### Отрош В. М. Правовий зв'язок Суверенного Мальтійського Ордену зі Святим Престолом.

У статті досліджуються правові особливості відносин Суверенного Військового Ордену Госпітальєрів святого Іоанна Єрусалимського, Родосу і Мальти зі Святим Престолом.

**Ключові слова:** Суверенний Мальтійський Орден як світський рицарський орден і суб'єкт міжнародного права, Суверенний Мальтійський Орден як католицький релігійний орден, Святий Престол, правовий зв'язок Суверенного Мальтійського Ордену з Святим Престолом.

Резюме

**Отрош В. М. Правовые отношения Суверенного Мальтийского Ордена со Святым Престолом.**

В статье исследуются правовые особенности отношений Суверенного Военного Ордена Госпитальеров святого Иоанна Иерусалимского, Родоса и Мальты со Святым Престолом.

**Ключевые слова:** Суверенный Мальтийский Орден как светский рыцарский орден и субъект международного права, Суверенный Мальтийский Орден как католический религиозный орден, Святой Престол, правовые отношения Суверенного Мальтийского Ордена со Святым Престолом.

Summary

**Otrosh W. The legal relations of the Sovereign Military Hospitaller Order of Saint John of Jerusalem of Rhodes and of Malta to the Holy See.**

The article dwells on the legal peculiarities of relations of the Sovereign Military Hospitaller Order of Saint John of Jerusalem of Rhodes and of Malta to the Holy See.

**Key words:** Sovereign Military Hospitaller Order of Saint John of Jerusalem of Rhodes and of Malta, the Holy See, the legal relations of the Sovereign Military Hospitaller Order of Saint John of Jerusalem of Rhodes and of Malta to the Holy See.

УДК 343.6

**Є. Е. ЧЕРНИКОВ**

*Євген Едуардович Черніков, прокурор Генеральної прокуратури України*

**ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ ПРОФЕСІЙНИХ ОБОВ'ЯЗКІВ МЕДИЧНИМ ПРАЦІВНИКОМ: МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД**

Забезпечення прав і свобод людини та громадянина визначено Конституцією України пріоритетом розвитку держави й суспільства. Саме на здійснення активних і цілеспрямованих заходів для їх реальної реалізації і спрямована діяльність усіх державних інститутів. Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Одним із важливих напрямів захисту права особи на життя та збереження її здоров'я є вдосконалення правового регулювання й охорони правовими засобами сфери медичної діяльності.

На фоні загальносвітової тенденції погіршення здоров'я населення, яка, на жаль, існує і в нашій державі, зазначене питання набуває все більшої актуальності.

В умовах інтеграції України до світового співтовариства важливе науково-теоретичне і практичне значення має вивчення зарубіжного законодавства та правового досвіду.

Порівняльно-правовий аналіз деяких положень зарубіжного кримінального законодавства в частині, що стосується відповідальності за медичні злочини, здійснювався у працях багатьох українських і зарубіжних науковців, зокрема С. Грінчака, Н. Крилової, Л. Карпенко, О. Мисливої, С. Расторопова, В. Флорі та ін.

Під час дослідження цієї проблеми актуальним є вивчення міжнародного досвіду регламентації кримінальної відповідальності за неналежне виконання професійних обов'язків медичним працівником з метою його можливої імплементації у чинне кримінальне законодавство України.

Відповідальність за результати «терапії» (грец. *θεραπεία* – лікування, оздоровлення), тобто процесу, метою якого є нормалізація порушених процесів життєдіяльності, зняття або усунення симптомів захворювань чи розладів здоров'я та його відновлення, з'явилася одночасно з першими медичними практиками.

Перші письмові згадки про відповідальність лікарів за неналежне виконання ними своїх обов'язків щодо пацієнтів містяться у Законах Хамурапі; також відомі давньоєгипетські та римські нормативно-правові акти, які передбачали відповідальність лікарів та фармацевтів за результати їх професійної діяльності.

На сьогоднішній день у світі склалася різна практика правового регулювання проблеми відповідальності у медичній сфері. Деякі країни, наприклад Сполучені Штати Америки, Великобританія, Канада, Нова Зеландія, Південно-Африканська Республіка віддають перевагу методам цивільно-правового врегулювання спорів, що виникають внаслідок заподіяння шкоди життю та здоров'ю пацієнтів під час виконання працівниками закладів охорони здоров'я своїх професійних обов'язків. При цьому у особливих випадках все ж не виключається застосування заходів кримінально-правового характеру. Превалювання кримінально-правового компонента у сфері, що розглядається, спостерігається у таких країнах, як Японія, Саудівська Аравія та майже в усіх пострадянських державах.

Водночас європейський досвід правового регулювання порушеного питання свідчить про поєднання як цивільно-, так і кримінально-правового підходів, що висвітлюватиметься у дослідженні на прикладі Італії та ФРН.

Застосування кримінального права у правовідносинах, що розглядається, не є рідкістю. Так, упродовж 1990–2005 рр. порушено 30 кримінальних справ щодо британських лікарів за грубу недбалість, якою заподіяно смерть потерпілому. Кримінальне переслідування лікарів за професійні злочини іноді зустрічається також в Канаді, Новій Зеландії та Франції<sup>1</sup>.

Вид механізму правового регулювання зумовлений особливостями систем охорони здоров'я кожної з держав, їх правовими традиціями та метою притягнення до того чи іншого виду юридичної відповідальності. У державах з англосаксонською системою права традиційно відшкодування для пацієнтів, які постраждали в ході лікування, відбувалося за результатами розгляду цивільного позову в суді. У даному випадку потерпілий має право подати позов і залучити до розгляду справи окремих осіб або організації, які несуть відповідальність у майновій або грошовій формі.

Зазначимо, що в цих державах кримінальне право має теж довгу історію, як інструмент притягнення лікарів до відповідальності за спричинення смерті або тяжкої шкоди для здоров'я пацієнта під час лікувальної діяльності. Відомий вирок англійського суду XIV ст., яким було визнано провину лікаря за допущену недбалість<sup>2</sup>.

На думку правників Сполучених Штатів Америки, які надають перевагу цивільній відповідальності, злочинні діяння являють собою посягання на громадський порядок, в той час як цивільно-правова відповідальність настає у разі завдання шкоди приватній особі<sup>3</sup>.

Вбачається, що двома основними завданнями цивільно-правового врегулювання так званих «медичних спорів» є відшкодування завданої пацієнту шкоди та здійснення контролю за якістю медичної допомоги<sup>4</sup>.

На думку Х. Баркус, цивільна відповідальність є більш зручним засобом врегулювання правовідносин при недбалості медичних працівників, який забезпечує пацієнту можливість компенсувати заподіяну шкоду здоров'ю та фінансові збитки, понесені у зв'язку з лікуванням. Крім того, існуючі в США механізми притягнення винних осіб до відповідальності нівелюють необхідність позбавлення волі. При застосуванні до лікарів цивільно-правової відповідальності та санкцій головна увага приділяється питанню профілактики завдання шкоди пацієнтам особами, які надають медичну допомогу, а не позбавленню їх волі за ненавмисну шкоду<sup>5</sup>.

Однак деякі автори вказують на недосконалість системи, при якій лікарі притягуються виключно до цивільно-правової відповідальності за заподіяну шкоду здоров'ю пацієнта. Так, К. Мешівіц звертає увагу на непропорційно малу кількість осіб, які звертаються за правовою допомогою у вказаних випадках. Тобто, цивільних позовів значно менше, ніж об'єктивно постраждалих осіб від лікувальної діяльності. Дехто стверджує, що навіть успішний позивач не одержує повної компенсації фінансових витрат, понесених під час судового розгляду<sup>6</sup>.

Про недосконалість цивільно-правового захисту прав пацієнта, який постраждав від лікувальної діяльності у США, свідчить той факт, що у тридцяти семи штатах обмежено розмір відшкодування за «неекономічні втрати», зокрема, біль, страждання пацієнта тощо. Більше того, двадцять штатів обмежили розмір штрафних санкцій у цивільному процесі, а у п'яти вони відсутні взагалі<sup>7</sup>.

На сьогодні кримінальне переслідування медичних працівників у США за вчинення злочинної медичної недбалості хоч і залишається відносно рідкісним явищем, але з 1990-х рр. спостерігається певне збільшення кількості лікарів, яким пред'явлено обвинувачення з цього приводу. Фахівці в галузі права вбачають у цьому нову загрозу медичній галузі, яка і так вже перебуває під великим тиском від цивільного судочинства та ставлять запитання, чи необхідно притягувати лікарів до кримінальної відповідальності за допущену недбалість<sup>8</sup>.

Наведена тенденція спонукала Американську медичну асоціацію (АМА) в 1995 р. прийняти резолюцію проти «спроби криміналізації прийняття рішень у сфері охорони здоров'я». З моменту прийняття указаної резолюції АМА констатувала, що близько 10 лікарів в державі були звинувачені у вчиненні злочинної недбалості, що викликало занепокоєння у зв'язку із збільшенням числа кримінальних переслідувань лікарів<sup>9</sup>. Разом з тим Д. Хоффманн наводить 30 випадків кримінального переслідування лікарів у США у період між 1981 та 2005 роками<sup>10</sup>.

Кримінологи виділяють кілька теорій для пояснення існуючої тенденції до зростання кількості таких кримінальних справ. Деякі автори все більше визнають медичну недбалість як злочин «білих комірців» гібридного цивільно-кримінального характеру. Інші посилаються на неспроможність органів контролю, зокрема державного ліцензування, забезпечити належне регулювання у медичній сфері. Прихильники кримінальної відповідальності покладаються на так звані «прагматичну» і «каральну» теорії правосуддя, щоб раціоналізувати свою позицію.

Так, «прагматики» вважають кримінальні санкції доречними як реакцію на недбалу поведінку, тому що кримінальне переслідування спонукає осіб до належної поведінки. Тобто, на їх думку, загроза кримінального покарання змусить лікарів стежити за їх власною практикою. Згідно із теорією «карального правосуддя» покарання виправдано на тій підставі, що злочинець створює дисбаланс у соціальному порядку. Вказані теорії виступають за кримінальні санкції у випадках медичної недбалості<sup>11</sup>.

Завдяки притягненню саме до кримінальної відповідальності держава може притягувати до відповідальності особу за дії, які суперечать інтересам суспільства. Проте притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності на практиці ускладнено в силу значної специфіки сфери охорони здоров'я<sup>12</sup>.

У законодавстві США існує поняття медичної недбалості та злочинної медичної недбалості, відмежування яких дає змогу вирішувати питання відповідальності винної особи цивільно- або кримінально-правовими засобами.

Під медичною недбалістю Д. Філкінс визначає дію або бездіяльність лікаря, яка полягає у порушенні ним належних стандартів під час лікування пацієнта, що перебуває у причинному зв'язку з ненавмисно заподіяною пацієнтові шкодою. Наведене поняття не включає випадки використання лікарем медичної діяльності для приховування навмисно завданої пацієнтові шкоди<sup>13</sup>. Медична недбалість за законодавством США є підставою для цивільно-правової відповідальності лікаря або лікувального закладу. При цьому для притягнення до відповідальності необхідно довести причинний зв'язок та відхилення від стандартів лікування.

Злочинна медична недбалість передбачає більш серйозне відхилення від стандартів медичної допомоги, ніж звичайна цивільна недбалість, та, як правило, полягає в грубому або навіть кричущому відхиленні від стандартів надання медичної допомоги. Саме злочинна недбалість може стати підставою для кримінальної відповідальності винної особи.

У свою чергу, залежно від ставлення винної особи, недбалість у медичній сфері можна поділити на:

– суто злочинну недбалість (*criminal negligence*), коли винна особа свідомо ігнорує істотний та невідправданий ризик, про який вона мала бути обізнана, проте не була. При цьому цей ризик є ненавмисним (необережним);

– злочинну нерозсудливість (*criminal recklessness*), коли винна особа повинна знати, що він або вона допускає значний і необґрунтований ризик, але свідомо ігнорує його і продовжує небезпечну поведінку.

На думку деяких дослідників, недбалість з боку медичного працівника, яка виявляється, наприклад, у падіннях пацієнтів, появи у них пролежнів, недоїданні, а також інших ненавмисних діяч, має вирішуватися виключно у цивільному суді<sup>14</sup>.

Деякі автори взагалі не визнають кримінально-правовий характер недбалості. Так, Джером Холл критикував Модельний кримінальний кодекс 1962 р. за норми, якими встановлювалася відповідальність за злочинну недбалість. Він обґрунтовував думку, що кримінальне право та відповідальність доречні лише у випадку, коли винна особа мала намір завдати шкоди<sup>15</sup>.

У Канаді для притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності використовують здебільшого ст. 219 КК Канади, згідно з якою людина є винною в злочинній недбалості, якщо вона вчиняє дії, або не вчиняє дій, які зобов'язана вчинити за законом, що виявляються у безвідповідальній або безрозсудній зневазі (*wanton or reckless disregard*) до життя чи здоров'я інших осіб<sup>16</sup>. Водночас не є винятком і звинувачення медичних працівників у ненавмисному вбивстві (*manslaughter*) згідно зі ст. 236 КК Канади. Ф. МакДоналд у своєму дослідженні вказує на 15 випадків притягнення медичних працівників до відповідальності за неналежне виконання ними своїх професійних обов'язків, які мали місце протягом 1900–2007 років. У 14 випадках лікарів притягували до відповідальності за злочинну недбалість і лише в одному їх звинувачували у ненавмисному вбивстві<sup>17</sup>.

Певний інтерес викликає кримінальне законодавство Нової Зеландії. Чинний закон «Про злочини» (1961 р.) у розділі 8 «Злочини проти особи» містить главу «Обов'язки щодо збереження життя», ст. 155 якої встановлює обов'язки осіб, які вчиняють небезпечні дії. Згідно із указаною нормою, кожен, хто бере на себе (як виняток, у разі необхідності) здійснення хірургічного або медичного лікування, або здійснення будь-якої іншої законної дії, що є або може бути небезпечною для життя, має правовий обов'язок використовувати достатні знання, майстерність і турботу при виконанні такої дії та несе кримінальну відповідальність за наслідки невиконання без законних підстав цього обов'язку<sup>18</sup>.

Все ж таки більшість фахівців англосаксонської правової сім'ї сходиться у тому, що цивільне право має пріоритет у вирішенні спорів, що виникають внаслідок медичної недбалості. Кримінальна відповідальність медичних працівників за неналежне виконання професійних обов'язків залишається у цих державах скоріше винятком, ніж звичайною правовою практикою. А. МакКолл Сміт у своєму дослідженні обґрунтовує думку, що кримінальне переслідування за ненавмисне вбивство чи іншу шкоду здоров'ю внаслідок недбалості суперечить принципу, згідно з яким невинна особа не повинна бути засуджена за скоєння тяжких злочинів. З метою уникнення цього існує критерій значності недбалості, яка, за умови правильного застосування, ефективно зводить закон до засудження тих, хто поводився нерозсудливо (*recklessly*) (в істинному, суб'єктивному сенсі цього слова). У суспільстві завжди присутнє бажання покарати тих, хто заподіяв шкоду, без складної моральної оцінки суб'єктивної сторони винної особи, і може легко перетворити кримінальне законодавство на інструмент пригнічення. Медична професія особливо уразлива в цьому сенсі, оскільки це може стимулювати бажання громадськості отримати деяке задоволення від споглядання медичних працівників на лаві підсудних<sup>19</sup>.

Протилежна практика склалася у такій розвинутій країні, як Японія. Варто зазначити, що підходи у правовому регулюванні проблеми неналежного виконання професійних обов'язків у медичній сфері у Японії та України дуже схожі. Тим цікавіший є досвід провідної азіатської держави.

На відміну від інших країн, досвід яких ми розглядаємо у дослідженні, Японія відрізняється порівняно низьким рівнем застосування положень цивільного права при відшкодуванні шкоди, завданої під час здійснення медичної діяльності. Водночас факти завдання пацієнтам шкоди під час надання медичної допомоги, яких можна було б уникнути, значно поширені в Японії, як і в інших країнах<sup>20</sup>.

Роберт Лефлер, досліджуючи проблему правового регулювання неприродних смертей, доходить висновку, що Японія має слабкі інституційні механізми для контролю якості медичних послуг, серед яких він називає експертні висновки, акредитацію лікувальних закладів, сертифікацію лікарняних спеціальностей, ліцензування, дізнання за фактами смерті, нормативно-правове регулювання цивільно-правової відповідальності, відсутність статистики щодо результатів лікування<sup>21</sup>.



Різні теорії були запропоновані для обґрунтування тенденції японців покладатися на поліцію і прокурорів у випадках заподіяння медичної шкоди. Одне з пояснень ґрунтується на традиційній схильності японців звертатися до органів державної влади для вирішення спорів, які, наприклад, американці вирішують у приватному порядку. Інше пояснення підкреслює практичні труднощі і затримки під час цивільно-правового відшкодування завданої пацієнтам шкоди, спонукаючи їх звертатись до державних посадовців, які є більш доступними<sup>22</sup>. Те ж саме справедливо віднести і до українських реалій.

Після сумнозвісної помилки в лікарні медичного університету м. Йокогама в 1999 р., коли пацієнту із захворюванням серця видалили частину тканини легенів, а пацієнт із захворюванням легенів з таким саме ім'ям піддався операції на серцевому клапані (обидва вижили, лікарів засуджено за професійну недбалість до штрафу), кількість кримінальних переслідувань лікарів значно зросла. Так, за даними Національного поліцейського агентства Японії, приведеними у дослідженні Хідео Іда, у 1997 р. поліцією до прокуратури направлено три справи указаної категорії, а у 2007 р. – вже 92<sup>23</sup>.

Навіть до сплеску суспільної уваги до фактів медичної недбалості у Японії щороку порушувалися 2–3 кримінальні справи щодо медичних працівників<sup>24</sup>. Дослідник Хідео Іда зазначає, що упродовж п'ятдесяти трьох післявоєнних років в Японії з 1946 р. по 1998 р. мали місце 137 випадків кримінальних переслідувань за медичну недбалість, або 2,6 щороку. Водночас за п'ять років та три місяці з січня 1999 р. по травень 2004 р. розпочато 79 розслідувань, або 14,8 на рік<sup>25</sup>.

Кримінальний кодекс Японії 1907 р. містить декілька загальних норм, які передбачають відповідальність за заподіяння тілесних ушкоджень (ст. 209) чи смерті (ст. 210) внаслідок недбалості. Водночас ст. 211 КК Японії запроваджує кримінальну відповідальність за професійну недбалість, яка призвела до смерті або тілесних ушкоджень. Зазначеною нормою визнається такою, що підлягає кримінальній відповідальності, особа, яка не в змозі виявити належної турботи, необхідної для здійснення соціальної діяльності, яка спричиняє смерть або тілесні ушкодження іншій особі, або такі ж дії, завдані в результаті грубої недбалості.

При цьому японське право, на відміну від англо-американського, не визначає різні види та ступені недбалості. Аналіз судової практики Японії свідчить про те, що зазначена норма застосовується при притягненні до кримінальної відповідальності осіб, якими завдано шкоду життю чи здоров'ю інших осіб під час здійснення будь-якої професійної діяльності, у т.ч. у ході надання медичної допомоги та послуг.

Медичний працівник є також суб'єктом інших злочинів у японському законодавстві. Так, кримінально караними є дії, спрямовані на приховування медичної помилки внаслідок підроблення медичної документації.

Вивчаючи правове регулювання відповідальності за неналежне виконання медичних обов'язків медичними працівниками, доцільно звернутись також до європейського досвіду. На сьогодні в Європейському Союзі не існує єдиного гармонізованого законодавства щодо відповідальності за медичну недбалість. Тож розглянемо законодавство декількох країн.

В Італії за недобросовісну медичну практику, внаслідок якої завдано шкоду здоров'ю пацієнта, законодавством передбачена як цивільна, так і кримінальна відповідальність<sup>26</sup>. Стаття 2236 Цивільного кодексу Італії передбачає: якщо робота включає в себе особливо складні технічні проблеми, особа, яка виконує зазначену роботу, не відповідає за завдану шкоду, крім випадків, коли вона діяла навмисно або з грубої недбалості<sup>27</sup>.

За умови недбалих дій лікаря, внаслідок яких завдано шкоду здоров'ю пацієнта, а також наявності між ними причинного зв'язку, медичний працівник може бути притягнутий до кримінальної відповідальності. Так, ст. 43 КК Італії під травмами, завданими внаслідок недбалості, розуміє подію, яка, навіть якщо це сталося проти наміру, сталася через недбалість, необачність, недосвідченість або невиконання законів, правил, наказів і дисципліни<sup>28</sup>.

Під недбалістю (*negligenza*) у даній нормі розуміється пасивна поведінка, що полягає у невиконанні обов'язкових заходів, наприклад, коли хірург під час операції залишає в порожнині пацієнта затискачі, інструменти або марлеві тампони, оперуванні здорової кінцівки, не застосування прострочених препаратів, або не проведення необхідних попередніх досліджень. Необачність (*imprudenza*) полягає у здійсненні медичних дій без застосування необхідних за загальною практикою заходів безпеки, що виявляється у активній безрозсудній поведінці, коли особа не усвідомлює можливих наслідків своїх дій, хоча має усвідомлювати їх ймовірне настання. Необережність має місце, коли хірург, наприклад, виконує складну операцію, знаючи, що він не перебуває у відмінному фізичному стані, або не маючи відповідного обладнання, або виконує особливо складні операції, не маючи об'єктивної можливості це зробити<sup>29</sup>. Недосвідченість (*imperizia*) – це відсутність у медичного працівника спеціальних знань, навичок, які необхідні для відповідного виду медичної активності. До випадків неналежної кваліфікації можна віднести невміле застосування медичних інструментів або обладнання, постановку неправильного діагнозу тощо.

Як зазначають О. Б. Зеленцов та М. О. Ігнатова, тривалий час в Італії було дискусійним питання про те, чи мають оцінюватися дії осіб, які виконують свої професійні обов'язки, з позиції загального поняття необережності, яка виявляється у недбалості, необачності або недосвідченості, чи необхідно ставити їм у провину лише дії, вчинені внаслідок тяжкої недбалості, поняття якої міститься в ст. 2236 Цивільного кодексу Італії, та не притягувати до кримінальної відповідальності за дії, вчинені з легкої та середньої недбалості.

Сучасні автори пропонують ввести поняття спеціальної чи професійної недбалості, оскільки деякі законні види діяльності несуть у собі ризик настання шкідливих наслідків (медицина, дорожній рух, спорт тощо). До осіб, які займаються подібними видами діяльності, неможливо застосовувати загальні критерії передбачення та можливості уникнути наслідків, оскільки в такому випадку цим особам ставився би у про-

вину кожний шкідливий наслідок, що виник внаслідок їх професійної діяльності. Так, наприклад, лікар з урахуванням наявної статистики може передбачити несприятливий результат хірургічної операції. Лікар може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за шкідливі наслідки лише у випадках порушення ним законодавчих актів, а також неписаних правил медичної майстерності, що містяться в наукових роботах та медичній практиці<sup>30</sup>.

В іншій державі Євросоюзу – у Федеративній Республіці Німеччина (далі – ФРН) протягом останніх років збільшено рівень контролю за системою охорони здоров'я, насамперед шляхом встановлення контролю якості медичної допомоги та послуг, що надаються. Щороку у цій державі розпочинається близько трьох тисяч кримінальних справ щодо лікарів, які під час надання медичної допомоги завдали шкоди здоров'ю пацієнтів.

Німецьке законодавство характеризується чіткою та жорсткою регламентацією медичної сфери, що стоюється стандартів надання медичної допомоги та згоди пацієнта на її надання. Зокрема, лікар перед виконанням своїх обов'язків зобов'язаний надати пацієнту максимально детальну інформацію щодо засобів та методик, які будуть застосовуватися, потенційних ризиків та альтернативних шляхів лікування.

Водночас кримінальне законодавство ФРН містить лише низку загальних норм, які передбачають відповідальність за необережне спричинення смерті та тілесні ушкодження. Так, ст. 222 КК ФРН передбачає відповідальність за заподіяння смерті внаслідок недбалості, ст. 223 – спричинення тілесних ушкоджень, ст. 229 – заподіяння тілесних ушкоджень внаслідок недбалості<sup>31</sup>. При цьому у разі наявної у пацієнта підозри щодо заподіяння йому лікарем під час надання медичної допомоги внаслідок недбалості навіть порівняно незначних травм, він вправі заявити про це до поліції<sup>32</sup>.

Наведений аналіз юридичної практики зарубіжних держав, звичайно, не є вичерпним. Автор дослідження не ставить на меті вивчити всі ознаки кримінального переслідування за неумисні медичні злочини за кордоном. Разом із тим стають зрозумілими загальні тенденції у світовій юридичній практиці з цього питання. Вивчена література свідчить, що найближчою до української моделі, крім держав – колишніх республік СРСР, є японська, яка передбачає кримінальну відповідальність медичних працівників за неналежне виконання ними професійних обов'язків. У юридичній практиці деяких зарубіжних держав все частіше застосовуються норми кримінального права у правовідносинах між медичними працівниками та їх пацієнтами у разі неналежної якості лікарської допомоги. Це, на нашу думку, свідчить насамперед про характер суспільної небезпечності даної категорії злочинів, який має ознаки загальної, а не індивідуальної небезпеки.

<sup>1</sup> Robert B Leflar. "Unnatural Deaths", Criminal Sanctions, and Medical Quality Improvement in Japan // *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*. – USA: New Haven – 2009 – № 3. – P. 10.

<sup>2</sup> Fiona McDonald. The Criminalization of Medical Mistakes in Canada: A Review // *Health Law Journal – Australia: School of Law, Queensland University of Technology*. – 2008. – № 16. – P. 4.

<sup>3</sup> Marc A. Rodwin. French Medical Malpractice Law and Policy through American Eyes: What It Reflects about Public and Private Aspects of American Law // *Suffolk University Law School. Legal Studies Research. Paper Series. Research Paper 11–53*. November 28. – 2011. – P. 112.

<sup>4</sup> E. Monico, R. Kulkarni, A. Calise, J. Calabro. The Criminal Prosecution of Medical Negligence // *The Internet Journal of Law, Healthcare and Ethics*. Volume 5 Number 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ispub.com/IJLHE/5/1/5237>

<sup>5</sup> When Does Medical Negligence Become Criminal? : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.latlaw.com/index.php/firm-news-articles/articles-2010/88-when-does-medical-negligence-become-criminal](http://www.latlaw.com/index.php/firm-news-articles/articles-2010/88-when-does-medical-negligence-become-criminal)

<sup>6</sup> E. Monico, R. Kulkarni, A. Calise, J. Calabro, *Op. cit.*

<sup>7</sup> Marc A. Rodwin *Op. cit.* – P. 117.

<sup>8</sup> Alexander McCall Smith. Criminal or Merely Human?: The Prosecution of Negligent Doctors // *Journal of Contemporary Health Law & Policy*. – 1995. – № 12 (1). – P. 131.

<sup>9</sup> James A. Filkins. Criminalization of Medical Negligence // *Legal Medicine*, 7<sup>th</sup> edition. – 2007. – P. 507.

<sup>10</sup> When Does Medical Negligence Become Criminal? *Op. cit.*

<sup>11</sup> E. Monico, R. Kulkarni, A. Calise, J. Calabro, *Op. cit.*

<sup>12</sup> Fiona McDonald. *Op. cit.* – P. 4–5.

<sup>13</sup> James A. Filkins. *Op. cit.* – P. 508.

<sup>14</sup> When Does Medical Negligence Become Criminal? *Op. cit.*

<sup>15</sup> Marc A. Rodwin. *Op. cit.* – P. 115.

<sup>16</sup> Criminal Code of Canada : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-120.html#h-75>

<sup>17</sup> Fiona McDonald. *Op. cit.* – P. 9.

<sup>18</sup> Crimes Act 1961 of New Zealand : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1961/0043/latest/DLM329296.html>

<sup>19</sup> Alexander McCall Smith. *Op. cit.* – P. 145.

<sup>20</sup> Robert B Leflar. *Op. cit.* – P. 7.

<sup>21</sup> *Ibid.* – P. 9.

<sup>22</sup> Robert B Leflar & Futoshi Iwata. Medical Error as Reportable Event, as Tort, as Crime: A Transpacific Comparison (updated version with German abstract), // *Journal of Japanese Law / Zeitschrift für Japanische Recht* 39–76. – 2006. – P. 71.

<sup>23</sup> Robert B. Leflar. *Op. cit.* – P. 12–13.

<sup>24</sup> Robert B Leflar & Futoshi Iwata. *Op. cit.* – P. 65.

<sup>25</sup> Robert B Leflar. *Op. cit.* – P. 13.

<sup>26</sup> Medical Malpractice: The Experience in Italy : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628502/>

<sup>27</sup> Il Codice Civile Italiano : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/Lib5.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib5.htm)

<sup>28</sup> Codice penale, Libro I, Titolo III, agg. al 28/10/2013 Italiano : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/09/del-reato>

<sup>29</sup> Medical Malpractice: The Experience in Italy. *Op. cit.*

<sup>30</sup> Зеленцов А. Б., Игнатова М. А. Общество и право. – 2012. – № 2 (39). – С. 103–108.

<sup>31</sup> German Criminal Code Italiano : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p1865](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1865)

<sup>32</sup> Alexander McCall Smith. *Op. cit* – P. 141–146.

#### Резюме

**Черніков Є. Е. Юридична відповідальність за неналежне виконання професійних обов'язків медичним працівником: міжнародний досвід.**

У статті досліджено досвід провідних держав світу щодо регламентації відповідальності за неналежне виконання професійних обов'язків медичним працівником. Здійснено порівняння цивільно- та кримінально-правових механізмів регулювання проблеми, що розглядається. Наведено практичні приклади кримінального переслідування медичних працівників за неналежне виконання ними професійних обов'язків, що спричинило шкоду життю чи здоров'ю пацієнтів, в різних державах.

**Ключові слова:** міжнародний досвід, медичний працівник, завдання шкоди, необережність, злочинна недбалість.

#### Резюме

**Черніков Є. Э. Юридическая ответственность за ненадлежащее исполнение профессиональных обязанностей медицинским работником: международный опыт.**

В статье изучен опыт ведущих государств мира относительно регламентации ответственности за ненадлежащее исполнение профессиональных обязанностей медицинским работником. Осуществлено сравнение гражданско- и уголовно-правовых механизмов регулирования рассматриваемой проблемы. Приведены практические примеры уголовного преследования медицинских работников за ненадлежащее исполнение ими профессиональных обязанностей, причинившее вред жизни или здоровью пациентов, в разных государствах.

**Ключевые слова:** международный опыт, медицинский работник, причинение вреда, неосторожность, преступная халатность.

#### Summary

**Chernikov E. Legal responsibility for the improper execution of professional duties of health professionals: international experience.**

The author analyzes the experience of leading countries of the world with respect to the regulation of liability for the improper execution of professional duties of a medical officer. The research compares civil and criminal law mechanisms for the regulation of the problem. We also give practical examples of the prosecution of health workers of different countries for the improper execution of professional duties, causing harm to life or health of patients.

**Key words:** international experience, medical worker, causing harm, imprudence, criminal negligence.

UDC 341.17

**ANDRÁS TORMA**

*Prof. Dr. András Torma, rector, professor University of Miskolc*

### **THE SPECIFIC'S OF THE CONNECTION SYSTEM BETWEEN THE EU AND MEMBER STATES PUBLIC ADMINISTRATION**

The Maastricht Treaty has established the European Union in 1992, and has assumed an unique world history example and huge task, when it has set itself twin goals: economic and monetary union, and the implementation of political union. The achievement of this goal is also an unprecedented – three pillars – structure was intended to achieve, in cooperation with Member States, of course. The first pillar was the European Communities, the second pillar the EU's "common foreign and security policy", and the third pillar was the "justice and home affairs co-operation".

In this structure, the **Treaty of Amsterdam** (1997) brought a significant change in that, it has significantly affected the third pillar. Seven from the nine cooperative area have been moved to the first pillar. Consequently, the name was changed to "police and judicial cooperation in criminal matters", The **Treaty of Nice**, signed in 2001, did not result a significant change in our topic, although significance was enormous, no doubt, since the EU expansion has created the legal prerequisites. In the meantime (1998 and 2000) after the end of accession negotiations, that has started earlier, and the signature of the Accession Treaty has been completed, the number of EU Member States in 2004 went from 15 to 25, 2007 and increased up to 27, and finally in 2013 has emerged into 28 member states. In our topic it is relevant to point out, that the EU has not got legal personality and its own institutional structure nor in the Maastricht or Amsterdam, or the Treaty of Nice! That is why the EU is essentially 'borrowed' from 1965 to common institutional system of the European Communities on the first pillar.

In the three pillars, there was not only difference between co-operation fields, but in the respect of the operational model of cooperation (the so-called. Policies). While the first pillar has worked in the "community model" basis, meanwhile the second and third pillar has worked under the "intergovernmental model" principle. Simply it is mean that:

– Areas included in the first pillar (political) community, in the issues, all of institutional actors, "had a say." The decisions were prepared by the European Commission, taken by the Council in cooperation with the European Union' Parliament and of the other "game-actors" involved. The decisions were taken by qualified majority: the 15 Member States had 87 votes, (necessary 62), while 27 countries had 345 votes (255 are necessary for decision making).

– Into the Second and Third Pillar areas (political) question, just the community institution's, the Council of the European Union "has the right to say, what have to be done and how" and when it has decided, it could only be reached by consensus.

The **Treaty of Lisbon** has entered into a new situation which has arisen in 2007 and entered into force in 1st December, 2009<sup>1</sup>. This proves that:

- The EU has received legal personality and its own institutional system,
- Everything that had been "community", went into "Union", including the legal system,
- The abolition of the three-pillar structure and decision-making model has been implemented in the former first pillar's rule (ordinary legislative procedure),
- A significant decrease has been made in "democratic deficit" accordance with the EU institutional system, an emphasis on respect for democratic principles and other measures,
- There is a clear division of competences between the Union and the Member States,
- For administrative cooperation between the Union and the Member States (general) has been recorded.

All this was shown to illustrate: how complicated and how difficult is it in these days, the European Union's institutional system and its operation. If this is true, and yes it is, it is also obvious, that the system of relations between the EU institutions and the Member States should be complex. That is why we have to simplify our message about it. This can be achieved, if the relationship can not be inferred into system of the Member States throughout the state

organization (legislative, enforcement and litigation), but only limited to the Member States' administrations (the implementation). Therefore thicken theses considered to the most important features of the system of relations.

**First thesis:** The EU is an independent subject of international law, with own legal entities and private institutional system. A bit more detailed:

The 1. Article of Lisbon Treaty has modified the the Maastricht Treaty on European Union (as amended by the Amsterdam and Nice Treaty), and the text was modified, generated a result, that was the **Treaty on European Union** (hereinafter TEU). The 47. Article of the TEU has stated that the EU has legal personality. The 13. Article (1) recognize, that regulation provides that the Union shall have an institutional framework, as follows: European Parliament, European Council, Council, Commission, Court of Justice of the European Union, the European Central Bank and the Court of Auditors. The 13 Article (4) says that the EU institutions – as an advisory capacity – are assisted by the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions.

The structure and responsibilities of the EU institutions are basically fixed in the 55. Article in the TEU. In contrast, the relationship between the rules and the institutions of the operation is not a contract, but the 358. article of the **Treaty on the Functioning of the European Union** (hereinafter TFEU) is included it<sup>2</sup>. This contract has borned with the modification of Rome Treaty (establishing the European Community Treaty) in the 2. Article of Lisbon Treaty. The TEU and the TFEU are two equal-value contracts. Together form the constitutional basis of the EU.

**Second thesis:** In the lack of external EU institutions in the Member States, EU institutions and government organizations in the Member States are form together a single unit, which has to both ensure the implementation and the enforcement of EU law too. In this sense, the EU administration is a shared management. A bit more detailed:

After review the history of the European Communities and the European Union and the structure and functioning of the EU institutions has been analyzed, it was found that organic sense, the EU is nothing more than that – up by nation states, supranational level – institution building in a strong and legally accurate defined relationship with the member states' national institutions.

The relationship between the only **centrally operating** and above listed EU institutions, and as well as the **“regional and local” operating** authorities at national institutions (parliaments, governments, courts and governments) can be characterized with the **principle of supplementary**<sup>3</sup>. In other words – the words of Professor Louis Lorincz loaned – the principle of the division of administrative functions prevail in the EU. This means, that the EU institutions envisage the objectives of the Union, collect information, plan, decide, and coordinate and control. Implementation of it's decision are primarily the responsibility of Member States, in the Member States including all state bodies, not just the administration<sup>4</sup>. In this organizational and operational model, the EU institutions and the Member States form together a whole state apparatus: a pan-European “public body,” and as part of a pan-European legislation, administration and judiciary. All of these can be taken into account in the **definition of European public administration**, as follows:

In organic sense – The European Union Administration is the sum of the (“core”) union' and national (“regional and local”) institutions, that prepare's EU decisions (legislation) and ensure their implementation and effectiveness. So it is clearly seen, that the organizational sense “notion not only the European government administrative departments of the Community, namely self-management and administration of the Community include, but embraces the Community and Member States' administrations as well<sup>5</sup>.

**Third thesis:** Apart from minor exceptions, in the absence of legal regulations, that are directly binding to the administrations of the Member States, there are ‘only’ expectations from the Union: consistently and fully enforce the EU law, that are reliable, transparent and democratically operate. To achieve the above mentioned, the TFEU made significant progress. A little more detailed:

In our opinion in the case of **the secondary sources of Union law** the Union can influence **the structural and functional system of the Member States**. As we earlier mentioned in the curriculum Council Regulation (EC) No 1083/2006 on general provisions of the Structural Funds lays down obligatory the structure and the tasks of the national institutions which are responsible for the proper utilization of structural resources. (c.f. managing-, certifying, audit- authorities) Furthermore Regulation (EC) No 1059/2003 of the European Parliament and of the Council on the establishment of a common classification of territorial units for statistics (NUTS) (NUTS-regulation) there was an **obligatory prescription** for Member States to establish the classified territorial units! In these regulations and in other **secondary law-sources obligatory rules** concerning the administrative organs and actions of the Member States are determined **only exceptionally**. On the other hand **the connection between the institutions of the EU and the Member States** is rather **a partnership and not a hierarchical relationship**<sup>6</sup>.

Taking some example, the cooperation between the Commission and the competition offices; or the cooperation between the EU Court of Auditors and the national offices financial-control can be mentioned. The EU Court of Auditors controls based on the accounting voucher by the Union institutions or by the Member States on the spot. The control in the Member States takes place by the national Court of Auditors through holding continuous connection with its organs. The EU Court of Auditors and the national institutions cooperate in a loyal way with respect of its independence. The national institutions let the EU Court of Auditors to know whether they intend to take part in the examination. If they take part in this procedure they will quasi Union institutions a so-called deconcentrated organ of the EU Court of Auditors placed in the Member States. Consequently in this way the institutions build **an institutional-network in order to implement Union law**.

As we can see the representatives of **institutions of the Union and of the Member States** are partners. They make up together **a whole entirety, an institutional network** in order to **ensure the effective enforcement of**

**Union law.** The model of the European administration can be characterized as „... transition of separation of power between cooperation, subordination and superiority” according to specialized literature. This transition is called „model of interpenetration”. In this sense „... interpenetrations means a principle which aims at the achievement of unified administrative actions due to two principles – cooperative and hierarchical model”<sup>7</sup>.

**In the Member States of the EU a unified administrative model does not function, which is governed from Brussels** based on the above mentioned facts, since it can be characterized with variety. This circumstance – as we highlighted earlier – can lead to crucial problems in view of the unified implementation and enforcement of Union law. The implementation is carried out in 27 ways, since the place of the execution is too far from the Brussels-based European Commission. Consequently the situation leads to the partnership between the Commission and Union institutions.

As a result of the above mentions reasons **the European Union** and its institutional system do not exert direct power (irrespective of some exceptions) on the public administration of the Member States. **It is without doubt however that it effects on it continuously**, widely and more and more powerfully: due to the *acquis communautaire* has a binding effect implicitly and the Union law primarily through paragraph 3 of 4 Article of the TEU, through Article 6 of TEU and through Article 41, 42 of Charter and through certain secondary sources *expressis verbis*, **it obliges them to what is called as a “resultobligation”**. **This obligation means** the implementation of the Union law, **accomplishment** of three requirements the public administration of the Member States **shall be reliable, transparent and democratic as well**<sup>8</sup>. What do these terms mean?

#### a.) Reliability

It can be stated, that the Member States organize their public administration independently without any external influence, therefore we cannot speak about administrative *acquis*. For the EU it is neutral, what kind of organizational solutions and functional methods have being applied by the Member States furthermore how their civil servant system is built up. Only one thing is essential, that the public administration is to function to achieve the tasks of the EU completely in order to achieve the goals determined by the EU. The emphasis is on achieving the EU goals, consequently on the effective application implementation of *acquis communautaire* are emphasized. To achieve this, the Union expects the Member States to **have a reliable public administrative institutional system** the Union regulations shall be incorporated in the legal system, they shall be enforced effectively by the different organs, furthermore a continuous control of enforcement and the settlement of legal dispute shall be facilitated<sup>9</sup>. The reliability includes the different elements of efficiency: accuracy, quickness, dynamic adaptability, moreover the promotion of the economic and political integration, major<sup>10</sup>.

#### b.) Transparency

The EU expects the Member States to have **transparent** public administration, which means that the scope of state organs having contact with the EU institutions is to be well-defined. The powers and levels of decisions shall be precisely separated and the powers of the institutions shall be in compliance with each other so that neither ‘empty space’ nor overlapping of powers shall occur<sup>11</sup>.

#### c.) Democracy

Another requirement of the EU is the **democratic operation** of the administrative institutions of the Member States. The requirement of democracy includes law and order, respect for human rights and fundamental liberties, a multi-party political system, political impartiality of those working for the executive power, stability of legislation and reliability of public administration<sup>12</sup>.

The 2. Article of TFEU rank into four types of EU powers. One of them are those which are practiced by the EU, the Treaty clearly defined areas and conditions, without thereby superseding their competence of the Member States are doing. These are called : actions to support, coordinate or supplement the powers that are listed in the 6. Article of the TFEU. The seventh element of the list is the **administrative cooperation**, (Article 197 TFEU.)<sup>13</sup>. The essence of the legislation, that the need for effective implementation of Union law by the Member States in matters of common interest, so that the EU supports the efforts of Member States to improve their administrative capacity to implement Union law. Such EU action’s are directing mainly to include the exchange of information and civil servants as well as supporting training programs. It is important to stress, that the Treaty state,s that no Member State shall be required for such action to be invoked. Imposing these regulations – our opinion – the EU has stepped a boundary. The threshold under which a primary source of law previously has not contained anything about the administration of the Member States. And now, it has, in fact it is quite careful. This provision gives the true significance! However, this means still the next thesis.

**Fourth thesis:** If we examine **how the integration has affected the central, regional and local administrative organs of the Member States**, we will be get the same answer, what we earlier mentioned. As we above highlighted directly obligatory dispositions apart from some exceptions are not, but general features can be collected. We can state that each Member State has different administration, although the obligation of preparation and implementation of Union law is the same. Moreover a new procedure the Europeanization of the administrative law of the Member States occurs due to the Union “result-obligation”. What do these terms mean?

The definition of „**Europeanization of administrative law**” means that the national administrative law develops under the European influence. Contrary to it the “**European administrative law**” means that a part of Community/Union law became independent the so called “European administrative law”. This definition is narrower than the law which regulates the matters of the administrative usage and implementation in the EU, since it does not cover the implementation by the jurisdiction. On the other hand this definition is wider than the law which

involves the harmonization procedure of the administrative law of the EU's and the Member States' law-systems, since it includes the loyal cooperation of the Union institutions and the organs of the Member States.

This is a long, historical procedure, which – as we will see in the next Chapter – appeared in the 90s through the definition of the European Administrative Space.

**a.) In central public administration:**

Each and every Member State has established its own structure for handling European affairs, however, a so called Ministry for European Affairs has nowhere been established, since the minister leading the Ministry would have more power than other ministers and the prime minister have due to the strong intervention of the Union law. It shall be emphasized that the minister is not executor on the stage of the EU, but he is a legislator. **The resolution** of the Member States adopted on the field of the administration – as we saw earlier in Chapter 2.5. – **are divided into four or rather five types of groups.** The so-called centralized model 1 and 2, decentralised model can be mentioned. The Union affairs in case of the British and French solutions are coordinated by a central organ (the European Secretariat and the SGCI), established ex-novo, beside the government, but sub-ordinated to the prime minister. (Centralized model 1.) The Ministry for Foreign Affairs has this task in Belgium and Spain, whereas in Germany the Ministry of Economy provides it. (Centralized model 2.) The fourth solution is **the decentralized model.** Its main feature is that each central authority (ministry) has a department dealing exclusively with EU matters. For example in Luxembourg due to lack of central coordination each Ministry has connection with its pair in Brussels. (Török, 1994) As we referred, it is **a fifth resolution** which can consider as a transition of centralized and decentralized models. In this case organs dealing with EU affairs are not only in the Ministries but in the government as well (for instance in Hungary)<sup>14</sup>.

**b.) Concerning the territorial level:**

The determining common feature is **regionalisation** and a strong level of municipality on one hand, and closely related to this a significant decrease in the number of medium-level units and a significant increase in the population of this level. The main characteristic concerning the local level of the administration is the **regionalization** and the recruitment of the middle-level of municipalities<sup>15</sup>. On the other hand – in close connection with the earlier feature – the significant decrease of the middle-level units and the important increase of its population can be mentioned. In connection with these facts we have to highlight some data: the number of the middle-level (regional) units decreased from 531 to 320 in the European Union in the period 1956–1995, meanwhile the population increased on average from 468.000 to 1.159.000<sup>16</sup>. The reasons behind the strengthening of regionalisation as an economic, social and political process are as follows: the extension of ethnic movements, the effects of the latest function of state administration (e.g. the effect of decentralisation), representation of regional interests, and the regional policy of the European Community. **Regionalisation can be considered as an attack against national states since** it enforces the central state power to delegate competences to the regions below the national level.

This is particularly important since the **European integration**, the other major economic and political process in the second half of the 20th century in Western Europe had the same result, although with and opposite tendency. European integration – similarly to regionalisation – also leads to the weakening of the national state since it means that the tasks and competences are delegated to upper levels, to the institutions of the EU. Consequently, **European integration can be considered as an attack from above against nation-states.**

We state that the nation-states of Europe have existed under double pressure, besides other circumstances (globalisation), under the pressure of regionalisation and integration. Regionalisation sets the demand of decentralising the tasks and competences of the central power as well as the resources. In contrast to this, integration sets the demand of delegating tasks and competences to the institutions of the European Community and the European Union. The result of these tendencies will be the **disappearance of national states** in Europe, or in other words, a united Europe without national borders. A super state, a new United States of Europe will be formed. Nobody knows when it will take place. The fact is, however, that the tendencies are evident: the disappearance of national states and the formation of a new state structure.

**c.) On the level of local administrative organs** the self-government is determining. With regard to **the local self-government organs of administration** certain common features occur:

- local government management is generally multi-level with the different levels being co-ordinate and not subordinate or superordinate,
- local governments have general responsibilities thus they are involved in local public affairs,
- the scope of the local governments' activity involves providing services and co-ordinating the activity of different organisations in the settlements,
- the powers are exercised by assemblies composed of members directly elected by the inhabitants and supported by professional executive staff,
- the scope of activity of the political body and the executive authority is clearly separated,
- local governments, beyond the national level, are entitled to co-operate with their counterparts in each state thus they can establish a wide range of international relations.

The Council of Europe, aimed at enforcing human rights in Europe, was established in 1949. It has developed and opened several signature for the Members, such as Hungary, before 1990, and it has also made numerous recommendations for the Member States for numerous conventions in the past sixty years. Among the agreements, a prominent theme has to be mentioned: the European Charta of Local Self-Government, adopted in 1985<sup>17</sup>. Hungary has joined that in 1997 with Act XVII. 1997. The significance of the Charter is to set up European standard's to what the member states have to use in local communities, and what are requirements to be enforced<sup>18</sup>.

Within the recommendations of the Council of Europe, play's an important role in the national administrations of the Unification issued, the recommendations on "good public administration in 2007". The document sees "good government" guarantee, that the Council of Europe's member governments are all supporting more effective, efficient and making cost-conscious the organization and functioning of the public authorities. For this aim, the recommendation – "harmonization of procedures" – has encouraged the Member States to follow the, "Sample Code" attached in the annexes. The Model Code sets out the following principles of general national validation, and thus secured a sort of European minimum procedural standards: the subordination of the administration of the law (Article 2), the principle of equal treatment (Article 3), the decision on the principle of taking the obligation within a reasonable period of time (Articles 7 and 13), the principle of judicial review (Article 22), the principle of injury to the administrative power compensation obligation (Article 23) the principle of protection of personal data (Article 9), transparency (Article 10)<sup>19</sup>.

**Fifth thesis:** The results of the research's, made in the **European Institute of Public Administration** (EIPA, Maastricht) and in the University of Florence European Institute, has showned, that the EU has taken a big step towards a single European Administrative Area with creating the 'Copenhagen criteria' formulation for the socialist countries from the region of the Central and Eastern Europeans, with the intention of the accession to the EU, that can be provide in the Treaty of Amsterdam (1997) with the formula. This played an important part in the Paris-based **OECD and SIGMA programme**. After the Treaty of Amsterdam in about one and a half decades, the contours of European Administrative Area has drowned out increasingly. A bit detailed:

The EU made a major step to create the EAS with the European Institute of Public Administration (EIPA – Maastricht), the researches in the University of Firenze, Copenhagen criteria (1997.) and with the Amsterdam Treaty (1997.)<sup>20</sup>. The Council of Europe and the OECD (headquarters in Paris, France) with its SIGMA Programme has taken its great part of the developing of the EAS. From the Amsterdam Treaty the EAS has been outlining strongly:

**The European Institute of Public Management** was founded in 1981. Its role was specified to analyze the relationship of the European Communities' institutes and the member states in the field of public administration. In the legislation of the Community the directives were getting more important. Directives are binding on Member States as to the result to be achieved but leave it to the respective national authorities to decide how the Community objective set out in the directive is to be incorporated into their domestic legal systems before a specified date. Famous professors were working together in the Institute and in the other European institute in Firenze, where they were researching in the field of management with empirical methods. This time **Professor Jürgen Schwarze** created his famous, still determining monograph about the European administration law<sup>21</sup>.

**The Copenhagen Criteria** was created by the Head of States and the Prime Ministers of the member states in the June of 1993. In this document we can find the rules that define whether a country is eligible to join the European Union. The Criteria require that a state has the institutions to (a) preserve democratic governance, human rights and grant the protection of the minorities, (b) has a functioning market economy, (c) and accepts the obligations and intent of the EU. (Acquis communautaire, European Monetary Union, Political Union) When the members created the Criteria, they fulfilled its requirements, so the newly members have to fulfill them to join the EAS.

**SIGMA** was initially launched in 1992 by the OECD and the European Commission's Phare Programme to support 5 Central European countries in their public administration reforms. In parallel with the expansion of the Stabilization and Association Process, SIGMA support has subsequently been extended to other countries, including all ten 2004 and two 2007 EU entrants. Its main task was to help the transitions countries to expand their capacity of administration. The European Commission – the EU – joined to the SIGMA with its Phare programme (its main aim is the same as the SIGMA) in 1999. The EU and the OECD together gave out different types of **recommendations** to help them prepare the joining the EU and the appropriate enforcement of the EU law. Two of the recommendations are important for us. The first is about preparing the national administrations for the EAS, and the second is about the principles of the European administrations<sup>22</sup>. (See more at: OECD SIGMA/PUMA: Preparing Public Administrations for the European Administrative Space. SIGMA Paper No. 23. 1998. AND: OECD SIGMA/PUMA: European Principles for Public Administration. SIGMA Paper No. 27. 1999)<sup>23</sup>.

**In the first document three principles were defined:** 1.) The EU institutions can not substitute with national institutions, but they have to cooperate. 2.) The national administrations are responsible for the implementation of the EU's decisions. 3.) The national administrations have to be reliable, transparent, and have to work democratically.

**The second document** – which is about **the principles of the European administration** – states that **there are principles, which need to be enforced to grant the primacy of the EU law in the member states**. This also is an obligatory requirement for the candidate states and they have to make reforms to grant this primacy. These principles were defined by the European Court as **basic principles** and they have to enforce generally in a member states' legal system. These principles are: the principle of legality, the principle of proportionality, the principle of legal certainty, the principle of legitimate expectations, prohibition of discrimination, the right of trial use, the right of appeal. The principles are known widely, so we do not have to define them, but we refer to that the Document methodizes the principles in different groups, such as: 1.) reliability and predictability, 2.) publicity, 3.) accountability (public responsibility), 4.) efficiency and effectiveness<sup>24</sup>. We discuss these principles in the next chapter, because these characterize the EAS. The features of the EAS and the integration of the public administration in the EU have the same features<sup>25</sup>. The experts' opinions are the same about them. The features are:

**A.) Political stability and the enforcement of the democratic rule of Law.**

A law, which grants the separation of powers, a democratic system of institutions and its operation, the enforcement of the fundamental rights and freedoms, and finally the respect of the minority rights. We have to highlight



one of the instructions of the Treaty on the European Union (Lisbon Treaty), this is the article 2 in title 1: “The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of Law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail”.

**B). Sustainable and environment friendly economic development, in which the principle of solidarity is dominant**

In article 3, 3 paragraph of Treaty on the European Union we can find this instruction: “The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance.

The principle of solidarity primarily means an economic, social and regional cohesion, which is realized by an internal policy. (This is based on article 174–178. of the Treaty on the Functioning of the European Union). This means in practice that the EU coordinates their policies and activities to provide the sustainable development and to improve the force of the coordination. The EU specially takes efforts to reduce the difference of the development between the different regions all over the EU; furthermore it pays special attention to the rural areas, the areas with big industrial transformation, the thinly populated areas and the island region. To reach these aims the EU uses the sources of the European Investment Bank and the European Investment Fund, and other funds. The member states shall conduct their economy policies and shall conduct them in such way as, in addition, to attain these objectives. (Article 175. in the Functioning of the European Union).

**C). To decrease the role of the national parliaments and to increase the role of the national administrations.**

An institutional point of view the winners of the European integration are the national administration public system, particularly central agencies and within this the ministers. It is not forgettable that the Council of Ministers was an exclusive legislature for a long time, and now as the Council of the European Union is co-legislator with the European Parliament. Consequently, the national parliaments are not legislatures, but they execute the decisions of the EU. This naturally upgraded the role of the national ministers, and devalued the role of the national parliaments in the EU. The EU called this situation as “the democratic deficit”. This phenomenon is very active in the EU, but the European Union has been decreasing it with for instance: in the history of the European Parliament, it received more and more legislative powers (Single European Act, Treaty in European Union, Treaty of Amsterdam... etc.), the EU involves the national parliaments to the legislation (article 12, the Treaty on the European Union), the EU involves the European Parliament to the process of the foundation and the termination of the European Commission (article 17 and 18 in the Treaty on the European Union). The deficit can totally disappear if the European Parliament becomes the exclusive legislature (even with the Council of the European Union), and the European Commission becomes the government of the European Union. This is the tendency of the development, but the EU is too far from realization.

**D). The maintenance and the operation of a reliable, a transparent and a democratic administration.**

Previously we defined the content of these words. We put emphasis on to understand, that in the EU there are a few directly binding legal regulations for the national administrations, rather there are many expectations against them: to be reliable, to work transparently and democratically. If they do not meet with the expectations, the European Commission and the other member states have got the legal instruments to enforce them. (Article 114. 126. 258., 259. in the Treaty on the Functioning of the European Union).

**F). The enforcement of the principles of the “European” and “good governance” all over the EU, especially in EU level, member state level, local self-government level.**

Basically in this feature we have to mention the European Commission’s “White book on the European governance” from 2001. This outlines that the EU citizens and the EU institutions to get closer the “good governance” have to be put into effect. The good governance has got 5 principles: **openness, participation, accountability, effectiveness and the requirement of coherence.**

The White Book also states that the five principles of the good governance is need to be applied all over the EU, more precisely in the authorities of the EU and the member states (in central bodies and in the local self-governments). This document clearly outlines expectations against each organization in every member states and in the EU.

**G). The harmonization of procedures, or applying rules of procedures and institutions, which provide the enforcement of EU law.**

In these past years there is agreement that says: the integration of the administration has to follow the economic integration, because it is not allowed in the European Union, that the 27 member states execute differently the EU law and the EU norms too. So a process was started in the EAS. This process is about the unification of the procedures of member states’ administrative authorities and the administrative procedures. (It is called Europeanization).

The start of this development was **the recommendation of the OECD** on the principles of the European administration. (See at: OECD SIGMA/PUMA: European Principles for Public Administration. SIGMA Paper No. 27. 1999.) This document organizes the requirements against the European administration **in 4 groups** (considering the European Court’s general principles of law): a.) reliability and predictability, b.) openness and transparency, c.) accountability (public responsibility), d.) effectiveness and efficacy.

**Ad. a.) Reliability and predictability**

These two principles mean the duty of the administrative bodies when they make their decisions and their actions, because during this they are bound to law. The principles also mean the rule of Law, the principle of legality. So the administration when does something, it can do with an authorization (the principle of authority). When it has got authority, action is needed (the principle *ex officio*). That is why the administration is predictable.

But there are more principles in the service of the principle of reliability and predictability. Namely: proportionality, fair procedure, the principle of timeliness and the principle of professionalism. The principle of proportionality contains the proportionality of decisions, which means that the decisions has to be proportional with the aim pursued without causing an unnecessary disadvantage to citizens. The principle of fair procedure means dealing with issues without partiality, and it extends the duty of information on the side of authorities. The principle of timeliness means, that the authorities have to make their decision in the deadline which is based on the deadline defined in the act, because the delay can cause injustice and can make harder to get the evidences. The principle of professionalism is a requirement against the public service: the civil servants have to be qualified, well-trained, neutral and professionally independent.

**Ad. b.) Openness and transparency**

The principle of openness means that the administration is available for the external examinations and for the involved citizens. The principle of transparency enables the realization of the aims of control and examination. The enforcement of these two principles provide the chance for the people who are involved into the administration process to learn about their rights and of course for the external bodies to revise the legality of the decisions. In addition, the principles of legality, equality and accountability also enforce in the field of the principles of openness and transparency.

The principle of openness and transparency serve 2 special aims in the world of public administration. On the one hand serve the protection of the public interest with reducing the possibility of the wrong decisions and the possibility of corruption, and the other hand serve the protection of the individual rights with expecting the justification of the decisions rationally and with helping the interested to live with their right to appeal. Secrecy and discretion was a general practice – except Sweden – in the administration until the end of the 18th century. Subsequently the principle of openness meant that the laws and the individual decisions could be enforced if they were told to the involved person by the administrative bodies, authorities. The principles of openness and transparency became the principles of the democratic states at the end of the 20th century (open government).

**Ad. c. Accountability (public responsibility)**

The accountability and public responsibility are synonymous terms. It means that in **the field of administration every authority is liable of their actions and omissions** before other authorities, court, or legislator. In the other hand we could say that external bodies have got the chance to examine the courts, and when they do examine the courts, the court can not pull itself out the examination, the external examination is obligatory for the courts. These examinations are very complex, they are controlled by the regulations of positive law: the examination of appeals is the task of superior authorities, the judicial review of the decisions taken, the examination of the ombudsman or the prosecutor, or even the examination of the Parliament. The final objective of these examinations is to provide the legal operations of the administrative bodies: to grant the public interest and to grant the individual rights too.

The accountability has got other aspects – besides the administration one – such as political or professional aspects. The professional literature summarizes **the features of the public responsibility** as follows:

- Theoretical basis: the examination of the procedures' legality.
- Its subject: the legality of administration actions.
- The criterion: compliance with applicable laws.
- Its direction: it has got two ways; one is within the body (superior bodies) and on is outside of the body (citizens, courts).
- Its mechanism: internal and external examinations, legal and judicial control
- Consequences: approving, modification, nullification, applications of sanctions, compensation<sup>26</sup>.

**Ad. d.) Effectiveness and efficacy**

**Effectiveness** means the favorable ratio between the use resources and the results obtained. This is a category of economy. During its development the state became the master of public services, thus this category gained civil rights in the field of administration. This principle has already been published in the constitution of Spain in 1978. with other classical principles, such as the principle of legality, the principle of openness and the principle impartiality.

The **efficacy** is a value, which is related closely to the principle of effectiveness. This value shows us how successful is the performance of the administration in the reaching of the aims, which were determined by the legislature. Basically it means the rating and the analysis of public policies, and a prediction about how much they appear in the actions of the public servants.

Apparently the principle of effectiveness is against the principle of legality. The tension is real between the two terms, and because of that the different governments try to eliminate it. For instance: outsourcing, or the involvement of the private sector to provide public matters<sup>27</sup>.

**Sixth thesis:**

In recent years, there is an emerging trend, the impact of which is extremely powerful, almost brutal in the Member States' administrations States. In particular the Community/Union law to refer to secondary sources of which are related to the European Union's regional policy. In more detailed:

We want call up the attention on the following two Regulation: one the European Parliament and the Council's: 26th May 1059/2003/EC Uniform Regulation of Regional Statistical Classification System, and the other 1083/2006/EC of the Council, laying down generally the provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund and the Cohesion Fund and of Regulation 1260 / No 1999/EN repeal.

**A)** The Consolidated Statistical Area Classification System – and the designation used from 2003 to enjoy the “Nomenclature of territorial units for statistics” ( hereinafter referred to NUTS) – is an indispensable tool in the EU ‘s regional policy implementation. It was made up to ensure, that different geographical area’s statistical datas have to be comparable with each other (Statistical European Communities (Eurostat) ) and this basis had decided at Community level, for example, that financial resources for development purposes to which regions should be provided. The NUTS system that is – the collection of comparable statistics, compilation, and dissemination as a means – ultimately impoundment areas eligible for Community support use of service (service). The NUTS system allocated to five levels, three of which were regional (spatial ), and two local ( local). Resources of the Structural Funds for the implementation of regional policy is typically allocated in the NUTS 2, and available by the Council’s 1260/1999 decision.

There was not any legal basis of the NUTS system and its operation, or rather: there was not one particular source of law, which could order about this legal institution. This insufficiency was abolished by **Regulation (EC) No. 1059/2003 of the European Parliament and of the Council** on the establishment of a common classification of territorial units for statistics (NUTS). According to paragraph 2 of Regulation – referring to the Regulation (EEC) No. 91/450 – NUTS classification **dissolves the territory of Member States into territorial units** and it orders each unit individual name and code. With this – according to our estimation – there **happened a breakthrough in the connection of the Union and Member States**, since with this regulation the Council regulated such a question, which was the exclusively internal affairs of Member States – similiary to the whole administration – till that time, so it stood until the sovereignty of Member States. With this Regulation the Council has interfered in the administration of Member States, because it determines **obligatory** the administrative-territorial classification, and division of Member States. It would be true in that time too, if we know well, that on the one hand the decision was brought by ministers of Member States in the Council, and on the other hand decision-preparing was realized by the central administrative institutions of Member States.

NUTS classification is a **hierarchic nomenclature**, which divides each Member States into territorial units level NUTS 1, and all of that divides into territorial units level NUTS 2, and these divides into territorial units level NUTS 3. According to paragraph 3 of Regulation, and the Appendix 1. the **whole territory of every Member States were classified into level NUTS 1, NUTS 2, and NUTS 3**, depend on **the number of the permanent residents** in a given area. In level NUTS 1 come to classification areas at least 3 million and at most 7 million persons, in level NUTS 2 at least 800. 000 and at most 3 million persons, and in level NUTS 3 at least 150. 000 and at most 800. 000 persons, identified the given areas with concrete name and code. If the whole population of a Member State is under the lower threshold concerning a given NUTS level, then in this stage the whole Member State will form only one NUTS territorial unit. We have to highlight: Member States are entitled to establish further particularized hierarchic territorial stages in their own competence, and with that they divide level NUTS 3.

The **fundamental criterion of classification compose the existing administrative units**. „Administrative unit” is such a geographical area, possessing administrative authority, which provides administrative or political decision-making competence within the legal and institutional frame of Member States. The existing administrative units, utilized to the NUTS classification, were defined by the Appendix I. of the Regulation, stage to stage, referring to the Member State (native) nomination. Appendix II. of the regulation fixes the Member State nomination of existing administrative units separately from stage to stage.

**If a Member State does not have an adequate size administrative unit**, according to the upper criterion, than it **has to (!) compose** the missing NUTS level **with the merger of** adequate number, bounding on one another and **existing administrative units**. In the course of that, they have to be attentive to the geographical, social-economic, historical, cultural and environmental circumstances too. The name of the so established contracted area is: „non administrative unit”. But notable that the size of this area has to be inside of the upper population-treshold.

With the issue of the Regulation (EC) No. 1059/2003 the possibility was stopped for Member States to form their territorial classification freely, at their pleasuse, and according to their prevailing interest, aiming the access to the communal developmental sources. From 2003 the amendment of the regulation, or as a conclusion the approval of other Member States are necessary to the establishment of the areas level NUTS 2, meaning the aiming field of developmental sources. In this meaning Regulation (EC) No. 1059/2003 not only defines the structure of the territory of Member States but it stabilizes that too, not absolutely to the pleasure of every Member States.

**B)** In the curriculum Council Regulation (EC) No 1083/2006 on general provisions of the Structural Funds lays down obligatory the structure and the tasks of the national institutions which are responsible for the proper utilization of structural resources. (c.f. managing-, certifying, audit- authorities). We have to highlight to followings: this question is not just regulated in the 6. Article, but also affects many other articles, including the basic principles of the use of resources. In particular, the partnership, the regional level implementation of shared governance and the principles of coherence and coordination is important in this regard. It is clear that the basic principle decisive, but not limited to, the institution was to be set up under the Regulation intended to provide. The legislation makes a clear framework for the use of development funds for the implementation of Operational Programmes, determining the Member State responsible, and this responsibility extends to the establishment and operation of the program ma-

agement and control system too. The European Commission has “only” controls the functioning of national institutions and imposing sanctions if it does not work properly.

**B/1.** The administrative organs of the Member States dealing with the implementation of the Union’s regional policy more precisely the utilization of development resources shall be the same in each Member State. This means, that the existing organs shall be charged with providing the tasks ordaining by the Regulation or new organs shall be established. Hereby **the same structure will be developed and functioned in each Member State**. It will break through the former principle, that the public administration is the Member States’ internal affair. Organizational structure and its task determining compulsory in the Regulation is the following:

#### **The management and controls system**

The compulsory elements of the institutional system – namely: managing authority, certifying authority, audit authority – are named in Article 59., and further articles lay down the tasks of each institution.

**The managing authority** a national, regional or local public authority or a public or private body designated by the Member State. The managing authority shall be responsible for managing and implementing the operational programme in accordance with the principle of sound financial management. The managing authority submitting to the Commission the annual and final reports on implementation to 30<sup>th</sup> June 2008 and following it each year to 30<sup>th</sup> June.

**The certifying authority** a national, regional or local public authority or body designated by the Member State to certify statement of expenditure and applications for payment before they are sent to the Commission;

**The audit authority** a national, regional or local public authority or body, functionally independent of the managing authority and the certifying authority, designated by the Member State for each operational programme and responsible for verifying the effective functioning of the management and controls system.

The Regulation **ensures freedom on high level for the Member States** in connection to the institutional system:

- The same authority may be designated for more than one operational programme,
- Some or all of the authorities may be part of the same body,

– The Member State shall lay down rules governing its relations with the authorities and their relations with the Commission,

– The Member State may designate one or more **intermediate bodies** to carry out some or all of the tasks of the managing or certifying authority under the responsibility of that authority.

It is crucial to emphasize that **the Member States shall submit** before the submission of the first interim application for payment or at the latest within twelve months of the approval of each operational programme **to the Commission a report** of the managing and controls systems. To the report the Member State shall annex expert evidence published by an independent authority, which values the established institutional system and the accordance determining in the Regulation. If the Commission makes reservations the Member State shall make corrections<sup>28</sup>.

#### **B/2. The monitoring system**

As far as the Union’s regional policy is concerned the monitoring and the controls have different definitions. They can be distinguished according to five aspects: goal, timing, persons doing the work, method of the feedback. Accordingly the **monitoring’s** aim is the examination of implementation of aimed goals. The timing is continuous. The work is operational doing by an external person. The method of feedbacks is aid and adjustment. The **controls’** aim is the examination of the accordance with the rules. The timing is continuous. The work is operational doing by an internal or external person. The method of feedback is imposing sanctions<sup>29</sup>.

According to Art. 63 the **Member State** shall set up **a monitoring committee for each operational programme**, in agreement with the managing authority. A single monitoring committee may be set up for several operational programmes. The monitoring committee **shall examine and help** the continuous implementation of the operational programme. The managing authority and monitoring committee ensures the good quality of the operational programme’s implementation.

The **composition** of the monitoring committee shall be decided by the Member State in agreement with the managing authority. The monitoring committee shall be chaired by a representative of the Member State or the managing authority. At its own initiative or at the request of the monitoring committee, a representative of the Commission shall participate in the work of the monitoring committee in an advisory capacity.

To sum up this topic we have to emphasize that the establishment of managing authorities, certifying authorities, audit authorities and monitoring committees is compulsory in the Member States if they intend to get supports from the Union development resources. As we know each Member States would like it. Therefore the Union’s regional policy **approaches** the Member States’ administrative institutional system effectively, taking into account the pursuit of the NUTS-system in terms of the territorial system of the Member States. These can lead to – after the development of the internal market – the development of **the European Administrative Space**.

**Seventh thesis:** A single geographical area, the fact of common European citizenship, as well as realized and implemented single market – economic – that have been developed so far by the European Community and the EU – without internal state boundaries fiscal and political union, necessarily implies from the Community/ Union the convergence and unification of the affairs of the public administration (implementation of). More detailed:

In our point of view, the current state of EU affairs can not be maintained for a long time, that some elements of the management cycle, as well as those institutions have been implementing a strong separation. Notably, the objective of collecting and processing information, planning, decision, coordination and control at EU level by the EU institutions and the implementation of the decisions take place at the national level and through the institutions of the Member States (national). The uniform requirements has to be unique, but actually twenty-seven different

ways. We contend, therefore, that should the economic – financial fiscal and political integration necessarily have to be followed by an administrative integration too, so Member State administrations have to be a much more powerful unification, even if it will (probably) get painful loss from national sovereignty guarding States with aim of economic integration too.

<sup>1</sup> See more in the Art CLXVIII. 2007, the Treaty about the European Union, in a digital form, you can find it in the Official Journal of EU, 53.Year.

<sup>2</sup> See more in the Art CLXVIII. 2007, the Treaty about the European Union, in a digital form, you can find it in the Official Journal of EU, 53.Year.

<sup>3</sup> Lajos LŐRICZ: European Integration-hungarian public administration. In.: Hungarian Public Administration, July. 1998.

<sup>4</sup> We will describe the questoin of function-division later.

<sup>5</sup> Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Assmann: The models of european public administration systems In.: European Law 2003/3.

<sup>6</sup> Alberto J. Gil Ibanez: The controll and execution of the common law In.: Osiris Publish Budapest, 2000.

<sup>7</sup> Prof. Dr. Eberhard Schidt-Assmann: i.m. 10. old.

<sup>8</sup> Jacques Forunier: The reliable public administration. Hungarian Administration Oct.1997.

<sup>9</sup> Jacques Forunier: i.m. 631. old.

<sup>10</sup> Lőrincz Lajos: i.m. 404. old.

<sup>11</sup> Edit SOÓS: The decision making mechanism of the local governments in the EU. In: EU-integration (struc. by Ferenc Csefkó) Council of Local Governments, Budapest 1998.

<sup>12</sup> Lajos LŐRINCZ: i.m. 404. old.

<sup>13</sup> András TORMA: Addictions to the phenome of EU Public Administration. 2002/2.

<sup>14</sup> Éva TÖRÖK: The developement of the Public Administration and the law-harmonisation of EU communities. In.: Hungarian Administration. 1994. January.

<sup>15</sup> Gyula HORVÁTH: European Reginal Policy ; Dialog Campus Publish, Budapest-Pécs.

<sup>16</sup> Source: Gyula Horváth Gyula: European Regional Policy. Dialog Campus Kiadó, Budapest-Pécs p 305.

<sup>17</sup> The Art of LXV. 1990. fulfill all the criterias of the Local Government Charta.

<sup>18</sup> Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration. 20 June 2007.

<sup>19</sup> Note: The Art of CXL 2004. fulfill all the criterias of the Local Government Charta. See more: Adrián FÁBIÁN: The EU's and the hungarian public administration procedure. In.: Hungarian Administration 2006/10.

<sup>20</sup> Jenő CZUCZAU: The public administration and the european integration. In: Hungarian Administrative Law- Osiris Publish Budapest – 1999.

<sup>21</sup> Jürgen Schwarze: Europaisches Verwaltungsrecht. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1988.

<sup>22</sup> OECD SIGMA/PUMA: Preparing Public Administrations for the European Administrative Space. SIGMA Paper No. 23. 1998.

<sup>23</sup> OECD SIGMA/PUMA: European Principles for Public Administration. SIGMA Paper No. 27. 1999.

<sup>24</sup> We have no possibility to write in more detailed form.

<sup>25</sup> Czuczai: i.m. 446. old.

<sup>26</sup> Cendon, 1990.

<sup>27</sup> See more: White Paper on European Governance (2001).

<sup>28</sup> White Paper on European Governance (2001).

<sup>29</sup> Adrián FÁBIÁN: New Public Management and What Comes After. Issues of Business and Law. Volume 5, 2010.

### Summary

#### **András Torma. The specific's of the connection system between the EU and Member States Public Administration.**

The relationship between the EU institutions and the authorities in the member states are very complex. Nowadays this relationship works in a special space – just like in the European Economic Area – this space is called the European Administrative Space (EAS). This chapter is about the EAS's history, its characteristics, its future, and tries to give the best definition of EAS. The EU achieved a complete integration of the national administrations of the member states in the past six decades. This convergence was realized mostly in the aspect of functionality and value orientation. This is because the essence of the EU law is the effective cooperation.

**Key words:** Treaties, principle of supplementary, European public administration, institutional-network, transparency, regionalization, principles.

УДК 347.44

**І. М. ШАРКОВА**

*Ірина Миколаївна Шаркова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент ДВНЗ «Національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»*

### **МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ СТАНДАРТИ ГАТС З НАДАННЯ ПРОФЕСІЙНИХ ПОСЛУГ В УКРАЇНІ (ДЖЕРЕЛА ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ)**

Юридичні послуги надають відповідні державні органи, юридичні консультації, адвокатські фірми, нотаріальні контори, приватні адвокати і нотаріуси, а також громадські правозахисні організації та юридичні фірми різних організаційно-правових форм. Однак відповідно до вимог чинного законодавства необхідною умовою для того, щоб певна особа отримала право надання юридичної послуги, є наявність у неї диплома про закінчення вищого навчального закладу 3–4 рівня акредитації зі спеціальності «правознавство». Саме тому вимоги, які висуваються до надання професійних юридичних послуг, повинні стати необхідною складовою змісту юридичної освіти. На жаль, в академічному середовищі ще не сформовано стійкої настанови про те, що стандарти надання юридичних послуг повинні стати й стандартами юридичної освіти.

Серед найбільш авторитетних сучасних публікацій з проблематики стандартів юридичної освіти слід виділити праці таких вітчизняних вчених, як С. Д. Гусарєв, О. М. Котикова, Л. О. Стецюк, О. Д. Тихомиров, Г. Х. Яворська та інші. Однак проблематика взаємообумовленості міжнародних стандартів надання юридичних послуг та стандартів юридичної освіти ще не стали предметом спеціального наукового дослідження.

До вивчення цієї проблематики спонукають й останні події з реформування вищої освіти в нашій країні. Так, 9 листопада 2015 р. в Міністерстві освіти і науки України відбулась презентація проекту стандарту вищої юридичної освіти за освітньо-кваліфікаційним рівнем бакалавра, у якій взяли участь перший заступник Міністра Інна Совсун, а також представники ОБСЄ та USAID. На цьому заході Посол Вайдотас Верба, координатор проектів ОБСЄ в Україні, зазначив, що з 2006 р. ОБСЄ працює над удосконаленням української юридичної освіти. «Важливо, щоб усі країни ОБСЄ створювали демократичні інституції. Тому ми тісно співпрацюємо з українським Урядом та провідними університетами в розробці стандартів правової освіти»<sup>1</sup>.

Проект Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) «Справедливе правосуддя» разом з підтримкою судової реформи протягом кількох років працює та продовжуватиме до 30 вересня 2016 р. працювати над удосконаленням якості правничої освіти в Україні, зокрема шляхом реалізації пілотних проектів з конкретними й досяжними цілями. За результатами опитування, проведеного на досить репрезентативній вибірці, було отримано дуже важливі дані про те, що головний недолік чинної системи юридичної освіти – це невміння випускників застосовувати на практиці набуті теоретичні знання, брак практичних вмінь і навичок<sup>2</sup>.

**Мета статті** полягає в тому, щоб розглянути стандарти Генеральної угоди про торгівлю послугами (далі – ГАТС) у якості джерел визначення стандартів юридичної освіти в Україні.

Після подачі офіційної заяви Уряду України про намір приєднатися до ГАТТ (30 листопада 1993 р.) стартував процес вступу України до Світової організації торгівлі (далі – СОТ). Протокол про вступ України до СОТ був підписаний у Женеві 5 лютого 2008 року. Ратифікований він був Верховною Радою 10 квітня 2008 року. 16 квітня 2008 року Закон про ратифікацію був підписаний Президентом України. Згідно з процедурами СОТ, 16 травня 2008 року Україна стала повноправним членом цієї Організації.

Членство в СОТ України відкрило нові глобальні перспективи для розвитку нашого суспільства. Як член СОТ Україна бере участь у створенні нових правил світового ринку торгівлі в рамках поточного раунду багатосторонніх торгових переговорів.

Генеральна угода про торгівлю послугами є міжнародним договором Світової організації торгівлі, який набув чинності в січні 1995 р. в результаті переговорів Уругвайського раунду. Загальною метою ГАТС є усунення бар'єрів для торгівлі, країни-члени вільні вибирати, які сектори повинні бути поступово «лібералізовані».

Під час Уругвайського раунду переговорів, який завершився утворенням СОТ, 14 квітня 1994 р. Комітет з торгових переговорів на рівні міністрів ухвалив «Рішення з професійних послуг» (документ LT/UR/D-5/7), яке встановлює: «Міністри вирішують рекомендувати Раді з торгівлі послугами ухвалити його на першій

сесії». Зокрема, було підкреслено, щоб заходи, пов'язані з вимогами і процедурами щодо кваліфікації, технічних стандартів та ліцензування у сфері професійних послуг, не створювали невинуватих перешкод для торгівлі (unnecessary barriers to trade)<sup>3</sup>.

На підставі цього документа 1 березня 1995 р. Рада СОТ з торгівлі послугами ухвалила власне «Рішення з професійних послуг»<sup>4</sup>.

У тексті ГАТС зафіксовано принципи, стандарти та правила, що стосуються торгівлі послугами, які надаються на комерційній основі як приватними організаціями, так і організаціями, що перебувають у державній власності.

До основних ідей, що лежать в основі ГАТС, належить: застосування режиму нації найбільшого сприяння; прозорості у регулюванні торгівлі послугами; взаємного визначення кваліфікаційних вимог до надавачів послуг; правил щодо врегулювання монополій, виключних надавачів послуг, що обмежує конкуренцію; заходів лібералізації торгівлі, зокрема таких, які передбачають зростання ролі країн, що розвиваються, а також вимога того, що регулюванню не слід бути більш обтяжливим, ніж це необхідно для захисту суспільного інтересу.

Необхідно нагадати, що Міжнародна Асоціація юристів (далі – МАЮ) висловила позитивну думку про придатність застосування Правил ВТО з надання професійних послуг до діяльності юристів<sup>5</sup>.

У зв'язку з цим для налаштування взаємодії з іноземними партнерами у сфері юридичних послуг досить корисно звернути увагу на досвід країн, що розвиваються, у реалізації принципів та правил ГАТС. Зокрема, такі країни виступають за те, щоб незалежні професіонали могли працювати за кордоном без утворення ними компанії або іншої форми комерційної присутності. Не всі економічно розвинені країни погоджуються з такою точкою зору. Країни, що розвиваються, передбачають у своїх горизонтальних зобов'язаннях такі обмеження щодо комерційної присутності:

- присутність дозволяється лише у формі спільного підприємства (*joint venture*);
- іноземному постачальнику не дозволяється мати контрольний пакет акцій (*majority share*) спільного підприємства;
- певна кількість членів правління повинна бути громадянами даної країни;
- іноземний постачальник має використовувати передову технологію та управлінський досвід (*advanced technology and managerial experience*);
- іноземний постачальник повинен навчати місцевих працівників (*local employees*);
- іноземний постачальник має співпрацювати з місцевими субпідрядниками (*local subcontractors*);
- іноземний постачальник має чітко і швидко звітувати (*to furnish accurate and prompt reports*) про свою діяльність<sup>6</sup>.

Отже, міжнародна торгівля юридичними послугами підпадає тепер під дію ГАТС<sup>7</sup>. Також слід пам'ятати, що всі члени СОТ є учасниками ГАТС. Цей факт є визначальним для подальшого розвитку юридичної професії в Україні. Таким чином, ми повинні уважно вивчити історію ГАТС, а також зміст цієї угоди як міжнародно-правове джерело визначення стандартів юридичної освіти тих осіб, що повинні надавати юридичні послуги.

Предметом подальшого дослідження міжнародних стандартів юридичної освіти мають стати передусім акти Організації Об'єднаних Націй з питань освіти, науки і культури, скорочено ЮНЕСКО (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO)<sup>8</sup>. Найбільш значущим новітнім міжнародним актом у цій сфері є Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом і його державами-членами, з іншої сторони. У цій Угоді питання європеїзації якості вищої освіти врегульовуються ст.ст. 431–432<sup>9</sup>. Необхідно зауважити, що в додатку ХЛІІ до Угоди про асоціацію базовими для зближення систем забезпечення якості вищої освіти України та ЄС визначені такі два акти: Рекомендації Європейського Парламенту та Ради від 15 лютого 2006 р. про подальше європейське співробітництво в галузі забезпечення якості вищої освіти (№ 2006/143/ЄС)<sup>10</sup> та Рекомендація Європейського парламенту та Ради від 23 квітня 2008 р. про встановлення Європейської кваліфікаційної структури для можливості отримати освіту протягом усього життя (2008 / С 111/01)<sup>11</sup>.

Конкретні параметри європеїзації національних систем забезпечення якості освіти були утворені через реалізацію цілей Болонського процесу, головним результатом якого стало окреслення так званого Європейського простору вищої освіти (ЄПВО) – The European Higher Education Area (EHEA).

На реалізацію цих настанов і було створено документ під назвою «Стандарти і рекомендації щодо забезпечення якості в Європейському просторі вищої освіти» (Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area), який був офіційно опублікований англійською та українською мовами<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> Совсун І. Розробка стандартів у галузі «Право» підвищить якість юридичної освіти / Інна Совсун // Сайт Міністерства освіти і науки України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://mon.gov.ua/usi-novivni/novini/2015/11/09/prezentacziya-proektu-svyuo/>

<sup>2</sup> Ключові результати пілотного проекту дослідження ринку праці на предмет виявлення бачення роботодавцями обсягу знань, переліку навичок і вмінь, якими має володіти випускник правничої школи, щоб відповідати вимогам сучасного ринку праці : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ligauba.org.ua/wp-content/uploads/Klyuchovi\\_rezul-tati\\_doslidzhennya.pdf](http://ligauba.org.ua/wp-content/uploads/Klyuchovi_rezul-tati_doslidzhennya.pdf)

<sup>3</sup> Decision on Professional Services, adopted by the Council for Trade in Services on 14 April 1994 <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/51-dsprf.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/51-dsprf.pdf)>

<sup>4</sup> Decision on Professional Services (Document S/L/3 dated April 4, 1995) / Adopted by the Council for Trade in Services on 1 March 1995 <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Browse/FE\\_B\\_009.aspx?TopLevel=8660#/>](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Browse/FE_B_009.aspx?TopLevel=8660#/)

<sup>5</sup> Laurel S. Terry Lawyers, GATS, and the WTO Accountancy Disciplines: The History of the WTO's Consultation, the IBA GATS Forum and the September 2003 IBA Resolutions // Pennsylvania State International Law Review. – 2004. – № 4. – P. 695–841.

<sup>6</sup> Дахно І. І. Міжнародна торгівля : навч. посіб. / І. І. Дахно. – К.: МАУП, 2003. – 296 с. – С. 74–75.

<sup>7</sup> Генеральна угода про торгівлю послугами // Офіційний вісник України. – 2010. – № 84. – С. 482. – Ст. 2989 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981\\_017](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981_017)

<sup>8</sup> Устав Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры = Constitution of UNESCO // Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры. Основные документы: Издание 2014 года, включающее тексты документов и изменения, принятые Генеральной конференцией на 37-й сессии (Париж, 5–10 ноября 2013 г.). – Париж : ЮНЕСКО, 2014. – С. 6–7.

<sup>9</sup> Association Agreement between the European Union and Its Member States, of the One Part, and Ukraine, of the Other Part : [Electronic resource]. – Mode of access : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/com/2013/0290/COM\\_COM%282013%290290%28PAR2%29\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2013/0290/COM_COM%282013%290290%28PAR2%29_EN.pdf); Спільна декларація міністрів освіти Європи «Європейський простір у сфері вищої освіти» (Болонья, 19 червня 1999 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.osvita.org.ua/bologna/stanov/pravo/1999doc\\_sp.html](http://www.osvita.org.ua/bologna/stanov/pravo/1999doc_sp.html)

<sup>10</sup> Recommendation of the European Parliament and of the Council of 15 February 2006 on further European cooperation in quality assurance in higher education (2006/143/EC) // Official Journal of the European Union 4.3.2006. – L 64/60-62. [Electronic resource]. – Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006H0143&from=EN>

<sup>11</sup> Recommendation of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on the establishment of the European Qualifications Framework for lifelong learning (Text with EEA relevance) (2008/C 111/01) // Official Journal of the European Union 6.5.2008. C 111/1-4. [Electronic resource]. – Mode of access : [http://www.dges.mctes.pt/NR/rdonlyres/90DBE647-5CB6-4846-B88F-101180D9E425/4881/OfficialJournaloftheEuropeanUnion\\_C111\\_1\\_2008\\_EN.pdf](http://www.dges.mctes.pt/NR/rdonlyres/90DBE647-5CB6-4846-B88F-101180D9E425/4881/OfficialJournaloftheEuropeanUnion_C111_1_2008_EN.pdf)

<sup>12</sup> ENQA report on Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area / European Association for Quality Assurance in Higher Education, 2<sup>nd</sup> edition. – Helsinki, 2007. – 38 pp. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.enqa.eu/pubs.lasso>; Стандарти і рекомендації щодо забезпечення якості в Європейському просторі вищої освіти. – К.: Ленвіт, 2006. – 35 с.

### Резюме

**Шаркова І. М. Міжнародно-правові стандарти ГАТС з надання професійних послуг в Україні (джерела юридичної освіти).**

У статті розглядається Генеральна угода про торгівлю послугами (ГАТС). Також аналізуються найбільш важливі міжнародні стандарти юридичної професії та вищої освіти. У статті науково доводиться, що міжнародна торгівля юридичними послугами, підлягає регулюванню ГАТС. Цей факт є визначальним для подальшого розвитку юридичної професії в Україні.

**Ключові слова:** ГАТС, юридичні послуги, юридична професія, вища освіта, міжнародні стандарти.

### Резюме

**Шаркова И. Н. Международно-правовые стандарты ГАТС по предоставлению профессиональных услуг в Украине (источники юридического образования).**

В статье рассматривается Генеральное соглашение по торговле услугами (ГАТС). Также анализируются наиболее важные международные стандарты юридической профессии и высшего образования. В статье научно доказывается, что международная торговля юридическими услугами подлежит регулированию ГАТС. Этот факт является определяющим для дальнейшего развития юридической профессии в Украине.

**Ключевые слова:** ГАТС, юридические услуги, юридическая профессия, высшее образование, международные стандарты.

### Summary

**Sharkova I. International legal standards of GATS for professional services in Ukraine (sources of legal education).**

The article explores The General Agreement on Trade in Services (GATS). It also analyses the most important international standards of legal profession and higher education. The paper scientifically proves that the international trade in legal services is now subject to the GATS. This fact is determinant to the future development of the legal profession in Ukraine.

**Key words:** GATS, legal services, legal profession, higher education, international standards.



УДК 340.1

**Л. О. КОЧУБЕЙ**

*Любомир Олегович Кочубей, студент IV курсу  
юридичного факультету ПВНЗ «Фінансово-право-  
вий коледж»*

### **ОЗНАКИ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ ЯК СОЦІАЛЬНОЇ СИСТЕМИ**

Національна правова система кожної держави є унікальною. Це повною мірою стосується правової системи України, оскільки вона зародилася за специфічних передумов і пройшла тривалий шлях свого становлення та розвитку. Крім того, правова система є фундаментальною категорією юриспруденції. Так, на думку окремих дослідників, вона включає в себе всі правові явища, які існують у межах певної держави, зокрема: систему права і законодавства, правосвідомість і правову культуру, законність і правопорядок тощо<sup>1</sup>. Враховуючи, це правова система була і є об'єктом багатьох фундаментальних досліджень.

При цьому не варто забувати, що правова система України, при всій своїй об'єктивній необхідності і важливості є соціальною системою. Таким чином, правова система України, як соціальна система володіє тими ж ознаками, які характерні для всіх інших соціальних систем. У цьому контексті йдеться про: цілісність, ієрархічність, інтегративність, подільність, функціональність, цілеспрямованість, емерджентність та ін. Варто звернути увагу на те, що кожна із цих ознак має самостійне змістове наповнення та характеризує окрему площину функціонування соціальних систем і правової системи України зокрема.

Правова система України, окремі аспекти її функціонування були предметом наукових досліджень таких українських вчених, як: В. Д. Бабкіна, С. В. Бобровник, А. П. Зайця, О. В. Зайчука, М. І. Козюбри, А. М. Колодія, В. В. Копейчикова, В. О. Котюка, Л. А. Луць, Б. В. Малишева, Н. М. Оніщенко, В. Ф. Опришка, М. Ф. Орзіха, В. Ф. Погорілка, П. М. Рабіновича, В. М. Селіванова, О. Ф. Скакун та ін.

Значний внесок у дослідження правової системи зробили такі російські дослідники, як: С. С. Алексєєв, В. К. Бабаєв, О. М. Васильєв, В. М. Карташов, Д. А. Керімов, В. М. Кудрявцев, О. В. Малько, М. М. Марченко, М. І. Магузов, Ю. О. Тихомиров, Л. С. Явич та ін.

Важливими є також дослідження таких зарубіжних вчених, як: П. Арчер, А. Барак, У. Блекстоун, Р. Давід, А. Деннінг, У. Джелдарт, Е. Дженкс, Ф. Джеймс, А. Кіралфі, Р. Кросс, Х. Стіфан, Р. Уолкер, Х. Харт, А. Хайєк та ін.

Розглядаючи правову систему як різновид соціальних систем, варто зазначити, що як окрему наукову категорію правову систему активно почали досліджувати у 80-ті роки минулого століття. У цьому контексті слід підкреслити, що питання про поняття, суть та компонентний склад правової системи було вперше серйозно досліджено на Всесоюзній науково-теоретичній конференції у Звенигороді, присвяченій проблемам радянської правової системи, у 1987 році. За підсумками цієї конференції були сформульовані основні підходи до розуміння правової системи в межах радянської юридичної науки.

Всю багатоманітність поглядів на склад правової системи, які з початку 1980-х рр. було висловлено в юридичній літературі, можна розділити на дві групи.

Прихильники першого підходу пропонують лише приблизний, невичерпний перелік елементів правової системи. Така позиція базується на розумінні правової системи в якості комплексу всіх правових явищ певного суспільства. Таким чином, склад її елементів може бути настільки широкий, наскільки це дозволить чіткість або нечіткість обраного критерію відмежування правових явищ від неправових (або частково правових).

Прихильники другого підходу надають вичерпні переліки частин правової системи, але, на жаль, при цьому не вказують на покладений в основу цього відбору об'єднуючий чинник, унаслідок чого згадані переліки, як правило, виглядають досить спірно.

Одним із найяскравіших підходів до розуміння правової системи радянської доби є науковий доробок С. С. Алексєєва<sup>2</sup>. Вчений розглядає правову систему як сукупність певних підсистем. До таких підсистем він відносить: 1) сукупність норм, закріплених в об'єктивних формах; 2) правову ідеологію; 3) юридичну практику. Важливо зазначити те, що саме такий підхід до розуміння правової системи не втратив актуальності й

сьогодні. Наприклад, з таким підходом до розуміння правової системи погоджуються такі відомі сучасні теоретики права, як О. В. Зайчук, Л. Б. Тіунова та ін.<sup>3</sup>

Крім того, радянська доба породила такий досить цікавий і специфічний компонент правової системи, як юридична надбудова. Цей елемент надовго вкоренився у працях, присвячених правовій системі. Так, на думку В. К. Бабаєва, необхідно розрізнити поняття «правова система» і «юридична надбудова». Остання, як вважає вчений, містить у собі правові погляди, правові норми, правові відносини і правові установи. Вчений звертає увагу на те, що: «юридична надбудова – це складова частина правової системи»<sup>4</sup>. Варто зазначити те, що ця праця була написана після розпаду Радянського Союзу коли відпала фактично необхідність використовувати категорію «правова» або «юридична надбудова». Фактично категорія «правова надбудова» не має самостійної ваги в юридичній науці. Це насамперед пов'язано з тим, що вона була вимушено долучена до предмета правознавства внаслідок великого значення для марксистсько-ленінського історичного матеріалізму у питанні характеристики суспільно-економічної формації як поєднання економічного базису та обумовлених ним політичної та правової надбудов.

З часу отримання Україною незалежності почався активний процес переосмислення юридичної наукової спадщини Радянського Союзу. Безперечно, цей процес торкнувся і такої фундаментальної категорії, як правова система.

На сьогодні загально визнаним є те, що правова система – це фундаментальна категорія вітчизняної юриспруденції. Разом із тим правова система належить до різновиду соціальних систем. Таким чином, можна стверджувати, що правова система України є соціальною системою. При цьому соціальні системи є різновидом систем взагалі. Отже, комплексний аналіз правової системи України як соціальної системи має виходити із аналізу, по-перше, тих чинників, які притаманні системам в цілому. По-друге, такий аналіз повинен враховувати ті специфічні риси, які властиві соціальним системам і правовій системі зокрема, як різновиду соціальної системи. У цьому контексті надзвичайно цінною є думка Б. В. Малишева про те, що основні прояви кожного виду систем одночасно є і схожими на прояви всіх інших систем цього виду, і мають окремі риси, притаманні лише їм<sup>5</sup>.

За загальним правилом, особливості тієї чи іншої правової системи виражаються поняттям «національна правова система». Ця категорія активно використовується у порівняльному правознавстві. При цьому, якщо порівнювати поняття «соціальна система», «правова система», та «національна правова система», то їх можна співвідносити як «загальне», «окреме» та «особливе».

Безперечним фактом є те, що правова система, як підвид систем взагалі, виражає та конкретизує основні риси систем взагалі та соціальних систем зокрема. При цьому визначення основних ознак та пізнання головних закономірностей системи незалежно від їх предметної приналежності є об'єктом дослідження так званої загальної теорії систем. Загальна теорія систем являє собою загальнонауковий методологічний напрям, пов'язаний з розробкою сукупності філософських, теоретичних, конкретно-наукових і прикладних питань аналізу та синтезу складних систем навколишньої природи. Передумовою для створення загальної теорії систем є аналогії або ізоморфізм процесів, що відбуваються в системах різних типів. Тут йдеться про: технічні, біологічні, соціальні, економічні, правові та багато інших видів систем. При цьому, на думку спеціалістів, доведений ізоморфізм або аналогія процесів у системах різної природи або якості дає підстави й можливості переносити знання з однієї сфери до іншої<sup>6</sup>. Таким чином, виявляючи певні риси економічних систем, ми можемо відшукати аналогічні риси у правових системах.

Аналіз наукової літератури надає можливість виокремити такі ознаки, що властиві для правової системи України, як соціальної системи: цілісність, інтегративність, ієрархічність, емерджентність, функціональність і цілеспрямованість<sup>7</sup>. При цьому ці ознаки властиві й іншим соціальним системам. Отже, коротко зупинимося на кожній із цих ознак та розкриємо їх особливості стосовно правової системи України. Почнемо із цілісності. За загальним правилом явище вважається цілим, якщо зв'язки між його складовими сильніші за зв'язки з навколишнім середовищем. Більшість дослідників погоджується з тим, що будь-яка система є цілим, але не будь-яке ціле є системою. Ціле складається з певним чином пов'язаних між собою частин. Залежно від типу зв'язків ціле може бути системою або її протилежністю – конгломератом чи сумативною множиною. Цілісність обумовлює те, що будь-яка система є автономним явищем, яке має певний склад елементів (компонентів) та структуру зв'язків між ними. При цьому саме цілісність є головною, визначальною властивістю системи. Для виявлення системності необхідне насамперед знання цілісності, а не навпаки. Таке співвідношення понять «цілісність» і «системність» виявляється і підтверджується як історією науки, так і кожним конкретним дослідженням. Дотримання такого співвідношення є необхідною умовою системного дослідження.

Крім того, поняття цілого і системи («цілісності» й «системності») відрізняються між собою також і за змістом: по-перше, за ступенем абстрактності; по-друге, по суті. Якщо системність передбачає наявність зв'язків між компонентами об'єкта, їх впорядкованість, то цілісність відображає силу та істотність цих зв'язків порівняно із зовнішніми зв'язками об'єкта. Саме істотність та більша сила зв'язків цих частин між собою, ніж з іншими об'єктами, і створює цілісність, якісну визначеність, виділеність цього об'єкта.

У цілому ж будь-яке явище дійсності, в тому числі й правова система, зв'язане з іншими явищами великою кількістю різноманітних зв'язків та відношень. Таким чином, можна з певною мірою умовності говорити про те, що опосередковано будь-яке явище взаємодіє з усіма існуючими явищами. В універсальному взаємозв'язку виявляється властивість неперервності матеріального світу. Проте у такій неперервності спостері-

гаються помітні відмінності в інтенсивності взаємодії між окремими явищами. Власне, відмінність в інтенсивності зв'язків та відношень і дає змогу виділяти «окремі» явища, що, в свою чергу, і є виразом їх цілісності, певної автономності, незалежності. А це й буде виявом перервності реальної дійсності, що виступає в формі «окремоті» об'єктів як наслідку їх цілісності.

При цьому, на думку спеціалістів, інтенсивність внутрішніх зв'язків об'єкта, відносно більша величина їх сили, міцності та постійності створює нові властивості (або стає умовою їх вияву), робить якісно відмінним даний об'єкт від усіх інших (кількісні зміни сили зв'язків зумовлюють якісні зміни їх форми). Структура, що об'єднує елементи і властивості об'єкта, виступає як певний закон даного об'єкта чи класу об'єктів. Цей закон є об'єктивним, його існування не залежить від нашої волі, і тому, хоч як би ми комбінували всі можливі варіанти поєднання властивостей та елементів, річ (система, об'єкт) буде залишатися такою, якою вона є. І якщо ми захочемо пізнати, яким є «закон» цього об'єкта, ми повинні звернутися до самого об'єкта або до такої логічної моделі, яка ізоморфна його структурі (адекватно, істинно відображає цей реальний об'єкт у свідомості людини), а не до довільного поєднання його певних, окремих властивостей і відношень. Це означає, що «системність» ідеальних моделей (а отже, їх цілісність та впорядкованість) повинна бути адекватним відображенням відповідних їм реальних систем (об'єктів)<sup>8</sup>.

Інтегративність є деталізацією цілісності й означає, що система в якості своїх складових об'єднує (інтегрує) за певним критерієм всі явища, які належать до певної сфери і мають спільну природу.

Ієрархічність, як ознака правової системи України, виявляється у тому, що кожна система складається з певної кількості підсистем, що утворюються її однорідними елементами. Своєю чергою, кожен елемент системи являє собою міні-систему. Кожна система субординована вищестоящим системам і координована із системами свого рівня.

Емерджентність означає, що система має властивості, які не притаманні будь-якій з її частин і не еквівалентні простій сумі властивостей її частин.

Функціональність є продовженням емерджентності. Система проявляє себе ззовні, вступає у відносини з іншими явищами завдяки своїм функціям, які є засобами досягнення її зовнішніх цілей. Елементи (компоненти) системи мають функції, завдяки яким система досягає внутрішніх цілей. Дія всіх функцій має бути чітко внутрішньо узгоджена, в протилежному випадку результат розвитку системи не відповідатиме її цілям, внаслідок чого еволюцію системи буде загальмовано або виникнуть регресивні прояви.

Цілеспрямованість є однією із визначальних ознак будь-якої системи. Мета – це той результат, стан, якого має досягти система у процесі свого функціонування. В одному аспекті ця риса виражає придатність системи бути засобом для досягнення мети, що вирішує внутрішні протиріччя системи, а в іншому – вказує на напрям розвитку й змін системи. Цілі системи: 1) породжують саму систему шляхом надання зв'язкам частин цілого системного характеру; 2) відмежовують систему від середовища; 3) сприяють розвитку системи завдяки вирішенню її внутрішніх протиріч; 4) обумовлюють функції системи та її елементів; 5) обумовлюють склад і структуру системи.

Крім цих ознак, для будь-якої системи, а зокрема для правової системи України, характерними є наступні ознаки:

Подільність – цілісна система завжди складається з частин, елементів.

Різноманітність – кожний елемент володіє відповідними специфічними властивостями, поведінкою, що відрізняються від інших елементів.

Ідентифікаційність – кожний елемент може бути виділений із системи (умовно або фактично, відносно або абсолютно).

Ізольованість – сукупності елементів та їх взаємозв'язки можуть бути оконтурені, відокремлені від середовища та розглядатися відносно ізольовано.

Стійкість – здатність утримувати параметри в заданих межах.

Стійкість зв'язків – зв'язки між елементами системи сильніші від зв'язків між елементами та навколишнім середовищем.

При цьому важливою є та обставина, що перелічені ознаки соціальної системи в цілому та правової системи України зокрема взаємопов'язані, кожна властивість зумовлює іншу, одна властивість не може існувати без іншої.

Таким чином, у результаті проведеного дослідження ми прийшли до наступних висновків:

1. Правова система України є фундаментальною категорією вітчизняної юриспруденції. Хоча правова система України є унікальною, проте за своєю природою вона є соціальною системою. Крім того, на неї поширюються всі ті закономірності, які властиві для функціонування будь-якої системи.

2. Правова система України, як соціальна система конкретизує основні риси систем та соціальних систем зокрема. Вона як соціальна система володіє тими ж ознаками, що характерні для всіх інших соціальних систем. При цьому кожна із цих ознак має самостійне змістове наповнення та характеризує окрему площину функціонування соціальних систем та правової системи України зокрема.

3. До основних ознак правової системи України, на нашу думку, варто віднести: цілісність, ієрархічність, інтегративність, подільність, функціональність, цілеспрямованість, емерджентність, подільність, різноманітність, ідентифікаційність, ізольованість, стійкість зв'язків та ін.

- <sup>1</sup> Котюк В. О. Теорія права: курс лекцій : навч. посіб. для юрид. фак. вузів / В. О. Котюк. – К. : Вентурі, 1996. – С. 54.
- <sup>2</sup> Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. / С. С. Алексеев. – М., 1981. – Т. 1. – С. 87.
- <sup>3</sup> Зайчук О. В. Правовая система США (историко-теоретический анализ) / О. В. Зайчук. – К., 1992. – С. 12; Тиунова Л. Б. Системные связи правовой действительности: Методология и теория / Л. Б. Тиунова. – СПб., 1991. – С. 6.
- <sup>4</sup> Бабаев В. К. Правовая система общества / В. К. Бабаев // Общая теория права. Курс лекций / под ред. В. К. Бабаева. – Н. Новгород, 1993. – С. 85.
- <sup>5</sup> Малишев Б. В. Правова система (телеологічний вимір) : моногр. / Б. В. Малишев – К. : ВД «Дакор», 2012. – С. 65.
- <sup>6</sup> Месарович М. Общая теория систем: Математические основы / М. Месарович, Я. Тахакара. – М. : Мир, 1978. – 311 с.
- <sup>7</sup> Малишев Б. В. Вказана праця. – С. 67.
- <sup>8</sup> Могилевский В. Д. Методология систем: вербальный подход / В. Д. Могилевский. – М. : ОАО «Изд-во Экономика», 1999. – С. 36.

#### Резюме

##### **Кочубей Л. О. Ознаки правової системи України як соціальної системи.**

Стаття присвячена дослідженню ознак правової системи України як соціальної системи. Проаналізовано основні підходи до розуміння ознак соціальних систем та систем взагалі, які існують у вітчизняній і зарубіжній літературі. На підставі проведеного дослідження визначено основні ознаки, які властиві правовій системі України як соціальній системі.

**Ключові слова:** правова система, ознаки правової системи, Україна, цілісність, ієрархічність, інтегративність, функціональність, цілеспрямованість.

#### Резюме

##### **Кочубей Л. О. Признаки правовой системы Украины как социальной системы.**

Статья посвящена исследованию признаков правовой системы Украины как социальной системы. Проанализированы основные подходы к пониманию признаков социальных систем и систем вообще, существующих в отечественной и зарубежной литературе. На основании проведенного исследования определены основные признаки, присущие правовой системе Украины как социальной системе.

**Ключевые слова:** правовая система, признаки правовой системы, Украина, целостность, иерархичность, интегративность, функциональность, целеустремленность.

#### Summary

##### **Kochubei L. Signs of the legal system of Ukraine as a social system.**

The article investigates the features of the legal system of Ukraine, as a social system. Analyzed main approaches to understanding the signs of social systems and all existing in the domestic and foreign literature. Based on the study identified the main features inherent in the legal system of Ukraine as a social system.

**Key words:** the legal system, the legal system of signs, Ukraine, integrity, hierarchy, of integrity, functionality and purpose.

УДК 347.1

#### **O. PRYKHODKO**

*Oleksandra Prykhodko, student of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

### **A ROLE OF THE PUBLIC AUTHORITIES IN THE PROCEDURE FOR APOSTILIZATION OR CONSULAR LEGALIZATION**

**Actuality.** Globalization which covers today all processes in the society leads to active migration of persons, businesses. Formation of public, business and personal relations with an international element causes a necessity of existence of a clear mechanism for confirmation of the validity of documents issued in the territory of one state in order to be valid in the territory of other states.

In the present-day life the issues arise quite often that concern the validity of official documents of Ukraine in the territory of foreign states and, on the contrary, the divergences arise more often that concern confirmation of the validity of different documents in the corresponding states. In practice it is difficult enough to find out whether a document issued in one state is valid in the other, or whether it has been signed by an authorized person or issued by an appropriate state body.

**A purpose of the research** is to determine a mechanism of consular legalization and apostilization of documents, and a role of public authorities in these procedures.

**Basic contents.** That the document has acquired the right to exist in international circulation, i.e. for its use in other countries, it is necessary to legalize it – in other words, to confirm the validity of the document, and also the validity of signatures and seals attached unless otherwise provided by international treaties. So, legalization of documents is required for giving validity to the document in the territory of another state.

Today two ways of legalization of documents are the most widespread:

1. consular legalization;
2. putting down a stamp “Apostille” or apostilization.

The procedure for consular legalization in the territory of Ukraine and by foreign diplomatic representations of Ukraine in the territory of foreign states is regulated by the Consular Charter of Ukraine approved by the Decree No. 127/94 of 02.04.1994 of the President of Ukraine (hereinafter referred to as the Consular Charter of Ukraine) and the Regulations on the Procedure for Consular Legalization of Public Documents in Ukraine and Abroad approved by the order No. 113 of 04.06.2002 of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine (hereinafter referred to as the Regulations on the Procedure for Consular Legalization of Public Documents in Ukraine and Abroad).

The procedure of consular legalization of documents is quite complex and multilevel.

Consular legalization according to Article 54 of the Consular Charter of Ukraine consists in determination and certification of authenticity of the signature, powers of the official who has signed a document or an act or has certified a previous signature on them, authenticity of a stamp, a seal, samples of which have been received officially by a consul from competent authorities of the receiving country<sup>1</sup>. A consul legalizes documents and acts made up with the participation of the authorities of the consular district, or those issued by these authorities.

The bodies of Ukraine accept such documents and acts for consideration only if consular legalization is available unless otherwise provided by the legislation of Ukraine or the international treaty, the participants of which are Ukraine and a receiving state.

According to item 1.2 of the Regulations on the Procedure for Consular Legalization of Public Documents in Ukraine and Abroad consular legalization of public documents is a procedure of confirmation of the validity of originals of public documents or certification of authenticity of signatures of the officials authorized to certify signatures on documents, and also the validity of stamps, seals attached on the document. Hereby a consul does not bear responsibility for contents of the document. Consular legalization is carried out by an authorized official of the Consular Service Department of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine, the Representations of the Ministry of Foreign Affairs in the territory of Ukraine or a consular official of the foreign diplomatic establishment of Ukraine.

The procedure of consular legalization of public documents is established by the Vienna Convention On Consular Relations 1963<sup>2</sup>, international treaties and the current legislation of Ukraine, and also the Regulations on the Procedure for Consular Legalization of Public Documents in Ukraine and Abroad.

With the purpose of process simplification in 1961 within the Hague Conference on International Private Law, the Convention was developed in order to abolish a requirement for legalization of foreign public documents. Legalization deems only a formal procedure to be required for certification of authenticity of the signature, capacity in which a person, who signed the document, has acted and authenticity of seal or stamp attached on the document – putting down an apostille by the competent authority of the state in which the corresponding document has been made up.

This Convention simplifies the process of legalization of public documents to a considerable degree and modifies it in a definite way. Such a way of legalization is called ‘simplified legalization’.

The Hague Convention that abolishes the requirement of legalization of foreign public documents of October 5, 1961 (hereinafter referred to as the Hague Convention)<sup>3</sup> establishes a special sign (stamp) that is put down on public documents issued in one state and to be transferred to another state replacing a procedure for consular legalization – an apostille.

According to Article 1 of the above Convention its action involves public documents issued in the territory of one of the participating states and shall be presented in the territory of another participating state. The following documents are considered to be public documents: documents issued by an authority or an official and act in the sphere of court jurisdiction of a state, including documents issued by public prosecution bodies, a clerk of court or a legal executive; administrative documents; notarial acts; official certificates executed on documents signed by persons in their private capacity such as official certificates of document or fact registration existed on a certain date and official and notarial certifications of signatures. Each of the participating states exempts documents from legalization covered by this Convention and to be presented in its territory<sup>4</sup>.

Determination of an official character of a document depends on the applicable right and is connected with the issue of qualification. The Convention has no indication to the law which will determine an official character of a document, nevertheless the Special Commission on practical application of the Hague Conventions (hereinafter referred to as the Commission) stated that an official character of the document should be determined by the legislation of the state of its origin, and proposed participating states to interpret a category of official documents extensively.

Ukraine joined the Hague Convention on January 10, 2002. The Convention came into force in Ukraine on December 22, 2003. Then 98 participating states of the Convention refused in relations with Ukraine the requirement of full consular legalization of public documents and it passed to a simplified procedure of apostilization.

‘Apostille’ is of French origin and designates a special stamp of apostilization that certifies the validity of signatures, a status of persons, seals; confirmation of signatures and seals on public documents by means of an apostille makes these documents effective in all participating countries of the Hague Convention.

Apostille except for certification of authenticity of the signature and competence of a person, who has signed (issued) a public document, also in some cases, certifies the validity of a stamp attached on the document.

Apostille is put down on demand of a person who has signed a document, or any bearer of a document.

Apostilization is one of legal regimes of recognition of a legal effect of documents to be used abroad. Apostille has arisen as an alternative and universal procedure of confirmation of validity of foreign documents. Unlike consular legalization, apostilization takes less time, and documents with an apostille can be used in the different countries, but not in one.

Today in Ukraine an apostille on public documents intended for the use in the territory of other states is put down according to the Rules approved by the joint order No.237/803/151/5 of December 5, 2003 of the Ministry of Foreign Affairs, the Ministry of Education and Sciences and the Ministry of Justice and registered in the Ministry of Justice on December 12, 2003 under No.1151/8472<sup>5</sup>.

According to the current legislation of Ukraine an apostille is put down by:

1. The Ministry of Education and Sciences, Youth and Sports of Ukraine – on public documents issued by educational institutions, public authorities, enterprises, establishments and organizations related to the sphere of education and science. Such documents include: diplomas of education, certificates of academic ranks, school leaving certificates, certificates from educational institutions, curricula and others;

2. The Ministry of Justice of Ukraine – on documents issued by institutions of justice and courts, and also on documents issued by notaries of Ukraine. Such documents include: certificates issued by state civil registration bodies, extracts from the State Civil Register, documents certificated by notaries, judgements and certificates.

3. The State Registration Service of the Ministry of Justice of Ukraine – on documents issued by this Service and structural subdivisions of territorial bodies of the Ministry of Justice which provide exercise of powers of the State Registration Service (certificates of civil registration, extracts from the register etc.);

4. The Ministry of Foreign Affairs of Ukraine – on all other kinds of documents.

Apostille is not put down on documents issued by foreign diplomatic establishments of Ukraine, on administrative documents directly connected with commercial or customs operations, on documents of a correspondence character. According to the order of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine, the Ministry of Education and Science of Ukraine and the Ministry of Justice of Ukraine of August 13, 2014 On Amendments to the Rules of Placing Apostille on Public Documents Intended for the Use in the Territory of Other States<sup>6</sup> it is permitted to place an apostille on copies (photocopies) certified according to the notarial procedure: passport documents, military service books, work record cards, licenses to carry a firearm, certificates of vehicle registration (technical passports), identification cards. In this case it is necessary to pay attention to certain contradictions. So, the current legislation of Ukraine does not provide notarial certification of copies of a passport of a citizen of Ukraine as there is a corresponding prohibition in item 3 of the Decree of the Presidium of the Verkhovna Rada of the USSR On the Procedure for Issue and Certification of Copies of Documents by Enterprises, Establishments and Organizations concerning the Rights of Citizens.

It should be noted that activity and function of the authorities putting down an apostille remind notary's activity and function in many respects. For example, when certifying the agreement by putting a seal on a notarial act, a notary certifies authenticity of the signature of parties, their legal capacity, presence of powers to conclude the agreement. In future when presenting a notarial act in any law enforcing body (for example, in court) a notary's seal and other essential elements of a notarial act (a special form, etc.) carry out a function of apostille: they confirm the validity of signatures, a legal capacity and competence of parties of such an act. Similarity of two functions helps to overcome an essential drawback in a legal mechanism of the Convention that consists in limitation of the subject of its regulation solely to public documents. Meanwhile within international circulation of documents the establishment of signature authenticity and document signer's legal capacity and competence is required not only for public documents, but also for private legal documents. Notaries help to fill this gap of the Convention. The impossibility of apostilization of a private legal document is overcome by means of notary's participation: as within the notarial action a notary is authorized to certify authenticity of a person's signature and also to establish his powers, for legalization of the stated document it is enough to give him a form of notarial act. In their turn notarial acts are subject to apostilization.

**Conclusions.** So, both consular legalization and apostilization are forms of confirmation of the validity of an official document to be used outside the country of origin. Both stated procedures provide confirmation of such validity by competent authorities of the country of document origin (apostilization), or joint actions of competent authorities of the country of origin and the country of destination (consular legalization).

---

<sup>1</sup> On the Consular Charter of Ukraine: the Decree No. 127/94 of 02.04.1994 of the President of Ukraine.

<sup>2</sup> Vienna Convention on Consular Relations of 24.04.1963 // [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_047](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_047)

<sup>3</sup> The Convention which abolishes the Requirement of Legalization of Foreign Public Documents of 05.10.1961 // [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_082](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_082)

<sup>4</sup> The Convention which abolishes the Requirement of Legalization of Foreign Public Documents of 05.10.1961 // [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_082](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_082)

<sup>5</sup> On Approval of the Rules for Placing Apostille on Public Documents Intended for the Use in the Territory of Other States: the Order No. 237/803/151/5 of 05.12.2003 of the Ministry for Foreign Affairs of Ukraine, the Ministry of Education of Ukraine, the Ministry of Justice of Ukraine // Official Bulletin of Ukraine of 02.01.2004, 51, volume 2, p. 397, Article 2708, act code 27100/2003.

#### Резюме

***Приходько О. Е. Роль державних органів в здійсненні процедури проставлення апостилю або здійснення консульської легалізації.***

У статті досліджено, що і консульська легалізація, і апостилювання є формами підтвердження достовірності офіційного документу для використання його за межами країни походження. Автором проаналізовані вищевказані процедури, які передбачають підтвердження достовірності компетентними державними органами країни походження документу (апостилювання), або спільними діями компетентних органів країни походження і країни призначення (консульська легалізація).

**Ключові слова:** легалізація, консульська легалізація, апостиль.

#### Резюме

***Приходько А. Э. Роль государственных органов в осуществлении процедуры апостилизации или осуществления консульской легализации.***

В статье исследованы, что и консульская легализация и апостилирование являются формами подтверждения достоверности официального документа для использования его за пределами страны происхождения. Автором проанализированы вышеуказанные процедуры, которые предусматривают подтверждение достоверности компетентными государственными органами страны происхождения документа (апостилирование), совместными действиями компетентных органов страны происхождения и страны назначения (консульская легализация).

**Ключевые слова:** легализация, консульская легализация, апостиль.

#### Summary

***Prakhodko O. A role of the public authorities in the procedure for apostilization or consular legalization.***

The article deals, both consular legalization and apostilization are forms of confirmation of the validity of an official document to be used outside the country of origin. The author analyzed the above procedure, both stated procedures provide confirmation of such validity by competent authorities of the country of document origin (apostilization), or joint actions of competent authorities of the country of origin and the country of destination (consular legalization).

**Key words:** legalization, consular legalization, apostille.

**М. К. ГАЛЯНТИЧ**

*Микола Костянтинович Галянтич, доктор юридичних наук, професор, заступник директора з наукової роботи Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

### **ЛЕГАЛЬНІ ТА ДОКТРИНАЛЬНІ ВИЗНАЧЕННЯ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ДО ЗАПИТАННЯ ЧИ ВИКОРИСТАННЯ?**

Наприкінці 2015 р. у видавництві «Галицька видавнича спілка» вийшла друком досить цікава, невелика за обсягом, але цінна своїм змістом книжка «Мала енциклопедія права інтелектуальної власності»\*. Вона є черговим виданням у серії подібних видань Київського університету права НАН України. У ньому за алфавітним та інституціональним (змішаним) критеріями систематизовано понятійний апарат у сфері інтелектуальної власності.

Перевагою енциклопедії є те, що пріоритет віддано саме легальним визначенням цих дефініцій в актах чинного законодавства. Укладачі: Ю. Л. Бошицький, В. В. Луць та Р. Б. Шишка – у ряді випадків водночас наводять декілька легальних понять, що збігаються або не збігаються. Це дає можливість наочно побачити промахи законодавця, зорієнтуватися в особливостях національної нормотворчої техніки, допустимості їх застосувань на практиці, співвідношенні їх з огляду на вимоги ст. 4 ЦК України, спрямуванні пріоритетів при судових спорах.

Ознайомлення зі змістом книги дійсно свідчить не тільки про її компактність і корисність, а й виправданість назви. Саме в такому «малому» форматі це видання є корисним для правозастосування, формування професійної правової культури та правосвідомості у сфері інтелектуальної власності, підвищення рівня ерудиції тих, хто намагається отримати вірогідні відомості про категоріальний апарат інтелектуальної власності. Попри те, що «Мала енциклопедія права інтелектуальної власності» рекомендована упорядниками для студентів і викладачів вищих навчальних закладів, юристів-практиків, патентознавців, провірених у справах інтелектуальної власності, експертів, вона стане в нагоді всім, хто задіяний у цій сфері чи нею цікавиться. Тож її можна рекомендувати на читацьку полицю як фахівцям, для яких віднайдеться готова для узагальнення та критичної оцінки емпірика, що полегшить шлях до об'єктивних наукових висновків, так і іншим представникам інтелектуальної еліти суспільства.

Укладачі абстрагувалися від гносеологічного та темпорального аспектів становлення дефініцій у праві інтелектуальної власності і зосередились на вітчизняному законодавстві та доктринах. Це водночас є перевагою, оскільки термінологія чітка, предметно орієнтована й не захаращена суб'єктивними оцінками й претензіями на наукове викладення, як це маємо в інших подібних виданнях, де стирається межа між тим, що насправді було та є бажаним. Останній, на наш погляд, полягає в недооцінці ролі та значенні визначення подібних дефініцій у міжнародних нормативних актах. Цей аспект відобразив би адаптаційний напрям розвитку національного законодавства і посилив компаративістичне спрямування видання. У поєднанні з перекладом англійською мовою це б посприяло витребуваності видання в інших, зокрема англійськомовних країнах, і його комерціалізації.

У цілому укладачі дотримувались алфавітного підходу до структури видання. Утім, у ряді випадків, зокрема щодо об'єктів інтелектуальної власності, об'єктів авторського права, заявок на видачу охоронних документів, змісті правовідносин обрано комбінований підхід.

У таких нових категоріях, як інноваційний конфлікт, укладачі, на наш погляд, вийшли за рамки своєї ролі як безпристрасних упорядників понять. Вони наводять цікаві дані щодо причин цих конфліктів, критерії класифікацій, можливі альтернативи. Відповідно, тут не йдеться про систематизацію як підпорядкування одному чи двом критеріям розстановки складових, що збігаються, а про об'єктивне відображення стану національного законодавства в цій частині. Принагідно зауважимо, що укладачі стосовно більшості легальних дефініцій вказують їх джерело, що зручно для користувачів. Проведена нами прискіплива перевірка на

© М. К. Галянтич, 2015

\* Мала енциклопедія права інтелектуальної власності : 2-ге вид., випр. і доп. / за ред. професорів Ю. Л. Бошицького (кер. кол. укл.) та Р. Б. Шишки (наук. ред.) ; укл. : Ю. Л. Бошицький, В. В. Луць, Р. Б. Шишка. – Л. : Галицька видавнича спілка, 2015. – 216 с.



предмет перекручення цих понять засвідчила добросовісність укладачів та їх здатність обстояти свою позицію перед літературними редакторами.

У цілому ознайомлення із виданням надає підстави для загального висновку, що дане видання є фаховим, корисним, просторово та темпорально витриманим, позбавленим суб'єктивізму. Воно змістовно відповідає своїй назві та може бути рекомендоване читачу. І навіть окремі упушення технічного характеру не зменшують позитивного враження від зазначеного видання, яке, безсумнівно, збагатило довідникову емпіричну базу в галузі права інтелектуальної власності.

**П. Д. БІЛЕНЧУК, А. А. ЯРМОЛЮК**

*Петро Дмитрович Біленчук, кандидат юридичних наук, професор кафедри кримінального права та процесу Київського університету права НАН України*

*Анастасія Андріївна Ярмолюк, керівник науково-дослідного центру системних досліджень Інтелектуального форуму «Єдина Європа»*

### **КРИМІНАЛІСТИКА ХХІ СТОЛІТТЯ: СТРАТЕГІЯ НАУКОВО-МЕТОДИЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ\***

Нещодавно опублікований новий підручник «Криміналістика», в якому системно викладено загально-теоретичні проблеми криміналістики, питання криміналістичної техніки та окремих її галузей, розкрито зміст криміналістичної тактики, розглянуто сучасні методики розслідування окремих видів злочинів.

Архітектоніка цієї книги структурно складається з чотирьох розділів.

Перший розділ «Теоретичні основи криміналістики» містить чотири глави. У даному розділі висвітлюються предмет, завдання й система криміналістики, історія криміналістики, методологічні засади криміналістики, криміналістична ідентифікація і діагностика.

Другий розділ «Криміналістична техніка» складається з двадцяти глав. У другому розділі розкриваються загальні положення криміналістичної техніки. Аналізуються проблеми криміналістичного слідознавства, криміналістичного почеркознавства, криміналістичного зброєзнавства, криміналістичної вокалографії, криміналістичної одорології. Досліджуються особливості інформаційно-довідкового забезпечення діяльності органів правосуддя, судочинства, правопорядку.

У третьому розділі «Криміналістична тактика», який складається з дев'яти глав, аналізуються особливості проведення слідчих дій: огляду, обшуку, допиту, пред'явлення для впізнання, слідчого експерименту. Розкривається тактика використання спеціальних знань у кримінальному судочинстві. Висвітлюється методика призначення й проведення судових експертиз.

Четвертий розділ «Криміналістична методика» структурно складається з восьми глав і присвячений системному аналізу особливостей методики розслідування окремих видів злочинів. Зокрема, в підручнику розкриваються особливості розслідування вбивств, заподіяння тілесних ушкоджень, звалтувань, крадіжок, грабежів та розбоїв, вимагання і шахрайства.

Даний підручник розрахований на курсантів, слухачів, студентів, аспірантів і професорсько-викладацький склад юридичних навчальних закладів.

Цінність цього видання, на нашу думку, полягає в тому, що його доцільно використовувати не тільки в навчальному процесі, а й у практичній діяльності органів правосуддя, судочинства і правопорядку.

© П. Д. Біленчук, А. А. Ярмолюк, 2015

\* Рецензія на кн.: Криміналістика : підруч. / В. В. Пясковський, Ю. М. Чорноус, А. В. Іщенко, О. О. Алексєєв та ін. – К. : Центр учбової літератури, 2015. – 544 с.

**О. М. ЛОЩИХІН**

*Олександр Миколайович Лощикін, доктор юридичних наук, професор, декан економіко-правового факультету Академії муніципального управління*

**РЕЦЕНЗІЯ НА ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ  
«НАУКОВІ ЧИТАННЯ, ПРИСВЯЧЕНІ ПАМ'ЯТІ В. М. КОРЕЦЬКОГО»\***

Побачив світ збірник наукових праць «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького» за загальною редакцією академіка НАН України Ю. С. Шемшученка та професора Ю. Л. Бошицького, підготовлений у Київському університеті права НАН України та Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

18 лютого 2015 р. юридична спільнота України відзначала 125-річчя з дня народження В. М. Корецького. Тому, з урахування цієї значної дати, у збірнику матеріалів простежується історичний екскурс наукової спадщини Володимира Михайловича Корецького, що й зараз становить неабиякий інтерес для юридичної науки. Наукові читання передбачають відродження інтересу науковців до постаті В. М. Корецького, адже в сучасному правовому житті України його твори залишаються важливим джерелом унікальної інформації.

Уміщені у збірнику наукові праці постають актуальними, вони висвітлюють сучасне бачення правових, економіко-правових та організаційних проблем. Діапазон тематики представлених робіт засвідчив підвищений інтерес українських та зарубіжних авторів до питань у сфері історії й теорії держави та права, міжнародного права, міжнародного приватного права, порівняльного правознавства тощо. Авторський колектив, до якого увійшли провідні науковці-правознавці та практики, провів значну роботу з дослідження й аналізу великого масиву законодавства України, здійснено також вагомий внесок у вирішення актуальних проблем сучасної теорії і практики.

Подані до збірника наукові роботи базуються на значному обсязі наукової літератури вітчизняних та зарубіжних авторів, на положеннях міжнародного й національного законодавства, а також на значному емпіричному та сучасному статистичному матеріалі. Автори збірника в низці статей провели науковий аналіз фундаментальних праць з актуальних проблем правової науки. Результатом їх дослідницької роботи стали сформульовані висновки та пропозиції щодо удосконалення правових норм, їх системи, підвищення їх ефективності на практиці.

Заслугує на особливу увагу те, що в рамках наукових читань було проведено Конкурс наукових робіт ім. В. М. Корецького для учнів 11-х класів «Права людини в сучасному світі: погляд молоді». Кращі роботи опубліковані у збірнику наукових праць.

Рецензований збірник наукових праць підготовлений на достатньому науково-методичному рівні, має завершений вид і чітку логічну структуру, відповідає вимогам до такого виду робіт, а сформульовані пропозиції і рекомендації мають як теоретичне, так й практичне значення. Таким чином, даний збірник є актуальним також і з огляду на відсутність в Україні комплексних наукових досліджень правового характеру, присвячених пам'яті В. М. Корецького. Сподіваємося, що науковці і в подальшому пропонуватимуть цікаві та корисні видання.

© О. М. Лощикін, 2015

\* Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького: Збірник наукових праць VIII Міжнародної науково-практичної конференції / Київський університет права НАН України [редкол.: Шемшученко Ю. С., Бошицький Ю. Л., Чернецька О. В. та ін.]. – К.: Вид-во Ліра-К, 2015. – 604 с.

**С. В. ПЕТКОВ**

*Сергій Валерійович Петков, доктор юридичних наук, професор, заступник директора Центру перепідготовки та підвищення кваліфікації працівників юстиції при Міністерстві юстиції України*

**РЕЦЕНЗІЯ  
НА ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ  
ІХ МІЖНАРОДНОЇ НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ КОНФЕРЕНЦІЇ  
«ЄВРОПЕЙСЬКА ЮРИДИЧНА ОСВІТА І НАУКА»\***

13 листопада 2015 р. в м. Ужгород відбулась визначна в науковому світі подія, що, безперечно, матиме свої позитивні наслідки у справі розбудови вітчизняної юридичної освіти в руслі європейських традицій та стандартів. Об'єднавши зусилля, науковці Київського університету права НАН України, Ужгородського національного університету та представники органів державної влади – Закарпатської обласної державної адміністрації обговорили нагальні проблеми та перспективи підготовки майбутніх юристів.

У збірнику матеріалів ІХ Міжнародної науково-практичної конференції опубліковані наукові статті, присвячені питанням сучасного стану та проблемам розвитку юридичної освіти і науки в умовах євроінтеграції, аналізу готовності вищої юридичної освіти України до входження в загальноєвропейський освітній простір.

Держава приділяє пильну увагу юридичній освіті учнівської молоді. Тому все починається в житті з малого. Набувши необхідний мінімум правових знань, молоде покоління зможе забезпечити гармонійне входження демократичних цінностей у правове поле своєї країни і міжнародного співтовариства, а також, з часом, стати гарантами злагоди, миру та взаєморозуміння між різними соціальними, етнічними, віковими спільнотами людей і різними сферами життя у державі. Як влучно було зазначено ректором Київського університету права НАНУ, професором Ю. Л. Бошицьким, «професіоналізм фахівця-юриста має бути заснований на гуманістичних орієнтирах і морально-етичних засадах, на справжній інтелігентності, яку витлумачують не як диплом про вищу освіту, а як оволодіння гуманітарною культурою, як вміння мислити, як здатність до етичних рефлексій перебігу подій, щоб не лише розуміти їх, а й визначити своє практичне ставлення до них».

На важливості національно-патріотичного виховання молоді наголошувалося в доповіді доктора юридичних наук, доцента, завідувача кафедрою конституційного, адміністративного, господарського права та процесу Київського університету права НАН України Н. О. Армаш. Для цього зусилля державних органів і неурядових організацій мають бути зосереджені на організації підготовки фахівців із національно-патріотичного виховання дітей та молоді, підвищенні кваліфікації фахівців, які працюють у цій сфері, оволодінні ними знаннями, уміннями і навичками, розробленні для цього відповідних навчальних програм. Такі кроки забезпечать ефективне впровадження змісту національно-патріотичного виховання, що в свою чергу сприятиме якісно новому рівню юридичної освіти і науки.

«Європейський простір вищої юридичної освіти стане реальністю тільки тоді, коли паралельно з ним буде створений європейський простір професійної юридичної практики. Нині окремі директиви ЄС врегулювали взаємне визнання дипломів про вищу освіту і вільне працевлаштування європейських юристів. Тож наразі йдеться про гармонізацію мінімальних стандартів академічної і професійної підготовки юристів» – таку тезу на сторінках збірника висловив доктор юридичних наук, професор, завідувач сектором інтелектуальної власності та інноваційних технологій Київського університету права НАН України Р. Б. Шишка. Власне, це може стати дорожньою картою реформування юридичної освіти в Україні. Завідувач кафедри міжнародного права Ужгородського національного університету, професор кафедри, кандидат юридичних наук Г. Г. Динис у продовження відкритої дискусії зазначає, що навчання студентів міжнародному праву у ВНЗ України в сучасних умовах має перспективу на відповідність до європейських стандартів за умови дотримання співвідношення традиційних університетських форм навчання та впровадження в навчальний процес сучасних інформаційно-комунікаційних і мультимедійних технологій.

У збірнику є багато інших цікавих думок щодо напрямів виходу із кризи, що склалась в сфері освіти взагалі і в юридичній освіті зокрема. Ознайомлення із тезами доповідей буде корисним для широкого кола читачів, а також усім, хто цікавиться проблемами сучасного стану юридичної освіти та науки.

© С. В. Петков, 2015

\* Європейська юридична освіта і наука : зб. наук. праць ІХ міжнародної наук.-практ. конференції (м. Ужгород, 13–14 листопада 2015 р.) / ред. кол.: Бошицький Ю. Л., Петік О. В., Чернецька О. В., Лазур Я. В. – Л. : Галицька видавнича спілка, 2015. – 186 с.

**О. О. БРОВКО**

*Олена Олександрівна Бровко, доктор філологічних наук, професор кафедри української літератури та компаративістики Київського університету імені Бориса Грінченка*

**РЕЦЕНЗІЯ НА ЗБІРНИК МАТЕРІАЛІВ V ВСЕУКРАЇНСЬКОЇ  
НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ КОНФЕРЕНЦІЇ «СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ГУМАНІТАРИСТИКИ:  
СВІТОГЛЯДНІ ПОШУКИ, КОМУНІКАТИВНІ ТА ПЕДАГОГІЧНІ СТРАТЕГІЇ»\***

Рецензований збірник є результатом роботи V Всеукраїнської науково-практичної конференції «Сучасні проблеми гуманітаристики: світоглядні пошуки, комунікативні та педагогічні стратегії», яка відбулася у грудні минулого року в Рівному на базі Рівненського інституту Київського університету права НАН України. Означену мету конференції – проаналізувати історико-культурний аспект становлення нової соціокультурної реальності в Україні та виокремити її основні світоглядні домінуючі, розмаїтість змін та впливів у зв'язку з процесами глобалізації, а також комунікативні стратегії і тактики, які актуалізують педагогічну діяльність у вищій школі, – досягнуто повною мірою. Про це свідчить різнобічний зріз проблематики, що характеризує сучасні гуманітарні науки та їхні особливості в Україні. Широке коло автури збірника (і в географічному, і в професійно-спеціалізованому плані), його міждисциплінарний характер, гострота порушених питань засвідчують цінність та безумовну актуальність колективної праці, а також стверджують її як неабиякий здобуток колективної думки сучасних учених. Констатуючи кризовий стан суспільної свідомості, автори наукового збірника намагаються означити найбільш характерні тенденції нашого часу, віднайти переломні та перехідні тенденції, а також запропонувати нові варіанти консолідації суспільства.

Прикметно, що цього разу учасниками конференції стали представники наукової еліти більш як із сорока вищих навчальних закладів України, в тому числі зі статусом національних, а також зарубіжні науковці з Франції, США та Німеччини. У цьому збірнику дебютує і нова генерація науковців, зацікавлена у збереженні національної культури та докорінному оновленні сучасного суспільства.

Зважаючи на те, що конференція з такою широкою проблематикою скликається уже вп'яте і є дуже успішною за кількістю та складом учасників, можемо констатувати наявність певної наукової традиції, започаткованої Київським університетом права НАН України на теренах Рівненщини. Конференція, як і аналогічні збірники наукових матеріалів, стали своєрідною візитівкою цього наукового закладу, який нині активно формує гуманітарну політику в регіоні, є учасником багатьох важливих заходів, що проводяться за участю органів влади та громадських організацій.

Науковий збірник, підготовлений до друку за матеріалами згаданої конференції, має ту прикметну особливість, що дає змогу комплексно осмислити різні явища сучасного гуманітарного простору, причому стереометрично, послуговуючись різними науковими методами та підходами. Саме цим цінна співпраця філософів, лінгвістів, літературознавців, культурологів, педагогів – усі вони виступають не просто співавторами на сторінках книжки, а й учасниками масштабної дискусії про шляхи розвитку гуманітаристики та її місце у практиці сучасної освіти. Зміст рецензованого видання переконливо засвідчує високий професіоналізм його авторів. Можливість зустрічі представників різних гуманітарних наук, а також обговорення проблем, довкола яких точиться чимало дискусій у сучасному науковому полі – це цінний досвід, який варто підтримувати та примножувати.

Книжка професійно підготовлена до друку. Минуло трохи більше двох місяців з часу проведення конференції, а науковий збірник уже побачив у світ. Його наявність у відповідних підрозділах українських університетів, а також університетських та наукових бібліотек сприятиме оживленню обігу ідей у сучасних гуманітарних науках.

© О. О. Бровко, 2015

Рецензія на кн.: Сучасні проблеми гуманітаристики: світоглядні пошуки, комунікативні та педагогічні стратегії : зб. матеріалів V Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Рівне, 10 грудня 2015 р.). – Рівне: Видавець О. Зень, 2015. – 308 с.

### **V Міжнародна науково-практична конференція «Безпека людини, суспільства, держави: правові, криміналістичні і психофізіологічні засади»**

17 листопада 2015 р. в Київському університеті права НАН України відбулася V Міжнародна науково-практична конференція «Безпека людини, суспільства, держави: правові, криміналістичні і психофізіологічні засади». Мета проведення заходу – обговорення ключових проблем державної політики національної безпеки, основних напрямів соціальної безпеки від внутрішніх і зовнішніх загроз.

Зі словами привітання до учасників та гостей конференції звернувся ректор Київського університету права НАН України, заслужений юрист України професор Ю. Л. Бошицький. Зокрема, він зазначив, що на сучасному етапі динамічного розвитку української держави поступово загострюються суперечності та диспропорції в питаннях реформування економіки та соціальної сфери суспільства, що зрештою веде до утворення комплексу відповідних загроз національній безпеці та створює нагальну необхідність формування дієвого механізму соціальної безпеки.

З доповідями виступили численні гості конференції та викладачі університету, зокрема, Я. Пешек, доктор політичних наук, професор, Генеральний директор Асоціації чесько-українського партнерства; Р. Б. Шишка, завідувач сектору права інтелектуальної власності та інноваційних технологій кафедри цивільного та трудового права; Т. В. Обіход, старший науковий співробітник Інституту ядерних досліджень НАН України; А. А. Ярмолюк, керівник науково-дослідного Центру системних досліджень Інтелектуального форуму «Єдина Європа»; О. Л. Максименко, президент Експертної міжгалузевої Асоціації України; А. В. Лопата, Голова громадської колегії при Міністерстві оборони України та інші.

Сутнісний аналіз змісту програми конференції свідчить про те, що виступи викликали жвавий інтерес, їх тематика стала предметом плідного обговорення та дискусії, а результати даної конференції знайдуть своє втілення в освітянській, науковій і практичній діяльності.

На завершення учасники заходу висловили подяку організаторам за надану можливість долучитися до роботи конференції, зокрема, ректору, професору Ю. Л. Бошицькому та професорам кафедри кримінального права та процесу КУП НАН України Г. С. Семакову та П. Д. Біленчуку.

### **Круглий стіл на тему: «Актуальні проблеми надання притулку в Європейському Союзі»**

19 листопада 2015 р. в Київському університеті права НАН України під керівництвом к.ю.н, доцента О. О. Харчука та к.ю.н., доцента Н. Б. Мушак було проведено круглий стіл на тему: «Актуальні проблеми надання притулку в Європейському Союзі». До участі у круглому столі були залучені студенти магістратури факультету «Міжнародні відносини» спеціальності «Міжнародне право».

У вступному слові Н. Б. Мушак наголосила на актуальності дослідження тематики круглого столу у зв'язку зі значним впливом на території держав Європейського Союзу осіб, які потребують міжнародного захисту. Було встановлено завдання дослідити законодавство ЄС щодо регулювання питання надання притулку в державах-членах Європейського Союзу, з'ясувати відповідність йому норм національного права держав-членів ЄС.

Під час проведення круглого столу студенти показали високий рівень теоретичних знань та практичних навичок аналізу законодавчих норм та практики їх реалізації. Учасники виступили з науковими доповідями та продемонстрували мультимедійні презентації на досліджувану тематику.

Доповідачами, які брали участь у круглому столі, було визначено, що правове регулювання у сфері надання притулку в Європейському Союзі належить до спільної компетенції Європейського Союзу та його держав-членів.

Проведення круглого столу дало змогу визначити окремі правила подання заяв про надання притулку в державах ЄС і з'ясувати спільні риси процедури надання притулку. Так, у кожній державі-члені ЄС існує двоступенева процедура: на першому етапі з'ясується питання про доступ у країну, на другому – відповідність умовам надання статусу біженця або шукача притулку. Також у кожній державі існує процедура оскарження рішення імміграційних органів про відмову в наданні притулку. Особа, яка отримала таке рішення, має право навести додаткові докази свого переслідування в країні походження, а також вказати на порушення процедури розгляду заяви за їх наявності. Строки та правила подання таких апеляцій визначаються національним законодавством країни-члена ЄС.

Під час підбиття підсумків керівництвом заходу було відзначено студентів з найбільш цікавими і змістовними доповідями та презентаціями.

### **Всеукраїнська науково-практична конференція «Застосування положень КПК України: проблеми та шляхи їх вирішення»**

20 листопада 2015 р. в Національному університеті державної податкової служби України (м. Ірпінь) відбулася Всеукраїнська науково-практична конференція «Застосування положень КПК України: проблеми та шляхи їх вирішення», присвячена третій річниці набрання чинності КПК України.

У роботі конференції взяли участь відомі представники наукової спільноти та практики. Зокрема, М. А. Погорєцький, завідувач кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України; Н. І. Клименко, професор кафедри кримінального права, процесу та криміналістики Приватного вищого навчального закладу «Європейський університет», доктор юридичних наук, професор; Л. Д. Удалова, начальник кафедри кримінального процесу Національної академії внутрішніх справ, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України; В. В. Назаров, директор Навчально-наукового інституту права Національного університету ДПС України, доктор юридичних наук, професор; Г. П. Власова, завідувач кафедри кримінального права, процесу та криміналістики Приватного вищого навчального закладу «Європейський університет», доктор юридичних наук, професор та ін.

Делегацію від Київського університету права НАН України представляли: доцент кафедри кримінального права та процесу к.ю.н. Б. Л. Ващук та студенти магістратури – І. І. Вознюк, С. Ю. Клімова, О. В. Легкий, А. А. Лизгуб.

Учасники конференції обговорили актуальні проблеми кримінального процесу, особливості практичної реалізації деяких норм КПК України, недоліки кримінального процесуального законодавства. Значну увагу учасники конференції зосередили на недосконалоостях правової регламентації слідчих (розшукових) дій та у зв'язку з цим, – перспективах взаємозв'язку оперативно-розшукової діяльності та кримінального процесу. Жваву дискусію викликали новели доказового права, особливості закріплення в законодавстві принципу змагальності кримінального судочинства, незалежність слідчого тощо. Під час конференції активно обговорювалося питання про особливості викристання поліграфа в кримінально-процесуальній та поза процесуальній діяльності.

Учасники конференції акцентували увагу на частих порушеннях норм КПК України під час досудового та судового провадження. Відповідні порушення, допущені органами та посадовими особами, які ведуть кримінальний процес, є підставою для звернення до Європейського суду з прав людини. Кількість таких звернень від громадян України останнім часом істотно зростає, відтак, зростає і кількість присудженої до відшкодування шкоди. Все це свідчить про недосконалість кримінального процесуального законодавства та істотні порушення під час його застосування на практиці.

За результатами дискусій і обговорень учасники конференції дійшли висновку про необхідність внесення суттєвих змін до кримінального процесуального законодавства з метою реального захисту прав та законних інтересів особи, а також ефективного функціонування правоохоронної системи України.

### **VII Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні проблеми правової системи України»**

26 листопада 2015 р. в Київському університеті права НАН України відбулася VII Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні проблеми правової системи України».

У роботі конференції взяли участь науковці із зарубіжних країн, зокрема доктор Аттіла Петерфалві, Президент Національного комітету із захисту даних і свободи інформації (Угорщина); Богуслав Банашак, професор, декан факультету права та управління університету Зелена Гура (Республіка Польща); доктор Петар Хрїстов, декан юридичного факультету Варненського вільного університету ім. Черноризця Храбра (Болгарія); доктор Ханс Кьохлер, Президент міжнародної організації з питань науково-технічного прогресу (Австрія), а також вчені, аспіранти та студенти вищих навчальних закладів України, зокрема Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Інституту законодавства Верховної Ради України, Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Національного університету «Києво-Могилянська академія»; Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого; Рівненського інституту Київського університету права НАН України.

Із вступним словом до учасників конференції звернувся ректор Київського університету права НАН України, професор Ю. Л. Бошицький. Він зазначив, що заявлена сім років тому проблематика не втрачає своєї актуальності. Незважаючи на те що категорія «правова система» досліджується вченими різних наукових шкіл, представниками різних держав, науковий інтерес до розробки даної проблеми тільки зростає. Звичайно, це зумовлено інтеграційними та глобалізаційними процесами, які відбуваються як на терені України, так і в континентальній Європі, і в цілому в світовому масштабі. І саме тому правова система як наукова юридична категорія є об'єктом ретельної уваги та дослідження науковців.

На адресу організаторів та учасників міжнародної науково-практичної конференції надійшли привітання, зокрема від Президента Національної академії наук України, академіка НАН України Б. Є. Патона; Голови Союзу юристів України В. О. Євдокимова; від директора Інституту політології та права Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова Б. І. Андрусичина.

У наукових доповідях порушувалися актуальні питання проблем розвитку та функціонування сучасних правових систем та окремих інституційних елементів, зокрема «Актуальні проблеми договірної права: сучасний період» (В. В. Луць, академік НАПрН України, завідувач кафедри цивільного та трудового права Київського університету права НАН України, д.ю.н., професор); «Особливості організованих форм тероризму в сучасній Україні» (О. О. Кваша, завідувач кафедри кримінального права та процесу Київського університету права НАН

України, д.ю.н., професор); «Антикорупційна політика держави: виклики сьогодення» (Н. О. Армаш, в.о. завідувача кафедри конституційного, адміністративного, господарського права та процесу Київського університету права НАН України, д.ю.н., доцент); «Національне агентство України з питань протидії корупції: правовий статус і проблема його реалізації» (Л. Є. Кисіль, доцент кафедри конституційного, адміністративного, господарського права та процесу, к.ю.н.); «Сучасні міжнародно-правові інститути боротьби з нелегальною міграцією» (С. В. Книш, доцент кафедри спеціальних юридичних дисциплін Рівненського інституту Київського університету права НАН України, к.ю.н.) тощо.

Робота конференції відбувалася у формі пленарного засідання та засідання наукових секцій, які пройшли на високому науково-теоретичному рівні, у дусі дискусій з поміркованою полемікою та великим зацікавленням як науковців, так і студентської молоді.

За результатами роботи оргкомітет конференції визначив найкращі наукові доповіді учасників, які були нагороджені дипломами за науково-обґрунтоване дослідження сучасних проблем національної правової системи України.

Обрана тематика міжнародної науково-практичної конференції послугувала плідним підґрунтям для обміну думками із зазначеної проблематики. У зв'язку з актуальністю порушених питань за результатами конференції буде опублікована збірка матеріалів тез та доповідей учасників конференції.

Обмін досвідом, думками, аналіз процесів та проблем правової системи, які характерні для сучасного стану розвитку, дали можливість присутнім на VII Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні проблеми правової системи України» напрацювати та схвалити Рекомендації

### **Візит делегації провідних університетів Грузії та Угорщини**

28 листопада 2015 р. Київський університет права НАН України відвідали делегації представників професорсько-викладацького корпусу провідних університетів Грузії та Угорщини. Делегації були запрошені професором Юрієм Бошицьким для обговорення актуальних аспектів стратегії багатосторонньої співпраці вищих навчальних закладів Грузії і Угорщини і КУП НАН України. Концептуальною основою діалогу між сторонами візиту стала перспектива започаткування спільних програм підготовки бакалаврів і магістрів, участь у яких забезпечила б можливість отримання студентами КУП НАН України і провідних вишів Грузії та Угорщини подвійних дипломів – підґрунтя успішного працевлаштування студентства як в Україні, так і в Угорщині та Грузії. Нагадаємо, що аналогічну спільну програму підготовки магістрів КУП НАН України і Варненського вільного університету ім. Чорноризця Храбра (Varna Free University “Chornorizets Hrabar”) було започатковано ще у 2011 році, у рамках якої вже підготовлено понад 30 фахівців у сфері національної безпеки та міжнародного права, перевагою яких стало набуття за унікально короткий строк навчання (1 календарний рік) дипломів магістра обох вузів одночасно, про що під час зустрічі доповіла координатор програми, доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАН України, к.ю.н. Олена Поліванова.

У контексті візиту відбулася зустріч делегатів із студентами КУП НАН України, які виявили заінтересованість можливою перспективою навчання за кордоном і поставили делегатам низку питань, пов'язаних із цим. Між учасниками візиту відбулася жвава та змістовна дискусія, що стала підтвердженням актуальності обговорюваних ними питань. Сподіваємось, що найближчим часом всі охочі зможуть взяти участь у нових проектах КУП НАН України і скористатися необмеженими перевагами навчання за кордоном!

### **Презентація книги «Європейське серце прав людини» (Відень, Австрія)**

Наприкінці листопада 2015 р. у Будинку Європейського Союзу в м. Відень (Австрія) відбулася презентація книги «Європейське серце прав людини», яка була видана Київським університетом НАН України спільно з Європейським Інститутом Омбудсманів та Союзом юристів України.

Книга презентована до 25-ї річниці з дня заснування Європейського Інституту Омбудсманів та присвячена актуальним проблемам захисту прав людини у такий скрутний для країн час, де також досліджується генеза Європейського Інституту, його вплив на формування і розвиток системи національних інститутів захисту прав людини в країнах Європи на основі міжнародних стандартів прав людини.

Видання надруковане в Україні чотирма робочими мовами ЄІО (німецькою, англійською, іспанською та російською) і містить статті майже 40 авторів – державних діячів, науковців, викладачів із різних країн світу.

Презентація книги «Європейське серце прав людини» мала широкий відгос, про що свідчить велика увага з боку засобів масової інформації.

З вітальним словом до присутніх звернувся ректор Київського університету права НАН України, професор Юрій Бошицький, який підкреслив важливість та актуальність проблематики, на яку звертається увага через призму захисту прав людини. Він зазначив, що видання буде надзвичайно корисним не лише для вчених та політиків, а й для студентів та аспірантів, та всіх, хто цікавиться проблемами та механізмами захисту прав людини на міжнародному, національному та місцевому рівні.

У заході взяли участь фахівці, які сприяли створенню та роботі Інституту Омбудсманів, а саме: Генеральний секретар Європейського Інституту Омбудсманів, Джозеф Зігел, який є давнім партнером університету; Перший Омбудсман України, Заступник Голови Союзу юристів України, Почесний доктор Київського університету права НАН України Ніна Карпачова; депутати Європарламенту і парламенту Австрії, голова Австрійського парламенту Карлхайнц Копф; Президент Європейського Інституту Омбудсманів Дітер Бургард; Омбудсмани країн Європи, представники міжнародних організацій, офісу Верховного комісара ООН з прав людини у Відні, Міжнародного інституту Омбудсманів, європейських університетів та дипломатичних місій, акредитованих у Відні.

Наприкінці урочистостей професор Юрій Бошицький запропонував оргкомітету провести презентацію книги «Європейське серце прав людини» також і в Україні, на базі Київського університету права НАН України та у його філіях у місті Львові та Ужгороді. Дана пропозиція знайшла підтримку в організаторів та гостей заходу.

### **Майстер-клас народного депутата України Бориса Тарасюка**

2 грудня 2015 р. у Київському університеті права НАН України у рамках реалізації концепції майстер-класів була проведена лекція народного депутата України, заступника голови Комітету, голови підкомітету з питань законодавчого забезпечення і контролю за діяльністю дипломатичної служби Комітету Верховної Ради України у закордонних справах, Міністра закордонних справ України (1998–2000 рр., 2005–2007 рр.) Бориса Тарасюка на тему: «Особливості професійного зростання юриста-міжнародника».

На лекцію зібралися студенти та науково-педагогічні працівники Київського університету права НАН України.

Пан Тарасюк звернув увагу студентів університету на особливості професійного зростання юриста-міжнародника, розкрив формування юридичних компетенцій у майбутніх фахівців. Родзинкою заходу стало наведення практичних ситуацій із дипломатичного досвіду гостя.

Після майстер-класу Борис Іванович дав змістовні відповіді на запитання студентів та викладачів.

### **Майстер-клас Радника Посольства Республіки Болгарія в Україні Петара Танєва**

3 грудня 2015 р. в рамках реалізації концепції майстер-класів Київський університет права НАН України відвідав Радник Посольства Республіки Болгарія в Україні Петар Танєв.

Пан Танєв провів майстер-клас на тему: «Роль Ради Європи в єдиному європейському процесі. Внесок Болгарії в основні завдання організації Ради Європи».

Розкрив історичні передумови формування Європейської Ради та роль У. Черчеля в її створенні.

Звернув увагу на те, що єдність Європи впливала із багатоманіття національних ідентичностей.

Петар Танєв провів історичні паралелі між санкціями Європейської Ради відносно Росії та Греції. Запропонував провести дискусію у формі обміну думками.

На завершення зустрічі Петару Танєву вручили цінні подарунки.

### **Зустріч ректора з Екс-Головою Федеральної ради Австрії**

Нещодавно, на запрошення відомого австрійського політичного діяча, Голови Федеральної ради Австрії 1988, 1992–1997 рр., Почесного доктора Київського університету права НАН України, професора Герберта Шамбека ректор Київського університету права НАН України, професор Юрій Бошицький відвідав будівлю Австрійського Парламенту з метою зустрічі з Почесним доктором КУП НАНУ та обговорення актуальних питань співпраці.

Під час зустрічі обговорювались питання поглиблення співпраці з австрійськими науковцями та представниками Австрійського Парламенту.

Переговори проходили у дружній атмосфері, під час яких ректор університету розповів професору Шамбеку про нові видання університету, а також про відкриття філій університету, а саме: Міжнародного центру правових та економіко-соціальних досліджень країн Центрально-Східної Європи Київського університету права НАН України в м. Ужгороді та Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи Київського університету права НАН України у м. Львові.

Також активно обговорювались пропозиції професора Шамбека щодо налагодження зв'язків з науковими установами та інституціями Австрії. У розмові він також наголосив на важливій ролі Київського університету права НАН України в розбудові партнерських зв'язків із вищими навчальними закладами Австрії та порекомендував професора Геріберта Франса Коека, представника університету імені Йоганна Кеплера у Східній та Південно-Східній Європі (Австрія) до нагородження почесним званням Київського університету права НАН України – Доктор «HONORIS CAUSA» з нагоди 20-ї річниці з дня заснування університету.

Наприкінці зустрічі, за особистий внесок та встановлення партнерських та дружніх відносин із науковими колами Австрії, професор Шамбек вручив професору Юрію Бошицькому відзнаку – «Срібну медаль Австрійського Парламенту» та побажав успіхів і наснаги в подальшій розбудові КУП НАНУ.

### **Круглий стіл на тему: «Правова природа визнання та виконання рішень іноземних судів»**

7 грудня 2015 р. в Київському університеті права НАН України було проведено круглий стіл на тему: «Правова природа визнання та виконання рішень іноземних судів» під керівництвом доцента кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства, к.ю.н. М. І. Куртинця. До участі у круглому столі були залучені студенти V та VI курсів факультету «Міжнародні відносини».

М. І. Куртинець із вступним словом звернувся до учасників круглого столу, наголосивши на актуальності теми та закликаючи студентів боротися із системою і обстоювати свої права.

Свої наукові доповіді представили Касим Величко («Визнання і виконання рішень іноземних судів у Франції»), Мирослава Лазарчук («Теоретичні концепції визнання та виконання іноземних судових рішень»), Альона Коротич («Основні засади визнання та виконання іноземних судових рішень у Федеративній Республіці



Німеччина»), Анна Поліщук («Міжнародний арбітражний комерційний суд»), Інна Сусла («Визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні»), Білий Олександр («Визнання та виконання рішень іноземних судів у кримінальному процесі»), Катерина Озерова («Процедура визнання та виконання іноземних судових рішень в країнах континентальної Європи та англо-американського права»), Ірина Розпашник («Визнання та звернення до виконання рішення іноземного суду, яке підлягає примусовому виконанню в Україні»).

Доповідачами було зазначено, що законна сила судового рішення обмежена територією тієї держави, судом якої воно ухвалено. Для визнання та виконання рішення за межами цієї держави необхідно пройти спеціальну процедуру. Учасники круглого столу також зазначили, що під визнанням рішення іноземного суду необхідно розуміти поширення його дії на території іншої держави, з дозволу останньої, і ті правові наслідки, які тягне рішення суду держави визнання, що набрало законної сили. Визнання іноземного судового рішення є необхідною передумовою його примусового виконання, яке можливе лише внаслідок відповідного розпорядження компетентного суду тієї держави, де випрошується таке виконання.

Доповідачі також проаналізували визнання та виконання іноземних судових рішень не тільки в Україні, а й у Франції, ФРН та порівняли підходи до зазначеного питання у країнах англо-американського права та права континентальної Європи. Свої наукові доповіді учасники круглого столу яскраво доповнили мультимедійними презентаціями. Усі учасники даного круглого столу значно поглибили свої знання з міжнародного приватного права, намітивши для себе дане питання як сферу майбутньої професійної діяльності.

### **Круглий стіл «Смертна кара і громадська думка: міжнародне право та українські реалії»**

8 грудня 2015 р., до Міжнародного дня захисту прав людини, кафедра міжнародного права та порівняльного правознавства провела круглий стіл на тему: «Смертна кара і громадська думка: міжнародне право та українські реалії» під керівництвом Е. В. Тітко (к.ю.н, доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАНУ).

У вступному слові Е. В. Тітко наголосила на актуальності даної тематики, звернувши особливу увагу на морально-етичних та нормативно-правових особливостях застосування смертної кари на сучасному етапі.

У рамках роботи круглого столу учасники торкалися таких проблем: історія смертної кари, використання смертної кари в окремих країнах та особливості її міжнародно-правового регулювання. Студенткою V курсу Катериною Озеровою було досліджено питання історії смертної кари та встановлено, що суспільство на всіх стадіях свого історичного розвитку застосовувало смертну кару до злочинців. Серед науковців не існувало й досі не існує єдиної думки щодо необхідності застосування смертної кари. На думку Т. Мора, Монтеск'є, Руссо, Канта, Гегеля та Штала, застосування смертної кари щодо осіб, які вчинили вбивства лише в окремих випадках, було необхідним методом попередження виникнення злочинності, натомість Гоббс і Вольтер були проти такої міри покарання. У своїй доповіді студент V курсу Олександр Білий проаналізував основні види смертної кари та звернув увагу на види та процедури смертної кари, які застосовувались у 2014 р., а саме: обезголовлення (Саудівська Аравія), повішення (Афганістан, Бангладеш, Єгипет, Йорданія, Ірак, Іран, Малайзія, Пакистан, Палестина, Сінгапур, Судан, Японія), смертельна ін'єкція (В'єтнам, Китай, США), розстріл (Білорусь, Ємен, Китай, ОАЕ, Палестина, Саудівська Аравія, Північна Корея, Сомалі, Тайвань, Екваторіальна Гвінея). Учасники круглого столу дійшли висновку, що більшість цих видів не є гуманними. Ірина Розпашнюк (V курс) та Ярцева Дарія (III курс) висвітлили феномен смертної кари у законодавстві Республіки Білорусь. Доповідачки зазначили, що Білорусь у квітні 2014 р. відновила застосування смертної кари як міри покарання, перервавши 24-місячне «мовчання», протягом якого в європейському та центрально-азійському регіоні кари не застосовувалися, однак Білорусь залишається єдиною із держав в Європі і колишнього СРСР, де продовжують страчувати людей. Даценко Олександр, студент III курсу, провів дослідження смертної кари в КНР. Зокрема, Олександр акцентував увагу на тому, що Кримінальний кодекс КНР передбачає смертну кару щодо наступних видів діянь: зберігання чи поширення наркотиків; насильницькі злочини (вбивство, згалтування); сутенерство; підробка грошових знаків; нанесення шкоди національній безпеці виробництво і продаж підроблених ліків; розкрадання/зберігання вибухових речовин або зброї; організація втечі з-під варті; алкогольного сп'яніння, що стало причиною загибелі людей. Однак, певні території цієї країни, в яких настільки радикальне покарання не передбачено, є Гонконг і Макао, що знаходяться в особливому положенні внаслідок подій середини ХХ століття, породили відомий принцип «одна країна, дві системи». Інна Сусла (V курс) зосередила свою увагу на питанні «Смертна кара в контексті положень Протоколів 6 і 13 і практики ЄСПЛ». Проблему смертної кари в Україні висвітлив студент III курсу Ярослав Миркеєв, який зазначив, що відсутність смертної кари є обов'язковою умовою для перебування держави в Раді Європи. Це стало однією з причин скасування смертної кари в Україні, де мораторій на виконання смертних вироків уперше почав діяти в 1995 р., незадовго до вступу в цю міжнародну організацію. Проте через декілька місяців смертні вирoki знову продовжили виконувати, дійшовши висновку, що рішення про мораторій було прийнято без дотримання належної процедури. Такий стан речей міг призвести до виключення України з Ради Європи, але в 1997 р. мораторій на виконання смертних вироків знову почав діяти, і відтоді в Україні вже ніколи нікого не страчували. 29 грудня 1999 р. Конституційний Суд України визнав, що смертна кара суперечить Конституції України, чим остаточно заклав шлях до її відновлення. У зв'язку з цим, у 2000 р. Верховна Рада України внесла зміни до Кримінального кодексу України, якими остаточно вилучила поняття «смертна кара» з офіційного списку кримінальних покарань України. Підсумковим виступом круглого столу, стала доповідь студентки III курсу Тетяни Чайковської, у якій вона проаналізувала використання смертної кари за 2014 рік. Тетяна наголосила, що кількість країн, де проводилися страти в 2014 р., не змінилась у порівнянні з 2013 роком, і склала 22. Незважаючи на збереження загального числа країн, відбулися деякі зміни в їх складі. У всьому світі відбулося не менше 607 страт,

що майже на 22 % менше, ніж у 2013 році. Як і в попередні роки, тут не враховується число страчених у Китаї, де інформація про страти вважається державною таємницею. За 2014 р. винесено не менш 2 466 смертних вироків, і це на 28 % більше, ніж в 2013 році. Сім країн, де страчували людей у 2013 р., припинили приводити вирoki у виконання в 2014 р. (Бангладеш, Ботсвана, Індія, Індонезія, Кувейт, Нігерія і Південний Судан); у семи країнах страти поновилися (Білорусь, Єгипет, Йорданія, Об'єднані Арабські Емірати (ОАЕ), Пакистан, Сінгапур і Екваторіальна Гвінея).

### Відкриття Всеукраїнського тижня права

Делегація від Київського університету права НАН України на чолі з ректором, професором Юрієм Бошицьким взяла участь у відкритті Всеукраїнського тижня права, що відбулося в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

Захід відкрив директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академік Юрій Шемшученко. Із вітальними словами до учасників заходу звернулися: Юрій Баулін, голова Конституційного суду України; Гія Гецадзе, заступник Міністра юстиції; Олександр Копиленко, директор Інституту законодавства Верховної Ради України; Девід Вон, керівник Проекту USAID «Справедливе правосуддя»; Наталія Беца, представник ОБСЄ в Україні; Наталія Оніщенко, академік НАПрН України та інші провідні фахівці в галузі права.

Юрій Бошицький акцентував увагу на вихованні молодого суспільства, наголосивши на важливості «Трьох П»: порядність, принциповість, патріотичність. Якщо молодь буде жити саме за такими принципами, то виросте достойне покоління, яке візьме відповідальність не лише за себе, а й за майбутнє країни.

На даному заході студенти мали можливість поспілкуватися з провідними фахівцями у галузі права.

### II Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі»

10 грудня 2015 р. у Київському університеті права НАН України відбулася II Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі». Співорганізатором конференції виступила Всесвітня організація інтелектуальної власності.

У роботі міжнародної науково-практичної конференції взяли участь провідні науковці, аспіранти, студенти вищих навчальних закладів України та зарубіжних країн, зокрема, представники: Всесвітньої організації інтелектуальної власності, Національної академії наук України, Міністерства освіти і науки України, Батумського державного університету імені Шота Руставелі (Грузія), Варненського вільного університету імені Чорноризця Храбра (Болгарія), Національної академії прокуратури України, Національного авіаційного університету, Київського економічного університету імені Вадима Гетьмана.

Почесними гостями на конференції були: Герберт Шамбек, професор, відомий австрійський політичний діяч, Голова Федеральної ради Австрії (1988, 1992–1997 рр.), Почесний доктор КУП НАНУ (Австрія); Геріберт Франс Коек, професор Лінцського університету імені Й. Кеплера (Австрія); Петар Танев, Радник Посольства Республіки Болгарії в Україні; Міхеїл Уклеба, Надзвичайний та Повноважний Посол Грузії в Україні; Олександр Пасенюк, суддя Конституційного Суду України, кандидат юридичних наук, заслужений юрист України.

Із вступним словом до учасників конференції на пленарному засіданні звернувся ректор Київського університету права НАН України, професор Юрій Бошицький. Він, зокрема, зазначив, що проведення конференції спільно з Всесвітньою організацією інтелектуальної власності в Київському університеті права НАН України передбачає консолідацію зусиль вчених та практиків України та світу з розробки стратегії інтелектуальної власності взагалі та тактики здійснення політики у цій сфері в окремих країнах. Сучасна економіка для її успішності є наднаціональною, розвивається в межах транснаціональних компаній, характеризується широким використанням об'єктів інтелектуальної власності, які мало підконтрольні національними засобами. Йдеться відповідно про потребу наднаціональних засобів, способів та форм врегулювання відносин щодо комерціалізації її об'єктів та поширення в інших країнах з врахуванням цих об'єктивних явищ та дотримання права творців на винагороду як презумпції. Тож створення міжнародної системи належного охорони і захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності набуло нових корелятивів, які мають бути враховані в законодавстві. Попри те, що в цій частині зроблено чимало: реформовано законодавство у сфері охорони інтелектуальної власності, посилено відповідальність за порушення суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів, підписано низку міжнародних договорів і угод спрямованих на покращення міждержавних зв'язків у цій сфері та полегшення проведення експортно-імпорتنних операцій з використанням об'єктів інтелектуальної власності, досі залишаються проблеми та практичні завдання, які потребують свого вирішення.

На адресу організаторів та учасників міжнародної науково-практичної конференції надійшли привітання, зокрема від Френсіса Гарі, Генерального директора Всесвітньої організації інтелектуальної власності (Женева, Швейцарія); Міхала Швантнера, директора Департаменту країн із перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності (Женева, Швейцарія); Бориса Патона, Президента Національної академії наук України; Максима Стріхи, заступника Міністра освіти і науки України; Валерія Євдокимова, голови Союзу юристів України, Президента Всесвітньої організації юристів, Президента Світового Конгресу українських юристів.

До учасників конференції із промовою звернувся Олександр Шевченко, керівник програм Департаменту країн із перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності (Женева, Швейцарія), в якій акцентував увагу на діяльності Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ) з метою розвитку інновацій та розробки політики у сфері інтелектуальної власності.

У своїх наукових доповідях учасники конференції обмінювались думками з питань нормативно-правового регулювання інтелектуальної власності та інноваційної діяльності на національному та міжнародному рівні; окремими аспектами вдосконалення регулювання відносин інтелектуальної власності; проблемами інтелектуальної власності як інструменту розвитку економіки: проблеми та шляхи їх вирішення; сучасні тенденції розвитку права інтелектуальної власності; особисті немайнові права інтелектуальної власності в системі немайнових прав людини та ін.

Обрана тематика міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі» стала «площадкою» для обміну оригінальними думками із зазначеної проблематики. У зв'язку з першочерговістю обговорюваних питань за результатами конференції буде опублікована збірка матеріалів тез та доповідей її учасників.

Обмін позитивним досвідом, глибокий аналіз тенденцій та нагальних проблем права інтелектуальної власності дали можливість присутнім виробити та схвалити Рекомендації.

У рамках проведення Міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі» відбулося підписання Меморандуму між Київським університетом права НАН України та Українським альянсом по боротьбі з підробками та піратством. В офіційній церемонії брали участь ректор КУП НАНУ Юрій Бошицький та президент УАПП Антоніна Пахаренко-Андерсон.

Після підписання Меморандуму відбулося офіційне відкриття Музею підробок Українського альянсу по боротьбі з підробками та піратством

### Міжнародний форум з прав людини

Ініціаторами проведення та організаторами Форуму виступили Київський університет права НАН України, Асоціація адвокатів України, Управління сім'ї, молоді та спорту, Департаменту освіти і науки, молоді та спорту Київської міської державної адміністрації. Підтримку в організації Форуму надала Координаційна рада молодих юристів при Міністерстві юстиції України.

Міжнародний форум з питань прав людини вперше проводиться у стінах Київського університету права НАН України як відповідь на виклик часу. Тотальне нехтування гідністю і порушення прав людини, антитерористична операція на сході України, збільшення кількості людей з інвалідністю, недосконале пенсійне забезпечення та проблеми захисту прав дітей, що ставить на межу виживання колосальну кількість людей, не могли залишити осторонь наукову еліту.

Серед цілей проведення форуму організатори зазначили:

- розширення доступу для вчених та юристів-практиків до інформації про стан захисту гідності і прав людини в Україні,
- вироблення стратегії розвитку національного законодавства в сфері захисту гідності та прав людини;
- аналіз практики захисту гідності та прав людини в судах та інших органах державної влади;
- сприяння становленню наукових, ділових та особистих контактів між юристами України, розширення уявлення про роботу колег, які займаються спорідненою правовою проблематикою.

Форум став відкритим майданчиком для обговорення питань захисту гідності і прав людини, пошуку шляхів виходу із соціальної кризи, збереження довіри населення до держави.

У заході взяли участь представники вищих навчальних закладів, органів публічної влади, громадських організацій, експертів з України та зарубіжжя. Координатором роботи Міжнародного Форуму з прав людини виступила завідувач кафедри конституційного, адміністративного, господарського прав та процесу Київського університету права НАН України, д.ю.н., доцент Н. О. Армаш.

З вітальним словом та постановкою проблеми виступили співорганізатори Форуму. Ректор Київського університету права НАН України, професор Ю. Л. Бошицький привітав учасників Форуму та зазначив, що в Преамбулі Декларації ООН з освіти та виховання в області прав людини сказано: *«Кожна особа і кожний орган суспільства повинні прагнути шляхом освіти сприяти поважанню основних прав людини і основних свобод»*. Відтак, завданням будь-якого вищого навчального закладу є формування в молодого покоління життєвої філософії непорушності прав людини та утвердження верховенства права. Пріоритетом в діяльності Київського університету права НАН України завжди є і буде правова освіта та виховання правосвідомої молоді. Інноваційні форми і методи навчання, поєднання теорії та практики наближають молодих спеціалістів до бажаного рівня юриста-фахівця. Розуміння правової аксіоми – непорушності прав людини, – вкладається в свідомість студента вже на самих перших його університетських кроках.

Від Київської міської державної адміністрації учасників Форуму привітав заступник директора Департаменту освіти і науки, молоді та спорту – начальник управління сім'ї, молоді та спорту О. С. Трофимов. У своєму зверненні він наголосив на важливості пошуку нових форм захисту прав і свобод людини. Запевнив, що у поєднанні зусиль наукової спільноти та органів державної влади реальним є досягнення високого рівня захищеності прав людини в нашій державі.

Виступаючи з вітанням президент ВГО «Асоціація адвокатів України» О. О. Рачук зазначив, що ініціатива проведення Форуму зумовлена станом забезпечення прав і свобод людини в Україні. Адвокати, як ніхто інші, стикаються з порушеннями прав і свобод людини. Особливо загрозливою є тенденція до збільшення порушень з боку органів державної влади. На такі факти треба реагувати і адвокатура стоїть на сторожі інтересів громадян. Науковці мають також долучитися до пошуку оптимальних моделей забезпечення непорушності прав людини.

Для скріплення спільних планів президентом Асоціації адвокатів України та ректором Київського університету права НАН України підписано Меморандум про співпрацю.

На адресу організаторів Міжнародного Форуму надійшли письмові вітання з початком роботи від Голови Координаційної ради молодих юристів Міністерства юстиції України Андрія Бутенка та Президента Інституту політико-правових досліджень Олександра Герасименка.

Серед змістовних доповідей, в яких піднімалися серйозні питання захисту прав і свобод людини, захисту її честі та гідності в різних сферах суспільного життя, були доповіді К. І. Чижмарь, директора Центру перепідготовки та підвищення кваліфікації працівників юстиції, д.ю.н. про місце інституту нотаріату в системі захисту прав та свобод людини і громадянина; судді Конституційного Суду України у відставці, Голови Конституційного Суду України (2006–2007 р.), заслуженого юриста України І. П. Домбровського щодо конституційних гарантій захисту прав людини і громадянина; заступника директора Центру перепідготовки та підвищення кваліфікації працівників юстиції, д.ю.н., професора С. В. Петкова про реформування законодавства про адміністративну відповідальність як основу подолання корупції; доцента кафедри адміністративного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, к.ю.н. А. А. Пухтецької з актуальними питаннями захисту прав людини в адміністративних процедурах; Л. С. Дубчак, члена Правління Асоціації адвокатів України, адвоката, к.ю.н., доцента про права біженців та права осіб, які шукають притулку: проблеми теорії та практики; Голови Запорізького відділення ВГО «Асоціація адвокатів України», к.ю.н., доцента М. І. Трипольської про проблеми реалізації права на справедливий суд в Україні в контексті національного законодавства та практики Європейського суду з прав людини та інші цікаві доповіді.

В обговоренні взяли участь науковці та практики, яким небайдужий стан вирішення порушеної проблеми. Серед виступаючих були О. Ф. Андрійко, завідувач відділу проблем адміністративного права та державного управління, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України; Л. Г. Глушенко, заступник начальника відділу періодичних видань, поліграфії, Центр навчальних, наукових та періодичних видань Академії Служби безпеки України, к.ю.н.; В. О. Шамрай, завідувач кафедри фінансового, адміністративного права та державного управління, Український державний університет фінансів та міжнародної торгівлі, д.н.держ.упр., к.ю.н., професор, заслужений діяч науки і техніки України; Д. В. Журавльов, перший заступник директора Центру перепідготовки та підвищення кваліфікації працівників юстиції, д.ю.н.; О. А. Улютіна, доцент кафедри адміністративного і фінансового права, Національний університет біоресурсів і природокористування України, к.ю.н., доцент; Академії Служби безпеки України, д.ю.н., професор; О. В. Артеменко доцент кафедри адміністративного та фінансового права, Національний університет біоресурсів і природокористування України, к.ю.н., доцент; та інші науковці та практики.

У ході роботи Форуму було проведено презентацію навчального посібника «Права і свободи людини і громадянина в Україні», яку представили колектив авторів: В. М. Кампо, суддя Конституційного Суду України у відставці, к.ю.н., доцент, заслужений юрист України; І. В. Головань, адвокат, керуючий партнер АО «Головань і партнери», к.ю.н. та рецензенти М. І. Колос, суддя Конституційного Суду України у відставці, к.ю.н., доцент; Р. В. Губань, в.о. завідувача кафедри правознавства, Національний педагогічний університет ім. М. П. Драгоманова, к.ю.н., доцент.

Зміст посібника викликав жваве обговорення, адже містить інноваційний підхід до розуміння прав, свобод, честі та гідності людини.

## Правовий форум «Правники – суспільству»

У рамках проведення Всеукраїнського тижня права 7–12 грудня 2015 р. студенти-консультанти юридичної клініки «Фенікс» КУП НАН України взяли участь у роботі правового форуму «Правники – суспільству».

Це один з наймасовіших заходів Всеукраїнського тижня права, що покликаний слугувати суспільству, сприяти формуванню авторитету і довіри до юридичної професії, зміцнювати повагу до права.

Цьогорічний форум відбувся завдяки потужній підтримці Координатору проектів ОБСЄ в Україні, Проекту Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) «Справедливе правосуддя», Академії Адвокатури України та Європейському університету. Сотні громадян змогли отримати правову консультацію завдяки активній позиції низки адвокатських компаній, державних органів та юридичних клінік. У роботі форуму цього року взяли участь: Головне територіальне управління юстиції у м. Києві, Головне територіальне управління юстиції у Київській області, Державне підприємство «Українська правова інформація», Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, Міністерство внутрішніх справ України, Міністерство соціальної політики України, Міністерство освіти і науки України, Державна фіскальна служба України, Державна міграційна служба України, Пенсійний фонд України.

Відвідувачі форуму переважно цікавилися питаннями реєстрації прав на нерухоме майно, приватизації земельних ділянок, поділу спільного майна подружжя, порядку спадкування майна, оформлення права власності, призначення, виплати і перерахунку пенсій, захисту прав споживачів тощо.

На виставці також були представлені різні адвокатські об'єднання, юридичні компанії та юридичні клініки провідних вишів м. Києва.

Разом із тим, у рамках проведення правового форуму, студенти-консультанти юридичної клініки «Фенікс» КУП НАН України мали можливість відвідати майстер-класи відомих адвокатів-практиків. Перед майбутніми колегами виступили: Олександр Алексєєв, провідний науковий співробітник Київського науково-дослідного інституту судових експертиз; Ілона Колотілова, адвокат, член Всеукраїнської координаційної ради молодих юристів України; Денис Овчаров, адвокат, партнер практики правової безпеки бізнесу АО «Юскутум»; Андрій Слащук, старший партнер Компанія «ЕКСПЕРТсервіс УКРАЇН»; Олексій Кравченко – управляючий партнер Юридичної фірми «Профіт-Консул»; Станіслав Батрін, керівник проекту «Відкритий суд»; Микола Очкольда, керуючий партнер адвокатської компанії «Легітимус».

На завершення студенти-консультанти юридичної клініки «Фенікс» КУП НАН України висловили слова подяки організаторам та учасникам за надану можливість долучитися до роботи правового форуму в рамках проведення Всеукраїнського тижня права 2015 року.

### **Урочисте засідання Вченої ради з нагоди 20-річчя Київського університету права НАН України**

11 грудня 2015 р. відбулося урочисте засідання Вченої ради з нагоди 20-річчя Київського університету права НАН України.

Серед запрошених були високопоставлені гості, народні депутати, представники Адміністрації Президента України, Кабінету Міністрів України, Національної академії наук України, Міністерства освіти і науки України, провідні науковці, судді, представники дипломатичних місій та міжнародних організацій, Почесні доктори Київського університету права НАН України.

Для привітання з ювілеєм до Київського університету права НАН України прибули делегації з: Батумського державного університету ім. Шота Руставелі (Грузія), Тбіліського університету ім. Давида Агмашенебелі (Грузія), Варненського вільного університету ім. Чорноризця Храбра (Болгарія), Академічного співтовариства ім. Михайла Балудянського (Словацька республіка).

На адресу Київського університету права НАН України надійшли листи-вітання від Президента України, Прем'єр-міністра України, Апарату Верховної Ради України, першого заступника Голови Комітету з питань науки і освіти О. В. Співаковського, Національної академії наук України, Міністерства освіти і науки України та багатьох інших установ та закладів.

У своїй привітальній промові ректор, професор, заслужений юрист України Ю. Л. Бошицький зазначив, що історія університету починається з 12 грудня 1995 р., коли відбулася державна реєстрація Вищої школи права при Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Уже через кілька років, а саме з 2000 року, університет отримав нинішню назву і безпосередньо почав підпорядковуватися Національній академії наук України.

Нині Київський університет права НАН України посідає чільне місце серед профільних вищих навчальних закладів України та визнаний науковою спільнотою.

Зокрема, університет удостоєний почесного звання «Лідер сучасної освіти» та є Лауреатом I ступеня у номінації «Інновації у діяльності вищого навчального закладу з інтеграції в європейський освітній і науковий простір». За період з 2005 по 2015 роки був нагороджений 6-ма золотими, 1-єю срібною та 3-ма бронзовими медалями на міжнародних виставках «Сучасна освіта в Україні» та «Освіта і кар'єра». Протягом останніх 5-ти років університет отримав 7 гран-прі у різних номінаціях.

Святкування 20-річчя є визначною подією в житті нашого колективу. З перших днів існування університету ми прагнули, насамперед, створити навчальний заклад вищого ґатунку за формою, духом і змістом. Для цього ми постійно вдосконалювали якість освіти, застосовували сучасні технології в організації освітнього процесу, використовували позитивний інноваційний досвід провідних зарубіжних вузів, модернізували матеріально-технічну базу. Працювали не покладаючи рук для того, щоб університет отримав визнання і світову популярність, став лідером сучасної освіти в Україні.

З нагоди 20-річчя Київського університету права НАН України колектив відзначений подякою Прем'єр-міністра України, співробітники – почесними грамотами Президії НАН України, грамотами Святошинської районної в місті Києві державної адміністрації, подяками Голови Конституційного Суду України, грамотами Союзу юристів України, грамотами Української Православної Церкви та орденами, почесними грамотами, грамотами та подяками Київського університету права НАН України.

У рамках святкового заходу відбулася концертна програма класичної музики камерного оркестру «Франческа».

Після завершення урочистого засідання Вченої ради в університетській капличці преподобного Нестора Літописця відбувся молебень з нагоди ювілею університету.

### **Майстер-клас Надзвичайного Посланника і Повноважного Міністра Посольства Угорщини пана Ласло Чаба Пап**

16 грудня 2015 р. в рамках реалізації концепції майстер-класів, а також на запрошення ректора, професора Юрія Бошицького Київський університет права НАН України відвідав Надзвичайний Посланник повноважного Міністра Угорщини Ласло Чаба Пап.

На початку майстер-класу пан Ласло провів короткий екскурс в історію формування дипломатії. Доповідач звернув увагу аудиторії на ту обставину, що розвиток сучасних міжнародних відносин свідчить про необхідність пошуку нових гнучких дипломатичних форм реалізації державної політики. У світі відбувається постійна адаптація дипломатії до нових умов міжнародних відносин. Перед міжнародним співтовариством виникають нові виклики, на які слід гідно відповідати (проблеми загострення екології, тероризму, радикалізму тощо).

Сучасна дипломатія – це місток для реалізації співпраці між традиційними учасниками міжнародних відносин і спосіб вирішення політичних, економічних проблем та покращення цивілізаційних відносин.

Початок ХХ століття став початком формування мультиполярних світових відносин із участю Індії, Китаю, Бразилії та інших держав. Сучасні світові дефіцити стають причинами криз міждержавних відносин. Саме гнучкість і швидкість реагування на ці виклики – це можливість побудови нового міжнародного порядку.

Після завершення майстер-класу пан Ласло Чаба Пап відповів на питання аудиторії і провів дискусію із учасниками заходу.

## РЕДАКЦІЙНІ ПОВІДОМЛЕННЯ

---

---

### 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 додається 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.).**

---

**«Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази «Index Copernicus International» (Польща)**

---

**Ліцензійною угодою від 10.10.2014 р. «Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)**

---

### **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*