

# ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований  
у жовтні 2001 року

2016/4

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.,  
Онішук 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),  
Андраш Торма (Угорщина),  
Адам Махарадзе (Грузія),  
Герберт Шамбек (Австрія)

Рекомендовано до друку  
Вченою радою  
Київського університету права  
НАН України  
(протокол № 3 від 29.12.2016)  
Вченою радою  
Інституту держави і права  
ім. В.М. Корецького  
НАН України  
(протокол № 12 від 08.12.2016)

Передплатний індекс  
23994

ISSN 2219-5521

## ЗМІСТ

Бошицький Ю. Л., Ходаківська Т. В. Часопису Київського університету права – 15 років ..... 4  
Шемшученко Ю. С. Проблеми подальшого розвитку конституційного процесу в Україні ..... 7

### Видатні правознавці України

Усенко І. Б. Академік двох академій Ф. В. Тарановський ..... 9

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

Веклич В. О. Політико-правові аспекти системи протидії корупції: до питання  
щодо її ефективності й функціональної значущості (спрямованості) ..... 18  
Горбачев В. П. Прокурор на етапі возбуждения уголовного преследования  
за должностные преступления в Российской империи ..... 22  
Дудченко О. С. Конституційно-правовий статус суб'єктів права законодавчої  
ініціативи в УСРР в 1920–1930-х рр. .... 27  
Минькович-Слободяник О. В. Вплив економічних чинників на формування і розвиток  
правової та політичної культури ..... 30  
Островська Б. В. Позиція Ватикану щодо захисту цінності людського життя  
у світлі біоетики ..... 35  
Прокопенко І. П., Довгалюк В. С. Правові аспекти українсько-російських відносин  
1919–1922 рр. Втрата українського суверенітету ..... 38  
Коваль О. Я. Правові форми легітимації влади ..... 42

### Конституційне право та конституційний процес в Україні

Батанов О. В. Тенденції розвитку муніципальних прав людини в умовах глобалізації ... 47  
Журавльова Г. С. Забезпечення прав внутрішньо переміщених осіб:  
міжнародний досвід та Україна ..... 52  
Калиновський Б. В. Міжнародно-правові стандарти організації та функціонування  
місцевої публічної влади ..... 56  
Гринь А. А. Конституційні гарантії в ході проведення негласних слідчих дій у країнах  
Центрально-Східної Європи та України ..... 61  
Харатян Т. Н. Право людини на життя та суміжні з ним права в системі прав людини .... 66

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

Ozerskyi I. National police of Ukraine: issues of personnel policy and legal regulation ..... 70  
Карпунов В. В. Новітнє концептуальне праворозуміння функціональної природи  
органів прокуратури ..... 73  
Козачук О. С. Досвід функціонування спеціалізованих прокуратур України  
та країн Європи ..... 79  
Кулак Н. В. Актуальні питання правового статусу добровільних формувань в Україні .... 84  
Охотнікова О. М., Лесяк М. В. Роль державного управління в галузі використання  
і охорони земель сільськогосподарського призначення ..... 88  
Роговенко О. В., Пинчук Б. В. Партиципаторний бюджет місцевих громад ..... 92  
Трофімова Л. В. Вплив практики національних судів на здійснення фінансової  
політики держави ..... 95

Фукс Н. А. Теоретико-правові засади визначення сутності понять «універсалізація» та «спеціалізація» в банківській діяльності	100
Литвиненко Є. Ю. Загальна характеристика кодифікації адміністративного законодавства	105
Майданевич Г. А. Окремі питання нормативно-правового регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів	110
Одолодов Д. А. Правове регулювання діяльності інвестиційних банків	114
Потапов Є. В. Аналіз наукової думки щодо становлення державного кредитування будівництва житла	118
Рой О. В. Поняття нормативно-правового акта як предмета публічно-правового спору	121
Савенкова В. Г. Суть правових принципів здійснення банківської діяльності в Україні та Європейському Союзі	125
Уложенко В. М. Правові аспекти модернізації державного управління вищими навчальними закладами в Україні	130
Шашенко Я. В. Поняття державного фінансового контролю в законодавстві України	135
Шостаковський М. Л. Щодо визначення основних завдань органів управління фінансовою діяльністю в Україні	139

## Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні

Дякович М. М. Договір як підстава набуття суперфіцію	143
Запара С. І., Виглазова М. В., Коломієць І. С. Становлення інституту медіації в Україні	146
Шишка Р. Б. Методологія досліджень за спеціальністю 12.00.03	150
Антошкіна В. К. Поняття та правова природа судових інтерпретаційних актів	153
Великанова М. М. Окремі етапи розвитку вчень про ризик	156
Гончаренко О. М. Щодо співставного аналізу саморегулювання господарської діяльності	161
Григорчук М. В. Значення судового захисту в утвердженні конституційних засад під час здійснення діяльності суб'єктами господарювання	165
Демченко І. С. Найкращі інтереси дитини у сфері охорони здоров'я: український підхід	170
Захарченко А. М. Господарські відносини у сфері управління об'єктами державної власності як складова предмету господарського права	175
Кожевникова В. О. Межі здійснення суб'єктивних сімейних прав	179
Кот О. О. Поняття захисту суб'єктивних цивільних прав	184
Левківський Б. К. Способи захисту прав та інтересів дитини від зловживання батьківськими правами	189
Мащук Р. О. Методологічні аспекти легального врегулювання відносин за участю кооперативів	194
Опанасенко О. В. «Законні очікування» на пільги щодо сплати судового збору	198
Пленюк М. Д. Особливості механізму правового регулювання користування житлом	203
Степанов Є. В. Щодо окремих правових аспектів механізму набуття права власності на предмет іпотеки в позасудовому порядку	208
Гриник Л. І. Розірвання кредитного договору та визнання його недійсним: правові наслідки	212
Дика А. О. Сутність цивільного процесу та його значення для розробки оптимальних процедур, спрямованих на охорону та захист цивільних прав	217
Льоущенкова К. О. Особливості правового регулювання донорства грудного молока	221
Куліцька С. В. Компенсація немайнової (моральної) шкоди, заподіяної внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності органів судової влади	225
Панченко Є. В. Проблемні питання судового оскарження рішень, дій або бездіяльності державних виконавців щодо виконання рішень господарських судів	229
Снегірьов О. М. Статут гаражного кооперативу як джерело закріплення суб'єктивних прав його учасників	236
Ширшова В. М. Значення фармацевтичної діяльності в системі охорони здоров'я України	240

## Проблеми права інтелектуальної власності

Бошицький Ю. Л., Лузан А. В. Освіта в сфері інтелектуальної власності як складова інвестицій в людський капітал нації	245
Андрусів У. Б. Правові засади переходу України на цифрове мовлення	249
Гавловський В. Д. До питання захисту кіберпростору України	253
Рассомахіна О. А. Абсолютна підстава для відмови у наданні правової охорони торговельним маркам – їх описовий характер	257
Бондаренко О. О. Виникнення і розвиток правової охорони промислових зразків	263

## Аграрне, земельне та екологічне право

Макаренко О. Ю. Міжнародно-правова охорона атмосферного повітря	268
Гафурова О. В. Проблеми правового регулювання аграрних трудових відносин	272
Nitko O. Legal regulation of biosafety in Ukraine	276
Позняк Е. В. Проблеми розвитку еколого-правової культури туризму в Україні	280
Дударенко В. В. Поняття аграрних холдингів як суб'єктів аграрних правовідносин	286

## Кримінальне право та кримінологія

Мошак Г. Г. Німецький конгрес запобігання злочинності («DPT») та міжнародні аспекти його діяльності	290
Базіров С. Р. Дискусії щодо співучасті в необережному злочині до реформи кримінального законодавства 1958–1961 рр. (1917–1961)	293
Бакаянова Н. М. Принципи адвокатури	298
Білокінь Р. М. Підстави та умови застосування видалення з зали судового засідання як заходу кримінальної процесуальної відповідальності	302
Ващук О. П. Негласні слідчі (розшукові) дії: верифікація даних	306
Калиновський О. В. Предмет відання детектива (слідчого) в кримінальному судочинстві України	310
Мудрак І. В. Щодо обов'язкової участі представника потерпілого в кримінальному провадженні	313
Скрипа Є. В. Кримінально-процесуальна регламентація функціонування місць несвободи: національний та міжнародний досвід	316
Черниченко І. В. Впровадження інституту кримінальних проступків в Україні	320
Биков К. Г. Міжнародно-правові стандарти криміналізації корупційних злочинів, пов'язаних із незаконним заволодінням майном або іншими предметами	324
Білецька К. К. Судовий контроль та прокурорський нагляд за виконанням ухвали слідчого судді про обрання запобіжного заходу у вигляді особистої поруки	328
Вітрова Д. В. Соціально-правова обумовленість кримінальної відповідальності за сепаратизм	332
Карпова Н. Ю. Особливості визначення потерпілого від порушення права на захист	336
Краснопольська Л. П. Угоди як компромісне вирішення конфліктних ситуацій у кримінальному судочинстві України	340
Криворучко І. О. Вдосконалення кримінально-правової протидії терористичній діяльності з урахуванням світового досвіду	343

<i>Чечин М. Ю.</i> Завдання неформальної освіти засуджених до позбавлення волі .....	348
<i>Чорнуха О. С.</i> Об'єктивна сторона злочинів, пов'язаних із неправомірним збиранням, розголошенням та використанням комерційної таємниці .....	352

## Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство

<i>Гулиев А. Д. о.</i> Государственный терроризм – неотъемлемый элемент политики экспансии Нагорного Карабаха Азербайджана .....	356
<i>Пазюк А. В.</i> Європейські стандарти захисту персональних даних у поліцейському секторі: сучасний стан і тенденції розвитку .....	360
<i>Братко І. В.</i> Міжнародний суд ООН у розвитку міжнародного права .....	365
<i>Нуруллаєв І. С. о.</i> Наукові підходи щодо визначення поняття та видів міжнародної злочинності .....	368
<i>Попко В. В.</i> Місцеве самоврядування в Королівстві Данія .....	372
<i>Хмельова І. Є.</i> Ефективність міжнародного права (на прикладі інституту визнання в міжнародному праві) .....	379

## Гість номера

<i>Géza Jeszenszky.</i> Central Europe – the Stepchild of the West? .....	383
<i>Cservák Csaba.</i> The theory of the distribution of powers and its practical implementation .....	391
<i>Махарадзе А. О.</i> Судебном решении Конституционного суда Грузии относительно обратной силы уголовного закона .....	398

## Юридична практика

<i>Ореховський М. Л., Коломісць В. А.</i> Клопотання про повернення обвинувального акту прокурору, як інструмент захисту .....	403
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## Студентська трибуна

<i>Авраменко М. Ф.</i> Особливості правової природи фотографічних творів .....	405
<i>Влад В. Ф.</i> Роль органів прокуратури при забезпеченні виконання судових рішень .....	409
<i>Грицик А. С.</i> Відповідальність у разі невиконання чи неналежного виконання умов шлюбного договору .....	411
<i>Zayets V.</i> Implementation of the UN Guiding Principles on business and human rights in agribusiness with respect to lessons in the extractive sector .....	414
<i>Кириченко К. М.</i> Деякі проблемні аспекти вчинення морського протесту в Україні .....	422
<i>Матат А. В.</i> Загальні принципи права як сучасне джерело конституційного права України .....	426
<i>Федорова Д. О.</i> Проблеми правового регулювання розпорядження правами на добре відомі торговельні марки в Україні .....	430
<i>Школьніков В. І.</i> Застосування негласних методів розслідування у кримінальному процесі: зарубіжний досвід .....	434
<i>Шрамова О. С.</i> Здатність дитини на пренатальній стадії розвитку бути носієм суб'єктивних прав і обов'язків (пренатальна правоздатність) .....	438

## Рецензії

<i>Біленчук П. Д., Шульга О. О.</i> Правові і психофізіолого-криміналістичні засади безпекознавства в третьому тисячолітті .....	443
<i>Мяловицька Н. А.</i> Новий погляд на розвиток місцевої публічної влади в Україні .....	444
<i>Крижанівський А. Ф.</i> Конституціоналізація правового порядку: загальнотеоретичний вимір .....	445
<i>Коханов А. В.</i> Сучасний стан та перспективи розвитку експертної служби України в XXI столітті .....	447

## Наукова хроніка

Міжнародна конференція з питань інтелектуальної власності .....	450
Майстер-клас представників Асоціації адвокатів України .....	450
Круглий стіл на тему: «Сучасна кримінологічна наука і світова практика протидії злочинності» .....	451
VIII Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні проблеми правової системи України» .....	451
Міжнародна конференція з інтелектуальної власності (Женева, Швейцарія) .....	452
Зустріч делегації КУП НАНУ з Президентом Всесвітньої організації інтелектуальної власності Френсісом Гаррі .....	453
Відкриття щорічного Всеукраїнського тижня права .....	454
Майстер-клас Надзвичайного посланника і Повноваженого міністра Угорщини, заступника глави місії Ласло Чапа Пап .....	454
Англо-український семінар-дискусія щодо зобов'язань держав <i>ius cogens</i> .....	454
Круглий стіл на тему: «Кримінально-правові та криміналістичні засади протидії корупції» .....	455
Науковий семінар «Кодифікація трудового законодавства: проблеми, підходи та можливі наслідки для України» .....	456
II Форум з прав людини .....	458
Майстер-клас декана юридичного факультету Батумського державного університету ім. Шота Руставелі Адама Махарадзе .....	459

Редакційні повідомлення .....	460
-------------------------------	-----

**«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*

Свідцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16356-4828ПР від 19.02. 2010 р.  
Підп. до друку 30.12.2016. Формат 60×84 1/8. Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 53,5. Обл.-вид. арк. 61,9. Наклад 500 прим.  
Видання та друк: Київський університет права НАН України. 01601, м. Київ – 1, вул. Трьохсвятительська, 4. Тел. 278-73-11.

---

## **ШАНОВНИЙ ЧИТАЧУ!**

*Мої щирі вітання з нагоди 15-ї річниці заснування «Часопису Київського університету права».*

*Утворений на засадах тісного творчого співробітництва Київського університету права НАН України з Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, «Часопис» за роки свого існування став одним із провідних правознавчих журналів в Україні, широко доступною платформою для популяризації наукових юридичних знань, впровадження сучасних європейських методологічних засад у процес якісної підготовки юридичних кадрів.*

*Бажаю всім, хто причетний до видання цього журналу, подальших творчих успіхів, а його читачам задоволення їхнього інтересу до розширення юридичних знань. Хай щастить!*

**Ю. С. Шемшученко,**  
*головний редактор «Часопису Київського університету права»,  
почесний ректор Київського університету права НАН України,  
академік НАН України*

**ЧАСОПISУ КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА – 15 РОКІВ**

Нещодавно науково-теоретичному щоквартальнику «Часопис Київського університету права» виповнилося 15 років. У жовтні 2001 року він був заснований із метою поширення інформації про результати наукових досліджень з фундаментальних проблем держави і права, отриманих у Київському університеті права, Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України та інших науково-дослідних закладах.

Вже у 2002 році Постановою Президії ВАК України часопис внесено до списку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки».

За ці роки відбулися істотні соціально-політичні зміни в країні. Вони трансформували всі сфери життя, у тому числі й юридичну науку. При цьому слід наголосити, що саме юридична наука, глибоко пов'язана з формуванням суспільної свідомості та правосвідомості, виступає запорукою розбудови України як правової та демократичної держави.

Тому змінювався й «Часопис»: розвивався, збільшував свій формат, обсяг і наклад, набував все більшої популярності та завойовував авторитет читачів. Так, якщо в № 1-2001 містилося 14 фахових статей, то в № 4-2016 – вже 103. За цей час обсяг журналу збільшився з 96 до 460 сторінок. У часописі опубліковано більш як 3500 фахових статей.

Із 2010 року «Часопис» виходить в оновленому та осучасненому форматі, з удосконаленою тематикою.

На сторінках журналу друкуються статті провідних вітчизняних та зарубіжних фахівців у сфері юриспруденції, висвітлюються актуальні проблеми всіх галузей права, а також теоретичні та практичні питання, що виникають у юристів під час здійснення ними професійної діяльності.

Часопис пишається своєю потужною науковою редакційною колегією, до складу якої входять такі відомі вітчизняні вчені, як-от: Ю. С. Шемшученко – академік НАН України, директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Ю. Л. Бошицький – професор, ректор Київського університету права НАН України; О. Ф. Андрійко – доктор юридичних наук, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; О. В. Батанов – доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; В. П. Горбатенко – доктор політичних наук, провідний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; О. М. Костенко – доктор юридичних наук, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; П. Ф. Кулинич – доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; М. В. Онішук – доктор юридичних наук, ректор Національної школи суддів; Н. М. Пархоменко – доктор юридичних наук, вчений секретар Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; К. О. Савчук – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; І. Б. Усенко – кандидат юридичних наук, професор, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; О. В. Чернецька – кандидат юридичних наук, проректор Київського університету права НАН України.

Міжнародна науково-освітня діяльність є одним із сучасних пріоритетів нашого розвитку й активно здійснюється в рамках угод про співпрацю, укладених із 22 країнами світу та 47 навчальними закладами. Основними положеннями цих угод є обмін науковим досвідом, спільна науково-дослідницька діяльність. Часопис має тісні наукові зв'язки з багатьма закордонними навчальними закладами держав СНД, США, Європи та Близького Сходу.

У зв'язку з цим, починаючи з 2011 року, до складу редакційної колегії часопису ввійшли представники зарубіжних закладів та установ, зокрема Богуслав Банашек – директор Інституту конституційного права Вроцлавського університету (Польща); Уільям Батлер – доктор права, професор Пенсільванського університету (США); Ванда Ламм – професор міжнародного права, член-кореспондент Угорської академії наук (Угорщина); Арнольд Варенвальд – доктор права (Німеччина); Герберт Шамбек – професор, экс-президент Бундесрату Австрійської Республіки (Австрія); Райнер Арнольд – професор Регенсбурзького університету, завідувач кафедри ім. Жана Моне з європейського права (Німеччина); Адам Махарадзе – декан факультету соціальних наук, бізнесу і права Батумського державного університету (Грузія), Андраш Торма – професор, ректор Мішкольського університету (Угорщина).

Нова практика часопису – це можливість опублікування мовами оригіналів праць відомих іноземних науковців та юристів-практиків. На наше глибоке переконання, нові можливості сприяють апробації результатів наукових досліджень, а також обговоренню нових тенденцій у вітчизняній та закордонній юридичній науці й освіті.

Зокрема за ці роки авторами нашого журналу стали представники різних наукових та навчальних закладів Австрії, Азербайджану, Білорусі, Грузії, Литви, Молдови, Німеччини, Польщі, Росії, Словаччини, США, Угорщини, Чехії тощо.

Часопис як науково-теоретичне видання постійно розширює свої рубрики. Спеціально для молодих дослідників у 2010 році запроваджено рубрику «Студентська трибуна», адже необхідність здійснення науково-дослідної діяльності студентів університет сприймає як аксіому, оскільки характерною особливістю вищої освіти є органічне поєднання навчального та наукового процесів, що сприяє підвищенню якості підготовки фахівців з вищою освітою, поглибленому вивченню програмного матеріалу, розвитку наукового мислення і творчого підходу до вирішення теоретичних та практичних завдань майбутньої діяльності. У студентів завдяки науково-дослідній діяльності формується певний рівень навичок, умінь та творчого потенціалу.

У 2011 році започатковано рубрику «Гість номеру», у якому опубліковані десятки статей як вітчизняних, так і зарубіжних науковців та громадсько-політичних діячів.

У 2016 «Часопис Київського університету права» започатковував нову рубрику «Видатні правознавці», присвячену тим вітчизняним фахівцям, чий імена золотими літерами вписані в книгу пам'яті української юриспруденції. У № 1-2016 цикл науково-біографічних розвідок відкриває стаття про одного з основоположників української історико-правової науки, академіка М. П. Василенка, 150-річчя від дня народження якого нещодавно широко відзначила наукова громадськість. Другий номер розповідає про наукову спадщину уродженця Закарпаття, видатного філософа і правознавця Петра Дмитровича Лодія. У № 3-2016 цикл продовжує публікація про життєвий і творчий шлях та наукові концепції генезису української держави видатного історика, державознавця, громадського й політичного діяча М. С. Грушевського. В останньому номері за цей рік міститься унікальний матеріал, присвячений видатному правознавцю, академіку УАН та Сербської королівської АН Федору Васильовичу Тарановському.

У щойно започаткованому розділі «Юридична практика» провідні українські юристи діляться своїм досвідом роботи із читачами нашого журналу, а також наводять приклади з судової практики.

Отже, нині «Часопис Київського університету права» складається із 19 розділів, на його сторінках відображені актуальні проблеми теорії та історії держави і права, філософії права, конституційного права та конституційного процесу, адміністративного права і процесу, фінансового права, інформаційного права, цивільного та підприємницького права, права інтелектуальної власності, аграрного, земельного та екологічного права, кримінального права та кримінології, правової системи України й міжнародного права, порівняльного правознавства, юридичної освіти.

Поряд із цим, часопис оперативно інформує наукову та юридичну громадськість про нові видання в галузі юриспруденції, розміщує на своїх сторінках рецензії на наукові та навчальні видання. Значну увагу приділено висвітленню наукових заходів, що відбуваються як в університеті, так і за його межами. Також у журналі публікуються новинки академічного життя.

Постійно шириться коло наших читачів. Нині кожен номер «Часопису», що побачив світ, можна читати й на сайті Національної бібліотеки ім. В. І. Вернадського. Електронна версія журналу також розміщена на університетському сайті.

У 2014 році побачила світ електронна збірка «Часопису Київського університету права» за 2001–2013 роки. Електронний архів, випущений на CD-диску, містить повнотекстові версії журналів у форматі PDF.

Журнал можна передплатити у будь-якому поштовому відділенні. Слід зазначити, що кількість наших передплатників щороку зростає. Часопис також розповсюджується в системі органів державної влади та управління, системі вищої освіти України, юридичних навчальних закладах, правничих фірмах тощо.

За підсумками V Всеукраїнського конкурсу на краще юридичне видання у номінації «Періодичні юридичні видання, часописи тощо» йому було присуджено першу премію за висвітлення широкого спектра проблемних питань реформування правової системи та законодавства України.

Часопис прагне не лише національного визнання, а й міжнародного статусу. Сьогодні він інтенсивно розширює та поглиблює закордонні контакти, сприяє розвитку міжнародного співробітництва.

Свідченням відповідності нашого видання фаховим вимогам стало й те, що у 2014 році «Часопис» включено до двох наукометричних баз – [Index Copernicus International \(Польща\)](#) та [HeinOnline \(США\)](#).

Index Copernicus International – це міжнародна платформа для просування наукових досягнень, у тому числі наукових видань.

HeinOnline – найбільша у світі база повнотекстових юридичних журналів, що пропонує колекцію електронних періодичних видань з різних правових питань і дисциплін. Доступ до цієї бази даних мають 175 країн світу.

Ці бази мають кілька інструментів оцінки продуктивності, що допомагають відслідковувати вплив наукових робіт і публікацій, окремих вчених або науково-дослідних установ.

Саме тому, відповідно до наказу Міністерства освіти і науки, молоді та спорту від 17 жовтня 2012 року № 1112 «Про опублікування результатів дисертацій на здобуття наукових ступенів», публікація в нашому журналі прирівнюється до публікації в міжнародних виданнях.

П'ятнадцятирічна історія Часопису Київського університету права має одну відмітну рису – стабільний багатовекторний розвиток, незважаючи на будь-які обставини. Це принцип існування Часопису, його ідейна основа.

Отже, можна з упевненістю сказати, що «Часопис Київського університету права» розвивається, він визнаний науковою громадськістю та користується заслуженим авторитетом. Тож побажаймо йому подальшого процвітання задля розвитку юридичної науки та освіти!

*Ю. Л. Бошицький,  
професор, заслужений юрист України,  
ректор Київського університету права НАН України*

*Т. В. Ходаківська,  
редактор «Часопису Київського університету права»*

**Ю. С. ШЕМШУЧЕНКО**

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

**ПРОБЛЕМИ ПОДАЛЬШОГО РОЗВИТКУ  
КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРОЦЕСУ В УКРАЇНІ**

Минуло понад 20 років від дня прийняття чинної Конституції України. Але вже в перші роки дії Основного Закону посипалися пропозиції про доцільність внесення змін до нього. Практично всі президенти намагалися зробити Конституцію «під себе». Це врешті-решт призвело до затяжного конституційного процесу в Україні, який з перемінним успіхом триває й нині. Але як у минулому, так і зараз цьому процесові властивий один важливий недолік: спроби вдосконалення Конституції України не мають системного характеру та недостатньо науково обгрунтовані. А тому даний процес має свій початок, але не видно йому кінця.

Відомо, що 3 березня 2015 р. Президент України П. Порошенко підписав Указ «Про Конституційну Комісію» з метою напрацювання нею узгоджених пропозицій щодо змін до Конституції України. У складі даної Комісії було утворено три робочі групи: а) з питань прав, свобод та обов'язків людини і громадянина; б) правосуддя та суміжних правових інститутів; в) з питань децентралізації. Передбачалося, що відповідні зміни будуть внесені до кінця 2015 року. Але сталося не так, як гадалося. На сьогодні є реальний результат тільки в діяльності групи з питань правосуддя. Її напрацювання лягли в основу прийнятого 2 червня 2016 р. Верховною Радою України Закону «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», який набрав чинності 30 вересня 2016 року.

Системний підхід до вдосконалення Основного Закону вимагає вирішення багатьох методологічних питань у цій галузі. Зокрема, зміни до Конституції мають впливати з об'єктивних суспільних потреб. Ці зміни не повинні вноситися під певну політичну силу, а тим паче під окрему політичну особу. Конституція має концентрувати та виражати волю людей, загальнонародні інтереси, акумулювати адекватні моделі розвитку, спрямовані на досягнення довгострокових і стратегічних суспільних цілей. Останні мають відповідати загальним міжнародним стандартам, принципам та вимогам міжнародно-правових актів у сфері прав людини.

Зміни до Основного Закону повинні ґрунтуватися на напрацюваннях фахових конституційних ініціатив та науково вивірених концепціях, що підтримуються суспільством. А конституційний процес має бути науково обгрунтованим, позбавленим кон'юнктури, суб'єктивізму й політичної заангажованості. Його метою має стати конституційно-політичний діалог/полілог, об'єднання та консолідація суспільства.

Запорукою успіху та результативності конституційного процесу є його фахове науково-експертне забезпечення, залучення до розробки пропозицій і змін до Основного Закону провідних учених-правознавців. Наукове забезпечення передбачає насамперед потребу методологічного осмислення наявних проблем конституційного оновлення, використання досягнень конституційної думки та теоретичних напрацювань вітчизняних і зарубіжних вчених. Підготовці та внесенню змін до Основного Закону мали б передувати детальний науковий аналіз та узагальнення досвіду реалізації чинної Конституції, врахування тенденцій і розвитку сучасного вітчизняного та світового конституціоналізму, що об'єктивно визначило б ключові проблеми конституційних змін. Без критичного узагальнення практики реалізації чинної Конституції, виявлення наявних проблем неможливе якісне вдосконалення Основного Закону України. Йдеться не про якусь абстрактну потребу конституційних змін узагалі, а про їх конкретику та об'єктивність. У зв'язку з цим має бути чітко сформульована й визначена мета необхідного оновлення Основного Закону, закріплена у відповідній концепції.

Вітчизняний досвід свідчить, що взаємовідносини між гілками влади значною мірою залежать від персоналізації окремих інститутів державної влади. Головними рушіями конституційних ініціатив були інтереси чи прагнення політичних сил до розширення повноважень глави держави або їх звуження на користь уряду чи парламенту залежно від політичних симпатій чи антипатій до інституту президенства. Питання про створення ефективного механізму державного управління залишається актуальним і нині.

На особливу увагу заслуговує питання щодо оновлення основ конституційного ладу, які закріплені в загальних засадах Розділу I Конституції. Ці засади становлять першооснову Конституції, виступають запорукою ефективності всього Основного Закону, надають йому загального стабілізаційного значення. Вся Конституція має будуватися відповідно до положень основ конституційного ладу.

Нині принаймні чотири з шести груп норм конституційного ладу потребують модернізації. Це, зокрема норми, що стосуються змісту діяльності держави; процесу інституювання державної влади; функціонування громадянського суспільства; основ зовнішньої політики та євроінтеграції. Тому внесення змін до інших розділів Конституції спричиняє об'єктивну потребу оновлення основ конституційного ладу. А це вимагає більш чіткого визначення характеру змісту конституційних змін послідовності етапів роботи, забезпечення системності в удосконаленні Основного Закону тощо. Слід також мати на увазі, що внесення змін до I розділу Конс-

титутції потребуватиме затвердження їх всеукраїнським референдумом. Це вимагає посилення співпраці влади і суспільства, влади і науки в конституційному процесі. На жаль, зараз чимало громадян не розуміє призначення конституційних змін, їх спрямованості, позитивного потенціалу для переоблаштування держави і суспільства на засадах демократії та інноваційного розвитку.

Суспільству має бути донесена ідея конституційних змін, їх розуміння. А для цього підготовка та внесення змін до Конституції мають відбуватися в ході конституційного процесу на засадах відкритості, публічності, гласності, прозорості, вільного та конструктивного обміну думками, широкого громадського та експертного обговорення.

Оновлена Конституція України має бути пронизана принципом людиноцентризму (народовладдя). Цей принцип передбачає побудову системи соціальних цінностей таким чином, щоб її вершиною була людина, а не держава. У загальній формі даний принцип зафіксований у ст. 5 Конституції України, у якій говориться, що носієм суверенітету і єдиним джерелом державної влади є народ України. Ця формула, проте, не наповнена реальним змістом і є недостатньо конкретизованою в чинній Конституції. У цьому зв'язку доцільним було б:

а) конституювати інститут **громадянського суспільства** та посилити його вплив на стан і характер функціонування публічної влади. Йдеться, зокрема про конституційне закріплення прав громадян на законодавчу ініціативу, здійснення громадського контролю за діяльністю органів державної влади і місцевого самоврядування, оновлення виборчого законодавства та законодавства про всеукраїнський і місцевий референдуми;

б) відобразити у Преамбулі Конституції положення про її прийняття українським народом. Саме **народ**, а не парламент, визнається суб'єктом прийняття конституцій у більшості держав світу. Це стосується як держав, де конституції юридично приймаються через парламент, так і шляхом референдуму;

в) зафіксувати в Основному Законі норму про те, що невиконання встановлених Конституцією та законами України обов'язків призводить до притягнення винних у цьому осіб до юридичної відповідальності. Неприпустимою є відмова в застосуванні **норм прямої дії** Конституції внаслідок відсутності законів, які конкретизують ці норми;

г) включити до Конституції положення про посилення інституційного механізму забезпечення прав і свобод громадян. У цьому контексті сумнівним є вилучення з чинної Конституції функції прокуратури про представництво інтересів громадян у суді. Схоже, що наша прокуратура в такому разі не скоро змінить свій статус з «ока государева» на «око народу».

Ще одна проблема стосується Конституції як основи для розвитку правової системи України. Чинний Основний Закон став важливим стимулюючим фактором для розвитку даної системи. Нагадаємо, що перед проголошенням незалежності в Україні діяло 26 власних законів і 13 кодексів.

Тільки протягом останніх 10 років прийнято понад 2600 законів, що становить 44 відсотки всіх чинних законів. За роки незалежності ратифіковано понад 1 тис. міжнародних договорів, які стали складовою частиною національно-правової системи.

За кількісними показниками ми вже обійшли більшість європейських країн, а за якісними – істотно відстаємо від них. За 20 років ми не спромоглися прийняти 16 так званих конституційних законів, тобто безпосередньо передбачених Конституцією. З прийнятих законів майже 70 відсотків становлять закони про внесення змін до законів. До деяких законів внесено по 50 і більше змін (про податки, власність тощо), що свідчить про низьку якість нормотворчої діяльності. У процесі нормотворення далеко не завжди враховується світовий і європейський досвід.

Як зазначав свого часу Вольтер, велика кількість законів, як і лікарів, свідчить про хворобу суспільства. На жаль, наші парламентарі останнім часом приймають закони під впливом олігархічних груп і далеко не завжди якісні. Залишається також без відповіді питання: скільки законів і підзаконних актів необхідно для підтримання в належному стані національної правової системи, яким є оптимальне співвідношення між законами та підзаконними нормативними актами?

Це результат відсутності єдиної правової політики в державі, науково обґрунтованих програм і планів законодавчої роботи. Вкрай незадовільними є кодифікація й систематизація законодавства. Слабо використовується інститут експертизи в нормотворчій діяльності.

У якісному оновленні Конституції України й розвитку конституційного права багато залежить від подальшого розвитку теорії конституціоналізму. Вчені Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України і Київського університету права традиційно беруть активну участь у відповідних конституційних заходах і роблять політичний внесок у наукові дослідження конституційного процесу. Вони є членами Конституційної Комісії, підготували й видали за роки незалежності понад 40 ґрунтовних теоретичних монографічних досліджень з конституційного права та кілька підручників, провели понад 25 національних та міжнародних наукових конференцій, присвячених Конституції України тощо. Таким чином, закладено якісний теоретичний фундамент для подальшого вдосконалення тексту Конституції України і підвищення ефективності її реалізації. Потрібні лише практичні кроки для більш широкого і глибокого використання досягнень конституційно-правової науки для вдосконалення конституційного процесу в Україні.



УДК 340.12

### І. Б. УСЕНКО

*Ігор Борисович Усенко, кандидат юридичних наук, професор, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

### АКАДЕМІК ДВОХ АКАДЕМІЙ Ф. В. ТАРАНОВСЬКИЙ\*

Серед перших академіків-фундаторів у відомому указі гетьмана П. П. Скоропадського про заснування Української Академії наук у Києві названо прізвище Ф. В. Тарановського, постать якого, життєвий та творчий шлях до недавнього часу була загадкою для багатьох дослідників історії української академічної науки. Радянські довідкові видання обходили стороною сумнівну, на думку ідеологічних цензорів, постать вченого-емігранта, а тому тривалий час мало не єдиним джерелом біографічної інформації про нього для фахівців служила лише коротенька довідка в «Югославській енциклопедії»<sup>1</sup>.

Утім, час все розставляє на свої місця і зусиллями вітчизняних та деяких зарубіжних дослідників відбулася своєрідна громадсько-політична реабілітація вченого, а його творчість здобула належне визнання. З'явилася можливість здійснити й наукову реконструкцію біографії опального академіка, виключеного свого часу зі списків Всеукраїнської Академії наук.

Майбутній академік народився 24 травня 1875 р. у Плонську – повітовому місті Плоцької губернії Царства Польського. (У ряді джерел подаються інші дати народження вченого, але саме ця видається найдостовірнішою.) Про родину і дитячі роки Тарановського відомо небагато. Його батько належав до відомого на Волині священницького роду Тарановських, але сам після здобуття освіти в духовній семінарії, вступив на державну службу і з часом набув спадкового дворянства<sup>2</sup>. Мати походила із зубожілої польської шляхетської сім'ї Ридзиковських.

Після закінчення зі срібною медаллю 6-ї Варшавської чоловічої гімназії Ф. В. Тарановський вступив 1892 р. на юридичний факультет Імператорського Варшавського університету. За своїм духом це був досить консервативний навчальний заклад, який вважався опорою русифікаторської політики на включених до складу імперії польських землях. Проте серед викладачів поряд із обмеженою, застиглою в розвитку «казанною професурою» працювали і першорядні спеціалісти, які залишили помітний слід у тогочасному правознавстві. До останніх, зокрема, належали Ф. Ф. Зігель – автор праці про Законник Стефана Душана та його перекладач, який обіймав єдину в російських університетах кафедру історії права слов'янських народів; Ф. І. Леонтович – професор історії російського права, фундатор школи істориків так званого західноруського права; і В. Н. Олександренко – один із найкращих у Росії фахівців з міжнародного права. Серед учителів Ф. В. Тарановського був і професор державного права О. Л. Блок (батько видатного поета), до якого Федір Васильович все життя ставився з великою любов'ю і повагою.

У студентські роки Ф. В. Тарановський повною мірою виявив свої здібності дослідника. Вже на другому курсі він написав роботу «Юридичне положення литовсько-руської шляхти за земськими привілеями і Литовським Статутом у трьох його редакціях», а в 1895 році у Санкт-Петербурзі була надрукована за редакцією В. Єсіпова «Загальна частина. Книга про злочини», де містився переклад «Кримінального уложення Царства Польського 1818 року», зроблений Федором Васильовичем.

Під керівництвом Ф. І. Леонтовича молодий дослідник також підготував ґрунтовну, зовсім не учнівську за науковим рівнем працю, яка була надрукована у збірнику «Варшавские университетские известия» під назвою «Обзор памятников магдебургского права западнорусских городов литовской эпохи. Историко-юридическое исследование». Цю працю 22 травня 1896 р. рада університету відзначила золотою медаллю і одночасно було вирішено на пропозицію Ф. І. Леонтовича залишити Федора Васильовича при університеті «стипендіатом для приготування до професури по кафедрі історії російського права»<sup>3</sup>. Названа публікація молодого дослідника була відразу помічена науковою громадськістю і викликала схвальні рецензії в кількох виданнях. Зокрема Ф. І. Леонтович, оцінюючи свого учня, не скупився на добрі слова; «без сумніву талановите дослідження... чудові своєю ґрунтовністю, правильністю і науковою цінністю висновків етуди...»<sup>4</sup>. Цікаво, що навіть значно

© І. Б. Усенко, 2016

\* В основі нарис лежить розділ про життєвий і творчий шлях Ф. В. Тарановського, підготовлений для наукового видання «Члени-засновники Національної академії наук України» (Київ, 1998), доповнений і уточнений у ході подальших наукових пошуків автора і його учнів.

пізніше, в часи, коли творчість правознавця вперто замовчувалася, саме це його дослідження дістало позитивну оцінку в багатотомному офіційному виданні «Очерки истории исторической науки в СССР»<sup>5</sup>.

Наукова цінність монографії полягала в тому, що молодому правознавцю вдалося сказати своє власне слово в полеміці, яка велася переважно корифеями історичної і юридичної науки. Так, видатний український історик В. Б. Антонович вважав, що магдебурзьке право вплинуло лише на зовнішню форму міського устрою, а як юридичне джерело використовувалися майже виключно норми звичаєвого права. Іншої думки дотримувався патріарх історико-юридичної науки М. Ф. Владимирський-Буданов, вважаючи, що саме магдебурзьке право було основним джерелом, а правові звичаї не мали великого значення. Ф. В. Тарановському вдалося знайти переконливі аргументи на користь більш зваженої позиції, зміст якої полягав у визнанні паралельної дії традиційного звичаєвого права і запозиченого магдебурзького права. Молодий вчений також чітко визначив, що з багатьох збірок магдебурзького права в західноукраїнських містах діяли лише польські переробки Б. Гроїцького і П. Щербича, проаналізував ті розбіжності, які існували між останніми і німецькими оригіналами.

Для підготовки до подальшої науково-викладацької діяльності в галузі історії права Ф. В. Тарановського офіційно закріпили за кафедрою державного права. Цей парадокс зумовлювався тим, що з історії права в той час наукових ступенів не присуджувалося і переважна більшість фахівців відповідного профілю складала магістерські іспити та захищали дисертації з державного права. Для становлення молодого вченого це мало навіть позитивне значення, оскільки, крім Ф. І. Леонтовича, ним зацікавилися також О. Л. Блок і В. Н. Олександренко, а на шляху до викладацької кар'єри довелося скласти магістерські іспити не тільки з історії російського права, а й з історії політичних вчень, державного та міжнародного права.

В архівах зберігся план підготовки вченого до магістерського іспиту, складений Ф. І. Леонтовичем. Ф. В. Тарановський мав опрацювати значний обсяг документальних першоджерел і наукової літератури не лише з руського, а й із візантійського й монгольського права.

З огляду на всю подальшу наукову діяльність Ф. В. Тарановського, зауважимо що така всебічна підготовка сприяла формуванню специфічних творчих інтересів вченого і його справді унікального методу дослідження, коли проблеми історії права (насамперед – державного права) розглядалися крізь призму політичних доктрин свого часу, історичні факти ставали основою широких теоретичних узагальнень, а державно-правовий лад однієї країни аналізувався в широкому європейському і світовому контексті.

Федір Васильович блискуче склав магістерські іспити, але на юридичному факультеті Варшавського університету не існувало посад приват-доцентів для магістрантів, тобто на кожній кафедрі міг бути тільки один викладач (професор або доцент). Кафедру історії російського права посідав його вчитель Ф. І. Леонтович, тому 1899 р. Ф. В. Тарановський прийняв пропозицію на посаду виконуючого обов'язки доцента на вакантній кафедрі енциклопедії права (зараз аналогічну дисципліну називають теорією держави і права). У вересні 1899 р. він розпочав свій курс зі вступної лекції на тему «Інтерес і моральний обов'язок у праві», в якій проводив думку про обмеженість утилітарного підходу до права і необхідність звертати увагу на моральну обумовленість правових норм<sup>6</sup>.

Протягом трьох навчальних років Федір Васильович викладав студентам енциклопедію права, а також історію філософії права (нині відповідний курс називається історією політичних і правових вчень), акцентуючи увагу на методології юридичної науки, досліджуючи різні наукові школи тощо. Перерви в заняттях і канікули вчений використовував для роботи над дисертацією та регулярно поповнював знання в університетах Гейдельберга, Геттінгена і Берліна, працював у бібліотеках Німеччини і Франції. Під час однієї з таких поїздок він у рамках роботи Російської секції Міжнародної школи, організованої у зв'язку з Паризькою всесвітньою виставкою 1900 р., прочитав публічну лекцію на тему «Вивчення і навчання історії російського права», в якій значну увагу приділив становленню порівняльного правознавства у Західній Європі.

А влітку 1902 р. він разом із дружиною Марією Миколаївною Стефані і донькою, якій тільки-но виповнилося 6 тижнів, виїхав на кілька місяців до Гейдельбергу, де працював в університетській бібліотеці, слухав лекції Г. Сліпнека, досліджував юридичну науку в Німеччині XVI–XVIII століть<sup>7</sup>.

Невдовзі після повернення до Варшави Ф. В. Тарановський дізнався, що цілком несподівано для колег Ф. І. Леонтович подав у відставку. Як наслідок, упродовж першого півріччя Федір Васильович читав лекції як з енциклопедії, так і з історії права, а на початку 1903 р., незважаючи на протидію окремих професорів, вже офіційно повністю перейшов на кафедру історії російського права. Недоброчливі вбачали в цьому певну наукову безпринципність і навіть публічно докоряли за це Ф. В. Тарановському, хоча прямо й не називали його прізвища<sup>8</sup>. Та всією своєю подальшою науковою й викладацькою діяльністю вчений переконливо довів, що жодна з цих дисциплін не була «прохідною» у його житті і творчості. Місце ж на кафедрі енциклопедії права посів Є. В. Спекторський, з яким Ф. В. Тарановський разом вчився в гімназії, а потім товаришував у студентські роки.

Упродовж кількох наступних років вчений надрукував низку праць, які свідчать про широту його наукових інтересів та про непересічні здібності. Більшість цих досліджень було апробовано у виступах на засіданнях Товариства історії, філології і права при Варшавському університеті. Схвальну оцінку рецензентів, зокрема, дістала опублікована 1902 р. доповідь про розвиток порівняльного вивчення права в Західній Європі<sup>9</sup>.

Порівняльно-правовий метод широко застосовував і сам дослідник у таких працях, як «Государственная практика и канцелярская наука в XVIII веке в Германии» (1902 р.), «Феодализм в России» (1902 р.), «Политическая доктрина в наказе императрицы Екатерины II» (1903 р.). Перша з цих робіт поклала початок циклу праць, об'єднаних спільною ідеєю визначення впливу на розвиток державного права діяльності юристів (вчених, практиків, парламентських і судових працівників тощо).

Другою роботою молодий дослідник включився у велику дискусію, підтримуючи революційні для свого часу погляди М. П. Павлова-Сільванського, який виступив проти панівного тоді погляду про відсутність феодалізму у слов'ян. Підтримали М. П. Павлова-Сільванського і дуже авторитетні фахівці М. І. Карєєв, М. М. Ковалевський та П. М. Мілюков, але навіть на такому блискучому тлі аргументи Ф. В. Тарановського не загубилися і не знецінилися.

Третя із зазначених робіт базувалася на порівнянні державно-правових поглядів Катерини II з ідеалами Монтеस्क'є. Позитивно оцінюючи спробу імператриці закласти ідею законності в основу доктрини самодержавства, учений зауважує на обмеженості та непослідовності проголошених змін і врешті-решт приходиться до досить сміливого висновку, що між поглядами Монтеस्क'є і Катерини II мало спільного, що ідеалом імператриці виступала поліцейська, а не правова держава.

До творчого доробку вченого слід віднести і змістовну рецензію на працю професора юридичного факультету Діжонського університету М. Деляндра «Кризис политической науки и проблема метода», опубліковану Ф. В. Тарановським 1902 р. в «Журнале Министерства народного просвещения». Федір Васильович детально проаналізував основні положення рецензованої праці, яка була досить популярною, і дійшов невтішного висновку, що саме так не слід писати методологічні трактати.

Відповіді на питання, а як же слід писати подібні праці, вчений спробував у своїй монографії «Юридический метод в государственной науке. Очерк развития его в Германии», яка побачила світ у Варшаві 1904 р. Спроба виявилася вдалою, книга викликала позитивні відгуки, і 9 жовтня 1905 р. Ф. В. Тарановський прилюдно захистив її в Петербурзькому університеті як дисертацію на ступінь магістра державного права.

Невдовзі після захисту вченого обирають професором Демидовського юридичного ліцею в Ярославлі на місце іншого відомого фахівця, у майбутньому теж академіка УАН М. І. Палієнка, який перейшов до Харківського університету. Ф. Тарановський залишає Варшавський університет, де вже встиг посісти певне становище і навіть досить впливову посаду секретаря факультету. Причиною цього кроку стало насамперед те, що Варшавський університет внаслідок його бойкоту студентами-поляками з 1905 р. фактично перестав існувати як навчальний заклад і продовжував свою діяльність лише як наукова установа.

2 листопада 1906 р. у Ярославлі відбулась перша вступна лекція новообраного професора на тему «Історичний і методологічний взаємозв'язок історії, догми і політики права». Лекція ця є доволі цікавою, зокрема, для розуміння поняття догми права, яке часто зустрічатиметься в подальших працях вченого. Ф. В. Тарановський, як і його сучасники, вважав, що правознавство досліджує свій предмет у трьох вимірах: з точки зору історії (минулого), догми (сучасного) і політики (майбутнього). Кожному історичному періоду притаманні свої погляди на історію, догматику й політику права, які звичайно тісно пов'язані один з одним. Додамо до цього, що самого Ф. В. Тарановського, як свідчать його наступні роботи, особливо зацікавила догматика державного права європейських країн часів феодалізму. Аналізував він у цій лекції і актуальну навіть для сьогодення проблему краху у XIX ст. концепції т.з. природного права.

У зв'язку з наведеним варто звернути увагу на еволюцію філософсько-правових позицій вченого. Ще у студентські роки на нього значний вплив справили погляди Ф. І. Леонтовича – представника вітчизняного варіанту історичної школи права, прихильника порівняльно-правового методу в державному праві та ідеї синтезу слов'янофільства та західництва. У перших своїх працях Ф. В. Тарановський, за оцінкою його найближчого товариша в житті й наукових пошуках Є. В. Спекторського, протиставляв утилітаризму Р. Ієрінга ідеалістичну доктрину і демонстрував певну симпатію до поглядів засновника психологічної теорії права Л. Й. Петражицького<sup>10</sup>.

Проте пізніше він схвально оцінював зміну ідеалізму позитивізмом та саме з цим пов'язував перетворення порівняльного правознавства в науковий метод дослідження<sup>11</sup>. В одній зі своїх праць вчений навіть називав порівняльне правознавство філософською основою юриспруденції.

Незважаючи на свій інтерес до догматичної юриспруденції, сам вчений був радше представником соціологічного позитивізму, ніж юридичного. Про це, зокрема, свідчить прихильність вченого до порівняльного методу, широкий аналіз права як соціального явища в його праці «Учебник энциклопедии права» (Юр'їв, 1917). До речі, у зазначеному підручнику, який став узагальненням багаторічних методологічних пошуків вченого, він неодноразово стверджує переваги позитивного методу і зокрема спеціально наголошує, що з позитивної точки зору правознавство складає частину науки про суспільні явища, тобто соціології.

У передреволюційні роки Ф. В. Тарановський приходиться певною мірою і до концепції «відродженого природного права», разом із тим підкреслюючи в одній зі своїх праць, що «досвід історичної та позитивної школи відбився на новому розумінні права вельми суттєво»<sup>12</sup>. Дослідження вченого зробили значний внесок у розвиток вітчизняної філософії права.

Проте повернемося до ярославського періоду життя правознавця. Викладацька робота в ліцеї не перешкоджала творчим дослідженням. Найбільшим науковим надбанням вченого за два навчальних роки в Ярославлі стала праця «К истории науки положительного государственного права во Франции при старом порядке», якою Ф. В. Тарановський розпочав «французську тему» своєї творчості, використовуючи на новому об'єкті досвід, нагромаджений у дослідженнях державного права Німеччини. Опублікував він також одночасно в Росії і за кордоном велику статтю «Лейбніц і т. з. зовнішня історія права», в якій, зокрема, звертав увагу на необхідність вивчати історію права у зв'язку з конкретним соціальним середовищем, а не просто як хронологію правових джерел.

Перу вченого належало й кілька рецензій на нові актуальні праці вітчизняних та зарубіжних вчених, що були надруковані в «Юридичній бібліографії», яка видавалася Демидовським ліцеєм.

Революційні події 1905–1907 рр., що розхитували імперію, мали вплив і на Ф. В. Тарановського, хоча вчений і вирішив, як писав в одному з листів до Є. В. Спекторського, займатися не політичною, а лише позапартійною громадською діяльністю. Він починає клопотатися про відкриття в Ярославлі народного університету, входить до складу громадської бібліотечної комісії, стає заступником голови місцевої вченої архівної комісії<sup>13</sup>. На останній з цих посад вчений став фактичним науковим керівником губернської архівної комісії, оскільки пост голови традиційно посідали багаті меценати. Наслідком археографічної діяльності Тарановського стало видання актів Углічської провінційної канцелярії 1719–1726 рр., яке вийшло з друку за редакцією вченого і з його науковим оглядом зазначених джерел. Рецензенти одностайно оцінили цю працю як таку, що має високу наукову цінність<sup>14</sup>.

Не вдалося повністю утриматися і від політики. Федір Васильович відмовився від вступу до кадетської партії, але погодився співробітничати з близькою до цієї партії місцевою газетою «Северная речь», для якої підготував кілька статей з конституційних питань.

У 1908 р. рада Юр'ївського (Дерптського) університету обрала Тарановського екстраординарним професором університету. Перехід з ліцею до університету був наочним свідченням зростання авторитету вченого, який ще більше примножився на новому місці. Як і раніше, Федір Васильович поєднував викладання з науковими пошуками. «Французька тема» його творчості знайшла своє завершення у фундаментальній праці «Догматика положительного государственного права во Франции при старом порядке» (Юр'їв, 1911 р.), яка була удостоєна премії імені М. М. Ахматова Петербурзької Академії наук, а також стала підставою для присудження вченому Петербурзьким університетом докторського ступеню.

Крім того, 1909 р. побачила світ цікава розвідка «Норманская теория в истории русского права», в якій Тарановський проаналізував погляди багатьох російських та іноземних дослідників і аргументовано критикував тих із них, хто виводив першооснови руського державного і правового ладу з норманських (варязьких) інститутів і джерел.

У період 1909–1911 рр. з-під пера Тарановського вийшли біографічний нарис про Ф. І. Леонтовича та бібліографія його праць, відгук на твір С. А. Корфа «Административная юстиция в России», рецензія на працю Г. М. Бараца «Критико-сравнительный анализ договоров Руси и Византии», відгук на удостоєну премії графа Сперанського працю В. І. Сергеевича «Древности русского права». Останній відгук за своїм обсягом і науковим рівнем являв собою невелику книгу (понад шість авторських аркушів) і 12 грудня 1911 р. був удостоєний спеціальною золотою медаллю юридичного факультету Юр'ївського університету<sup>15</sup>.

На фоні безперечних творчих успіхів ученого дедалі більше давалася взнаки провінційна глушина Юр'ївського університету. Цей навчальний заклад не користувався великою популярністю серед молоді, яка обирала більш престижні університети в центрі імперії, але виходив зі скрути за рахунок випускників духовних семінарій, яких не приймали в інших місцях. Та коли Варшавський університет, що мав аналогічні проблеми, теж почав приймати семінаристів, справи в Юр'єві пішли зовсім кепсько. Відповідно суттєво погіршилася і оплата праці викладачів. Ф. В. Тарановський змушений був шукати можливості покращити своє матеріальне становище.

Весною 1910 р. він почав читати лекції з історії російського права на приватних курсах Раєва в Петербурзі, а з вересня цього року посів і кафедру енциклопедії права на Вищих жіночих (Бестужевських) курсах<sup>16</sup>.

Майже одночасно вчений почав викладати історію російського права в Олександрівському (колишньому Царськосельському) ліцеї. Серед його учнів в цьому престижному закладі був і син великого князя Костянтина Костянтиновича, правнук імператора Миколи I Олег Костянтинович. З привілейованим учнем перші два роки доводилося займатися на дому, однак загалом він виявив непогані здібності і навіть дістав медаль за працю про державно-правові погляди Ф. Прокоповича<sup>17</sup>.

Таким чином, у силу обставин вченому довелося одночасно викладати в Юр'єві і Петербурзі. Маючи постійне мешкання в Юр'єві, він приїздив до столиці приблизно один раз на два тижні, проводив заняття і повертався додому. Незабаром з'явилася перспектива зайняти вакантну кафедру енциклопедії права в Петербурзькому університеті. Але тут вченому стала на заваді його громадянська позиція.

Тогочасний міністр освіти Л. А. Кассо розпочав широкий наступ на університетську автономію, прагнучи обмежити право вищих навчальних закладів обирати нових професорів і викладачів. Натомість він широко практикував міністерське призначення на вакантні посади. Ось і Федору Васильовичу ще 1911 р. було запропоновано стати професором Петербурзького університету за призначенням, але той, як і більшість колег, відмовився від сумнівної честі. У травні 1912 р. юридичний факультет цього університету одностайно обрав вченого професором енциклопедії права, але уже міністр не затвердив обрану кандидатуру. Ф. В. Тарановському довелося відмовитися від запланованого переїзду до Петербургу.

Творчий доробок правознавця невпинно зростає. Уже в ранзі визнаного фахівця він опублікував низку досліджень, в яких значно більше уваги приділяв історії російського, а не закордонного права. До основних праць цього періоду належать, зокрема, «Судьба наказа императрицы Екатерины II во Франции» (1912 р.), «Заметки о Монтескье» (1913 р.), «Соборное избрание и власть великого государя в XVII столетии» (1913 р.), «Новые данные по истории Уложения царя Алексея Михайловича» (1914 р.).

З 1912 р. вчений почав співробітництво з редакцією «Нового энциклопедического словаря издания Ф. А. Брокгауза и Е. А. Ефрона». Для цього видання він підготував статті «Верховный тайный совет», «Вече», «Земские соборы», «Зигель Ф. Ф.», «Крестьяне в России XIX в.» та інші. Крім того, Ф. В. Тарановський був автором кількох праць біографічного і історичного характеру, які розкривали значення для розвитку правої

науки творчості М. М. Ковалевського, Ф. І. Леонтовича, М. Ф. Владимирського-Буданова, І. В. Михайловського, дослідників школи природного права тощо.

Початок Першої світової війни, постійна загроза евакуації Юр'ївського університету і пов'язані з цим клопоти змусили вченого дещо звузити обсяги своєї наукової діяльності. У воєнні роки він повністю зосереджується над підготовкою рукопису підручника з енциклопедії права. Зазначений підручник, праця над яким велася з 1913 р., побачив світ лише на початку 1917 р. Завершенню праці помітно допомогло те, що в 1916 р. Ф. В. Тарановському вдалося на один рік «прикріпитися» до Петербурзької Академії наук, що дало змогу йому не читати лекцій (залишаючись професором університету), а повністю зосередитися на суто науковій діяльності. У передмові до підручника Федір Васильович наголошував, що поштовх до написання цієї книги дали лекції, які вчений читав на Вищих жіночих курсах. Свій опус він оцінив як «загальне вчення про право і державу у висвітленні історика права», маючи на увазі, що перед цим аналогічні підручники писали тільки фахівці з догми і політики права. Слід зазначити, що навіть сьогодні, через 80 років після свого видання, ця праця видається досить цікавою і корисною. Особливо звертає на себе увагу змістовний аналіз характерних рис різних правових шкіл, оригінальне авторське висвітлення актуальних сьогодні концепцій правової держави<sup>18</sup>.

Тут доречно зауважити, що Ф. В. Тарановського можна вважати одним із фундаторів російського (загальноімперського) конституціоналізму, а також одним із засновників вітчизняної концепції правової держави. Вчений називав конституційною державою таку державу або такий образ правління, які засновані на участі народу у владі (з визнанням суб'єктивних політичних прав громадян як правової межі для здійснення державної влади).

Правовою ж він вважав таку державу, де для здійснення влади встановлено правові форми і правові межі. При цьому в розвитку правової держави розрізнялося дві стадії, з яких перша характеризувалася встановленням «законності правління», котра розумілась насамперед як верховенство закону над всіма іншими джерелами і видами права та здійснення всіх функцій держави згідно з чинним законодавством, а друга стадія, крім вищенаведеного, передбачала визнання суб'єктивних публічних прав підданих, які внаслідок цього ставали громадянами.

До речі, Ф. В. Тарановський запропонував цікаву класифікацію суб'єктивних публічних прав громадян на три групи: 1) права на участь у владі; 2) права на свободу від влади; 3) права на сприяння владі. Під правом на участь у владі він розумів як виборчі права громадян, так права виборних від населення державних органів і органів місцевого самоуправління. Права на свободу від влади, на його думку, забезпечують за індивідом визначену законом сферу духовних і матеріальних інтересів і вилучають її з-під впливу і втручання з боку державної влади. До цієї категорії вчений включив свободу віросповідання, права на недоторканність особи і житла тощо. (Зараз цю групу прав здебільшого називають особистими правами). Права ж на сприяння владі могли мати різний зміст і обсяг в залежності від певних завдань державної діяльності<sup>19</sup>.

На думку вченого, законність правління і система суб'єктивних публічних прав взаємно доповнюють один одного і у своїй сукупності забезпечують повне здійснення ідеї правової держави. Законність правління створює правові форми для здійснення державної влади, а система суб'єктивних прав встановлює правові межі для здійснення цієї влади<sup>20</sup>. Таким чином для Ф. В. Тарановського поняття правової держави і конституційної держави лежали в дещо різних площинах, але розвинена правова держава водночас мала бути й конституційною.

Звернемо увагу на те, що Ф. В. Тарановський був глибоко переконаний у тому, що наявність непорушних прав людини і громадянина встановлює правову межу для діяльності держави. Певним чином, на його думку, зв'язує цю діяльність і необхідність діяти лише у визначених законом правових формах. Разом із тим вчений досить негативно поставився до спроб німецьких катедер-соціалістів протиставити правовій державності ідею т. з. культурної держави. Ф. В. Тарановський зазначив, що «культурна держава» виступає антитезою лише давньому початковому розумінню правової держави як такої, що здійснює завдання в сфері права, а не у сфері загального («культурного») розвитку суспільства, підкреслював, що тепер правовою називають державу не у зв'язку з її завданнями і компетенцією, а в силу застосованих нею способів діяльності<sup>21</sup>.

Після Лютневої революції Ф. В. Тарановський у квітні 1917 р. був обраний ординарним професором кафедри історії руського права Петроградського університету. Проте про його реальну викладацьку діяльність на цій посаді достовірних відомостей немає. Наступний жовтневий переворот, який застав науковця під Харковом, де в родичів жила його евакуйована раніше родина, надовго змінив звичний спосіб життя правознавця. Федір Васильович вже не повернувся у збурену революцією російську столицю і почав шукати місце, де ще були потрібні його знання викладача та науковця. З багатьох можливих варіантів вчений обрав шлях на Україну. Свої надії він пов'язував передусім з Харківським університетом, де мала бути започаткована нова кафедра історії західноруського та українського права. До того ж тут, в Харкові, колись жила його дружина, було чимало родичів і знайомих. Але через збіг різних обставин принципово давно вирішене питання про відкриття цієї кафедри в Харківському університеті ніяк не могло втілитися в життя.

Ф. В. Тарановський пробував знайти роботу в Полтаві, де планувалося започаткувати юридичний факультет. Але і тут надії не виправдалися. Під час перебування у Полтаві 17 вересня 1918 р. відбулася зустріч Ф. В. Тарановського з В. І. Вернадським, про яку майбутній Президент УАН зробив такий запис у своєму щоденнику: «Був професор Федір Васильович Тарановський – цікава розмова про Україну, західноруське право, становище на Україні...»<sup>22</sup>. Зрештою у вересні 1918 р. відкрився юридичний факультет у Катеринос-

лаві. Ф. В. Тарановський став виконувати там обов'язки професора історії руського права і навіть декана факультету, але вважав цю роботу тимчасовою, сподіваючись на кафедру в Харкові<sup>23</sup>.

Тим часом у Києві спільними зусиллями М. П. Василенка і В. І. Вернадського широко розгорнулася підготовча робота до створення Української Академії наук. На запрошення М. П. Василенка, який був тоді міністром освіти в уряді гетьмана Скоропадського, Федір Васильович в 3–5 числах жовтня 1918 р. приїздить до Києва і бере участь в обговоренні питань, пов'язаних з організацією діяльності майбутньої академії.

За попередніми розрахунками, він мав стати одним з дванадцяти академіків-засновників. Як універсальному фахівцеві йому пропонувалося на вибір кілька академічних кафедр, з яких вчений зупинився на кафедрі порівняльної історії права, що найбільше відповідало його науковим інтересам. Слід, однак, зауважити, що не все в академічних справах подобалося Ф. В. Тарановському. І в житті, і в науці він звик виступати з широкими загальноросійських, загальнослов'янських, навіть загальноєвропейських позицій, не сприймав національної обмеженості. Тому вчений ніяк, наприклад, не міг погодитися з тим, що іншого відомого правознавця О. О. Малиновського виключили зі складу академіків-фундаторів лише на підставі відсутності в нього, як декому здавалося, правильних поглядів в українському питанні. У зв'язку з цим Федір Васильович писав В. І. Вернадському: «Я хоч і не виступаю політично, та спосіб мислення Малиновського цілком поділяю, а тому можливе відсторонення його мене сильно бентежить»<sup>24</sup>.

У зв'язку з наведеним доцільно проаналізувати ставлення вченого до проблеми федерації і автономії, до українського питання загалом. Як свідчать праці правознавця, він розрізняв союз держав на підставі міжнародної угоди і союзу державу. Останню він вважав складною державою, що відрізняється від простої (унітарної) держави особливою системою політичної децентралізації, тобто наданням окремим частинам держави самостійного устрою і існуванням не лише місцевих, а й центральних (для цієї частини) органів державної влади як урядових, так і представницьких. На його думку: «При політичній децентралізації окремі частини держави наділяються не лише самоуправлінням, а й самоправлінням. Самоправління обіймає всі галузі здійснення державної влади: управління, суд і адміністрацію... Так як у самоправлінні вельми суттєва самостійна законодавча діяльність, і наявністю неї самоправління відрізняється від самоуправління, то самоправління нерідко називають *автономією* (автономія = самозаконність). Політична децентралізація може встановлюватися законодавчим актом або бути передбаченою конституцією... Перша система децентралізації можлива у *простій державі*; друга система перетворює державу у складну або федеративну. В основі децентралізації і федерального устрою лежить... відособлення місцевих і національних суспільних груп... У міру відомого самовизначення і наростання фактичної могутності цих груп розвивається самоуправління, заводиться самоуправління, встановлюється нарешті при відомому співвідношенні суспільних сил федеративний устрій»<sup>25</sup>.

З наведеного уривку можна побачити, що Ф. В. Тарановський не поділяв типової для російського правознавства думки про відсутність зв'язку між федералізмом і національним питанням і, більш того, вважав федеративний устрій логічним наслідком розвитку національної самосвідомості, коли досягнуто «відомого співвідношення суспільних сил».

Конкретних відомостей щодо того, як ставився вчений до федеративного перевлаштування Росії і автономії України, у нас не має. За свідченням Є. В. Спекторського, правознавець стояв на позиціях «всеросійського патріотизму і розумного слов'янізму», «не був прихильником ні ізоляції окремих слов'янських народів, ні підпорядкованості одних слов'ян іншим, а виступав за їх братерську координацію в смислі мудрого прислів'я: хто не хоче мати брата за брата, той хоче чужинця господарем»<sup>26</sup>.

Зрештою, незважаючи на певні вагання і сумніви, Ф. В. Тарановський утвердився в намірі пов'язати свою творчу долю з Українською Академією наук і 14 листопада 1918 р. був офіційно затверджений Скоропадським одним із фундаторів УАН по Відділу соціальних наук. Йому не вдалося у зв'язку з петлюрівським наступом вчасно вибратися з Катеринослава, щоб взяти участь у першому історичному Загальному зібранні УАН, але з грудня 1919 р. він відповідно до вимог, що ставилися перед членами академії, постійно мешкав у Києві. Офіційний розподіл академіків на конкретні кафедри по Відділу соціальних наук відбувся в грудні 1918 р. і Тарановського було затверджено на кафедру порівняльної історії права.

Незабаром академіка обрали членом правління УАН. (Цей орган згідно зі Статутом УАН провадив всі господарські і фінансові справи Академії). А після раптової смерті М. І. Туган-Барановського з кінця січня 1919 р. довелося виконувати також обов'язки голови Відділу соціальних наук. Офіційно головою Відділу Тарановського було обрано 13 березня 1919 р.

У силу зазначених вище обов'язків вчений не лише вирішував загальні справи щодо фінансування Академії, охорони житла і майна її членів, а й безпосередньо керував започаткуванням діяльності практично всіх правничих установ УАН. Ще в грудні 1918 р. він увійшов до складу очолюваної О. І. Левицьким Комісії для виучування звичаєвого права України, а 27 серпня 1919 р. з ініціативи Федора Васильовича було засновано під його головуванням Комісію для виучування історії західноруського та українського права. Обидві комісії за активної участі Ф. В. Тарановського виробили плани своєї діяльності, стали проводити регулярні засідання. Вчений також увійшов до складу академічної Археографічної комісії. За офіційною рекомендацією Ф. В. Тарановського відділ обрав кандидатом в академіки по кафедрі історії західноруського і українського права професора О. О. Малиновського<sup>27</sup>. Написав він відповідну рекомендацію і Б. О. Кістяківському<sup>28</sup>.

Тим часом режим Скоропадського впав, його змінила Директорія, а згодом – більшовицька влада. В обстановці цього політичного круговороту, долаючи скруту, Ф. В. Тарановський зі своїми колегами намагався налагодити академічне життя. Проте нестабільність політичної ситуації зумовлювала постійну тривогу за долю академії, яка не могла сподіватися на суттєву підтримку від влади і трималася переважно на ентузі-

азмі своїх засновників. Особливо болоче переживав вчений запроваджену Директорією УНР нову редакцію § 21 Статуту УАН, що фактично виключала російську мову з числа офіційних мов академічних видань, дискримінуючи її навіть порівняно з французькою, німецькою, англійською, італійською та латинською мовами. Проти цього пункту він, до речі, як і В. І. Вернадський, Б. О. Кістяківський та ряд інших вчених, послідовно протестував, використовуючи всі можливості і форми академічної демократії<sup>29</sup>.

Упродовж кількох наступних місяців, як свідчать документи Академії, Ф. В. Тарановський постійно перебував у центрі академічного життя. Він забезпечував юридичний бік господарської діяльності академії, вів переговори з радянськими установами про фінансування Академії, надання їй нових приміщень (зокрема будинку колишнього пансіонату Левашових, де й донині працює Президія НАН України), про надання владю охоронних листів на квартири академіків і директорів академічних установ. Як голова Відділу він був причетний до створення Правничо-термінологічної комісії під головуванням О. І. Левицького, до прийняття рішень про надання фінансової допомоги Українському науковому товариству в Києві і про виділення коштів на складання Біографічного словника українських діячів<sup>30</sup>.

8 червня 1919 р. в Академії почався відпускний період, який був дуже схожий на фактичне зупинення її діяльності до кращих часів. (Офіційно рішенням Спільного зібрання УАН від 24 травня 1919 р. академіка було відраджено до Харкова для археографічних досліджень строком на 3 місяці.)

Федір Васильович на літо виїхав до Криму. Тут, як і на більшості території України, на кінець літа до влади прийшов військовий режим Денікіна. Великодержавне російське офіцерство, як відомо, не вбачало потреби в існуванні національної Української Академії наук. УАН опинилася на грані смерті.

У цей час, перебуваючи в Криму, вчений був у непоганіх стосунках із владою, навіть організував у вересні 1919 р. курси політичної просвіти під егідою відділу пропаганди «Особого Совещания при Главнокомандующем вооруженными силами на юге России» (так називався вищий орган денікінської цивільної адміністрації).

Як свідчить листування вченого з В. І. Вернадським, вплив, зв'язки і інші можливості Ф. В. Тарановського були активно використані, поруч з іншими засобами, у боротьбі наукової громадськості за збереження академії, яка врешті-решт досягла успіху<sup>31</sup>. Зі щоденникових записів В. І. Вернадського можна навіть дізнатися, що він збирався передати Тарановському посаду голови Комітету, що за часів денікінщини був створений замість Президії УАН, але змушений був відмовитися від цього наміру<sup>32</sup>.

У вересні 1919 р. закінчився строк академічної відпустки Федора Васильовича, але в умовах громадянської війни добратися до Києва виявилось надзвичайно важко. У силу цих обставин рішенням Спільного зібрання УАН від 26 вересня 1919 р. термін відпустки було продовжено до 14 жовтня 1919 р. Тим часом вченому запропонували місце в Таврійському університеті. Та Ф. В. Тарановський поспішає до Харкова, де нарешті відбулося давно очікуване обрання його ординарним професором на університетську кафедру історії західноруського та українського права.

Утім умови праці в Харкові стають дедалі важчими. Тому Ф. В. Тарановський приймає запрошення юридичного факультету Таврійського університету і десь наприкінці жовтня або в листопаді виїжджає до Криму.

У Сімферополі Ф. В. Тарановський не лише викладав в університеті, а й узяв активну участь у роботі Релігійно-філософського товариства, серед членів якого були С. М. Булгаков, Г. В. Вернадський, О. П. Кадлубовський, І. П. Четверіков та інші відомі особи. 2 грудня 1919 р. Ф. В. Тарановський виступив на засіданні товариства з доповіддю «Релігія і наука».

На новому місці, як свідчать щоденники В. І. Вернадського, вчений продовжує захищати ідею української Академії всупереч думці більшості великодержавницького професорсько-викладацького складу університету<sup>33</sup>. З січня 1920 р., коли крах денікінщини став неминучим, Тарановський починає підготовку до від'їзду за кордон<sup>34</sup>.

Вченому із світовим ім'ям пропонували професорські посади у Варшаві та Софії. Але він зупинив вибір на Белградському університеті, де у 1920 р. обійняв кафедру історії права слов'янських народів, яку не залишив вже до самої смерті. За 16 років, проведених за кордоном, він написав кілька десятків різних за жанром і обсягом праць. Як і раніше, його цікавили питання історії російського права. Ще в квітні 1920 р. він став одним із ініціаторів створення і заступником голови Товариства російських вчених у Королівстві сербів, хорватів і словенців, основною метою якого проголошувалося сприяння силами вчених-емігрантів розвитку науки<sup>35</sup>.

Спільними зусиллями цього та інших аналогічних товариств було опубліковано в 1922–1923 рр. два збірники праць російських вчених за кордоном. Для першого з них Федір Васильович підготував надзвичайно цікаву розвідку «Монтеск'є о России. (К истории наказа императрицы Екатерины II)», в якій проаналізував 23 посилення на Росію, що містилися в «Дусі законів». Звернув він, зокрема, особливу увагу на висновок Монтеск'є про те, що в таких просторах державах, як Росія, неминуче встановлюється деспотичне правління і «дух закону» не зміниться, якщо держава залишиться у старих розмірах. Проаналізував він також позицію Катерини II щодо цього висновку, яка вважала своє правління «не деспотичним, а монархічним».

У другому збірнику була опублікована методологічна праця «Периодизация в истории права». Проблемам історії російського права було також присвячено роботи Ф. В. Тарановського «Обеспечение прав служилого землевладения в сословно-монархическом строе Московского государства» (1925), «Элементы основных законов в Уложении царя Алексея Михайловича. К истории политического строя удельной Руси» (1928), «Historia ustroju panstwowego» (1928) та інші праці в різноманітних виданнях, що виходили з друку по всьому світу від Львова до Харбіну.

Вчений не пориває своїх зв'язків з Українською академією наук. Протягом 1926–1927 рр. у кількох випусках «Записок соціально-економічного відділу» друкуються фрагменти його досліджень з історії догма-

тики державного права у Польщі. В академічному виданні була надрукована й рецензія на одну з нових праць Тарановського. По суті вчений вважався наче закордонним членом УАН. Про це свідчить і листування, яке він підтримував з українськими науковцями, книжки з дарчими написами академії, що й досі зберігаються в її центральній науковій бібліотеці.

«Одержав сьогодні дуже милого листа від Тарановського. Він їде на Варшавський з'їзд істориків і я попрошив його дати звіт про цей з'їзд для "Праць". Тарановський погодився це зробити і надіслати статтю», – так писав у липні 1927 р. своїй дружині академік М. П. Василенко<sup>36</sup>. Та міне всього кілька років і політичний клімат в Академії різко зміниться, колишньої толерантності вже не залишиться і сліду, а всевітньо відомого вченого вважатимуть не гідним академічного звання. Варто зауважити, що попри виключення з ВУАН, Тарановський був членом Сербської королівської академії, членом-кореспондентом Слов'янського інституту у Празі, почесним членом літературно-наукового і культурно-просвітницького товариства «Матиця Сербська», членом Львівського наукового товариства та кількох інших авторитетних наукових інституцій. Особливо значний внесок він зробив у діяльність Російського наукового інституту в Белграді, офіційно відкритого 16 вересня 1928 року. Вчений був одним із засновників інституту, які підписали його Статут, певний час був головою інституту. У 1928–1935 рр. Ф. В. Тарановський близько тридцяти разів виступав з доповідями на засіданнях Інституту. У 1931 і 1932 рр. учений проводив в Інституті семінар з історії російського права земського періоду. Діяльність Ф. В. Тарановського не обмежувалася лише столицею. Він читав публічні лекції в Дубровнику, Загребі, Самборі й Суботиці.

У 1931 і 1935 рр. у Белграді були надруковані чотири томи монументальної праці Ф. В. Тарановського «Історія сербського права у державі Неманичів». За видатні заслуги у сфері дослідження історії права сербів 15 лютого 1932 р. він був обраний почесним членом Сербської Королівської Академії наук. Вчений став єдиним вихідцем з Росії, обраним почесним членом Матиці Сербської.

Федір Васильович по праву вважався видатним фахівцем у галузі історії слов'янського законодавства. Йому належать фундаментальні монографії сербською мовою «Вступ до історії слов'янських прав» (1 вид. – 1923, 2 вид. – 1933), згадувана «Історія сербського права у державі Неманичів», а також кілька праць, присвячених законам Стефана Душана та іншим пам'яткам права слов'янських народів.

Поруч із конкретно-історичними дослідженнями вчений цікавився питаннями теорії та методології історико-юридичної науки. Наслідком його наукових пошуків у цьому напрямі, крім згадуваної раніше статті про значення періодизації в історії права, стали праці «Завдання і методи теорії права» (1921), «Спеціальні правові моменти в історії права» (1930), «Предмет і завдання так званої зовнішньої історії права» (1930) тощо.

Підготував він і друге видання свого курсу «Енциклопедія права», яке побачило світ 1923 р. в Берліні російською мовою і в Белграді сербською мовою. Суто теоретичний, а не історичний характер мали також праці про становище національних меншин у Польщі (1927), про право держав на законодавство (1929) та про місце соціального права в загальній системі права (1932).<sup>3</sup> Історії слов'янського права було опубліковано: «Istorija krivicnog prava» (1931), «Увод у историју словенских права» (1933), «Neki novi prilozhi za istoriju slovenskih prava; XXXIV posleratna istoriografija srednjevekovnog bugarskog prava» (1936).

Завершуючи аналіз творчого доробку Ф. В. Тарановського, слід згадати про численні біографічні та історіографічні праці. Зокрема, тільки в часописі юридичного факультету Белградського університету «Архив за правне и друштвене науке» він опублікував роботи, присвячені Н. Фюстель де Куланжу, Л. Петражицькому та Б. Богишичу, а також 34 рецензії на нові праці в галузі історії слов'янського права.

Помер вчений 23 січня 1936 р. в Белграді в розпалі творчих сил невдовзі після свого шістдесятиліття. За свідченням С. В. Спекторського, після смерті Ф. В. Тарановського в рукописах залишилися повністю готові монографії про Законник Стефана Душана і короткий підручник з історії права слов'янських народів, початок статті про російське право для італійської енциклопедії; фрагменти незавершених особистих спогадів.

Федору Васильовичу так і не судилося повернутися на Батьківщину. На жаль, така ж доля спіткала і більшість його праць, надрукованих за кордоном. Лише окремі з них в лічених примірниках потрапили в радянські бібліотеки, осівши в спецховищах. А дореволюційні роботи вченого стали бібліографічними раритетами. Офіційна наука аж до останніх років ігнорувала науковий доробок Ф. В. Тарановського.

Проте історія, у мудрість якої завжди вірив академік, все розставляє на свої місця. Вже кілька років до творчості вченого все частіше звертаються теоретики та історики права<sup>37</sup>. Звернули на нього свою увагу як на одного з перших фундаторів УАН і історики української науки. Постановою загальних зборів НАН України його ім'я було поновлено в списках академії. А в 2011 р. в Україні було захищено дві дисертації, на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук, безпосередньо присвячених творчості Ф. В. Тарановського, – Л. М. Мудрицької (науковий керівник – І. Б. Усенко) «Державно-правові погляди Ф. В. Тарановського» та О. В. Дмитренко (науковий керівник – О. Ф. Скакун) «Проблеми державної влади у творчій спадщині Ф. В. Тарановського, до яких ми і відсилаємо наших читачів, які бажають ще докладніше дізнатися про наукові здобутки академіка.

<sup>1</sup> Енциклопедія Jugoslavie. – Zagreb, 1971. – Т. 8. – С. 319.

<sup>2</sup> Див. Михайльченко С. П. Ф. В. Тарановский и его концепция истории средневековой России // Отечественная культура и историческая наука XVIII–XX веков. Сборник статей Брянского государственного пединститута. – Брянск, 1996. – С. 79.

<sup>3</sup> Сокращенные протоколы Совета императорского Варшавского университета за 1896 г. // Варшавские университетские известия. – 1897. – № 4. – С. 41.

<sup>4</sup> Леонтович Ф. Рец. : Тарановский Ф. В. Обзор памятников магдебургского права западнорусских городов литовской эпохи. – Варшава, 1897 // Журнал Министерства юстиции. – 1899. – № 9. – Отд. 2. – С. 398–406.

<sup>5</sup> Очерки истории исторической науки в СССР. – М., 1963. – Т. 2. – С. 725–726.



- <sup>6</sup> Тарановський Ф. В. Интерес и нравственный долг в праве // Варшавские университетские известия. – 1899. – Вып. VIII. – С. 1–20.
- <sup>7</sup> Тарановський Ф. В. Отчет о заграничной командировке на летнее вакационное время 1902 года и. д. доцента Тарановского Ф. / Тарановський Ф. В. – Варшава, 1902. – С. 6.
- <sup>8</sup> Дубровский Н. Официальная наука в Царстве Польском // Варшавский университет по личным воспоминаниям и впечатлениям. – СПб., 1908 – С. 101–103.
- <sup>9</sup> Нечаев В. Ред.: Тарановський Ф. В. Сравнительное правоведение в конце XIX века. – Варшава, 1902 // Журнал Министерства юстиции. – 1902. – № 8. – С. 344–348.
- <sup>10</sup> Spektorski E. Zivot i licnost profesora Teodora Taranovskog // Arxiv za pravne i drustvene nauke. – Kn. XXXII/3. – Београд, 1936. – С. 217–220.
- <sup>11</sup> Тарановський Ф. В. Сравнительное правоведение в конце XIX века. – Варшава, 1902. – С. 1.
- <sup>12</sup> Тарановський Ф. В. Учение об естественном праве // Журнал Министерства юстиции. – 1910. – № 3.
- <sup>13</sup> Інститут рукописів Національної бібліотеки України ім В. І. Вернадського (далі – ІР НБ України). – Ф. 3, спр. 56752.
- <sup>14</sup> Журнал Министерства народного просвещения. – 1909. – Март. – С. 187–190; Исторический вестник. – 1909. – Т. 115 (февр). – С. 790–792.
- <sup>15</sup> Тарановський Ф. В. Отзыв о сочинении В. И. Сергиевича «Древности русского права». – Юрьев, 1911. – 114 с.
- <sup>16</sup> ІР НБ АН України. – Ф. 3, спр. 56762.
- <sup>17</sup> Князь Олег. – Пг., 1915. – IV, 204 с.
- <sup>18</sup> Тарановський Ф. В. Учебник энциклопедии права. – Юрьев, 1917. – 534 с.
- <sup>19</sup> Докладніше див.: Тимошенко В. І. Правова держава (теоретико-історичне дослідження). – К.: Наук. думка, 1994. – С. 101–102.
- <sup>20</sup> Тарановський Ф. В. Учебник энциклопедии права... – С. 485.
- <sup>21</sup> Там само. – С. 485–493.
- <sup>22</sup> Вернадский В. И. Дневники 1917–21. Октябрь 1917 – январь 1920. – К.: Наук. думка, 1994. – С. 121.
- <sup>23</sup> ІР НБ України. – Ф. 1, спр. 27014–17016.
- <sup>24</sup> ІР НБ України. – Ф. 1, спр. 27017.
- <sup>25</sup> Тарановський Ф. В. Учебник энциклопедии права... – С. 435–436.
- <sup>26</sup> Spektorski E. Zivot i licnost profesora Teodora Taranovskog // Arxiv za pravne i drustvene nauke. – Kn. XXXII/3. – Београд, 1936. – С. 217–220.
- <sup>27</sup> ІР НБ України. – Ф. 1, спр. 26133, арк. 10.
- <sup>28</sup> ІР НБ України. – Ф. 61, спр. 521, арк. 1–2.
- <sup>29</sup> Історія Академії наук України 1918–23. Документи й матеріали. – К.: Наук. думка, 1993. – С. 190, 438.
- <sup>30</sup> Див. Історія Академії наук України. Документи й матеріали. – С. 433–437.
- <sup>31</sup> ІР НБ АН України. – Ф. 1, спр. 27018, 27019.
- <sup>32</sup> Вернадский В. И. Дневники 1917–21. Октябрь 1917 – январь 1920. – С. 165–166.
- <sup>33</sup> Вернадский В. И. Дневники 1917–21. Январь 1920 – март 1921. – К: Наук. думка, 1997. – С. 19.
- <sup>34</sup> Там само. – С. 27.
- <sup>35</sup> Косик В. И. Русская Сербия // Дорога домой. – 2004. – Вып. 59, 2 р. – 10 марта.
- <sup>36</sup> Центр. держ. архів-музей літератури і мистецтва України. – Ф. 542, оп. 1, спр. 115, арк. 105.
- <sup>37</sup> Див.: Омельченко О. А. Московское государство в историографическом наследии Ф. В. Тарановского // Развитие права и политико-правовой мысли в Московском государстве. – М., 1985. – С. 51–76; Усенко І. Б. Академік Ф. В. Тарановський // Правова держава. – Вип. 4. – К., 1993. – С. 130–143; Раде Михальчич Історія сербського права в трудах Федора Тарановського // Русская эмиграция в Югославии. – М., 1996. – С. 223–236; Михальченко С. И. Ф. В. Тарановский и его концепция истории средневековой России // Отечественная культура и историческая наука XXVIII–XX веков. Сборник статей Брянского государственного пединститута. – Брянск, 1996. – С. 79–103.

#### Резюме

##### Усенко І. Б. Академік двох академій Ф. В. Тарановський.

Розглядається життєвий і творчий шлях та наукові концепції видатного правознавця, академіка УАН та Сербської королівської АН Федора Васильовича Тарановського (1875–1936). Стаття продовжує започатковану в журналі нову рубрику «Видатні правознавці України».

**Ключові слова:** Україна, Сербія, філософія права, історія філософії права, енциклопедія права, конституціоналізм, правова держава, університетська освіта, Ф. В. Тарановський.

#### Резюме

##### Усенко И. Б. Академик двух академий Ф. В. Тарановский.

Рассматриваются жизненный и творческий путь, а также научное наследие выдающегося правоведа академика УАН и Сербской Королевской АН Федора Васильевича Тарановского (1875–1936). Статья продолжает начатую в журнале новую рубрику «Выдающиеся правоведы Украины».

**Ключевые слова:** Украина, Сербия, философия права, история философии права, энциклопедия права, конституционализм, правовое государство, университетское образование, Ф. В. Тарановский.

#### Summary

##### Usenko I. Academician of two Academies Fedir Taranovsky.

Discusses the life and creative path and scientific heritage of Ukrainian prominent lawyer Fedir Taranovsky (1875–1936). The article continues in the magazine new column «Outstanding lawyers of Ukraine».

**Key words:** Ukraine, Serbia, philosophy of law, history of philosophy of law, legal state, jurisprudence, University education, F. Taranovsky.

УДК 328.185:343.8 (477)

**В. О. ВЕКЛИЧ**

*Владислав Олександрович Веклич, кандидат юридичних наук, доцент Інституту права імені князя Володимира Великого Міжрегіональної Академії управління персоналом*

**ПОЛІТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ СИСТЕМИ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ:  
ДО ПИТАННЯ ЩОДО ЇЇ ЕФЕКТИВНОСТІ Й ФУНКЦІОНАЛЬНОЇ  
ЗНАЧУЩОСТІ (СПРЯМОВАНOSTІ)**

*Не санфедисти, не лютеранці –  
Пальці сплітатимуть у дивному танці.  
З попелу виникнуть спалені книги,  
Полум'я згасне, торкнувшись до криги.  
Ті, кого звали ви єретиками,  
Знову воскреснуть і відімкнуть брами.  
Їм навіки приписана роль ця<sup>1</sup>.*

*Софія Костицька («Вендета»)*

Сучасний етап розвитку України характеризується помітним навантаженням на її правоохоронну систему. При цьому спостерігається значний тиск на економіку України, що зумовлюється зростанням впливу корупційних процесів на системному рівні. Останнє зумовлює потребу в ґрунтовному вивченні середовища, у якому відбувається правозастосовна діяльність щодо боротьби з корупцією й коригування норм права у контексті застосування різних засобів правового впливу на суспільні відносини.

З-поміж науковців, котрі досліджували різні проблеми корупції, можна відзначити таких, як А. А. Бай, О. І. Дітріх, В. О. Заросило, К. В. Карпова, Д. М. Квашук, М. Н. Курко, В. І. Литвиненко, Р. І. Малиновський, А. М. Подоляка, М. В. Семків, М. В. Склярєнко та інших.

Загальнотеоретичним базисом для цієї публікації слугували наукові здобутки, які було викладено у монографії «Корупція: теоретико-методологічні засади дослідження», що її було розроблено авторським колективом під керівництвом І. О. Ревак<sup>2</sup>.

У контексті зазначеної проблематики значну цінність становить і монографія В. Литвиненка «Протидія корупції в Україні: адміністративно-правові засади», у якій з-поміж іншого зазначається: «в Україні у сфері протидії корупції зроблено досить багато в правовому аспекті, зокрема прийнято спеціальний антикорупційний закон та низку інших законодавчих актів антикорупційного спрямування, схвалено Концепцію боротьби з корупцією, розроблено спеціальну антикорупційну програму, проголошено курс на посилення протидії цьому явищу, запроваджено систематичне вживання організаційних заходів за участю керівників правоохоронних та інших державних органів з питань протидії корупції тощо»<sup>3</sup>. Робочою групою під керівництвом В. Литвиненка і П. Пригунова було розроблено ґрунтовану наукову доповідь на тему «Концепція адміністративно-правового забезпечення протидії корупції в Україні», яка становить значну наукову і практичну цінність<sup>4</sup>.

При опрацюванні розглядуваної проблематики певну цінність становили також наукові напрацювання, у яких розглядалися дотичні питання щодо розвитку суспільних відносин таких вчених, як В. М. Козаков<sup>5</sup>, К. П. Меркотан<sup>6</sup>, М. П. Недюха<sup>7</sup>, О. В. Рашковська.

Також не втрачає актуальності публікація М. Мельника «Політична корупція: сутність, чинники, засоби протидії», де зазначається: «Корупція як соціальне явище має виразне політичне забарвлення: з одного боку, вона є продуктом діяльності влади, з іншого – безпосередньо впливає на формування та функціонування владних інститутів, значною мірою визначає саму сутність публічної влади»<sup>8</sup>. У цьому ж контексті доречним є й напрацювання Ю. А. Шайхалієвої<sup>9</sup>.

М. П. Недюха зазначає, що одним із напрямів впорядкування людських відносин як соціальних є «підпорядкування права завданням забезпечення реалізації життєво важливих функцій суспільства: цілесамодостигнення, адаптації, інтеграції, відтворення структури та зняття напруги, реалізації стратегії сталого розвитку, утвердження в Україні цивілізованих стандартів рівня та якості життя»<sup>10</sup>.

Особливий інтерес викликає і публікація В. В. Циганова «Загроза політичної корупції у демократичних політичних режимах», де розглянуто особливості політичної корупції і специфіку її впливу на державу<sup>11</sup>.

Формування в Україні дієвої системи протидії корупції з необхідністю вимагає розширення номенклатури її концептуальних елементів, що потребує відходу від прийнятого у пострадянський період державоцентристської моделі й ширшого долучення до відповідних процесів самих патріотично налаштованих громадян країни і громадянського суспільства у цілому.

Метою дослідження є: окреслення не виділених раніше проблемних аспектів політико-правового середовища (або тих, які не було ґрунтовно опрацьовано) щодо застосування системи протидії корупції з виробленням рекомендацій для поліпшення її ефективності й функціональної значущості.

Поширеність корупції на пострадянському просторі ставить вагоме питання щодо можливостей ефективного функціонування системи протидії корупції і взагалі її застосування. При цьому на поточному етапі розвитку доречно вести мову про чітко окреслену корупційну систему, яка вживає заходів задля самозбереження і власного відтворення на різних рівнях.

Україна ще досі лишається придатком пострадянської корупційної системи (і відповідної мережі), центр якої ще з часів розпаду (й існування) СРСР лишається незмінним. Організаційні аспекти функціонування цієї мережі є визначальними щодо тенденцій «розвитку» економіки, зумовлюючи об'єктивну стагнацію під виглядом «покращення» або «стабілізації». Фактичний стан цієї мережі визначається міжнародним характером взаємодії її елементів з подальшою реалізацією заходів щодо підтримання її існування на міжнародному рівні. Проблемні питання щодо цього легітимуються через запозичену з часів середньовіччя концепцію «сфери життєвих (державних) інтересів», яка є фактичним прикриттям для комплексу неправових заходів, що використовуються агентами впливу цієї системи. При цьому корупція виступає дієвим інструментом здобуття впливу і накопичення матеріальних благ приналежними до відповідної системи особами.

Розвиток корупційної системи значною мірою зумовлюється долученням до неї груп впливу з різних країн (навіть без чіткого уявлення щодо особливостей підпорядкування і структурної приналежності окремих членів системи, що стосується переважно низових ланок). При цьому функціональний стан системи підтримується і контролюється з урахуванням інтересів учасників системи відповідно до ієрархічної структури.

З часів СРСР (особливо з 80-х – ів ХХ ст.) «контрольовані» нелегальні перевезення товарів у межах цього державного утворення (передусім їх ввезення без митного контролю) здійснювалися під контролем органів держбезпеки або посадових осіб цих органів без належного інформування вищого керівництва країни: «саме агентура КДБ в «Супутнику» (була така єдина на весь Союз турфірма) під прикриттям своїх же оперів, а часто і без їх відома, налагодила майже промислові поставки в СРСР друкованої, аудіо-, а потім і відеопродукції «антирадянського змісту». Також посилюлося злиття спецслужб на той час ще СРСР з криміналітетом: «можна було контролювати «фарцовщиків» з усіма фінансовими можливостями, що звідси витікають». Цим словом називали валютних спекулянтів, котрі в агентурній мережі КДБ знаходили захист від всюдишущого ОБХСС. Також у полі зору перебували і валютні повії, котрих у всі часи використовували спецслужби як для отримання контррозвідувальної інформації, так і за своїм прямим призначенням»<sup>12</sup>.

Розвиток і налагодження корупційних зв'язків з необхідністю потребували політичного прикриття із залученням вищих посадових осіб вже незалежних країн пострадянського простору. За наявності напрацьовань різних рівнів ще радянських часів такими можливостями змогли скористатися представники вже нової криміналізованої «еліти». Цим, зокрема, пояснюється агресія Російської Федерації стосовно України, коли виникла загроза розкриття корупційних зв'язків міжнародного рівня, за допомогою яких підтримувалося й досі підтримується існування «сфери державних інтересів» цієї країни (у зв'язку з втратою своїх позицій приналежними до корупційної системи вагомими посадовими особами в Україні). Саме до контрзаходів, які було вжито задля збереження цієї системи, можна віднести скандал з «Панамськими документами» («Panama papers»), який виник у розпал протистояння і зачепив багатьох впливових осіб міжнародного рівня (а також представників нового керівництва України)<sup>13</sup>.

Цікавим є вплив агентів згаданої системи в межах нашої країни, коли представниками правоохоронних органів наводяться згадки щодо зловживань за часів незалежності України: «виводили на чисту воду казнокрадів, документально доводили брудні чиновницькі оборудки, хапали за руку високопоставлених крадіїв і матеріали йдуть у п – уратуру тільки з санкції президентської Адміністрації», а також стосовно бездіяльності вітчизняних правоохоронних органів (подеколи за вказівками вищих посадових осіб) при активізації діяльності спецслужб інших країн (зокрема, Російської Федерації) на території України (напрацювання агентурної мережі, здійснення різних протиправних з точки зору українського законодавства діянь (зокрема корупційних) тощо)<sup>14</sup>.

Відповідним чином можна констатувати необхідність щодо зміни самої системи суспільних відносин в Україні, оскільки політико-«правові» реалії значною мірою є ураженими корупційними явищами. Це ускладнює перетворення у різних сферах громадського і державного життя країни. Фактично через відповідні явища й процеси спостерігається тенденція до втрати ресурсів країни і посилення кризових явищ, що необхідно подолати як для збереження країни, так і забезпечення хоча б на мінімальному рівні комплексу гарантованих державою прав і свобод людини та громадянина.

Таким чином, у системі протидії корупції має бути враховано наступні політико-правові аспекти, які виникають у зв'язку з особливостями середовища, у якій вона буде застосовуватися:

1. Об'єктивна спрямованість діяльності певної частини політичних сил країни на забезпечення власних неправових інтересів.

2. Підпорядкування діяльності згаданих вище політичних сил ширшій стратегії стосовно реалізації антидержавних щодо України заходів (навіть за умови відсутності чіткого усвідомлення цього самими виконавцями).

3. Використання корупційних інструментів у якості дієвих засобів впливу на системному рівні (що практично реалізується протягом тривалого часу).

4. Використання політичних та інформаційних засобів задля протидії заходам, які вживаються для подолання корупції як явища.

5. Використання з неправовою метою фахівців високого рівня заінтересованими політичними силами задля аналітичного опрацювання і подальшого внесення поправок у законопроекти з метою зниження ефективності антикорупційного законодавства або його дискредитації.

6. Наявність у деструктивних політичних сил впливу на законотворчий процес, що може бути використано (використовується) задля створення прогалин і неточностей у законодавстві на етапі підготовки законопроектів.

7. Наявність можливості неправового впливу учасників політичного процесу або злочинних міжнародних угруповань на кадрову політику в Україні стосовно державних органів, покликаних здійснювати боротьбу з корупцією (електронна система «обрання» керівних посадових осіб за сучасних умов може бути легким об'єктом для кібератак, що об'єктивно підтверджено самими реаліями застосування подібних систем за кодоном).

8. Використання заінтересованими особами або організаціями задля забезпечення своїх неправових інтересів керівних кадрів новостворених органів щодо боротьби з корупцією з метою зниження ефективності таких органів або дискредитації самої концепції боротьби з корупцією.

9. Стратегічна загроза щодо можливості існування держави за таких умов у довгостроковій перспективі.

10. Комплекс загроз стосовно прав і свобод людини і громадянина, що підтримується завдяки усталеній корупційній системі й зумовлює зневіру громадян щодо можливості використання правових засобів захисту і поновлення їхніх прав та свобод (соціальна апатія як похідний і дієвий інструмент впливу задля забезпечення корупційної моделі відносин).

За цих умов вагомою постає проблема адекватної існуючим соціально-економічним умовам системи інформування громадян стосовно корупційних загроз, особливостей їх впливу на життя й умови реалізації прав та свобод цих громадян. Також має бути розроблено комплекс дієвих інструментів задля оперативного поновлення порушених прав і свобод (відтермінування у часі в підсумку може зумовлювати як зниження ефективності правової системи, так і посилення соціальної апатії). У зв'язку з поширенням корупційної сфери ледь чи не на усі аспекти життєдіяльності суспільства відмежування інструментів сповіщення щодо корупційних діянь або корупційних загроз від населення (особливо у сільській місцевості) створює комплекс проблем системного характеру, забезпечуючи латентність виявлених громадянами правопорушень, зневіру й відсутність функціональної спрямованості системи протидії корупції.

Оскільки здобуття фінансових ресурсів для проведення політичних заходів за умов пострадянського середовища у більшості випадків вимагало використання джерел, які належним чином не декларувалися, це у свою чергу призвело до вираженої підконтрольності окремих політичних сил представникам кланово-олігархічних угруповань.

У контексті наведеного окремими науковцями пропонується вживати термін «дефектність політичного режиму», під якою розуміється його «нездатність функціонувати відповідно до встановлених ним самим правил, зокрема конституції і законодавства, проявами чого є, наприклад, фальсифікація виборчого процесу; зокрема незаконне відсторонення кандидатів чи партій від участі в них; адміністративний тиск на його перебіг; перешкоджання змаганням ідей (чи обмеження поля для його реалізації у ЗМІ) тощо»<sup>15</sup>. При цьому виникнення відповідних тенденцій знаходить своє закріплення у системі суспільних відносин, тим самим зумовлюючи причинно-наслідковий зв'язок між діями посадових осіб, реалізацією незаконних інтересів «третьої сторони» корупційних відносин, і кризовими явищами, які виникають у державі й суспільстві на системному рівні.

Реальним об'єктом регулювання у розглядуваному контексті є суспільні відносини, які виникають і складаються щодо вчинення корупційних діянь. При цьому значну загрозу може становити апатія громадянського суспільства, коли зловживання можуть набути системного рівня і вимагатимуть вжиття спеціальних заходів щодо їх легітимації. Зокрема, «перегляд моральних засад сучасного російського суспільства, коли йдеться про осучаснення міфу «про велич росіянина», «про славу історію Росії», про ніці засоби, що виправдовують високі цілі» (наприклад, захоплення Криму, війна на сході України) тощо»<sup>16</sup>.

Слід зазначити про зумовленість діяльності громадян України сукупністю об'єктивних умов їх існування, а також деякою інерційністю суспільних відносин. Тож «намагання швидко переорієнтувати національну самосвідомість українців у руслі самосвідомості та архетипічних особливостей благополучних західних країн не лише малоефективне, а й згубне»<sup>17</sup>, оскільки викликати внутрішнє несприйняття навіть у контексті сутнісно сприятливих для них перетворень (наприклад, нівелювання наслідків, зумовлених поширеністю корупції).

Тож, вагомим завданням стає зміна суспільних відносин, як таких, що є корупційно-орієнтованими, на такі, що зумовлюють широкі можливості для життя й розвитку індивіда, суспільства та держави: «потребує посилення людиноцентристська спрямованість вітчизняної політико-правової науки, законодавчого забезпечення вітчизняного соціального простору в частині переорієнтації досліджень на регулювання соціальних відносин, де пріоритетною має бути «громадянська» проблематика розуміння «соціального»<sup>18</sup>. Подібний напрям роботи може бути ефективним лише за умови чіткого окреслення широкого інструментарію участі громадян держави у житті країни. Саме він допомагатиме блокувати прояви корупції завдяки виявленим об'єктивним ознакам, можливостям щодо оперативного (і адекватного) реагування на відповідні звернення громадян, а також несприйняття корупції останніми.

Отже, подолання корупції як явища у суспільстві є можливим за умови її витіснення з політичного середовища (у якості першочергового завдання). Це неможливо за допомогою сучасних виключно правових або політичних засобів і вимагає активної участі громадськості з використанням дієвих спеціально розроблених інструментів та належного інформування громадян країни щодо загрози, яку в довготривалій перспективі становлять корупційні діяння як безпосередньо щодо них, так і щодо країни у цілому. Належне дослідження цієї проблематики вимагає подальших наукових розробок, а також широкого використання вироблених на міжнародному рівні інструментів, які могли б бути дієвими за умов пострадянського простору й були прийнятними з точки зору моралі, звичаїв і традицій українського народу.

<sup>1</sup> Костицька С. Лабіринти метаморфоз: поезії / Софія Костицька // Обране і нове. – Дрогобич : Коло, 2016. – 256 с. – С. 22.

<sup>2</sup> Корупція: теоретико-методологічні засади дослідження / керівник авт. кол. доц. І. О. Ревак. – Л. : ЛьвДУВС, 2011. – 220 с.

<sup>3</sup> Литвиненко В. І. Протидія корупції в Україні: адміністративно-правові засади: моногр. / В. І. Литвиненко. – К. : МП «Леся», 2015. – 472 с. – С. 83.

<sup>4</sup> Литвиненко В. І. Концепція адміністративно-правового забезпечення протидії корупції в Україні: наук.-аналіт. доп. / В. І. Литвиненко, П. Я. Пригунов та ін.; за заг. ред. д-ра юрид. наук В. І. Литвиненка. – К. : ДП «Вид. дім Персонал», 2016. – 89 с.

<sup>5</sup> Козаков В. М. Аналіз моделей громадянської комунікації в країнах Західної Європи (архетипний підхід) / В. М. Козаков, О. В. Рашковська // Публічне урядування. – 2016. – № 2. – С. 113–123. – С. 123.

<sup>6</sup> Меркотан К. П. Моральні межі політичного «геройства» / К. П. Меркотан // Публічне урядування. – 2016. – № 2. – С. 146–155. – С. 152.

<sup>7</sup> Недюха М. П. «Суспільні відносини» та «соціальні відносини» як поняття політико-правової науки / М. П. Недюха // Наукові праці МАУП / редкол. М. Н. Курко (голов. ред.) та ін. – К. : МАУП, 2001. – Вип. 49 (2-2016). – К. : ДП «Вид. дім «Персонал», 2016. – С. 74–80. – С. 80.

<sup>8</sup> Мельник М. Політична корупція: сутність, чинники, засоби протидії / М. Мельник // Журнал Центру Разумкова «Національна безпека і оборона». – 2009. – №7. – С. 67–72. – С. 67.

<sup>9</sup> Шайхалієва Ю. А. Феномен політичної корупції в Україні / Ю. А. Шайхалієва // Наукові записки [Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса]. – 2013. – № 1. – С. 415–430.

<sup>10</sup> Недюха М. П. Правова ідеологія українського суспільства : моногр. / М. П. Недюха. – К. : МП «Леся», 2012. – 400 с. – С. 85–201.

<sup>11</sup> Циганов В. Загроза політичної корупції у демократичних політичних режимах / В. Циганов // Стратегічні пріоритети. – 2012. – № 4. – С. 63–67.

<sup>12</sup> Ушенко В. Будні районного гебіста (сповідь опера КГБ СССР). Нариси / Володимир Ушенко. – К. : Український пріоритет, 2013. – 208 с. – С. 91.

<sup>13</sup> Якубович Т. Офшорний скандал і Порошенко. Як оцінювати? / Тетяна Якубович, Ярослава Трегубова // Радіо Свобода. – 4 квітня 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.radiosvoboda.org/a/27654259.html>

<sup>14</sup> Ушенко В. Вказана праця. – С. 168.

<sup>15</sup> Циганов В. Вказана праця. – С. 63.

<sup>16</sup> Меркотан К. П. Вказана праця.

<sup>17</sup> Козаков В. М. Вказана праця.

<sup>18</sup> Недюха М. П. «Суспільні відносини» та «соціальні відносини» як поняття політико-правової науки / М. П. Недюха // Наукові праці МАУП / редкол. М. Н. Курко (голов. ред.) та ін. – К. : МАУП, 2001. – Вип. 49 (2-2016). – К. : ДП «Вид. дім «Персонал», 2016. – С. 74–80. – С. 80.

## Резюме

**Веклич В. О. Політико-правові аспекти системи протидії корупції: до питання щодо її ефективності й функціональної значущості (спрямованості).**

У статті розглянуто проблемні політико-правові аспекти системи протидії корупції, які є притаманними країнам пострадянського простору. Акцентовано увагу на деяких проблемних аспектах протидії боротьбі з корупцією, що набуває системного характеру й зумовлює виникнення деструктивних процесів. Окреслено суспільні відносини як об'єкт регулювання щодо системи протидії корупції, а також вказано на необхідність переорієнтації деяких заходів, які вживаються державою на «громадянську» сферу. Активізацію діяльності громадянського суспільства окреслено у якості вагомого напрямку щодо належної протидії корупції на системному рівні.

**Ключові слова:** корупція, ефективність протидії корупції, система протидії корупції, політика, суспільні відносини.

## Резюме

**Веклич В. А. Политико-правовые аспекты системы противодействия коррупции: к вопросу об её эффективности и функциональной значимости (направленности).**

В статье рассмотрены проблемные политико-правовые аспекты системы противодействия коррупции, которые присущи странам постсоветского пространства. Акцентировано внимание на некоторых проблемных аспектах противодействия борьбе с коррупцией, что приобретает системный характер и обуславливает возникновение деструктивных процессов. Определены общественные отношения как объект регулирования в системе противодействия коррупции, а также указано на необходимость переориентации некоторых мер, принимаемых государством на «гражданскую» сферу. Активизация деятельности гражданского общества обозначена в качестве весомого направления относительно должного противодействия коррупции на системном уровне.

**Ключевые слова:** коррупция, эффективность противодействия коррупции, система противодействия коррупции, анти-коррупционная политика, общественные отношения.

#### Summary

**Veklych V. Political and legal aspects of countering corruption: regarding the question of it's effectiveness and functional significance (orientation).**

This article considers the problem of political and legal aspects of countering corruption that is inherent in post-soviet countries. Some problematic aspects of countermeasures taken to prevent countering corruption were regarded as such that have systemic nature and causes occurrence of destructive processes. Public relations were outlined as an object of regulation of the system of countering corruption, and indicated the need for reorientation of some measures taken by the state towards «civil» sphere. Revitalization of civil society is outlined as a meaningful direction for appropriate countering corruption at the system level.

**Key words:** anti-corruption policy, corruption, countering corruption system, effectiveness of countering corruption, public relations.

УДК 343.163 «18/19»

**В. П. ГОРБАЧЕВ**

*Василий Павлович Горбачев, кандидат юридических наук, доцент, доцент Донецкого юридического института МВД Украины*

### **ПРОКУРОР НА ЭТАПЕ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ ЗА ДОЛЖНОСТНЫЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ В РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ**

Одним из главных полномочий прокуратуры является право возбуждения уголовного преследования. Объем этого полномочия в различных странах колеблется от монополии прокуратуры в возбуждении уголовного преследования до значительного ограничения этого права. Поэтому полезным является изучение исторического опыта Российской империи, где после судебной реформы 1864 г. прокуратура не имела право возбуждать уголовное преследование по целому ряду преступлений, среди которых наибольшую группу составляли должностные преступления.

Особенности участия прокурора в производстве по делам о должностных преступлениях в досоветский период исследовались К. Д. Анциферовым, В. Волжиным, В. М. Гессеном, Ф. И. Гредингером, А. А. Квачевским, А. Ф. Кони, Е. М. Кулишером, Н. И. Лазаревским, М. А. Лозина-Лизинским, Н. В. Муравьевым, А. Э. Нольде, Н. Н. Розиным, В. Д. Спасовичем, И. Т. Тарасовым, И. Г. Щегловитовым и др. В советский и современный период отсутствуют специальные работы, посвященные указанному вопросу, а в общих работах по истории прокуратуры имеются некоторые неточности.

В связи с этим **целью статьи** является анализ законодательства, регулировавшего возбуждение уголовного преследования за должностные преступления и роль прокурора в этом вопросе, а также анализ практики применения этого законодательства в Российской империи после судебной реформы 1864 года.

Производство по делам о должностных преступлениях было одним из «изъятий» из общего порядка уголовного судопроизводства. В общем объеме уголовных дел, находившихся в производстве судебных следователей и прокуратуры окружных судов, дела этой категории занимали незначительное место, и несмотря на увеличение абсолютного количества, их удельный вес постепенно сокращался; например, в 1890 г. было 6056 дел о должностных преступлениях (или 4,3 % всех дел)<sup>1</sup>, а в 1910 г. – 14033 (3,2 %)<sup>2</sup>. Такие показатели в определенной степени объяснялись особенностями порядка возбуждения уголовных дел данной категории, которые являлись крупнейшим из отклонений от обычного порядка возбуждения преследования<sup>3</sup>.

Основным отличием преследования должностных преступлений от общего порядка уголовного судопроизводства была «административная гарантия», которая заключалась в невозможности преследовать чиновника за какое бы то ни было должностное преступление без согласия его начальства<sup>4</sup>.

Институт административной гарантии был подробно разработан во Франции и оттуда заимствован законодательствами других европейских стран. Однако там он долго не просуществовал и был постепенно отменен, в том числе во Франции в 1870 году<sup>5</sup>. А в России этот институт сохранился и при этом получил более широкое развитие, чем в европейских странах. В России административная гарантия существовала до судебной реформы 1864 г. и сохранилась после проведения реформы. По замечанию профессора Н. Н. Розина

на, институт административной гарантии был пережитком архаического дореформенного порядка смешения судебной и административной власти, когда разбирательство дел о служебных нарушениях подлежало ведомству, в котором служил чиновник<sup>6</sup>.

Одним из мотивов особого порядка привлечения к ответственности за должностные преступления было желание оградить должностных лиц от неосновательных преследований. Предполагалось, что распространение на должностные преступления общего порядка уголовного производства могло бы иметь своим последствием «чрезмерное умножение случаев возбуждения преследования против должностных лиц». По образному выражению В. Д. Спасовича, «прокуратура и суд вырывали бы целые ряды чинов, целые ведомства, казня людей, преследовали бы систему»<sup>7</sup>. А Правительствующий Сенат в решении от 9 декабря 1871 г. указал, что особый порядок предания суду лиц за должностные преступления установлен «не в видах дарования этим лицам особых прав защиты, а в видах ограждения интересов того ведомства, по которому сделано упущение или злоупотребление»<sup>8</sup>. Кроме того высказывались опасения, что предоставление прокуратуре права на общем основании возбуждать уголовное преследование по всем должностным преступлениям «легко могло бы дать повод к вмешательству судебных органов в круг ведения административных властей и повести к нежелательным столкновениям между прокурорским надзором и администрацией»<sup>9</sup>.

Резко выступая против административной гарантии, Е. М. Кулишер отмечал, что она представляла основанное на законе правительственное укрывательство должностных преступлений, по своему существу являлась отказом в правосудии против должностных лиц, а «боязнь прокурорского вмешательства в царство произвола и насилия определялась ... в значительной мере междуведомственными распрями и ссорами»<sup>10</sup>. А по замечанию В. М. Гессена, административная гарантия на практике являлась «гарантией безответственности должностных лиц»<sup>11</sup>.

Главной особенностью производства по делам о должностных преступлениях было то, что возбуждение уголовного преследования являлось исключительным полномочием начальства обвиняемых, а прокуратура была лишена возможности по собственной инициативе преследовать должностные преступления<sup>12</sup>.

Еще при обсуждении в 1862 г. преобразований судебной части в России в соединенных департаментах Государственного Совета было обращено внимание на роль прокурора и отмечено, что он не должен оставлять без движения полученные им сведения о должностном преступлении. Однако, по мнению Государственного Совета, обязанности прокурора в этом случае должны ограничиваться сообщением полученного им сведения начальству обвиняемого чиновника, а в важных случаях – донесением министру юстиции<sup>13</sup>.

В Уставе уголовного судопроизводства 1864 г. (далее – УУС) вообще не упоминалось об участии прокуратуры в возбуждении преследования по должностным преступлениям. Прокурор в этом отношении был приравнен к остальным учреждениям, которые о выявленных ими должностных преступлениях сообщали начальству обвиняемого (ст. 1085 УУС)<sup>14</sup>. При поступлении прокурору жалоб и заявлений о должностных преступлениях он мог сделать только одно – направить их соответствующему начальству<sup>15</sup>.

Установленный законом порядок позволял правительству в необходимых случаях оградить чиновников от возбуждения против них уголовного преследования. Это было удобно для правительства особенно в период обострения политической обстановки, когда полиция применяла оружие «в целях водворения законного порядка и общественного спокойствия» и при этом причиняла смерть или ранения граждан. В связи с тем, что в некоторых таких случаях чины полиции привлекались к ответственности в общем порядке уголовного судопроизводства, Совет Министров 19 декабря 1906 г. разъяснил, что указанные действия полицейских являются исполнением служебных обязанностей, поэтому привлечение их к уголовной ответственности за причинение смерти или повреждений здоровья при подавлении беспорядков может осуществляться только согласно правилам судопроизводства по должностным преступлениям, т.е. путем направления обвинения начальству обвиняемого, от которого зависело дать делу дальнейшее направление или оставить его без последствий. На основании этого разъяснения министр юстиции И. Г. Щегловитов 22 января 1907 г. направил прокурорам судебных палат секретный циркуляр № 3163, в котором поручил им «озаботиться» тем, чтобы в указанных случаях неукоснительно соблюдался установленный законом порядок и все обрабатываемые в прокуратуру сообщения, жалобы и объявления по этому вопросу направлялись соответствующим административным начальствам, исключительно от которых зависело разрешение указанного вопроса<sup>16</sup>.

Кроме того, что прокуратура не имела право возбуждать уголовное преследование, она не имела право самостоятельно проводить проверки по заявлениям о должностных преступлениях или поручать полиции производство по ним дознания. Такое разъяснение дал Правительствующий Сенат 15 сентября 1888 г. по результатам рассмотрения дела о действиях одного из бывших мировых судей, по которому полиция по поручению прокуратуры провела дознание. Сенат указал, что прокурор окружного суда обязан был дошедшие до него сведения о неправильных действиях мирового судьи представить в установленном порядке Правительствующему Сенату и не имел никакого права проверять их и давать полиции указание о проведении дознания по вопросу обоснованности поступившего доноса<sup>17</sup>.

Прокурор не имел также право осуществлять надзор за разрешением начальством жалоб, заявлений и сообщений о должностных преступлениях. Правительственная комиссия, которая занималась вопросами пересмотра Устава уголовного судопроизводства, в 1897 г. отметила, что возбуждение дел данной категории находилось «вне ближайшего наблюдения и контроля со стороны прокуратуры» и зависело «от односторонней оценки действий обвиняемых должностных лиц их непосредственным начальством»<sup>18</sup>. «Предварительное исследование» поступивших сообщений о должностных преступлениях, которое могло назначать началь-

ство обвиняемого (ст.ст. 1085, 1086 УУС) и которое по своему содержанию и существу на практике было тождественно с полицейским дознанием, было «изъято из-под надзора прокуратуры». В ревизионном отчете по округу Киевского окружного суда указывалось, что судьба дел о должностных преступлениях находилась почти всецело в руках начальства обвиняемых, «которое часто было склонно к оправданию или, по крайней мере, к уменьшению виновности своего подчиненного», а прокуратура была лишена по этим делам «возможности осуществлять свое главное назначение – быть блюстителем закона». А по свидетельству ревизионного отчета по округу Одесского окружного суда, жалобы и заявления, поступившие прокурору и направленные им соответствующему начальству, оно в большинстве случаев оставляло «без последствий»<sup>19</sup>.

Для осуществления указанного надзора у прокурора не было правовых оснований. Администрация не была обязана сообщать прокурору о совершенных должностных преступлениях и о производившихся ею проверках поступивших сообщений<sup>20</sup>. Поэтому прокуратуре не было известно о многих фактах должностных преступлений. В связи с этим дела о таких преступлениях, возникавшие непосредственно в административных ведомствах, «ускользали от всякого наблюдения прокуратуры» во всех тех случаях, когда они заканчивались прекращением или наложением административных взысканий без проведения предварительного следствия. По свидетельству ревизионного отчета по Варшавскому судебному округу, судить о степени правильности постановлений начальства по такого рода делам не было никакой возможности, и «только в исключительных случаях прокурор, не рискуя навлечь на себя обвинение в незаконном вмешательстве в сферу чужих прав и власти», мог «случайно узнать о последовавших по таким делам распоряжениях начальства»<sup>21</sup>.

Прокуратура имела определенную возможность контролировать ход разрешения только тех дел, которые были возбуждены начальством по сообщениям самой прокуратуры или по направленным ею жалобам частных лиц, поступившим в прокуратуру<sup>22</sup>. Однако и это осложнялось тем, что в законе не была указана обязанность начальства уведомлять прокурора о своих распоряжениях, сделанных по его сообщениям о должностных преступлениях. Из этого было сделано только одно исключение: 19 мая 1871 г. в Устав уголовного судопроизводства внесено дополнение (ст. 448<sup>1</sup>), в соответствии с которым начальство чинов отдельного корпуса жандармов обязано было уведомлять прокурора о результатах рассмотрения его сообщения о неправильных действиях подчиненных по обнаружению преступлений<sup>23</sup>.

В плане осуществления надзора министр юстиции циркуляром от 6 июля 1884 г. обязал прокуроров по сообщениям о должностных преступлениях, которые они направили начальству, принимать меры к устранению «медленности» в их рассмотрении и делать это путем сообщения высшему в порядке подчиненности учреждению или в министерство юстиции<sup>24</sup>. С учетом этого, по свидетельству в конце XIX ст. правительственной комиссии, на практике прокуроры обычно не ограничивались сообщением начальству об усмотренных ими должностных преступлениях, а следили «за беззамедлительным разрешением» этих сообщений<sup>25</sup>.

В результате судебной реформы на этапе возбуждения уголовного преследования за должностные преступления прокурор имел более ограниченные права, чем в дореформенный период, когда губернский прокурор обязан был просматривать все без исключения журналы губернских присутственных мест и имел право принести протесты на определения, признаваемые им неправильными<sup>26</sup>. Поэтому в дореформенный период в руках губернских прокуроров был сосредоточен надзор за правильным разрешением административными учреждениями дел о возбуждении преследования по должностным преступлениям. А в результате реформы за начальством обвиняемых было сохранено исключительное право привлечения их к ответственности, однако прокуратуре не предоставлены указанные полномочия губернского прокурора<sup>27</sup>. По замечанию Н. И. Лазаревского, с упразднением должности губернского прокурора был уничтожен тот орган власти, который имел фактическую возможность выявлять должностные преступления по всем ведомствам и имел юридическую возможность настаивать на их преследовании<sup>28</sup>.

Сенатская практика по вопросу возбуждения уголовного преследования за должностные преступления претерпела определенные изменения. Устав уголовного судопроизводства предусматривал участие прокуратуры только в вопросах предания суду. Однако Сенат, расширительно толкуя закон, первоначально допускал участие прокуратуры и в вопросах возбуждения преследования за должностные преступления<sup>29</sup>. В решении по делу Пересыпкина от 9 декабря 1871 г. Сенат указал, что «по духу закона» в наиболее важных случаях назначение прокурором помимо начальства предварительного следствия по должностному преступлению не является нарушением прав административной власти<sup>30</sup>. Однако в последующих решениях Сенат неоднократно разъяснял, что прокурор не вправе по своему усмотрению назначать производство предварительного следствия о должностных преступлениях, а свои сообщения о них должен направлять или начальству обвиняемого, или в первый департамент Сената. Одновременно Сенат указывал, что судебное преследование по обвинению в должностном преступлении может быть начато не иначе как по постановлению начальства обвиняемого<sup>31</sup>.

А когда, по воспоминаниям А. Ф. Кони, он в 1874 г. «сознательно поспешил с возбуждением уголовного преследования» по одному такому делу, то это повлекло определение Правительствующего Сената, которым о допущенном отступлении от закона сообщено на усмотрение министра юстиции. Полагая, что на него «была возложена обязанность охранять интересы общества своевременным и целесообразным преследованием нарушителей закона», и с учетом указанного решения Сената по делу Пересыпкина А. Ф. Кони предложил судебному следователю провести следствие в отношении председателя Лужской уездной земской управы, который совершил растрату, присвоение земских денег и по имевшимся сведениям собирался скрыться за границей. В связи с тем, что по закону возбуждение уголовного преследования председателя



земской управы осуществлялось по постановлению губернского земского собрания, это собрание принесло жалобу на нарушение его прав со стороны А. Ф. Кони. Сенат эту жалобу признал обоснованной<sup>32</sup>.

В юридической литературе отмечались и другие факты превышения власти прокуратурой. К. Анциферов отмечал: «Представители прокуратуры не раз брали на свой страх возбуждение дел по служебным преступлениям, после того, как все усилия их добиться преследования в законном порядке, разбивались о покровительство начальства»<sup>33</sup>. А. Э. Нольде указывал, что прокуратура (особенно в первое время) энергично пыталась сузить область применения административной гарантии и иногда в интересах правосудия отступала от указаний закона<sup>34</sup>. М. А. Лозина-Лозинский отмечал, что прокуратура в первые годы после введения судебной реформы 1864 г. присваивала себе право назначать своей властью предварительное следствие над должностными лицами; а это повлекло разъяснения Правительствующего Сената о том, что свои сообщения об усмотренных признаках должностного преступления прокурор должен направлять начальству обвиняемого, а не непосредственно к судебному следователю<sup>35</sup>.

Правительственная комиссия, которая в конце XIX ст. занималась пересмотром законов по судебной части, также отметила, что при существующем порядке возбуждения уголовного преследования прокуратура лишена возможности воспрепятствовать сокрытию должностным лицом следов совершенного им преступления или предупредить побег этого лица; поэтому она вопреки требованию закона, не выжидая разрешения начальства, бывает вынуждена делать распоряжения о начале следствия и о задержании заподозренного<sup>36</sup>.

Пререкания прокурора с административным начальством по вопросам возбуждения преследования закон прямо не предусматривал, возможность таких пререканий была предусмотрена только после окончания предварительного следствия<sup>37</sup>. Однако Правительствующий Сенат расширительно толковал закон и допускал возможность пререканий прокурора с начальством обвиняемого по вопросу возбуждения преследования при условии, что сообщение о должностном преступлении поступило от прокурора и по делу обязательным было проведение предварительного следствия<sup>38</sup>.

Следовательно, можно сделать вывод о том, что закон не предоставил прокуратуре право возбуждать уголовное преследование за должностные преступления и осуществлять надзор за разрешением начальством чиновника жалоб, заявлений и сообщений о таких преступлениях. Однако на практике прокуроры иногда выходили за пределы своих полномочий и возбуждали такое преследование. Сенат также расширительно толковал закон и на этапе возбуждения уголовного преследования признавал за прокуратурой некоторые права, которые в законе указаны не были.

<sup>1</sup> Свод статистических сведений по делам уголовным, производившимся в 1890 году в судебных учреждениях : в 3 ч. – СПб. : Изд. мин. юстиции; Тип. Правит. Сената, 1895. – Ч. 1. – 37 с. – С. 32.

<sup>2</sup> Сборник статистических сведений министерства юстиции. Сведения о личном составе и о деятельности судебных установлений Европейской и Азиатской России за 1910 год. – СПб. : Изд. первого деп. Мин. юстиции; Сенатская тип., 1912. – Вып. 26. – 432 с. – С. 210–215.

<sup>3</sup> Розин Н. Н. Уголовное судопроизводство : пособ. к лекциям / Н. Н. Розин. – СПб. : Изд. юрид. книжн. склада «Право», 1914. – 547 с. – С. 406.

<sup>4</sup> Муравьев Н. Об уголовном преследовании должностных лиц за преступления по службе / Н. Муравьев // Юридический вестник. – 1879. – № 11. – С. 820.

<sup>5</sup> Высочайше учрежденная комиссия для пересмотра законоположений по судебной части : Объяснительная записка к проекту новой редакции Устава уголовного судопроизводства. – СПб. : Сенатская тип., 1900. – Т. 4. – 320 с. – С. 229, 231–235.

<sup>6</sup> Розин Н. Н. Указ. соч. – С. 248, 407.

<sup>7</sup> ... Объяснительная записка ... – Т. 4. – С. 241–243.

<sup>8</sup> Сборник разрешенных соединенным присутствием Первого и Кассационного по уголовным делам департаментов Правительствующего сената вопросов по пререканиям административных начальств с прокурорским надзором об ответственности должностных лиц за преступления по должности : 1868–1872. – СПб. : Тип. Правит. Сената, 1873. – 28 с. – С. 8–9.

<sup>9</sup> ... Объяснительная записка ... – Т. 4. – С. 242–243.

<sup>10</sup> Кулишер Е. М. Судебное преследование должностных лиц: Порядок возбуждения дела и предания суду / Е. М. Кулишер. – М.: Тип. Т-ва И. Н. Кушнерев и Ко, 1907. – 32 с. – С. 18, 21, 23.

<sup>11</sup> Гессен В. М. О неприкосновенности личности / В. М. Гессен. – СПб. : Тип. А. Г. Розена, 1908. – 68 с. – С. 40.

<sup>12</sup> ... Объяснительная записка ... – Т. 4. – С. 215, 235.

<sup>13</sup> Российский государственный исторический архив. – Фонд 1Б. – Описание 1. – Дело 82406. – С. 239.

<sup>14</sup> ... Объяснительная записка ... – Т. 4. – С. 219.

<sup>15</sup> Высочайше учрежденная комиссия для пересмотра законоположений по судебной части. Труды. – СПб. : Тип. Правит. Сената, 1897. – Т. 3: Свод ревизионных отчетов. – Раздел 2. – С. 600, 604–605.

<sup>16</sup> Сборник циркуляров и инструкций министерства юстиции (с 1877 по 1914 г.). Секретные. – Петроград: Сенатская тип., 1914. – 196 с. – С. 173–174.

<sup>17</sup> Высочайше учрежденная комиссия для пересмотра законоположений по судебной части. Подготовительные материалы : в 12 т. – СПб. : Тип. Правит. Сената, 1896. – Т. 12. – 891 с. – С. 774–775.

<sup>18</sup> ... Труды. – Т. 3. – Раздел 1. – С. 66.

<sup>19</sup> Там же. – Раздел 2. – С. 599–600, 604–605, 610, 613.

<sup>20</sup> Кулишер Е. М. Указ. соч. – С. 4.

<sup>21</sup> ... Труды. – Т. 3. – Раздел 2. – С. 612, 617–618.

<sup>22</sup> Там же. – С. 617–618.

<sup>23</sup> ... Объяснительная записка ... – Т. 4. – С. 219.

- <sup>24</sup> Сборник циркуляров и инструкций министерства юстиции. Часть II. 1878–1885. – СПб.: Тип. Правит. Сената, 1886. – 355 с. – С. 215–216.
- <sup>25</sup> ... Объяснительная записка ... – Т. 4. – С. 219.
- <sup>26</sup> Свод законов Российской империи. Издание 1857 года. – СПб.: Тип. Второго отд. Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1857. – Т. 2. – Ч. 1. – 1263 с. – Ст.ст. 647, 2488. – С. 122, 496; Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. – СПб.: Издание Гос. канцелярии; Тип. Второго отд. Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1866. – Ч. 2. – 504 с. – С. 415.
- <sup>27</sup> ... Объяснительная записка. – Т. 4. – С. 215.
- <sup>28</sup> Лазаревский Н. И. Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами / Н. И. Лазаревский. – СПб.: Тип. Спб. акц. общ. печатного и писчебум. дела в России «Слово», 1905. – 712 с. – С. 550.
- <sup>29</sup> Анциферов К. Порядок преследования за служебные преступления / К Анциферов // Юридический вестник. – 1884. – Кн. 4. – С. 704–705.
- <sup>30</sup> Сборник разрешенных соединенным присутствием ... – С. 18.
- <sup>31</sup> Судебные уставы Императора Александра II с законодательными мотивами и разъяснениями. Устав уголовного судопроизводства. 11-е изд., перераб., испр. и доп. по 1-е октября 1912 года. Сост. С. Г. Щегловитов (неофициальное издание). – СПб.: Тип. Т-ва А. С. Суворина – «Новое время», 1913. – 948 с. – С. 701–702.
- <sup>32</sup> Кони А. Ф. Собрание сочинений : в 8 т. / А. Ф. Кони. – М.: Изд-во «Юрид. лит.», 1967. – Т. 4. – 544 с. – С. 182–183.
- <sup>33</sup> Анциферов К. К вопросу о реформе порядка преследования за служебные преступления по судебным уставам / К. Анциферов // Журнал гражданского и уголовного права. – 1882. – Кн. 5. – С. 11.
- <sup>34</sup> Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за пятьдесят лет : в 3-х т. – Петроград : Сенатская тип., 1914. – Т. 2. – 831 с. – С. 537.
- <sup>35</sup> Лозина-Лозинский М. А. Привлечение к ответственности должностных лиц административного ведомства / М. А. Лозина-Лозинский // Журнал министерства юстиции. – 1895. – № 11 – С. 81.
- <sup>36</sup> Высочайше учрежденная комиссия для пересмотра законоположений по судебной части. Представление Министра юстиции от 31 декабря 1901 г. № 45293 по пересмотру законоположений по судебной части. – [СПб, 1902 : Б.м., б.г.] – 473 с. – С. 336.
- <sup>37</sup> ... Труды. – Т. 3. – Раздел 2. – С. 618.
- <sup>38</sup> ... Объяснительная записка ... – Т. 4. – С. 246.

#### Резюме

**Горбачев В. П. Прокурор на етапі порушення кримінального переслідування за посадові злочини в Російській імперії.**

У статті проаналізовано законодавство, що регулювало порушення кримінального переслідування за посадові злочини й роль прокурора в цьому питанні, надано аналіз практики застосування зазначеного законодавства в Російській імперії після судової реформи 1864 року. Установлено, що закон не надав прокуратурі право порушувати кримінальне переслідування за посадові злочини і здійснювати нагляд за вирішенням начальством чиновника скарг, заяв і повідомлень про посадові злочини. Однак на практиці прокурори іноді виходили за межі своїх повноважень і порушували таке переслідування. Сенат також розширювально тлумачив закон і визнавав за прокуратурою деякі права, які в законі зазначені не були.

**Ключові слова:** прокурор, посадовий злочин, порушення кримінального переслідування, судова реформа.

#### Резюме

**Горбачев В. П. Прокурор на этапе возбуждения уголовного преследования за должностные преступления в Российской империи.**

В статье проанализировано законодательство, регулировавшее возбуждение уголовного преследования за должностные преступления и роль прокурора в этом вопросе, дан анализ практики применения указанного законодательства в Российской империи после судебной реформы 1864 года. Установлено, что закон не предоставил прокуратуре право возбуждать уголовное преследование за должностные преступления и осуществлять надзор за разрешением начальством чиновника жалоб, заявлений и сообщений о должностных преступлениях. Однако на практике прокуроры иногда выходили за пределы своих полномочий и возбуждали такое преследование. Сенат также расширительно толковал закон и признавал за прокуратурой некоторые права, которые в законе указаны не были.

**Ключевые слова:** прокурор, должностное преступление, возбуждение уголовного преследования, судебная реформа.

#### Summary

**Gorbachev V. The prosecutor at the stage of the initiation of criminal prosecution for malfeasance in the Russian Empire.**

The article analyzes the legislation regulating the initiation of criminal prosecution for malfeasance and the role of the Prosecutor in this issue, the analysis of practice of applying mentioned legislation in the Russian Empire after the judicial reform of 1864. It is concluded that the law did not provide the right of the prosecutor's office to initiate criminal prosecution for malfeasance and the right to oversee the decision of superiors about complaints, applications and reports about malfeasance. However, in practice, prosecutors sometimes went beyond their authority, and initiated this prosecution. The Senate also broadly interpreted the law and acknowledged that the Prosecutor's office had some rights that the law were not specified.

**Key words:** the Prosecutor, malfeasance, the initiation of criminal prosecution, judicial reform.

**О. С. ДУДЧЕНКО**

*Оксана Сергіївна Дудченко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Ніжинського державного університету імені Миколи Гоголя*

**КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС СУБ'ЄКТІВ ПРАВА  
ЗАКОНОДАВЧОЇ ІНІЦІАТИВИ В УСРР В 1920–1930-Х РР.**

Розбудова України як суверенної, незалежної, демократичної, соціальної та правової держави передбачає якісне вдосконалення законодавчого процесу, в тому числі й інституту законодавчої ініціативи. Потреба постійного вдосконалення законодавчої діяльності зумовлює необхідність і більш глибокої теоретичної розробки пов'язаних з цим питань, в тому числі й вивчення історичного досвіду. Так, на особливу увагу заслуговує дослідження законодавчого процесу загалом, та конституційно-правового статусу суб'єктів права законодавчої ініціативи зокрема, в Українській Соціалістичній Радянській Республіці в 1920–1930-х роках.

Теоретико-правові аспекти права законодавчої ініціативи аналізуються в працях сучасних вітчизняних дослідників, зокрема О. В. Богачової, С. М. Гусарова, О. В. Зайчука, О. Л. Копиленка, О. М. Мудрої, А. М. Ришелюка, В. М. Шаповала, О. І. Ющика та інших. Окремі питання законодавчого процесу УСРР в першій половині ХХ століття досліджували сучасні вчені В. Д. Гончаренко, В. С. Калиновський, О. В. Кузьминець, Г. В. Лаврик, Н. Р. Нижник, В. В. Стрілець, О. Ф. Фрицький, В. М. Шаповал та інші. У радянський час проблеми законодавчого процесу розглядали в своїх працях Л. І. Антонова, А. Т. Васильєв, М. Г. Кириченко, А. І. Лепьошкін, Н. Г. Мішин, А. І. Рогожин, Д. Т. Яковенко та інші, але їх праці пронизані ідеологією того часу, відтак потребують об'єктивного аналізу. Разом із тим, конституційно-правовий статус суб'єктів права законодавчої ініціативи в УСРР у 1920–1930-х рр. потребує окремого дослідження.

Метою статті є аналіз поглядів науковців щодо визначення сутності поняття «право законодавчої ініціативи» та дослідження конституційно-правового статусу суб'єктів права законодавчої ініціативи в УСРР у 1920–1930-х рр.

У юридичній науці існують різні підходи щодо розуміння поняття «законодавча ініціативи». Загальноприйнятим у теорії держави і права є розуміння законодавчої ініціативи (від лат. *initium* – початок) як початкової (першої) стадії законодавчої процедури. Проте, в науковій літературі терміни «законодавча ініціатива» та «право законодавчої ініціативи» часто ототожнюють.

Визначення поняття «законодавча ініціатива» було в колі наукових інтересів і радянських вчених, які по-різному його розуміли. Наприклад, «законодавчу ініціативу» розглядали, по-перше, як право внесення пропозиції про прийняття нового закону безпосередньо на розгляд законодавчого органу<sup>1</sup>; по-друге, як право державного органу чи окремої особи на внесення в законодавчу установу нового законопроекту чи внесення пропозицій про видання нового закону, відміну чи внесення змін до чинного закону<sup>2</sup>; по-третє, як право окремих, визначених осіб та організацій вносити в законодавчий орган проект закону, право внесення законопроектів на обговорення законодавчих органів<sup>3</sup>; по-четверте, як порушення питання про видання нового закону уповноваженими на те органами та особами, наслідком чого має бути обговорення поданої пропозиції законодавчими органами<sup>4</sup>. Отже, перші три визначення, об'єднує той факт, що законодавча ініціатива визначається через право відповідних органів та осіб здійснювати визначені дії для створення нового закону чи внесення змін до діючого. Таким чином ототожнюються поняття «законодавча ініціатива» та «право законодавчої ініціативи»<sup>5</sup>.

На відмінність понять «законодавчої ініціативи праву» та «право законодавчої ініціативи» звертала увагу радянська дослідниця Л. І. Антонова. Вчена зазначала, що законодавча ініціатива не тотожна праву законодавчої ініціативи, а являє собою реалізацію цього права. У свою чергу право законодавчої ініціативи – це специфічне суб'єктивне право, яким володіють відповідні державні органи, громадські організації та особи за визначенням вищого представницького органу влади<sup>6</sup>. Більшість авторів, розглядаючи законодавчу ініціативу як право уповноважених органів, організацій та осіб, не вказували на кореспондуючий цьому праву обов'язок. Лише окремі дослідники зазначали про нерозривний зв'язок між правом та обов'язком. Радянський вчений Н. Г. Мішин, наприклад, стверджував, що законодавча ініціатива – це право того чи іншого державного органу чи громадської організації вносити до законодавчого органу такі пропозиції про законопроекти, які повинні бути в обов'язковому порядку прийматися ним до розгляду<sup>7</sup>. На цей же взаємозв'язок звертав увагу і А. І. Рогожин у наведеному вище визначенні. Радянський дослідник Д. Т. Яковенко визначав законодавчу ініціативу як початок розробки законопроекту суб'єктами права законодавчої ініціативи за участі широких мас трудящих відповідно до порядку, встановленого вищим органом державної влади<sup>8</sup>.

У сучасній юридичній науці також відбуваються дискусії щодо етимології поняття «законодавча ініціатива» та «право законодавчої ініціативи». Як слушно зазначає український науковець С. М. Гусаров, право законодавчої ініціативи лише надає можливість здійснювати певну дію, а законодавча ініціатива – це сама

дія (сукупність дій), яка здійснюється на основі реалізації даного права. І далі, у своєму дослідженні, вчений стверджує, що «законодавчу ініціативу» в рамках парламентського законодавчого процесу, варто розглядати в двох значеннях, зокрема, по-перше, законодавчою ініціативою називають одну із стадій законодавчого процесу, по-друге, законодавчу ініціативу розглядають як певне приватне право уповноважених суб'єктів щодо внесення проектів законів в законодавчий орган. Відповідно «право законодавчої ініціативи», дослідник визначає, як можливість вносити в законодавчий орган законопроекти, тобто попередні тексти законів<sup>9</sup>.

Ю. М. Перерва стверджує, що право законодавчої ініціативи являє собою можливість здійснювати певну дію; воно може розглядатися як суб'єктивне право та як елемент правоздатності, а законодавча ініціатива визначається як дія (сукупність дій), що здійснюється на основі реалізації права законодавчої ініціативи, як правовідносини та правовий інститут<sup>10</sup>.

У своєму дисертаційному дослідженні О. М. Мудра під правом законодавчої ініціативи розуміє право чітко визначеного Конституцією України кола суб'єктів щодо можливості їх звернення до Верховної Ради України у формі проекту нового закону, зміни чи скасування чинного, а також змоги бути учасником законодавчого процесу з цього приводу<sup>11</sup>.

Якщо говорити про період 1920–1930-х рр., то термін «законодавча ініціатива» вживався дуже рідко. Наприклад, у Положенні про Всеукраїнський Центральний Виконавчий Комітет Рад робітничих, селянських та червоноармійських депутатів (Далі – ВУЦВК), затвердженому постановою 3-ої сесії Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету 8-го скликання від 12 жовтня 1924 р. цей термін вживався тільки у відносно Президії ВУЦВК (ст. 22) і членів ВУЦВК (ст. 34), в усіх інших випадках мова йшла про право внесення питань в порядку ініціативи<sup>12</sup>. Відтак частіше в законодавстві вживалося поняття «ініціатива» в широкому значенні, що включало в себе можливість вносити на розгляд законодавчих органів і питання, що не потребували законодавчого оформлення. Така ситуація, певним чином була обумовлена кількома причинами, зокрема, по-перше, єдина законодавча функція була розділена між різними органами державної влади; по-друге, незалежність і самостійність законодавчої функції нібито розпорозувалася в тій великій нормотворчій діяльності, яку проводили державні органи; по-третє, деякі державні органи виконували великий об'єм роботи, не пов'язаної з виданням законодавчих актів<sup>13</sup>. Крім того, варто зазначити, що в Конституціях УСРР 1919 р. та 1929 р. не розмежовувалася нормотворча й законодавча діяльність. Радянський дослідник Д. Т. Яковенко стверджував, що в Конституції УСРР, прийнятій Всеукраїнським Центральним Виконавчим Комітетом 14 березня 1919 р., взагалі не вказувалося про форми нормативно-правових актів вищих органів державної влади<sup>14</sup>. Проте, з цією позицією можна погодитися лише частково, оскільки в Конституції УСРР 1919 р., хоч чітко і не виокремлювалася законодавча діяльність, проте, зазначалися суб'єкти права законодавчої ініціативи. Зокрема, відповідно до Конституції УСРР 1919 р. Всеукраїнський з'їзд Рад робітничих, селянських та червоноармійських депутатів, Всеукраїнський Центральний Виконавчий Комітет Рад та Рада Народних Комісарів УСРР (Далі – РНК УСРР) мали право видавати закони та підзаконні акти. Разом із тим, правом законодавчої ініціативи, крім Всеукраїнського з'їзду Рад робітничих, селянських та червоноармійських депутатів, були наділені Всеукраїнський Центральний Виконавчий Комітет Рад та Рада Народних Комісарів УСРР<sup>15</sup>. У Конституції УСРР 1929 р. зазначалося, що Президія ВУЦВК мала право, в межах наданих повноважень, видавати декрети, постанови та розпорядження (ст. 34), а РНК УСРР – законодавчі акти й постанови (ст. 39)<sup>16</sup>.

Відповідно до Конституції СРСР 1936 р. законодавча функція перейшла у виключну компетенцію Верховної Ради СРСР, а в межах союзних і автономних республік – відповідно до Верховних Рад цих республік<sup>17</sup>.

У 1920–1930-х рр. (до прийняття Конституції УРСР 1937 р.) право законодавчої ініціативи мало широке коло державних органів, організацій та осіб, діяльність яких охоплювала широку сферу суспільних відносин. Перелік цих суб'єктів встановлювався тогочасним законодавством. Серед суб'єктів права законодавчої ініціативи розрізнялися ті з них, які мали право вносити пропозиції на сесії ВУЦВК, і ті, які вносили пропозиції в Президію ВУЦВК<sup>18</sup>. До числа перших належали самі сесії ВУЦВК, Президія ВУЦВК, Президія ЦВК СРСР, Рада Народних Комісарів УССР, губернські виконавчі комітети та члени ВУЦВК. Що стосується таких організацій як Всеукраїнська центральна Рада профспілок, ЦК комнезамів, Всеукраїнський кооперативний Союз сільського господаря і Червоного Хреста<sup>19</sup>, то вони могли вносити питання на обговорення сесії ВУЦВК тільки через Президію ВУЦВК. До числа других відносилися: а) державні органи: ЦВК СРСР, ЦВК союзних республік, РНК УССР, ЦВК і РНК Молдавської АССР, народні комісаріати та інші центральні відомства та установи УСРР, окружні виконавчі комітети; б) посадові особи: Голова і секретар Президії ВУЦВК, члени та кандидати в члени Президії ВУЦВК, члени ВУЦВК, Голова РНК УССР та його заступники, голови постійних і тимчасових комісій при ВУЦВК; в) республіканські громадські організації: центральні кооперативні організації, Всеукраїнська рада профспілок, спілка Червоного Хреста, міжнародна організація допомоги борцям революції та інші. Крім того, окремі колективи і громадяни також мали право в порядку ініціативи порушувати питання, що поступали на розгляд Секретаря ВУЦВК, і від нього залежало їх подальше направлення<sup>20</sup>. Проте, зазначений перелік суб'єктів права законодавчої ініціативи склався не відразу. Наприклад, згідно з Постановою ВУЦВК «Про Президію Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету» від 26 травня 1920 р. № 211 Президія ВУЦВК мала право подавати проекти декретів на розгляд Пленуму ВУЦВК<sup>21</sup>. У регламенті засідань Президії ВУЦВК від 23 березня 1921 р. зазначалося про представлення доповідей і проектів постанов членами ВУЦВК та наркоманами в Секретаріат ВУЦВК<sup>22</sup>.

Як видно із вищенаведеного переліку, серед суб'єктів права законодавчої ініціативи, відсутні з'їзди Рад: республіканський і місцеві. Пояснити це можна тим, що фактично виступаючи суб'єктом права законодавчої

ініціативи, з'їзди законодавчо не були ним наділені. Причиною цього можна назвати те, що діяльність Всеукраїнського з'їзду Рад не регулювався окремим нормативним актом постійної дії<sup>23</sup>. Проте, як свідчить практика, більшість важливих актів були підготовлені з ініціативи Всеукраїнського з'їзду Рад. Ініціатива з'їзду Рад виражалася в специфічній формі – у формі постанови-директиви, що не допускала альтернативи для відповідних законодавчих органів: прийняти чи відхилити пропозицію, що в ній містилась. У цьому також проявлялася одна із особливостей правового статусу верховного представницького органу влади в системі суб'єктів права законодавчої ініціативи<sup>24</sup>.

Законопроекти та пропозиції до них направлялися не безпосередньо до суб'єктів законодавчої діяльності, а до їх допоміжних або виконавчо-розпорядчих органів, або в органи, прямо підлеглі вищим органам державної влади, на які і покладалася обов'язок розглянути подані пропозиції та надати відповіді для доцільності їх розгляду вищими органами державної влади. Зокрема, у ВУЦВК такими органами були Секретаріат, постійні та тимчасові ВУЦВК. Всі справи, що направлялися в порядку законодавчої ініціативи, надходили спершу в Секретаріат ВУЦВК, який здійснював підготовку та направляв справи на розгляд Президії ВУЦВК<sup>25</sup>. За Секретаріатом ВУЦВК було закріплено право вимагати додаткові матеріали до справ або взагалі їх відхилити від подальшого розгляду.

Відповідно до Положення про Всеукраїнський Центральний Виконавчий Комітет Рад робітничих, селянських та червоноармійських депутатів, затверджене постановою ВУЦВК від 12 жовтня 1924 р. члени Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету мають право законодавчої ініціативи та право запитання в сесіях Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету<sup>26</sup>. Проте, згідно з Постановою РНК від 24 жовтня 1922 р. наркомам – членам Президії ВУЦВК заборонялося вносити такі пропозиції безпосередньо в Президію ВУЦВК. У відповідь Президія ВУЦВК, розцінюючи ці дії як обмеження прав членів Президії, відмінила названу постанову РНК, зазначивши, що наркоми – члени Президії мали право порушувати ті чи інші питання без уповноваження РНК<sup>27</sup>.

Таким чином, у 1920–1930-х рр. поняття «ініціатива» вживалося в широкому значенні, що включало в себе можливість вносити на розгляд законодавчих органів й питання, що не потребували законодавчого оформлення. Причиною цього було те, що у 1920–1930-х рр. (до прийняття Конституції УРСР 1937 р.) право законодавчої ініціативи мало широке коло державних органів, організацій та осіб, діяльність яких охоплювала широку сферу суспільних відносин. Відповідно до Конституції УРСР 1937 р. законодавча функція була передана у виключну компетенцію Верховної Ради УРСР. Крім того, варто відмітити керівну роль Комуністичної партії в системі суб'єктів законодавчої ініціативи. Оскільки рішення та постанови КП(б) були основою для підготовки законопроектів.

<sup>1</sup> Васильев А. М. Формы выражения норм советского социалистического права / А. М. Васильев // Лекция по курсу теории государства и права. Вып. 17. Под ред. К. А. Мокичева. – М. : Госюриздат, 1960. – С. 10.

<sup>2</sup> Кириченко М. Г. Советское законодательство и принципы его применения. – М. : Госюриздат, 1953. – С. 32.

<sup>3</sup> Основы теории государства и права : учеб. пособие для юрид. ин-тов и фак. / Н. Г. Александров [и др.]. – М. : Госюриздат, 1963. – С. 386.

<sup>4</sup> Рогожин А. И. Очерк истории социалистической законности УССР в период иностранной военной интервенции и гражданской войны / А. И. Рогожин. – Х. : Издательство Харьковского государственного университета им. А. М. Горького, 1963. – С. 31.

<sup>5</sup> Яковенко Д. Т. Высшие органы государственной власти Украинской ССР в условиях строительства социализма (1917–1937 гг.). (Конституционные основы организации и деятельности) / Д. Т. Яковенко // Учебное пособие. – К. : Научно-исследовательский и редакционно-издательский отдел. – 1975. – С. 61.

<sup>6</sup> Антонова Л. И. О стадиях правотворческого процесса в СССР // Правоведение. – 1966. – № 1. – С. 7.

<sup>7</sup> Лепешкин А. И., Ким А. И., Мишин Н. Г., Романов П. И. Курс советского государственного права. – Т. 2. – М. : Госюриздат, 1962. – С. 410.

<sup>8</sup> Яковенко Д. Т. Вказана праця. – С. 66.

<sup>9</sup> Гусаров С. М. Суб'єкти законодавчої ініціативи в Україні / С. М. Гусаров // Наше право. – 2015. – № 6. – С. 55.

<sup>10</sup> Перерва Ю. М. Законодавча ініціатива як стадія законодавчого процесу: проблеми теорії та практики / Ю. М. Перерва // Наукові записки ХЕПУ. – 2005. – № 2 (3) (грудень). – С. 50.

<sup>11</sup> Мудра О. М. Конституційний статус суб'єктів права законодавчої ініціативи : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Мудра Оксана Миколаївна. – К., 2003. – С. 7.

<sup>12</sup> Положення про Всеукраїнський Центральний Виконавчий Комітет Рад Робітничих, Селянських та Червоноармійських Депутатів : Всеукраїнський Центральний Виконавчий Комітет; Положення, Постанова від 12 жовтня 1924 р. [Електронний ресурс] : Ліга закон : головний правовий портал України. – Режим доступу до джерела : [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/KP240010.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KP240010.html)

<sup>13</sup> Яковенко Д. Т. Вказана праця. – С. 60.

<sup>14</sup> Там само. – С. 61.

<sup>15</sup> Хрестоматія з історії держави і права України : – Том 2. Лютий 1917 р. 1996 р. : Навч. посіб. для юрид. вищих навч. закладів і факульт. : У 2 т. / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький; За ред. члена-коресподента Академії правових наук України В. Д. Гончаренка. – К. : Ін Юре. – 1997. – С. 140–145.

<sup>16</sup> Там само. – С. 280–281.

<sup>17</sup> Там само. – С. 349.

<sup>18</sup> Яковенко Д. Т. Вказана праця. – С. 67.

<sup>19</sup> СУ УССР. – 1924. – № 45. – Ст. 276.

<sup>20</sup> СУ УССР. – 1925. – № 60. – Ст. 349; СУ УССР. – 1929. – № 8. – Ст. 65.

<sup>21</sup> Постанова ВУЦВК «Про Президію Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету» від 26 травня 1920 р. № 211 // Збір законів і розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України і Уповноважених Р.С.Ф.Р.Р. – 23 травня – 2 червня 1920. – № 11. – С. 291.

<sup>22</sup> Сборник постановлений и распоряжений ВУЦИК 5 созыва. Вып. 1. – Х.: Изд. ВУЦИК, 1921. – С. 6–7.

<sup>23</sup> Голодний М. А. Всеукраїнські з'їзди Рад, їх компетенція та порядок діяльності / М. А. Голодний // Проблеми правознавства. – 1971. – Вип. 20. – С. 49.

<sup>24</sup> Яковенко Д. Т. Вказана праця. – С. 68.

<sup>25</sup> Центральний державний архів вищих органів влади і управління України, ф. 1, оп. 5, спр. 36, арк. 8.

<sup>26</sup> Положення про Всеукраїнський Центральний Виконавчий Комітет Рад Робітничих, Селянських та Червоноармійських Депутатів : Всеукраїнський Центральний Виконавчий Комітет; Положення, Постанова від 12 жовтня 1924 р. [Електронний ресурс] : Ліга закон : головний правовий портал України. – Режим доступу до джерела : [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/KP240010.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KP240010.html)

<sup>27</sup> Сборник постановлений и распоряжений Всеукраинского Центрального Исполнительного Комитета Советов рабочих, крестьянских и красноармейских депутатов VI созыва (18 декабря 1921 г. – 20 декабря 1922 г.), Харьков, изд. Управления делами ВУЦИК, 1923. – Ст. 131.

#### Резюме

**Дудченко О. С. Конституційно-правовий статус суб'єктів права законодавчої ініціативи в УСРР в 1920–1930-х рр.**

У статті охарактеризовано основні наукові підходи до розуміння понять «законодавча ініціатива» та «право законодавчої ініціативи». На основі аналізу нормативно-правових актів Української Соціалістичної Радянської Республіки в 1920–1930-х рр. проаналізовано конституційно-правовий статус суб'єктів права законодавчої ініціативи в зазначений період.

**Ключові слова:** Всеукраїнський Центральний Виконавчий Комітет, законодавча ініціатива, народний комісар, народні комісаріати, право законодавчої ініціативи, Рада Народних Комісарів УСРР, суб'єкти права законодавчої ініціативи.

#### Резюме

**Дудченко О. С. Конституционно-правовой статус субъектов права законодательной инициативы в УССР в 1920–1930-х гг.**

В статье охарактеризованы основные научные подходы к пониманию понятий «законодательная инициатива» и «право законодательной инициативы». На основе анализа нормативно-правовых актов Украинской Социалистической Советской Республики в 1920–1930-х гг. проанализировано конституционно-правовой статус субъектов права законодательной инициативы в указанный период.

**Ключевые слова:** Всеукраинский Центральный Исполнительный Комитет, законодательная инициатива, народный комиссар, народные комиссариаты, право законодательной инициативы, Совет Народных Комиссаров УССР, субъекты права законодательной инициативы.

#### Summary

**Dudchenko O. Constitutional-legal status of subjects of legislative initiative in the USSR in 1920–1930-ies.**

The article describes the main scientific approaches to the understanding of the concepts of «legislative initiative» and «the right of legislative initiative». On the basis of analysis of normative-legal acts of the Ukrainian Socialist Soviet Republic in 1920–1930s constitutional-legal status of subjects of legislative initiative in the named period is analyzed.

**Key words:** Ukrainian Central Executive Committee, the legislative initiative, the National Commissar, National Commissariats, the right of legislative initiative, the Council of National Commissars of the USSR, the subjects of legislative initiative.

УДК 340.13

### О. В. МИНЬКОВИЧ-СЛОБОДЯНИК

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

## ВПЛИВ ЕКОНОМІЧНИХ ЧИННИКІВ НА ФОРМУВАННЯ І РОЗВИТОК ПРАВОВОЇ ТА ПОЛІТИЧНОЇ КУЛЬТУРИ

Суспільство формується, розвивається і змінюється залежно від рівня економічних, екологічних, соціальних і духовних процесів, що в ньому відбуваються. Всі ці процеси впливають на відносини між індивідами, групами і соціумом взагалі. Основою для розвитку держави і суспільства виступають економічні відносини. Від того, наскільки вдалою буде обрано економічну стратегію розвитку держави, залежить як саме існування держави, так і розвиток суспільства, що її наповнює. Правова і політична культура є складовими загальної культури певного соціуму, а отже, теж повинні якимось реагувати на той рівень економічного прогресу чи регресу, який існує в ньому.

В Україні останні три роки формується активний кістяк громадянського суспільства, що вимагає від держави і відповідних інституцій якісних змін в економічному, соціальному, політичному і правовому житті, активного руху реформ у даних сферах, що не може не позначитись на рівні правової та політичної культури, які є віддзеркаленням цих змін. Особливо гостро сьогодні українці реагують на економічні проблеми. Військовий конфлікт, що тягнеться вже три роки, виснажив людей не тільки психологічно, а й з економічної точки зору, що яскраво демонструють рейтинги соціологічних досліджень. Відповідно до дослідження Інститут Геллапа, Американського інституту громадської думки заснованого Джорджем Геллапом, відсоток резидентів, що задоволені своїм життям, знизився з 27 % до 17 % за останній рік, а відсоток українців, які розглядають економічну ситуацію в Україні як «погану», стрибнув від 62 % у 2014 р. до 79 % у 2015 році<sup>1</sup>. Згідно з дослідженням, проведеним у травні 2015 р. Центром Разумкова, лише 14,3 % опитаних вважають, що ситуація в країні розвивається в правильному напрямі, 67,6 % – у неправильному. Це приблизно стільки ж, скільки було у 2013 р., але частка тих, хто вважає, що ситуація в країні розвивається в правильному напрямі, зараз істотно менша, ніж було відразу після зміни влади в Україні (у березні 2014 р.) – тоді вона становила 32,3 %. 26,9 % респондентів дотримуються думки, що Україна здатна подолати існуючі проблеми та труднощі протягом найближчих кількох років, 41,3 % – у більш віддаленій перспективі, 20,2 % – що взагалі не здатна їх подолати. 10,4 % опитаних вважали, що у 2015 р. економічна криза закінчиться і почнеться економічне зростання, 21,5 % – що криза перестане поглиблюватися, але економіка до кінця року буде у стані застою, 27,1 % – що економічна криза поглиблюватиметься, але катастрофічних наслідків не буде, 26,1 % – що відбудеться колапс економіки<sup>2</sup>. Всі ці економічні явища не можуть не позначитись на рівні розвитку правової та політичної культури, оскільки економічні відносини є надзвичайно важливими в бутті кожної особистості.

**Метою** даної статті є дослідження впливу економічних чинників на формування і розвиток правової та політичної культур.

В українській науці дане питання мало досліджене, переважно тому, що правова та політична культура не розглядаються як взаємозалежні явища. Усі наукові розробки в даному питанні проводились окремо, але є ряд науковців, які досліджували вплив економічних чинників на формування або правової, або політичної культури, а саме: А. В. Скуратівський, О. О. Івашина, І. А. Шутка, І. Ю. Хомишин та інші.

Економічні правовідносини становлять базу розвитку для будь-якої держави, але якщо йдеться про правову, соціальну та демократичну державу, якою Україна визначили себе в Конституції, то від нормального економічного клімату залежать не тільки економічні складові, а й соціальні та правові аспекти розвитку як держави, так і суспільства, що її утворює. Економічний розвиток – це не просто підвищенням темпу економічного зростання, він є розвитком людського і соціального капіталу<sup>3</sup>. При формуванні людського і соціального капіталів відбувається і формування певного уявлення про правову та політичну культуру у суспільстві, групі, окремо взятій особистості. Культура є системою певних цінностей, орієнтирів, вихідних начал, свідомості і залежно від їх розвитку ми можемо бачити зміни правової та політичної культури.

Видатні економісти П. Самюельсон та Д. Нордгауз зазначають, що в сучасному світі перехід до ринку в країнах, де його формування являє собою мету політики, стримують багато перешкод, серед яких – невідповідна правова основа<sup>4</sup>. Право є основою правової культури, її рівень залежить від того, наскільки суспільство сприйняло правові цінності і саме «право» як цінність. Якщо рівень довіри до правової системи тяжіє до «нуля», ми отримуємо проблеми в усіх без винятку сферах і насамперед – в економічній сфері.

Після переходу від адміністративно-планової до ринкової економіки ми отримали безліч проблем, пов'язаних з відсутністю належної правової бази, яка б могла ефективно врегулювати економічні правовідносини в даній площині, отримавши натомість тіньову економіку, різні «схеми», покликані обійти правові норми та зубожіння 90 % населення. Зі зміною влади після Революції Гідності ситуація суттєво не змінилася. Керівництво держави як мантру повторює меседж про необхідність реформ, але вони проходять вельми кволо й почасти безрезультатно, особливо в економічній площині. Це призводить до недовіри у суспільстві до влади, до правової та політичної систем, які не можуть захистити сьогодні бізнес, як і адекватно його врегулювати. Можливо проблема в тому, що, оскільки культура є системою цінностей, установок і орієнтирів, щоб побачити зростання в економічній площині суспільство повинно сприйняти й економічні цінності. Зараз йдеться про перехід на цінності ринкової економіки, перехід свідомий і добровільно обраний, а не задекларований в нормативно-правових актах або політичних програмах. Основною економічною цінністю, на наш погляд, є власність.

С. Алексєєв зазначає: «... вся історія людського роду підтвердила: власність, що служить людині, – це приватна власність. Тільки приватна власність (абсолютне право на речі та інтелектуальна власність – виключне право на нематеріальні блага) дає її власнику найбільш широкі права володіння і в цьому зв'язку здатна здійснювати на нього, на його волю та інтереси могутній і різноманітний вплив, що активізує життєдіяльність особистості, її творчий потенціал і таким шляхом приносить благо і самій людині, і всьому співтовариству людей. У цих своїх якостях приватна власність, хоча і є джерелом і поприщем низки негативних сторін у житті людей, разом з тим включається, як і право, в жорсткі механізми поступального розвитку суспільства»<sup>5</sup>.

Відносини власності як основа соціально-економічного функціонування суспільства – це те суспільно-правове поле, де формуються й реалізуються цінності правової культури шляхом узгодження і задоволення системи економічних інтересів. Відтворюючись системою економічних зв'язків «людина – річ» (у юридич-

ному розумінні), власність як юридично-правова категорія відображає майнові відносини, свідомі, вольові взаємозв'язки юридичних та фізичних осіб щодо привласнення благ, які закріплюються системою відповідних прав власності. Власність характеризує діалектику взаємозв'язку економічних та правових відносин, соціально-економічної сутності та матеріально-речового змісту<sup>6</sup>.

Те, що наше суспільство ще не усвідомило ринкові економічні цінності видно «неозброєним оком», особливо це впливає на рівень правової та політичної культури. Оскільки основою ринкової економіки є приватна власність, саме вона спонукає до розвитку економіки держави. Основними рушійними силами в цьому випадку виступає «середній» клас, який в свою чергу є каталізатором як правових, так і політичних змін у суспільстві, що яскраво продемонструвала Революція гідності. Тому зuboжіння середнього класу, яке відбувається через недосконалість правової системи, через її бюрократизм та корупцію призводить в свою чергу до розвитку правового нігілізму і, як наслідок, підвищення рівня злочинності.

Вище викладене дає змогу визначити основні проблеми, які існують у сфері економічних відносин і так чи інакше впливають на рівень правової та політичної культури. Перша з них – це *недосконалість правового регулювання сфери економічних відносин*.

Сьогодні вести в Україні «чистий» бізнес досить складно не лише через необґрунтовано великий обсяг дозвільних документів, а й через надмірне податкове навантаження на підприємців. Одним із видів бюджетоутворюючих податків є податок на додану вартість (ПДВ). Проблема сьогодні полягає в тому, що зміни до Податкового кодексу які відбувалися протягом 2015–2016 рр., так і не змогли перешкодити махінаціям в даній сфері. З одного боку, ми отримали позитивні аспекти, а саме: «обнуління» показників та перерахунок суми податку, на яку платник має право зареєструвати податкову накладну/розрахунок коригування ЄРПН, урегульовано питання акумулювання коштів на спеціальних рахунках сільськогосподарських підприємств<sup>7</sup>, а з іншого, – внесеними змінами не виправлено всіх помилок у системі електронного адміністрування податку на додану вартість, зокрема заблокована можливість роботи платників податків, у яких є недоїмка, не унеможливлене ручне втручання в систему, непрозорий розрахунок так званого овердрафта, вимивання обігових коштів, надана можливість недобросовісним платникам надавати податковий кредит контрагентам за безтоварними операціями та низка інших<sup>8</sup>. І це лише один приклад неефективності регулювання економічних відносин. Все це призводить до недоотримання коштів бюджетом і в свою чергу до недостатньої соціальної підтримки громадян, підвищення корупційної складової, гри на електорат, тобто зниження рівня правової та політичної культури.

Другою є проблема, що виникла внаслідок непрозорого, слабо врегульованого *процесу приватизації земель та майна*, що фактично перетворився на розкрадання. Наслідком цього явища стала поява в земельній сфері так званих «латифундистів», що фактично монополюють сільськогосподарський ринок, а в сфері майна призвела до хвилі рейдерських захватів. Тобто, з одного боку, ми отримали реформу, основою якої стали децентралізація та спрощення державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, а з другого, – масову фальсифікацію документів, які підтверджують право власності та виконання «принципу екстериторіальності», що значно розширює коло вповноважених суб'єктів державної реєстрації. Не можна не погодитись із К. Сьомочкіним, який зазначає: «Кабінетом міністрів України було внесено зміни до пункту 12 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень<sup>9</sup>, відповідно до яких державних реєстраторів зобов'язано при здійсненні реєстраційних дій щодо нерухомого майна на основі судових рішень перевіряти єдиний державний реєстр на їхню наявність.

Крім того, 12 вересня було підписано меморандум про співпрацю між Міністерством і Національною поліцією, який, зокрема, покликаний удосконалити порядок обміну інформацією про вчинення рейдерських дій. Також до співпраці в рамках цього меморандуму планують залучити Національне антикорупційне бюро України<sup>10</sup>. Найбільше сподівань сьогодні покладається на Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення державної реєстрації прав на нерухоме майно та захист прав власності» від 6 жовтня 2016 р.<sup>11</sup>, який вводить кримінальну відповідальність за злочини в сфері державної реєстрації бізнесу та прав на нерухоме майно, зміни в самій державній реєстрації у формі повернення до нотаріального засвідчення підписів на певних корпоративних документах і ряд інших моментів. З огляду на зазначене вище слушною видається думка К. Сьомочкіна, що при вирішенні проблеми з рейдерством не має бути характеру боротьби з окремими схемами, оскільки на заміну одним завжди придуть інші. Натомість рейдерство як явище можна подолати, лише забезпечивши ефективність розслідувань цієї категорії справ і невідворотність покарання за такі злочини. Без ефективної взаємодії та високого індивідуального рівня окремих виконавців відповідних компетентних органів і належного рівня судової системи досягнення бажаних результатів видається неможливим<sup>12</sup>.

Але це ще не все. Сьогодні вельми актуальним залишається створення ринку обігу земель сільськогосподарського призначення. Насправді тіньовий ринок в нас вже давно існує, як і страхітливі корупційні схеми в даній сфері, особливо коли йдеться про землі під державними сільськогосподарськими підприємствами (тобто державної власності) та про аукціони земель. Основним законопроектом в даній сфері виступає урядовий законопроект від 8 жовтня 2015 р.<sup>13</sup> який, на наш погляд, не вгаданий, оскільки в нас є Земельний кодекс, який можна розширити за рахунок внесення окремого розділу стосовно обігу земель сільськогосподарського призначення. Означений законопроект багато в чому не сприяє прозорості функціонування ринку земель сільськогосподарського призначення, надає можливості до монополізації цього ринку і не долає корупційні схеми, зокрема вимоги, передбачені п. 5, 6 ст. 19.



Крім того, в ході земельної реформи так і залишився не вирішеним цілий комплекс проблем, які гальмують розвиток прозорого ринку земель в Україні. Наріжним каменем даного питання є недорозвинута нормативно-правова база, зокрема, необхідність у прийнятті таких Законів, як: «Про державну інвентаризацію земель»; «Про державну земельну службу»; «Про зонування земель»; «Про управління землями державної власності»; «Про державну підтримку збереження та відтворення родючості ґрунтів»; «Про економічне стимулювання раціонального використання земель сільськогосподарського призначення»; посилити юридичну відповідальність за нераціональне використання земель, незаконні операції із землею, порушення екологічних правил землекористування, псування ґрунтів та інші делікти в земельній сфері.

Наступною проблемною є абсолютно *бездарна монетарна політика*, що провадиться Національним банком України. Її наслідком стала значна девальвація національної валюти, що призвела до штучного зубожіння населення, стрімкої інфляції та підвищення соціальної напруги у суспільстві. На думку експертів: «Політика, що обумовлена створити складнощі для валютно-обмінних операцій для людей – коли неможливо зняти готівку або для бізнесу, що не може виконати виплати вчасно. Все це приводить до того, що навіть на незначні зміни курсу тінювий ринок реагує непропорційно сильно. На різниці заробляють ті, хто має доступ до валютних ресурсів. Така система стимулює розхищення курсу»<sup>14</sup>. Більше того, така система порушує основні положення Стратегії монетарної політики на 2016–2020 рр.<sup>15</sup> розробленої Національним банком України.

Такі складнощі в правовому регулюванні економічних правовідносин пов'язані з відсутністю системного підходу до їх правового регулювання. У нашій державі відсутня Стратегія економічного і соціального розвитку, з 2016 р. відсутній нормативно-правовий акт, який би закріплював тактичні й стратегічні цілі в економічній сфері на рівні закону. Сьогодні є лише постанова Кабінету Міністрів України від 5 серпня 2015 р. № 558 «Про схвалення прогнозу економічного і соціального розвитку України на 2016 р. та основних макропоказників економічного та соціального розвитку України на 2017–2019 р.».

Ще однією проблемною є *тінювий політичний ринок*. Сьогодні бізнес міцно зрісся з політикою, тому фактично як така продумана і цілеспрямована політика відсутня. Всі державні рішення обумовлюються економічною доцільністю, але не для держави і суспільства, а переважно економічними інтересами малої групи осіб, які вважають себе «політичною елітою», е-декларування цьому є яскравим прикладом. Безумовно, при такому підході до економічних проблем ми не можемо вибратися з кризи, не може нормально функціонувати ринок, оскільки немає конкуренції між його суб'єктами. У нашій економіці є сфери впливу, що поділені між «основними гравцями» – всі інші залишилися поза межами цього «свята життя» і змушені в буквальному розумінні виживати. Така ситуація значно впливає на розвиток політичної культури. З одного боку, ми маємо абсолютно непрофесійних і безвідповідальних політиків, з іншого, – голодне суспільство, яке, умовно кажучи, за кілограм гречки проголосує за будь-кого і будь-що, і ця ситуація вигідна «політичній еліті». Добробут є найточнішим показником, який свідчить про те, подобається народу нинішня влада чи ні. Національного специфікою політичної культури є його вирішальний вплив на спад та піднесення політичної активності<sup>16</sup>.

Наступною проблемною є *патерналізм* у ставленні до діяльності політиків з боку значної частини нашого суспільства, що проявляється в очікуванні «економічного дива» від представників політикуму, при цьому зовсім не бажаючи змінюватись самим та критично змінювати свій світогляд і політичні уподобання. Ще й досі більшість оцінює політичну діяльність провідних українських партій та їх лідерів не за конкретними справами, досягненнями в політико-правовій та економічній діяльності держави, а за вмінням «грюкнути кулаком», політичними лозунгами, нездійсненими обіцянками, продуктовими «подарунками» під час виборчого процесу. Все це потім негативно позначається на політико-правовому й економічному житті держави. Актуальними для нашої держави й досі залишаються слова колишнього прем'єр-міністра Сінгапуру, автора сінгапурського «економічного дива» Лі Куан Ю, який говорив: «Це вражає, але в сучасному світі людям у владі не потрібна спеціальна освіта, підготовка і кваліфікація. Багатох вибирають, тому що вони гарно виглядають на екранах телевізорів і добре говорять. Результати таких дій можуть виявитися плачевними для виборців»<sup>17</sup>. Власне, рівень правової та політичної культури в сучасній Україні повністю відповідає даному вислову.

Економічна стабільність в державі є гарантом нормального функціонування її політичної та правової системи, а вони, в свою чергу, й забезпечують нормальний економічний клімат. Однією з основних рушійних сил до змін в політичному і правовому житті є економічні зміни, вони віддзеркалюючи економічний стан в державі автоматично показують і соціальний стан суспільства, оскільки тісно взаємопов'язані. Під впливом економічних і соціальних чинників формується ставлення і сприйняття особистістю політичних і правових процесів у даній державі, а отже, формується й змінюється правова і політична культура.

<sup>1</sup> Дослідження Gallup: рівень життя українців впав до нових мінімумів – 14 серпня 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.businessz.com.ua/news/27/429>

<sup>2</sup> Результати соціологічного дослідження «Оцінка громадянами ситуації в Україні та стану проведення реформ» 11 червня 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.razumkov.org.ua/ukr/news.php?news\\_id=635](http://www.razumkov.org.ua/ukr/news.php?news_id=635)

<sup>3</sup> Івашина О. Ф. Інституціоналізм економічного розвитку : автореф. ... докт. екон. наук / О. Ф. Івашина. – Дніпропетровськ : МОН, молоді та спорту Укр. ДВНЗ «Нац. гірничий ун-т», 2011 – С. 15.

<sup>4</sup> Самюельсон П. Мікроекономіка / П. Самюельсон, Д. Нордгауз. – К. : Основи, 1998. – С. 527.

<sup>5</sup> Алексеев С. С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – С. 496.

<sup>6</sup> Скуратівський А. В. Формування та розвиток правової культури в українському суспільстві (філософсько-правовий аналіз) : дис. ... канд. юрид. наук / А. В. Скуратівський. – К., 2004. – С. 134.

<sup>7</sup> Каганець А. Боротьба з махінаціями з ПДВ / А. Каганець, М. Якименко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://p-partners.com/storage/files/2016-01-29/uj\\_9\\_07-08\\_2015.pdf](http://p-partners.com/storage/files/2016-01-29/uj_9_07-08_2015.pdf)

<sup>8</sup> Там само.

<sup>9</sup> Про внесення змін до пункту 12 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : постановою Кабінету Міністрів України від 8 вересня 2016 р. № 594 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kmu.gov.ua/control/ru/cardnpd?docid=249307218>

<sup>10</sup> Сьомочкін К. Рейдерство в Україні: на що чекати бізнесу? / К. Сьомочкін : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://forbes.net.ua/ua/opinions/1421790-rejderstvo-v-ukrayini-na-shcho-chekati-biznesu>

<sup>11</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення державної реєстрації прав на нерухоме майно та захисту прав власності : Закон України від 6 жовтня 2016 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 47. – Ст. 800.

<sup>12</sup> Сьомочкін К. Вказана праця.

<sup>13</sup> Про обіг земель сільськогосподарського призначення: проект Закону України від 8 жовтня 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://land.gov.ua/info/proekt-zakon-ukrainy-pro-obih-zemel-silskohospodarsko-ho-pruznachennia/>

<sup>14</sup> Савченко А. Новый обвал гривны: что будет с курсом? Эксперт / А. Савченко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://ru.slovoidilo.ua/2016/01/19/mnenie/jekonomika/novuj-obval-grivny-cho-budet-s-kursom-ekspert>

<sup>15</sup> Стратегія монетарної політики на 2016–2020 рр. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=20985224&cat\\_id=68677](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=20985224&cat_id=68677)

<sup>16</sup> Шутка І. А. Взаємозалежність політичної культури із стратегічними пріоритетами держави / І. А. Шутка // POLITICAL SCIENCE. – 2015. – № 10 (126) – жовтень. – С. 13.

<sup>17</sup> Лі Куан Ю – перший прем'єр-міністр Сінгапуру, автор сінгапурського «економічного дива» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://inosmi.ru/world/20150323/227055638.html>

#### Резюме

**Минькович-Слободяник О. В. Вплив економічних чинників на формування і розвиток правової та політичної культури.**

У статті проаналізовано низку економічних проблем, що впливають на формування політичної і правової культури. Запропоновано варіанти вирішення даних проблем в найближчій перспективі. На нашу думку, економічні чинники є одними з найбільш визначальних при формуванні право- та політичної свідомості, що є основою правової й політичної культури. Від того, наскільки стабільною є економічна ситуація, залежить виконання державою своїх обов'язків перед своїми громадянами, соціальна захищеність особистості. Все це приводить до формування певного ставлення до політико-правових процесів у державі і, відповідно, до зміни рівня правової та політичної культури.

**Ключові слова:** економічні чинники, правова культура, політична культура, держава, соціум, громадянське суспільство.

#### Резюме

**Минькович-Слободяник Е. В. Влияние экономических факторов на формирование и развитие правовой и политической культуры.**

В данной статье проанализирован ряд экономических проблем, которые влияют на формирование правовой и политической культуры. Предложены варианты решения данных проблем в ближайшей перспективе. Мы считаем, что экономические факторы являются одними из наиболее определяющих при формировании право- и политического сознания, которое представляет собой основу правовой и политической культуры. От того, насколько стабильной является экономическая ситуация, зависят выполнение государством взятых на себя обязанностей перед своими гражданами, социальная защищенность личности. Все это приводит к формированию определенного отношения к политико-правовым процессам в государстве и соответственно – к изменению уровня правовой и политической культуры в обществе.

**Ключевые слова:** экономические факторы, правовая культура, политическая культура, государство, социум, гражданское общество.

#### Summary

**Myunkovych-Slobodyanyk O. The impact of economic factors on the formation and development of legal and political culture.**

This article attempts to analyze the impact of economic factors on the formation of a legal and political culture. Since society is formed, develops and varies depending on the economic, environmental, social and spiritual processes that occur in it. All these processes affecting the relationships between individuals, groups and society in general. The basis for the development of the state and society are the economic relations. From how successful will be chosen economic strategy of the state, depends on the existence of the state and the society that it fills. The legal and political culture are part of the general culture of a particular society, so too must somehow respond to the level of economic progress or setbacks that exists in it.

**Key words:** economic factors, legal culture, political culture, the state, society, civil society.

## Б. В. ОСТРОВСЬКА

Богдана Василівна Островська, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного лінгвістичного університету

### ПОЗИЦІЯ ВАТИКАНУ ЩОДО ЗАХИСТУ ЦІННОСТІ ЛЮДСЬКОГО ЖИТТЯ У СВІТЛІ БІОЕТИКИ

З другої половини ХХ ст. зі стрімким прогресом науки та технічних досягнень світ стикнувся із проблемами, які можуть загрожувати як життю конкретної людини, так і існуванню усього людства. Ці проблеми зумовили потребу у їх регулюванні з погляду моральності людської поведінки у галузі біології та медицини, а також наук про життя (*Life Sciences*), стосовно її відповідальності моральним нормам та цінностям<sup>1</sup>.

З кожним новим відкриттям обсяг проблемних питань значно розширювався, оскільки залучалася все більша кількість суб'єктів, заінтересованих у їх втіленні на практиці. Загалом вони сформували цілу галузь біоетичних питань, які потребували негайної регламентації, в тому числі за допомогою права. Серед них: розшифрування геному людини, клонування, генетична модифікація, застосування допоміжних репродуктивних технологій (штучне запліднення, сурогатне материнство, знищення ембріонів та використання ембріональних стовбурових клітин), штучне переривання вагітності, донорство та трансплантація, зміна статі, евтаназія тощо.

Погляд на вищезазначені проблеми крізь призму біоетики дає змогу висвітлити нові аспекти людського існування та зумовлює виникнення потреби у формуванні поняття людини, гідності людської особистості, законодавчого визначення початку людського життя та інших актуальних питань. Загалом біоетичні поняття відповідають християнському вченню (про цінність кожного людського життя, про гідність особи, про унікальність людської особистості, про сутність буття людини, про цивілізаційні загрози існування людства та інші) не лише з позиції богословського розуміння, а й з погляду на їх подальшу практичну реалізацію. Тому цінність життя людини та проблема його збереження завжди були головними питаннями християнської етики.

Ватикан як суб'єкт міжнародного права та духовний центр Католицької Церкви виражає чітку офіційну позицію щодо моральної оцінки багатьох важливих суспільних проблем.

Серед сучасних проблем, порушених Ватиканом, більшість пов'язана із науково-технічним прогресом та відкриттями у сфері природничих наук (у біології, медицині, хімії), які зумовлюють необхідність їх співвідношення з гуманітарними, філософськими, богословськими науками (з правом, філософією, етикою, християнською мораллю), які охоплює біоетика як міждисциплінарна галузь.

Так, наведемо приклади деяких основних положень документів Ватикану, що висвітлюють біоетичні питання стосовно поваги до життя людини, її гідності та цінності продовження людського роду у хронологічній послідовності від часу його утворення і до наших днів.

Енцикліка *Casti Connubii*<sup>2</sup> (у пер. з лат. «Непорочне подружжя») Папи Пія ХІ (31.12.1930) у п. 67 вказує на обов'язки держави захищати життя дітей до їх народження: «Керівники держав та законодавці не сміють забувати, що обов'язок державної влади – відповідними законами та карними санкціями захищати життя невинних; тим більше, якщо ті, чиє життя в небезпеці, нездатні захищатися. До них, перш за все, належать ще ненароджені, сховані у материнському лоні діти».

Енцикліка *Mater et Magistra*<sup>3</sup> (у пер. з лат. «Матір і вчителька») Папи Івана ХХІІІ (15.05.1961) щодо поваги до законів життя зазначає у п. 194: «Людське життя священне – усі люди мають визнати цей факт. Від самого початку його існування воно розкриває творче діяння Бога. Ті, хто порушують Його закони, не лише ображають Його Божественну велич, руйнують себе і все людство, вони також підривають життєздатність політичної спільноти, членами якої вони є».

Енцикліка *Humanae vitae*<sup>4</sup> (у пер. з лат. «Передавання життя») Папи Павла VI (25.07.1968) присвячена питанням контролю за народжуваністю у людському суспільстві, приводом для якої стало винесення рішення Організації Об'єднаних Націй та Всесвітньої Організації Охорони Здоров'я щодо необхідності вирішення проблеми контролю народжуваності в цивілізаційному масштабі у зв'язку із загрозою нездатності світової економіки забезпечити людству необхідний «прожитковий мінімум». У п. 14, визначаючи недозволені способи регулювання народжень, у ній прямо вказується, що: «Відповідно до цих фундаментальних засад людського і християнського розуміння подружжя Ми мусимо ще раз офіційно заявити: пряме припинення вже розпочатого процесу розвитку дитини в організмі матері, передусім прямий аборт – навіть якщо його здійснюють для лікувальних цілей – є недопустимим способом обмеження кількості дітей, і його слід абсолютно відкинути». Водночас у п. 15 визначаються як дозволені ті терапевтичні засоби та заходи, «які необхідні для лікування тілесних захворювань, навіть якщо передбачається, що наслідком їхнього застосування буде перешкода зачаттю. Проте така перешкода в жодному разі не може бути прямою ціллю».

В Декларації Священної Конгрегації у справах доктрини і віри *Questio de Abortu*<sup>5</sup> (в пер. з лат. «Питання про аборт»), яка була проголошена Папою Павлом VI (18.11.1974) як реакція християнської Церкви на поширення високорозвиненими державами світу легалізації абортів, у п. 12 зазначається, що: «Будь-яка дискримінація, яка базується на етапах життя, не є більш справедливою, ніж будь-яка інша дискримінація. Право на життя повною мірою залишається у старій особі, навіть сильно ослабленої, і воно не втрачається тим, хто є невиліковно хворий. Повага до права на життя маленького щойно народженого немовляти має бути не меншою, ніж щодо зрілої людини. Безсумнівно, кожне людське життя вимагає пошанування вже від моменту, яким починається процес розвитку людини. З моменту запліднення яйцеклітини починається нове життя, яке не є ні життям матері, ні батька, а тільки новою людиною з її власним розвитком. Воно ніколи не стало б людським життям, якби не було таким від початку».

Інструкція Священної Конгрегації у справах доктрини і віри *Donum Vitae* (у пер. з лат. «Дар життя») (22.02.1987) розкриваючи окремі аспекти біомедицини у зіставленні з вченням Церкви наголошує на «фундаментальній цінності життя», на повазі до людських ембріонів у контексті різних методів репродукції людини (штучного запліднення), засуджуючи абортівну ментальність та е्वгенічну селекцію ембріонів (яка передбачає їх вибіркоче знищення), що принижує гідність людини.

Так, в Інструкції детально розглядаються питання морального та правового обґрунтування різних методів запліднення: гомологічного (при якому використовуються статеві клітини подружньої пари) та гетерологічного (при якому зачаття здійснюється за допомогою статевих клітин, узятих принаймні від одного донора), а також із врахуванням місця запліднення – екстракорпорального (лат. «*in vitro*» – у пробірці) чи інтракорпорального (лат. «*in vivo*» – «наживо» в організмі жінки).

Щодо методу екстракорпорального запліднення, то Ватикан вважає його неприпустимим як з позиції загальної моралі, так і християнської етики, оскільки в результаті використання цього методу передбачається створення «запасних» ембріонів на випадок, якщо імплантований ембріон не приживеться в організмі жінки-матері. Після вдалого перенесення ембріона, який прижився, усі інші неімплантовані (запліднені у пробірці) ембріони знищуються або використовуються як біоматеріал, або ж для проведення медичних наукових досліджень. Тому питання «надлишку» ембріонів є не лише етичною, а й правовою проблемою, оскільки у кінцевому підсумку міститься пряма загроза їх життю.

У *Donum Vitae* наголошується: «Жодна мета, якою б благородною вона не була сама по собі, як наприклад, передбачувані досягнення для науки, інших людей чи суспільства, в жодному разі не може виправдати експериментування на живих людських ембріонах чи зародках (фетусах), незалежно від того життєздатні вони чи ні, перебувають всередині чи поза материнським лоном. Навіть якщо батьків про це проінформували, вони не можуть дати згоди, яку звичайно вимагають для проведення клінічного експериментування над дорослими, тому що вони не мають права вільно розпоряджатися фізичною цілісністю чи життям ненародженої дитини. Більше того, експериментування на ембріонах чи зародках завжди супроводжується ризиком і в більшості випадків справді несе в собі певну можливість заподіяння шкоди їхній фізичній цілісності, чи навіть, смерті. Використання людських ембріонів чи зародків у якості об'єкту чи інструменту дослідження є злочином проти їх людської гідності як людської істоти, яка має користуватися такою самою повагою, як і вже народжена дитина чи кожна людська особа».

Таку ж ідею щодо пріоритету людини над інтересами всього суспільства лише через десятиліття було закріплено у Конвенції Ради Європи про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенції про права людини та біомедицину<sup>7</sup> (Ов'єдо, 4.04.1997): «Інтереси та благополуччя окремої людини превалюють над виключними інтересами усього суспільства або науки» (ст. 2), визначаючи при цьому метою Конвенції захист «гідності і тотожності усіх людей без дискримінації», а також гарантування «кожній особі – без дискримінації – повагу до її недоторканності та інших прав і свобод щодо застосування біології та медицини» (ст. 1), включаючи і «захист осіб, які неспроможні дати згоду» (ст. 6), а також заборону «будь-якої форми дискримінації особи за ознакою її спадковості» (ст. 11).

Важливим сучасним документом, в якому висвітлюються фундаментальні питання щодо цінності та недоторканності людського життя в усіх аспектах його існування, є енцикліка *Evangelium Vitae*<sup>8</sup> (в пер. з лат. «Євангеліє життя») Папи Івана Павла II (25.03.1995). Зокрема, вона відображає моральне вчення Римо-Католицької Церкви щодо сучасних питань біоетики, серед яких: аборти, допоміжні репродуктивні технології, експерименти на ембріонах та використання їх у якості біоматеріалу, евтаназія та інші. Написання енцикліки було зумовлено тим, що «XX століття означене як епоха масових атак на життя, як нескінченна валка воєн і неперервна бійня невинних людських істот». А тому «відкриття ідеї “прав людини” як уроджених прав кожної особи, що передують конституції та законодавству будь-якої держави, потрапляє тепер у непередбачену суперечність: за доби, коли урочисто проголошується недоторканість права особи й публічно декларується цінність життя, порушується навіть саме право на існування, особливо в найважливіші моменти буття людини, що ними є народження і смерть». «Проте сьогодні ця проблема виходить за межі особистих обставин... дедалі поширеніша тенденція вважати названі тут злочини проти життя як законними виявами особистої свободи, котрі належить визнавати й захищати як справжні права індивідів».

Інструкція Конгрегації Доктрини Віри Католицької Церкви *Dignitas personae*<sup>9</sup> (в пер. з лат. «Гідність особи») (08.09.2008), схвалена Папою Бенедиктом XVI, стала актуальним доповненням Інструкції *Donum Vitae* та новим доктринальним документом Святого Престолу Католицької Церкви щодо актуальних питань біоетики. До них належать різні методи штучного запліднення (зокрема екстракорпоральне запліднення),

передімплантаційна діагностика та навмисне руйнування ембріонів, кріоконсервація ембріонів та ооцитів, клонування людини, використання ембріональних стовбурових клітин, вибіркові аборти за результатами пренатальної діагностики плоду, використання контрацепції, проектування статі та інших генетичних характеристик майбутньої дитини тощо.

У ній наголошується, що: «Гідність особи має бути визнана в кожній людині від зародження до природної смерті... Цей фундаментальний принцип виражає велике «так» людському життю та повинен бути в центрі етичних аспектів біомедичних досліджень, які набувають все більшого значення в сучасному світі». А також, що «людську істоту треба поважати і розглядати як особистість з моменту зачаття; і, отже, з цього ж моменту її права як людини повинні бути визнані, серед яких на першому місці є невід’ємне право кожної невинної людської істоти на життя».

З погляду християнської моралі використання медичних та інших технологій, що призводять до запліднення або переривання вагітності (таких, як контрацепція, стерилізація, штучне переривання «небажаної вагітності»), заборонено. Натомість схвалюються використання методів природного регулювання зачаття через відсутність запліднення шкоди життю людини (як матері, так і майбутньої дитини).

Проблема контрацепції в християнському розумінні не ставить питання позбавлення життя у прямому сенсі, але є проблемою обмеження числа потомства шляхом недопущення до життя, що перетворює дар народження дітей на «небажаний ризик» (можливість зачаття «небажаної» дитини). А оскільки жодний контрацептивний засіб не є стовідсотково ефективним, тому небажана вагітність здебільшого закінчується абортom. Це призводить до формування абортивної ментальності, стимулює невпорядковане статеве життя, дошлюбні й позашлюбні статеві стосунки – вчинки, які Церква завжди вважала злочинами проти гідності особи, в результаті яких кількість абортів може збільшуватися.

Вкрай негативне ставлення до протизаплідних медикаментозних засобів обумовлене тим, що за допомогою їх використання перешкоджається розвитку плоду вже після об’єднання чоловічої та жіночої статевих клітин (напр., «пігулки наступного ранку», внутрішньоматковий спіралі та ін.), що в результаті дає наслідки штучного переривання вагітності. Саме тому використання таких засобів прирівнюється до абортu.

Християнська доктрина про фундаментальну цінність людського життя є основою всього вчення Церкви. Так, християнською Церквою підкреслюється, що святість і недоторканність людського життя починається ще до народження людини вже з перших моментів її існування.

Ватикан закликає проявляти повагу до людини на самих ранніх стадіях її розвитку, а не сприймати ембріон людини як просту сукупність клітин, в чому звинувачують прихильників штучного запліднення. Через ставлення до ембріона людини як до «лабораторного матеріалу» зневажається та піддається дискримінації саме поняття людської гідності. Саме тому засуджуються ті методи медицини, в результаті яких використовують клітини людського ембріона (і не лише у медицині, а й у косметології) та акцентується увага на необхідності їх заборони, оскільки ембріон людини має людську гідність вже з моменту його зачаття.

Зіставляючи моральну оцінку Церквою допоміжних репродуктивних технологій (штучного запліднення) з сучасними принципами біоетики, визнаються за основу дві основні етичні вимоги стосовно дітонародження: 1) збереження життя ембріона; 2) походження (зародження) людського життя в автентичному контексті шлюбу та сім’ї, що зводить дітонародження до результату «союзу і особистісних стосунків законного подружжя» (при якому виключається можливість залучення в особисті стосунки подружжя третіх осіб – донорів статевих клітин, сурогатної матері, оскільки такі дії прирівнюються до гріха подружньої зради – перелюбства).

Найсучаснішим документом Ватикану, що будується на фундаментальному принципі недоторканості людського життя від зачаття до природної смерті, є оновлений *Statuto Della Pontificia Accademia Pro Vita*<sup>10</sup> (в пер. з лат. «Статут Папської Академії За Життя») (18.10.2016, що вступає у силу 1.01.2017), схвалений Папою Франциском. У ньому ще раз наголошується на «захисті і підтримці цінності людського життя та гідності особи», що є метою цієї Академії, заснованої Папою Іваном Павлом II.

Отже, детально дослідивши положення документів Ватикану щодо цінності людського життя, можна стверджувати, що вони створюють міцну основу для міжнародної правотворчості з актуальних сучасних питань біоетики, зокрема у сфері захисту фундаментального права людини на життя.

<sup>1</sup> Warren T. Reich. Encyclopedia of bioethics. Vol. 1. New York, 1978.

<sup>2</sup> LITTERAE ENCYCLICAE CASTI CONNUBII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://w2.vatican.va/content/pius-xi/la/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19301231\\_casti-connubii.html](https://w2.vatican.va/content/pius-xi/la/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19301231_casti-connubii.html)

<sup>3</sup> LITTERAE ENCYCLICAE MATER ET MAGISTRA : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater.html](http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/en/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html)

<sup>4</sup> LITTERAE ENCYCLICAE HUMANAE VITAE OF THE SUPREME PONTIFF PAUL VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w2.vatican.va/content/paul-vi/en/encyclicals/documents/hf\\_p-vi\\_enc\\_25071968\\_humanae-vitae.html](http://w2.vatican.va/content/paul-vi/en/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html)

<sup>5</sup> SACRED CONGREGATION FOR THE DOCTRINE OF THE FAITH DECLARATION ON PROCURED ABORTION : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19741118\\_declaration-abortion\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_en.html)

<sup>6</sup> INSTRUCTION ON RESPECT FOR HUMAN LIFE IN ITS ORIGIN AND ON THE DIGNITY OF PROCREATION REPLIES TO CERTAIN QUESTIONS OF THE DAY : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19870222\\_respect-for-human-life\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_en.html)

<sup>7</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cf98>

<sup>8</sup> *EVANGELIUM VITAE* : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/en/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/en/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html)

<sup>9</sup> CONGREGATION FOR THE DOCTRINE OF THE FAITH. INSTRUCTION *DIGNITAS PERSONAE* : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20081208\\_dignitas-personae\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_en.html)

<sup>10</sup> STATUTO DELLA PONTIFICIA ACCADEMIA PER LA VITA : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu\\_proprio/documents/papa-francesco\\_20161018\\_statuto-accademia-vita.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco_20161018_statuto-accademia-vita.html)

#### Резюме

##### **Островська Б. В. Позиція Ватикану щодо захисту цінності людського життя у світлі біоетики.**

Досліджуються актуальні проблеми людства щодо захисту цінності людського життя з позиції Ватикану як суб'єкта міжнародного права. Розкрито основні положення документів Ватикану, що висвітлюють біоетичні питання стосовно поваги до життя людини, її гідності та цінності продовження людського роду у хронологічній послідовності від часу його утворення і до наших днів. Визначено важливі проблеми, які виникли у зв'язку з прогресом у галузі біології та медицини, що стосуються прав людини, зокрема права людини на життя.

**Ключові слова:** Ватикан, право на життя, людина, гідність, біоетика.

#### Резюме

##### **Островская Б. В. Позиция Ватикана по защите ценности человеческой жизни в свете биоэтики.**

Исследуются актуальные проблемы человечества по защите ценности человеческой жизни с позиции Ватикана как субъекта международного права. Раскрыты основные положения документов Ватикана, освещающих биоэтические вопросы относительно уважения к жизни человека, его достоинства и ценности продолжения человеческого рода в хронологической последовательности от времени его образования и до наших дней. Определены важные проблемы, которые возникли в связи с прогрессом в области биологии и медицины, касающиеся прав человека, в частности права человека на жизнь.

**Ключевые слова:** Ватикан, право на жизнь, человек, достоинство, биоэтика.

#### Summary

##### **Ostrowska B. The position of the Vatican on protecting value of human life in light of bioethics.**

Actual problems of humanity on protecting value of human life from the position of the Vatican as the subject of international law are researched in this work. The basic positions of the Vatican documents covering bioethics issues on respect for human life, dignity and value of the human race in chronological order from the time of its formation up to the present day have been disclosed. Important problems that have arisen in connection with the progress in biology and medicine and deal with human rights, including the right to life, are defined.

**Key words:** Vatican, right to life, human, dignity, bioethics.

УДК 341.238 (477)

### **І. П. ПРОКОПЕНКО, В. С. ДОВГАЛЮК**

*Ірина Петрівна Прокопенко, кандидат історичних наук, доцент, доцент Житомирського національного агроекологічного університету*

*Владислав Сергійович Довгалюк, студент II курсу Житомирського національного агроекологічного університету*

## **ПРАВОВІ АСПЕКТИ УКРАЇНСЬКО-РОСІЙСЬКИХ ВІДНОСИН 1919–1922 РР. ВТРАТА УКРАЇНСЬКОГО СУВЕРЕНІТЕТУ**

Метою даної роботи є здійснення комплексного аналізу сутності та змісту процесу внутрішньої та міжнародної легітимізації радянської влади в Україні у 1917–1922 рр., науково-теоретичне осмислення його об'єктивних реалій, визначення внутрішніх та зовнішніх засобів легітимізації радянської влади в УСРР, а також виокремлення основних засад та особливостей формування системи радянського права.

Проблематика легітимізації радянської влади в Україні у 1917–1922 рр. ще залишається мало досліджуваною. Потрібно звернути увагу на аналіз політичних та правових аспектів даної проблеми, оскільки оцінка її практично відсутня.

Досліджуваний період посідає особливе місце в історії держави і права України, позаяк саме тоді були закладені підвалини правової системи, що сприяло утвердженню тоталітарного режиму.

У сучасний період означена проблематика становить предмет заінтересованості представників різних суспільних наук: правознавців, істориків, політологів, філософів. Зокрема, потрібно визначити праці таких вітчизняних і зарубіжних вчених, як Б. Андрусишин, Є. Бистрицький, В. Василенко, Ю. Габермас, П. Захарченко, Р. фон Ісрінг, М. Козюбра, О. Мережко, Н. Пархоменко, О. Фрицький, Є. Юрійчук, Н. Дмитрасевич та інші.

У роботі вперше в історичній літературі зроблено спробу комплексно дослідити національно-державні аспекти українсько-російських відносин у 1919–1922 роках. Це дало змогу з'ясувати наскільки сучасне розуміння національної держави відповідає державно-політичному статусу УСРР у 1919–1922 роках, визначити основні тенденції розвитку українсько-російських відносин та їх вплив на українську державність, проаналізувати шляхи втрати Україною суверенних прав у державно-політичному, господарському та культурному житті. Наукова новизна результатів дослідження значною мірою зумовлена тим, що аналіз головних проблем досліджуваної теми здійснено на підставі ідейно та теоретично незаангажованих засад, принципів і методів наукового дослідження.

У 80–90-х рр. ХХ ст. в історичних розвідках відбулися значні зрушення у висвітленні українсько-російських відносин у 1919–1922 роках: долаються стереотипи радянської історіографії, критично переосмислюються відносини радянської Росії з радянською Україною.

Відомо, що більшовицький уряд радянської Росії виходячи з своєї доктрини «всесвітньої соціалістичної революції» став на шлях відтворення «єдиної і неділимої» на основі радянської влади. Для того, щоб повернути Україну у стан державної залежності від Росії, більшовики вдавалися до широкої мережі заходів: від прямої інтервенції до утворення своїх центрів для захоплення влади в Україні.

Розрахунки більшовиків на декларативність гасла «самовизначення аж до відокремлення», нерозвиненість національних рухів не справдилися. Повстанський рух українського селянства, невдоволення політикою «воєнного комунізму» усіх верств населення, діяльність українських політичних партій змусили більшовиків змінити тактику боротьби проти української державності. Правові основи відносин України з іншими республіками тривалий час визначені не були, що використовували більшовики у боротьбі з українською державністю.

Запорукою боротьби більшовиків з українською державністю було встановлення в Україні односторонньої з Росією політичної влади. Зусиллям російських та українських більшовиків формуються маріонеткові більшовицькі уряди України, а стосунки більшовицького уряду Росії з ними видаються за міждержавні. Навіть поверховий аналіз цих відносин заперечує міждержавний характер: ці уряди були прямим продовженням більшовицького уряду Росії, українське населення не мало ніякого відношення до їх формування, не мали ці уряди своєї правової та законодавчої бази<sup>1</sup>.

Форми та правова основа міждержавних відносин УСРР та РСФРР до грудня 1920 р. не були визначені. Для підпорядкування України РСФРР більшовики вдаються до підзаконних актів, маніфестів, декларацій, декретів, постанов, наказів, різних угод, які охоплювали окремі ділянки державного врядування. Міждержавні відносини між РСФРР та УСРР в цей час здійснювали в основному шляхом поширення на Україну відповідних державних актів, які діяли в Росії, та прийняття спеціальних рішень і розпоряджень. Здійснювані більшовиками заходи привели до втрати Україною пріоритетних владних управлінських функцій у вирішальних галузях господарства, фінансах, військовій справі і культури. Цим завданням був підпорядкований воєнно-політичний союз радянських республік, політика «воєнного комунізму», інші двосторонні акти між УСРР та РСФРР<sup>2</sup>.

Також було б доцільно розглянути УРСР як суб'єкта міжнародного права у період 1919–1922 років. Зовнішньополітична діяльність УСРР за цих років досліджувалася науковцями як в радянський період, так і за доби незалежності. Однак проблема перетворення УРСР на суб'єкт міжнародного права не знайшла належного висвітлення у науковій літературі.

Однією з найважливіших умов ефективної діяльності будь-яких державних органів, у тому числі й зовнішньополітичних, є правове регулювання. У зв'язку зі складною політичною ситуацією, викликаною боротьбою за владу в Україні доби Національної революції, нормативно-правове забезпечення діяльності зовнішньополітичного відомства УСРР у 1918–1920 рр. обмежувалось нормою Конституції УСРР 1919 р. про право республіки на здійснення зносин з іноземними державами та актами українського радянського уряду про створення структур, відповідальних за внутрішні зносини<sup>3</sup>.

Основними напрямками міжнародної діяльності уряду республіки у перший рік його існування, згідно з документами дипломатичного відомства УСРР, було встановлення «братніх відносин з іншими народами» й відсіч окупації України іноземними державами. Таким, наприклад, є звернення уряду УСРР до народів та урядів світу від 28 січня 1919 рр., в якому проголошувалося бажання республіки жити в мирі й лагоді з усіма державами і йшлося про намір встановити з ними дипломатичні відносини. Проте цей намір фактично до кінця 1920 р. носив радше декларативний характер, оскільки за умови невизнання Заходом радянської державності встановлення дипломатичних відносин з будь-якою іноземною державою було нереальним. Формально радянська Україна у 1919–1922 рр. зберігала самостійний зовнішньополітичний статус. Про це, зокрема, йшлося у ноті РНК РСФРР до директорії УНР від 6 січня 1919 р., де наголос робився на тому, що Росія «не зазіхає на самостійність України» і розглядає уряд УСРР «як цілком незалежний». Підтвердити це можна і тим, що зростала заінтересованість іноземних держав у врегулюванні відносин з УСРР після відносної ста-

білізації радянської влади на значній частині її території у 1920 р., наслідком чого стало пожвавлення міжнародних контактів УСРР.

Справжній «прорив» у справі міжнародного визнання УСРР стався у 1921–1922 рр., коли урядом УСРР було укладено низку міжнародних договорів. 14 лютого у Москві Ю. Коцюбинський та спеціальний посланник уряду УСРР Ф. Кон підписали перший у короткій історії незалежної дипломатії УСРР договір про встановлення дипломатичних зв'язків з Латвією, а 25 листопада – з Естонією. Того ж року повноважним представником УСРР у країнах Балтії було призначено С. Терлецького, повпредом у Польщі став О. Шумський, а поважним представником УСРР в Австрії призначено Ю. Коцюбинського. Відкриття дипломатичних представництв УСРР з кордоном давало можливість українському уряду налагоджувати економічне співробітництво<sup>4</sup>.

Наслідком дипломатичної активності уряду УСРР у 1919–1922 рр. стало укладення понад 40 міждержавних угод. Цей факт є переконливим свідченням того, що в цей період УСРР реально брала участь в утворенні та прийнятті міжнародно-правових норм, реалізуючи в такий спосіб свою правосуб'єктність.

Відносини радянської Росії та радянської України з цього часу можна розглядати як специфічно міждержавні.

Специфіка цих відносин, на нашу думку, полягала в наступному:

- ці відносини базувалися на небувалих в міждержавній практиці ідейно-політичних засадах марксистської ідеології та диктатурі пролетаріату;
- це відносини держави-зверхника з формально визнаною, підлеглою державою;
- це було поглинання України Росією засобами комуністичної доктрини;
- стосовно України радянська Росія проводила по суті великодержавну політику, багато в чому подібну до імперської політики царської Росії;
- ці відносини часто базувалися на хитрощах, крутійстві, цинізмі, ігноруванні елементарних загальнолюдських моральних та етичних норм;
- міждержавні відносини радянської Росії і радянської України супроводжувалися постійною втратою останньою своїх суверенних прав.

Політична незрілість, нерозуміння, відсутність тактичної і організаційної єдності, а також курс більшовиків на встановлення однопартійної системи зумовили політичний крах українських національних партій, які були одним із гарантів національної державності.

Становище КП(б)У, як правлячої партії, з усіма інституціями влади (уряд, армія, суд, преса) давало їй значні переваги у боротьбі зі своїми політичними опонентами. Закінчилась ця боротьба встановленням ідеологічної і політичної монополії правлячої партії як в Росії, так і в Україні. Носії ідей української національної державності були усунуті з політичного життя: розігнані, заборонені, ідейно й політично дискредитовані.

Україна втратила право на представництво в міжнародних відносинах, оголошення війни, підписання миру, ратифікацію міжнародних договорів, на власні збройні сили, проведення самостійної економічної політики. У віданні республіки залишалися лише питання юстиції, внутрішніх справ, землеробства, освіти, охорони здоров'я і соцзабезпечення. Фактично становище УСРР у 1920–1922 рр. було зведено до статусу обмеженої автономії у складі Росії.

Замість пошуків партнерства, взаємовигоди, більшовики, реалізуючи свою імперську комуністичну доктрину, перетворювали міждержавні відносини радянської України і радянської Росії на боротьбу проти права українського народу за самовизначення. Це пояснюється передусім незавершеністю формування української нації. Український народ в той час не мав своєї політичної еліти, настільки організованої, чисельної, сильної та політично грамотної, щоб протистояти більшовицькій експансії і встановити свою незалежну державу.

Російські більшовики, як і царський уряд Росії, найбільше боялись українського сепаратизму. Перспективи російської революції без українського вугілля, руди, хліба, транспортних комунікацій, людських ресурсів були дуже туманні й невизначені. А тому крайні форми боротьби з українською державністю були неминучі<sup>5</sup>.

Крім внутрішніх причин, були і зовнішні. На шляху до незалежності України стала більшовицька Росія та її збройні сили, відмова західних держав підтримати боротьбу українського народу як народу, що не мав державності. Вони не лише шкодили українцям політично, а й нищили їх фізично, завойовуючи нашу територію. Усе це призвело до національної катастрофи – ліквідації незалежності України, насадження тоталітарного більшовицького правління в Наддніпрянщині, окупації її західних земель Польщею, Румунією і Чехословаччиною.

По-перше, в Україні бракувало політичних сил, здатних втілювати ідеологію конгресу. Натомість політичні табори, зайнявши діаметрально протилежні позиції, почали діяти на самознищення, як співається в одній козацькій думі, не раз «рідною кров'ю шаблі промивали». По-друге, будь-яка політична сила, насамперед демократична, яка бере владу і відповідальність на себе перед народом, має діяти наступально, послідовно, ініціативно і в інтересах широких верств населення. На жаль, таких кроків у Центральній Раді і Директорії не було. І, нарешті, хоч якою б була вага зовнішніх чинників та сил у державотворчому процесі, опору завжди слід шукати всередині країни<sup>6</sup>.

Багато хто вважає, що втрата українського суверенітету пов'язана з утворенням СРСР, але це все не так. Процес ліквідації суверенітету України вступає у свою завершальну фазу 26 січня 1924 р., коли відбувся II з'їзд Рад СРСР, який остаточно затвердив першу Конституцію Радянського Союзу. У ній було окреслено коло питань, що належали до компетенції вищих органів влади СРСР: зовнішня політика, кордони, збройні сили, транспорт, зв'язок, планування господарства, оголошення війни і підписання миру. Формально кожна



республіка мала право виходу з СРСР, але механізму такого виходу так і не було розроблено. Тому, не змінюючи своєї зовнішньої форми, «союз республік» фактично перетворився на жорстко централізовану, унітарну державу. У травні 1925 р. завершується процес входження України до складу СРСР. IX Всеукраїнський з'їзд Рад затвердив новий текст Конституції УСРР, у якому було законодавчо закріплено вступ Радянської України до Радянського Союзу.

Остаточна ліквідація державного суверенітету України відбулася не в момент утворення СРСР (грудень 1922 р.), а дещо пізніше і пов'язана головним чином з прийняттям нового тексту Конституції УСРР. Проте втрата незалежності, перетворення України на маріонеткову державу не означали цілковитої ліквідації завоювань українського народу, тотальної руйнації атрибутів державності. Про це свідчать визнання територіальної цілісності України, існування в республіці власного адміністративного центру та державного апарату, надання певних прав компактно проживаючим національним меншинам та ін. Модель СРСР була своєрідною формою компромісу між силами централізму та унітаризму, лідером і основним стрижнем яких була більшовицька партія, і силами децентралізації – національними рухами<sup>7</sup>.

Ось як обґрунтовує значимість історії цих відносин, що є необхідною для кращого їх розуміння, відома українська письменниця О. Забужко: «це війна, яка йде за рахунок того, хто продасть світові красивішу і переконливішу історію. А ми її навіть не починали ще варити. Навіть не усвідомили ще її необхідності. Навпаки – доводиться читати абсолютні дурниці: “Забудьмо зараз історію, думаймо про майбутнє”. Майбутнього ще немає. Майбутнє не існує. Його можна прогнозувати, планувати, його потрібно конструювати, але спираючись на те, що є. В реальності існує теперішність, котра є результатом отих самих довжелезних “хвостів”. Якщо ви ними не володієте, ви можете в кращому разі ковтати те, що для вас зварили дорослі дяді».

Письменниця наголошує на тому, що історія є необхідним чинником, запорукою вирішення конфлікту між Україною і Росією, а саме історія українсько-російських в відносин 1919–1922 років. «Краще знаючи історію, яка не буде перероблена так, як вигідно тій чи іншій країні, – ось це послужить першою сходинкою, першим етапом до вирішення конфлікту і налагодження подальших стосунків»<sup>8</sup>, – так говорить письменниця у своїй книзі, яка присвячена подіям Євромайдану та АТО.

Слід зазначити, що положення щодо утворення СРСР і входження до складу УСРР з формально-юридичної точки зору не припинили її міжнародної правосуб'єктності, позаяк УСРР у Союзній державі формально зберегла свій суверенітет, отримавши конституційно затвержене право на вихід з СРСР, що посприяло отриманню Україною статусу повноправного суб'єкта міжнародного права після проголошення державної незалежності у 1991 році.

Таким чином, ми сподіваємося, що українське суспільство вже дозріло до розуміння того, що вміння домовлятися – це природна якість, яка взагалі може стати «рятувальним кругом» у вирішенні конфліктної ситуації мирним шляхом як для будь-якої суспільної організації, так і для країни в цілому.

Існує Європейський кодекс поведінки медіаторів – звід етичних правил посередників, розроблений групою професійних медіаторів за підтримки Європейської комісії.

У багатьох випадках, якщо люди можуть вирішити проблему шляхом обговорення і переговорів, вони досягнуть швидкого і кращого результату, ніж у протистоянні або судовому розгляді.

Отже, медіація – це процес урегулювання конфлікту між двома конфліктуючими сторонами за участю третьої нейтральної сторони. За допомогою медіації досягається вирішення конфлікту на добровільній і рівноправній основі, що однаково влаштовує заінтересовану сторону.

<sup>1</sup> Церковна В. Г. Становлення однопартійної системи в Радянській Україні (1919–1922 рр.) / В. Г. Церковна // Науковий вісник Ізмаїльського державного педагогічного інституту. – Ізмаїл, 1998. – Вип. 3. – С. 253–260.

<sup>2</sup> Терен В. Україна сьогодні і завтра / В. Терен, Ю. Чмир // Розбудова держави. – 1994. – № 1. – С. 43–56.

<sup>3</sup> Аржаковський А. Розбрат України з Росією: стратегія виходу з піке / А. Аржаковський // Погляд з Європи. – Х. : Віват, 2015. – 256 с.

<sup>4</sup> Яковенко Н. Л. Європейська політика сусідства : роль та місце України : моногр. / Н. Л. Яковенко, В. В. Халаджи. – К. : Науковий світ, 2012. – 218 с.

<sup>5</sup> Копиленко О. Українсько-російські відносини 1919–1922 рр. / О. Копиленко // «Сто днів» Центральної Ради. – К., 1992. – С. 148–152.

<sup>6</sup> Дорошко М. С. Номенклатура : Керівна верхівка Радянської України (1917–1938 рр.) : моногр. / М. С. Дорошко. – К. : Ніка-Центр, 2008. – 368 с.

<sup>7</sup> Клименко М. М. Народний суверенітет, як основа адміністративно-правової реформи в Україні: навч. посіб. / М. М. Клименко ; за заг. ред. В. П. Петкова. – К. : Дакор, 2011. – 168 с.

<sup>8</sup> Забужко О. С. Літопис самовидців: дев'ять місяців українського спротиву / О. С. Забужко. – К. : Комора, 2014. – 312 с.

## Резюме

**Прокопенко І. П., Довгалюк В. С. Правові аспекти українсько-російських відносин 1919–1922 рр. Втрата українського суверенітету.**

Стаття присвячена дослідженню правових аспектів відносин між Україною та Росією. Українсько-російські відносини належать до доленосних чинників вітчизняної історії. Ці відносини означені неодноразовим нищенням української державності, мови, культури, часто переростали у відверту конфронтацію і навіть збройну боротьбу. Найбільш прикритим в українсько-російських відносинах було те, що ні росіяни, ні українці до цього часу не змогли використати для загального добра ті блага,

які об'єктивно були закладені історією в етнокультурному розвитку та геополітичному становищі обох народів. Головною перешкодою на цьому шляху був, як відомо, російський імперіалізм як у царському, так і в радянському варіанті. Це питання є актуальним сьогодні, коли дві країни перебувають у досить складних відносинах, при яких досить важко досягти взаємного компромісу.

**Ключові слова:** українсько-російські міждержавні відносини, суверенітет, незалежність, державність, національна держава, автономія.

### Резюме

**Прокопенко И. П., Довгалиук В. С. Правовые аспекты украинско-российских отношений 1919–1922 гг. Потеря украинского суверенитета.**

Статья посвящена исследованию правовых аспектов отношений между Украиной и Россией. Украинско-российские отношения относятся к судьбоносным факторам отечественной истории. Эти отношения отмечены неоднократным уничтожением украинской государственности, языка, культуры, часто перерастали в откровенную конфронтацию и даже вооруженную борьбу. Самым обидным в украинско-российских отношениях было то, что ни русские, ни украинцы до этого времени не смогли использовать для общего блага те блага, которые объективно были заложены историей в этнокультурном развитии и геополитическом положении обоих народов. Главным препятствием на этом пути был, как известно, российский империализм как в царском, так и в советском варианте. Этот вопрос является актуальным сегодня, когда две страны находятся в довольно сложных отношениях, при которых достаточно трудно достичь взаимного компромисса.

**Ключевые слова:** украинско-российские межгосударственные отношения, независимость, суверенитет, государственность, национальное государство, национальные интересы, автономия.

### Summary

**Prokopenko I., Dovgalyuk V. Legal aspects of Ukrainian-Russian relations 1919–1922 years. Loss of Ukrainian sovereignty.**

The article is devoted research of legal aspects of relations between Ukraine and Russia. Ukrainian-Russian relations are crucial factors of Russian history. These relations are marked by repeated destruction of the Ukrainian statehood, language, culture, often degenerating into outright confrontation and even armed struggle. Most offensive in Ukrainian-Russian relations was the fact that neither the Russians nor the Ukrainians before this time are unable to use for the common good the benefits were objectively inherent in ethno-cultural history of development and geopolitical situation of both Nations. The main obstacle on this way was, as you know, Russian imperialism both in tsarist and Soviet version. This question is quite relevant for today, when the two countries are quite complex relations in which it is difficult to reach mutual compromise.

**Key words:** Ukrainian-Russian interstate relations, sovereignty, independents, statehood, national state, autonomy.

УДК 340.1

## О. Я. КОВАЛЬ

*Оксана Ярославівна Коваль, асистент кафедри  
Чернівецького юридичного інституту Національного  
університету «Одеська юридична академія»*

## ПРАВОВІ ФОРМИ ЛЕГІТИМАЦІЇ ВЛАДИ

У сучасній теорії держави та права принцип легітимності влади полягає в забезпеченні добровільної згоди громадян підкорюватися її рішенням і визнавати за владою право на застосування примусу. Визнання правомірності вимог влади як громадянами, так і міжнародною спільнотою в цілому можливо тільки в тому випадку, якщо влада дотримується ідеалів демократії, у своїй діяльності керується принципом поваги до цінностей, традицій права. І в силу цієї обставини легітимність можна вважати найважливішою ознакою демократичної влади<sup>1</sup>.

Процес досягнення і зміцнення довіри (визнання) до державної влади з боку населення включає безліч різних форм: правову, політичну, ідеологічну, соціальну, економічну, морально-етичну тощо. Легітимація державної влади являє собою багатогранний і безперервний процес, в якому кожна з форм легітимації, з одного боку, тісно пов'язана з іншими, а з іншого, – зміна їх пріоритетності та важливості визначає динаміку цього процесу.

Слід вказати на ту обставину, що не можна говорити про правову або політичну легітимацію в сучасному суспільстві в чистому вигляді, оскільки на практиці вони в такому вигляді не представлені. Правова легітимація немислима без політичної, відповідно, якщо політична легітимація не здійснюється, то й правової легітимації бути не може.

Проблематика легітимності влади є предметом наукового доробку Є. К. Бистрицького, О. Ю. Висоцького, В. В. Волонця, К. Ю. Вороніної, С. В. Гладія, К. О. Гольцман, О. Ю. Дашківської, Н. О. Драсеневича, Ю. І. Каложної, В. Б. Ковальчука, О. Ю. Кудрявцева, Т. В. Кузьменко, А. Б. Міщенко, П. Г. Манджолі, В. І. Невідомового, М. І. Неліпи, В. О. Нечипоренка, М. В. Ніколко, П. М. Олещука, С. В. Оліфренко, І. В. Рибак,

П. Н. Розанвалон, С. В. Рябова, Т. В. Сивак, Л. А. Спиники, І. В. Толстова, М. Г. Тура, В. І. Чубасєвського, Х. М. Хвойницької, Є. Г. Цокура, О. М. Шульги, В. Б. Фадєєва, Є. П. Юрійчука та інших вчених.

**Мета** статті – виділити та розкрити основні правові форми легітимності влади.

Легітимація є наслідком динамічних процесів, що відбуваються в суспільстві й державі. У силу цього змінюються завдання, що стоять перед державною владою, тому правова легітимація державної влади – це ініційований державною владою процес. Неправові форми постійно діють, забезпечуючи повсякденну легітимацію, а правові форми легітимації вводяться в дію в певних ситуаціях, коли в цьому виникає необхідність. Тут слід вказати на те, що правові форми легітимації державної влади ми розглядаємо в вузькому сенсі, як юридичні форми, інакше неможливо буде розмежувати правові та неправові форми легітимації державної влади.

Якщо говорити про форми юридичної репрезентації принципу легітимності влади, то слід звернути увагу на те, що забезпечується правом. Це є важливим, оскільки в сучасному суспільстві саме правові форми легітимації державної влади все частіше стають затребуваними.

Слід виділити дві основні правові форми легітимації влади: опосередковані (створення умови для легітимації державної влади) та безпосередні (діяльність влади безпосередньо спрямована на її легітимацію).

До опосередкованих форм належить економічна спрямованість на соціальну сферу. Так, наприклад, економічне закріплення системи соціально-економічних прав, встановлення мінімального розміру оплати праці, все це, по суті, є системою правових засобів, що забезпечують первинну довіру до державної влади. Ці засоби формальні й можуть бути не настільки істотними для формування стійкої довіри, проте роль права в цьому процесі очевидна. Крім того, до опосередкованих форм належить культурно-масова пропаганда. Пропагуючи, уряд переконує населення в їх корисності, він показує своє значення, зазначає свій внесок. Політика легітимації влади як набуття визнання довіри проводиться державою через систему соціалізації особистості, сфери виховання, освіти, культури.

На думку О. І. Клименка, «правова свідомість як форма суспільної свідомості суттєво впливає на державну політику, є сферою легітимації політичних рішень. Правові ідеї рівності, порядку, відповідальності, справедливості впливають в ідеологічному аспекті на процес здійснення влади», тобто мають безпосередній легітимізуючий вплив.

Без цього впливу правових ідей неможливе ідеологічне обґрунтування існування владних відносин і єдиного суспільства в цілому. «Сутність ідеології полягає в поясненні існуючого соціального порядку і, в разі необхідності, в обґрунтуванні права держави на його зміну. Вона визначає методи і форми ідеологічного впливу держави на суспільну свідомість»<sup>2</sup>. Тому до безпосередніх форм віднесено правову ідеологію – закріплення ідей довіри до влади.

Правова форма здійснення ідеологічної функції держави включає в себе правотворчість і правозастосування. Правотворчість – це прийняття нормативних правових актів, що містять ідеологічні установки і цінності. Правозастосування полягає в реалізації державним апаратом правових норм відповідно до цих ідеологічних установок. Звідси можна зробити висновок, що легітимація державної влади як процес являє собою адаптацію державної ідеології в свідомості громадян. Державна влада при цьому докладає найменше зусиль для здобуття свого визнання, адже чим простіший канал трансляції ідей, тим ефективніший результат, який у підсумку заміщує легітимацію.

Однак основним компонентом легітимації державної влади є саме право. «Державу можна назвати правовою тільки тоді, коли легітимація державної влади постає саме в правових формах. За характером легітимації можна розглядати, яка свідомість властива населенню»<sup>3</sup>.

Домінування правових форм легітимації влади над неправовими характеризує стан легітимації державної влади, оскільки їх значимість у сучасному суспільстві зростає.

Це відбувається через те, що неправові форми стали більш «невидимими» і є засобом для маніпулювання. Роль правових форм легітимації влади в Україні в останні роки зростає. Правові форми легітимації державної влади спрямовані на закріплення та оформлення процесу легітимності. Тут слід говорити про надання юридичної форми неправовим компонентам легітимації, причому не як того, що супроводжує, а як те, що органічно впливає з неюридичних практик. Так, наприклад, у ст. 5 Конституції України закріплено: «Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування»<sup>4</sup>. Право в цьому випадку виступає не як прямий легітимаційний засіб, а додає стійкість всьому комплексу легітимаційній системі, тому правові форми легітимації державної влади часто виникають на рівні неправових форм.

Відповідно легітимація державної влади як політичний процес взагалі і зокрема в своїх правових формах – це досягнення легітимності за допомогою права. Якщо діяльність державної влади відкрита і прозора для суспільства, легітимація відбувається автоматично. Слід говорити про цілеспрямований процес надання державної влади легітимаційного сенсу, який приводить до легітимності.

Варто зазначити про співвідношення де-юре і де-факто, спочатку закладеного в праві дуалізму, і про юридичну презумпцію та фікцію. Правові форми легітимації якраз і спрямовані на надання діям державної влади властивості офіційно визнаного, а, отже, формально очевидного. Прикладом цього є різні правові декларації неочевидних станів, наприклад, таких, як незалежність суду. Часті зміни законодавства відбуваються в розрізі з принципом правової стабільності і якраз свідчать про необхідність оперативно легітимізувати через правові форми безліч дій. Це також демонструє, що в сучасному суспільстві функція легітимації займає вагоме місце в системі регулювання суспільних відносин.

Тенденція розвитку сучасних держав така, що, крім функції регулювання суспільних відносин, право паралельно виконує легітимізуючу функцію. Чим більш законодавство ефективне, тим найменш затребувані правові форми легітимації державної влади, оскільки цю функцію заздалегідь несуть в собі норми права. Активізація правової легітимації державної влади відбувається тоді, коли законодавство не повною мірою виконує регулюючу функцію, доповнюючи існуючі норми права. Таке доповнення сприймається як розвиток законодавства, тоді як це є лише правовою формою легітимації державної влади. Слід сказати, що законотворчий процес можна розглядати в різних аспектах: з одного боку, він може сприяти легітимації державної влади, з іншого, – навпаки, сприяти делегітимації: «Він може бути спрямований на встановлення права, а може виконувати завдання політичного управління. Щодо законотворчості, то не можна говорити про таку ознаку легітимації, як взаємність. Якщо законодавець приймає закон, в якому виражена легітимізуюча складова, то він приймається суспільством, діє та сприяє зміцненню влади і виправданню її дій. Але в силу того, що найчастіше законодавець переслідує політичні інтереси, цієї легітимації може не відбуватися»<sup>5</sup>.

При цьому необхідно зазначити, що легітимація державної влади в правових формах сприяє правовому визнанню влади, правові форми при цьому є засобом досягнення цього стану. Законодавче обмеження державної влади – це визначення її діяльності та функціонування. Основна мета законодавчого обмеження як легітимації полягає в наданні сформованим межах діяльності державного апарату законної форми і забезпеченні передбачуваності діяльності представників державної влади.

Суспільство одночасно обмежує і, тим самим, визнає й легітимізує державну владу. І тут варто зазначити, що легітимація є обоюстороннім процесом тільки в демократичному суспільстві.

Важливим критерієм правової легітимності при цьому є оптимальність. А саме, оптимальний перелік функцій державного апарату надає правову форму легітимації. Але як тільки державний апарат застосовує засоби політичної легітимації, він відразу ж ототожнює себе з державою, потенційно має трансгресивну природу. Аналогічна ситуація спостерігається в сфері формування системи взаємної відповідальності державної влади і громадянина. Через невідповідальних державних службовців державна влада втрачає свою легітимність. Отже, створення однорідної загальної системи відповідальності – одна із найважливіших правових форм легітимації державної влади.

Відповідальність державної влади безпосередньо пов'язана з кінцевим результатом і повинна бути однорідною. Однак у сучасних державах найчастіше існує подвійна система відповідальності (система імунітетів і система привілеїв), тому питання про відповідальність державної влади постає як правове питання. Коли йдеться про відповідальність державної влади або її представників, можна говорити про передбачувану здатність відповідати не тільки за себе, а й за безліч людей. У конкретному вираженні – це відповідальність за наслідки діяльності тієї чи іншої посадової особи і її рішень.

Ще однією правовою формою легітимації державної влади є розвиток правової основи функціонування інституту громадянського суспільства і місцевого самоврядування. В умовах становлення громадянського суспільства сприйняття населенням державної влади як частини суспільної влади обумовлює формування відчуття причетності до даної влади через правові процедури як засобу її легітимації. О. В. Ткаченко пов'язує це з переходом від інтегральної форми здійснення влади, при якій використовується лише централізований контроль, що сприймається населенням як автономний атрибут суспільства, до інтеркурсивної, що передбачає поділ сфер контролю публічної влади, тобто рівноправну взаємодію громадянина і державної влади, активну позицію особистості в суспільстві як засобу легітимації<sup>6</sup>.

Громадянське суспільство розглядається як сфера свободи ідей та активності, в якій діють індивідуальні й колективні суб'єкти, які мають на меті реалізацію цілей та інтересів у сфері приватних і загальних інтересів. У цьому контексті легітимація державної влади ґрунтується на ідеї, що кожна вільна людина є самостійною одиницею соціальної дії, здатна на раціонально-моральне самовизначення. Це відображається в правових процедурах, наприклад, виконання обов'язків і користування правами, функціонування діяльності громадських об'єднань, забезпечення прав людини тощо.

Правовою формою легітимації державної влади також є компетенція як основа практики комплектування державних службовців та оцінки державної діяльності. Коли в суспільстві існує розуміння, що кадри державного апарату комплектуються на основі компетентності, то це додає державній владі додаткової легітимності. Процес легітимації державної влади слід розглядати у взаємозв'язку з процесом укомплектування державних службовців. Це відбувається через правові процедури і проявляється насамперед у процесі встановлення компетенції та конкурсного формування органів державної влади.

Іншою правовою формою легітимації державної влади в сучасному суспільстві є антикорупційна діяльність. Ця правова форма легітимації державної влади характеризує саме сучасну державу і саме через неї легітимізується. Корупція підриває довіру населення до органів державної влади, завдаючи непоправної шкоди її легітимності. Корупція знижує здатність органів державної влади приймати і реалізовувати суверенні рішення в сфері забезпечення правопорядку. Корупція, сформувавшись в економічній сфері, у процесі свого розвитку й відсутності ефективного суспільно-правового контролю швидко вкоренилася у сферу державного управління, деформуючи державу і правову систему. Якщо антикорупційна діяльність ефективна, то і державна влада представляється легітимною, а рівень корупції, в свою чергу, є важливим показником, з одного боку, ефективності, а з іншого, – легітимності державної влади.

Державна влада проявляє свою волю через закони. Через надання існуючим законодавством легітимності пояснюється оптимальність законодавства для суспільства. Це відбувається, в тому числі, й через

відомчу нормотворчість. Важливим моментом є також доступність законодавства (кодифікація, поява інформаційно-довідкових систем тощо). У зв'язку з цим можна говорити про скорочення розриву між професійним і повсякденним правосвідомістю та подальше спрощення законодавства як важливого засобу легітимності державної влади. У свою чергу, процес юридизації, виражений у збільшенні законодавчого масиву, делегітимізує державну владу.

Розглянуті правові форми легітимації державної влади утворюють за допомогою двох основних засобів: правової ідеології та правових процедур, які є критеріями реальних процесів легітимації. При цьому процедури можуть бути реалізовані тільки через право. Вони, по суті, є правовим механізмом створення умов довіри до державної влади.

Легітимація якраз і є процесом суміщення і узгодження ідеології і процедури. «Сучасне право являє собою якість співвідношення компромісу (врівноваженості) між субсистемами, в основі яких лежать інституційні межі суспільства, засновані на інтеракції, і субсистемами, в основі яких лежить раціональна дія»<sup>7</sup>. Доцільність процедур пояснюється ідеями, а ідейність знаходить вираз в практиці, з чого випливають показники правової легітимності державної влади: переконливість ідеології і ефективність форм через доцільність, оптимальність, оперативність тощо. Саме такий стан компромісу характеризує сучасність, тому правові форми є найбільш затребуваними для легітимації державної влади.

Але не слід забувати, що легітимація державної влади – це процес ідейно-політичний. Такі правові форми легітимації державної влади, як законодавче обмеження сфери діяльності державного апарату, формування системи взаємної відповідальності державної влади і громадянина, розвиток правової основи функціонування інституту громадянського суспільства виникають на рівні неправових форм легітимації. Тому, якщо розглянути правові форми легітимації державної влади є результат неузгоджених дій зазначених напрямів або здійснюються в одному напрямі (або через правову ідеологію, або через правову процедуру), виникає ефект псевдолегітимації (видимості легітимності) державної влади, що компенсується посиленням правової ідеології.

Правова легітимація державної влади щодо сучасного суспільства являє собою багатогранний і безперервний процес, в якому кожна з форм легітимації, з одного боку, тісно пов'язана з іншими, а з другого боку, зміна їх пріоритетності та важливості виділення динаміки цього процесу.

Призначенням правових форм легітимації державної влади є, серед іншого, надання неправовим компонентів легітимації державної влади юридичної форми, тобто закріплення і оформлення їх легітимізує дії. З цієї точки зору легітимація державної влади – це процес поєднання й узгодження правової ідеології і правових процедур. Доцільність процедур повинна мати ідейне обґрунтування, а ідейність знаходити відображення на практиці.

Значимість правових форм легітимації державної влади залежить від конкретного культурного та історичного типу держави. Але в цілому в сучасному суспільстві правові форми легітимації державної влади найбільш затребувані.

Визначено дві основні правові форми легітимації державної влади: правова ідеологія та правові процедури, які є критеріями процесів легітимації. При цьому процедури можуть бути реалізовані тільки через право, по суті, будучи правовим механізмом створення умов довіри до державної влади. Легітимація – це процес узгодження ідеології і процедури. Доцільність процедур пояснюється ідеями, а ідейність знаходить вираз у практиці шляхом приведення ідейно-правових цінностей в реальність.

<sup>1</sup> Керимов А. А. Легитимность политической власти : проблемы дефиниции и основные теоретические модели / А. А. Керимов // Известия Уральского федерального университета. – 2015. – № 1 (137). – С. 81. – (Серия 3. Общественные науки).

<sup>2</sup> Клименко А. И. Структурные характеристики правовой идеологии современного государства / А. И. Клименко // История государства и права. – 2010. – № 4. – С. 30.

<sup>3</sup> Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории / В. П. Малахов, [Н. Д. Эриашвили]. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2011. – С. 35.

<sup>4</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>5</sup> Зыкова С. В. Актуальные проблемы правовой теории государства / С. В. Зыкова, А. И. Клименко, Ю. Ю. Кулакова и др. ; под ред. В. П. Малахова и А. И. Клименко. – М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2013. – С. 168.

<sup>6</sup> Ткаченко А. В. Легитимация органов государственной власти субъектов Российской Федерации в постсоветский период: автореф. дисс. ... канд. пед. наук. / А. В. Ткаченко. – Ставрополь, 2009. – 22 с.

<sup>7</sup> Хабармас Ю. Техника и наука как «идеология» / Ю. Хабармас. – М. : Пракси, 2007. – С. 64–80.

## Резюме

### **Коваль О. Я. Правові форми легітимації влади.**

У статті визначено та розкрито дві основні правові форми легітимації влади. Проаналізовано опосередковані (створення умови для легітимації державної влади) та безпосередні (діяльність влади прямо спрямована на її легітимацію) форми легітимації влади. Виділено правові та неправові форми легітимності влади. Неправові форми постійно діють, забезпечуючи повсякденну легітимацію, а правові форми легітимації вводяться в дію в певних ситуаціях, коли в цьому виникає необхідність. Значимість правових форм легітимації державної влади залежить від конкретного культурного та історичного типу держави. В сучасному суспільстві правові форми легітимації державної влади найбільш затребувані. Визначено дві основні правові форми легітимності державної влади: правова ідеологія та правові процедури, які є критеріями процесів легітимації.

**Ключові слова:** державна влада, легітимність, легітимація, довіра, правові ідеологія, правові процедури.

Резюме

**Коваль О. Я. Правовые формы легитимации власти.**

В статье определены и раскрыты две основные правовые формы легитимации власти. Проанализированы косвенные (создание условия для легитимации государственной власти) и непосредственные (деятельность власти прямо направлена на ее легитимацию) формы легитимации власти. Выделены правовые и неправовые формы легитимности власти. Неправовые формы постоянно действуют, обеспечивая повседневную легитимацию, а правовые формы легитимации вводятся в действие в определенных ситуациях, когда в этом возникает необходимость. Значимость правовых форм легитимации государственной власти зависит от конкретного культурного и исторического типа государства. В современном обществе правовые формы легитимации государственной власти наиболее востребованы. Определены две основные правовые формы легитимности государственной власти: правовая идеология и правовые процедуры, которые являются критериями процессов легитимации.

**Ключевые слова:** государственная власть, легитимность, легитимация, доверие, правовые идеология, правовые процедуры.

Summary

**Koval O. Legal forms of government legitimation.**

The article identifies and presents forms of power legitimation. It analyzes indirect (creating conditions for the legitimation of state power) and direct (government activities directly aimed at their legitimacy) forms of power legitimation. It highlights legal and not legal forms of power legitimacy. Not legal forms are constantly acting, providing daily legitimation and legal forms of legitimation are put into effect in certain situations, when the need arises. The significance of the legal forms of government legitimation depends on the cultural and historical type of state. In modern society, legal forms of legitimizing state power (government) are most in demand. The article defines two main legal forms of legitimate government: legal ideology and legal procedures that are hallmarks of the processes of legitimation.

**Key words:** government, legitimacy, legitimation, credibility, legal ideology, legal procedures.

УДК 340.1; 342.5

**О. В. БАТАНОВ**

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

### **ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ МУНІЦИПАЛЬНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ**

Визнання наприкінці ХХ – початку ХХІ ст.ст. на міжнародному рівні місцевого самоврядування як основи будь-якого демократичного ладу, з одного боку, значною мірою посилює тенденцію глобалізації доктрини місцевого самоврядування та муніципального права, яка особливо рельєфно спостерігається у сучасних євроінтеграційних процесах, та, з іншого боку, вкотре засвідчило той факт, що більшість прав людини реалізується та, переважною мірою, захищається на локальному рівні, переконливо підтверджуючи вірність одного з девізів Дня Землі – «Мисли глобально, дій локально!».

Втім, незважаючи на формування глобалістичного дискурсу, конвенціалізація якого свідчить про загальнонауковий інтерес до феномену глобалізації, розробка даної проблематики залишається фрагментарною. Особливо відчутний дефіцит належного осмислення глобалізації з точки зору теорії місцевого самоврядування, муніципального права та сучасного муніципалізму. Адже стрімкий розвиток муніципального права у сучасних демократіях, тріумфальний рух принципів субсидіарності, регіоналізації та децентралізації, який відбувся у період після другої світової війни в Європі та США, породив тенденцію муніципалізації конституційного життя та правових систем у цілому. Свідченням тому є становлення системи муніципальних прав людини, механізмів їх гарантування та захисту, що є основою для соціального гомеостазису територіальної громади, який, з одного боку, є невід'ємною характеристикою організації та діяльності місцевого самоврядування на певній території та, з іншого боку, властивістю сучасного муніципального права, яке, у свою чергу, виконує специфічну гомеостазисну роль у процесах формування соціально-правової державності та громадянського суспільства.

Субсидіарність організації влади тим самим протиставляється тенденціям у напрямі авторитарної централізованої держави та розглядається передумовою устрою, що базується на свободі: держава, яка дотримується принципу субсидіарності, гарантує своїм громадянам свободу і незалежність; вона гарантує місцеве і регіональне самоврядування. Захист свободи через реалізацію принципу субсидіарності нині проголошується однією з традиційних цінностей європейського конституціоналізму. З одного боку, визнання та гарантування широкого каталогу прав територіальних колективів у демократичних країнах створює умови для формування в них моделі так званої «муніципальної держави», а, з іншого – розвинуте місцеве самоврядування бачиться як «запускаючий інструмент» процесу євроінтеграції, транскордонного та міжконтинентального співробітництва.

Так, наприклад, у Рекомендації Конгресу місцевих і регіональних влад Європи 280 (2010) про роль місцевих і регіональних органів влади в дотриманні прав людини від 19 жовтня 2011 р. зазначається, що демократія і права людини є взаємозалежними, причому демократія, в тому числі на місцевому та регіональному рівні, не може існувати без безумовного дотримання прав людини. У цьому ж документі закріплено, що, перше, місцеві і регіональні органи влади повинні виконувати ті обов'язки, пов'язані з правами людини, які випливають з міжнародних зобов'язань держав-членів, при цьому тільки в рамках своїх місцевих/регіональних повноважень; по-друге, місцеві та регіональні органи влади є не тільки представниками центрального уряду – вони забезпечують права людини одночасно з тим, як вони здійснюють місцеве самоврядування; по-третє, ефективне управління є таким управлінням, яке засноване на дотриманні прав, при цьому виконання обов'язків, пов'язаних з правами людини, є тим викликом, подолання якого може зміцнити демократію на місцевому рівні; по-четверте, необхідно забезпечувати, щоб місцевим і регіональним органам влади виділя-

лися такі фінансові ресурси, рівень яких дозволить цим органам влади належним чином дотримуватися прав людини і при цьому розглядати і розвивати свою власну діяльність для дотримання цих прав; по-п'яте, необхідно залучати представників місцевих і регіональних органів влади до підготовки національних стратегій, політики та індикаторів в галузі прав людини для того, щоб використовувати їх внесок і прагнути усвідомлення ними відповідальності щодо дотримання прав людини; по-шосте, необхідно заохочувати місцеві і регіональні органи влади до того, щоб сприяти дотриманню прав людини через ініціативи просвітницького характеру, а також завдяки здійсненню місцевих і регіональних планів дій; по-сьоме, необхідно сприяти створенню незалежних механізмів розгляду скарг на місцевому та регіональному рівні, і, зокрема, створювати незалежні органи, такі як місцеві чи регіональні омбудсмени або уповноважені, здатні знайти відповіді в тих випадках, коли права людини повною мірою не дотримуються, зокрема, при наданні публічних послуг на місцевому рівні тощо. У даних Рекомендаціях Конгрес особливо наголошує, що найважливіше значення для поліпшення становища в галузі прав людини в Європі на всіх рівнях має освіта і прийняття відповідних стандартів. Зокрема, рекомендується заохочення систематичного багатоступеневого діалогу між політичними рівнями всіх держав-членів Ради Європи для того, щоб посилювати правозахисний вимір у сфері місцевого самоврядування, а також посилення поваги до прав людини завдяки професійній підготовці місцевих і регіональних виборних представників і їх співробітників.

В аспекті формування сучасної доктрини муніципального гуманітарного права колосальне значення мають принципи Декларації щодо забезпечення доброго врядування на місцевому і регіональному рівнях, ухвалені 24–25 лютого 2005 р., з поміж яких, насамперед, принцип інноваційності та відкритості до змін, який дозволятиме територіальними громадам знаходити ефективні шляхи вирішення проблем та використовувати сучасні методи надання послуг; реалізовувати пілотні та випробовувати нові програми і вивчати досвід інших, створювати сприятливий клімат для змін задля досягнення кращих результатів.

Мегатрендом сучасного європейського муніципалізму є принцип сталого розвитку та стратегічної орієнтації, який передбачає врахування інтересів майбутніх поколінь. Потреби майбутніх поколінь беруться до уваги в поточній діяльності місцевого самоврядування. Рішення на місцевому рівні мають прийматися з урахуванням усіх видів витрат, як то екологічні, структурні, фінансові, економічні чи соціальні, з метою запобігання передачі проблем та напруги наступним поколінням. Має існувати розгорнуте та стратегічне бачення майбутнього місцевої громади з розумінням того, що є необхідним для такого розвитку.

Як зазначається у цій Декларації, ефективна демократія та добре врядування на місцевому і регіональному рівнях є важливими для забезпечення високого рівня надання послуг населенню та, як наслідок, створення громад «сталого розвитку». Такі громади – це території, де люди бажано жити і працювати як сьогодні, так і в майбутньому. Вони відповідають різноманітним вимогам існуючих та потенційних резидентів, здійснюють охорону природного середовища та роблять відповідний внесок у підвищення якості життя громадян. Ці громади є безпечними та самодостатніми. Вони забезпечують високий рівень якості послуг, які надаються громадянам. У цьому контексті особливе звучання має рішення учасників цієї Декларації вважати «забезпечення доброго місцевого і регіонального врядування» глобальним завданням, яке має бути досягнуто країнами-членами Ради Європи з метою реагування на виклики, які постали перед європейським співтовариством, та забезпечення законних інтересів громадян.

Ці тенденції значною мірою детерміновані особливістю місцевого самоврядування та муніципальної демократії, як відкритої та самостійної системи, яка породжена громадянським суспільством та пов'язана з його політичною системою мережею безкінечних прямих та зворотних зв'язків. Місцеве самоврядування є органічною частиною оточуючого середовища та втілює у собі всю його багатогранність. Його еволюція – це тривалий, розтягнутий у часі та просторі процес, який складається із сукупності історичних етапів, критеріями виділення яких як правило є різкі, переломні моменти у розвитку суспільства і держави, демократії та владних інститутів, які були викликані сукупністю загально цивілізаційних, державних та регіональних, внутрішніх та зовнішніх, політичних, економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших тенденцій і процесів, які детермінують можливість виникнення, визнання та розвитку місцевого самоврядування у конкретній державі.

Саме місцеве самоврядування оптимально фіксує у собі як елементарні проблеми людської життєдіяльності, так і політичні, господарсько-економічні, соціально-культурні, духовно-моральні цінності та соціальні досягнення людства у будь-якій галузі суспільного розвитку. В силу цього, відносно невеликі територіальні розміри територіальних громад, локальність діяльності їх органів, здебільшого безпосередній характер взаємовідносин жителів між собою та з органами місцевого самоврядування, природний характер проблем життєдіяльності – усе це в цілому обумовлює особливу муніципальну соціальність. Адже народження людини, її здоров'я, дорослішання, навчання, працевлаштування, шлюб та сім'я, старіння, смерть – у рамках цих життєвих циклів в основному замикається життєдіяльність місцевого співтовариства.

У силу цього сьогодні особливо актуалізується питання про процеси визнання, становлення та перманентного розвитку муніципалізму, місцевого самоврядування та інститутів локальної демократії в окремих європейських державах, європейському континенті в цілому та загальноцивілізаційному значенні як з точки зору формування українського, європейського та світового конституціоналізму, процесів демократизації, глобалізації та європейської міждержавної інтеграції, так і формування сучасної ефективної моделі міжнародного гуманітарного права, конституційного гуманітарного права та муніципального гуманітарного права. Саме у цьому аспекті й варто розуміти зафіксований у преамбулі Європейської Хартії місцевого самовряду-



вання від 15 жовтня 1985 р., мотив її прийняття: «охорона і посилення місцевого самоврядування в різних країнах Європи є важливим внеском у розбудову Європи на принципах демократії і децентралізації влади».

Такого роду гуманістична спрямованість місцевого самоврядування та його людиновимірний характер вказує на колосальне значення муніципальної демократії в умовах глобалізації, як з точки зору вирішення питань місцевого значення, так і, особливо, реалізації прав людини, які у сучасному світі є органічним компонентом демократичного політичного простору, інструментом гуманізації суспільних відносин, формування творчої особистості та становлення постіндустріального людства. На права людини покладають вирішення ряду внутрішніх, міжнародних та глобальних завдань. Права знаходять свою присутність практично в кожній сфері життєдіяльності людини, відображаючи її життя в особливому якісному стані, пов'язаному із затвердженням у громадській свідомості та практиці ідеї свободи особистості.

Прикладом тому є положення Стамбульської декларації з проблем поселень людей від 14 червня 1996 р., де, стосовно до конституційного права на безпечне для життя і здоров'я довкілля йдеться про його муніципально-правову модифікацію в обов'язок держав-учасників цього документу забезпечити «особливі потреби жінок, дітей та молоді у надійних, здорових і безпечних умовах життя». З цією метою, держави-учасниці цього документу взяли на себе зобов'язання «добиватися покращення умов життя в населених пунктах такими засобами, які відповідають місцевим потребам та реальностям», а також визнали «необхідність аналізу глобальних економічних, соціальних та екологічних тенденцій в цілях утворення більш досконалого середовища мешкання для всіх людей». Також держави-учасники зобов'язуються «сприяти наданню повноцінного доступу людям з фізичними вадами, а також статевого рівноправ'я для участі в політичних акціях, програмах та проектах з питань житла та життєздатного розвитку поселень людей» (п. 7.).

Про важливість місцевого самоврядування та муніципального права в умовах глобалізації та міждержавної інтеграції свідчать положення Екологічної Угоди Міст від 5 червня 2005 р. Розглядаючи даний документ як «синергетичне продовження зусиль по сприянню стабільності розвитку, посиленню нестійких економік, підвищенню суспільної активності, і захисту природних систем планети», сторони – мери багатьох великих міст світу (у т. ч. і м. Києва), які підписали його, виходили, у першу чергу, з того, що «більшість населення планети зараз живе в містах і що безперервна урбанізація приведе до того, що один мільйон людей буде переміщуватись до міст кожного тижня, створюючи тим самим нову низку екологічних проблем і можливостей». Вказуючи на те, що мери міст зі всього світу мають «унікальну можливість керувати розвитком належним чином підтримуваних міських центрів, в основі чого лежатимуть відповідні культурні і економічні місцеві заходи», сторони, які підписали цей документ, «зібралися разом для того, щоб вписати новий розділ в історію всесвітньої кооперації» та взяли на себе «зобов'язання підвищити рівень партнерських стосунків і побудувати екологічно стабільне, економічно динамічне, і соціально справедливе майбутнє для наших міських жителів».

Доволі рельєфно ілюструє проблему реалізації права на участь у місцевому самоврядуванні в умовах глобалізації екстраполяція на локальний рівень загальновизнаного у сучасному світі принципу рівності чоловіка та жінки. Так, країни-учасники Декларації про міста та інші населені пункти в новому тисячолітті від 9 червня 2001 р., вважаючи за необхідне за допомогою відповідних механізмів забезпечити щоб жінки відігравали ефективну роль у прийнятті рішень місцевими органами влади (п. 39), заявили про свою дотриманість меті забезпечення гендерної рівності у розвитку населених пунктів та сповнені рішучості підтримувати гендерну рівність та розширення можливостей жінок у якості ефективних способів боротьби з бідністю та стимулювання розвитку населених пунктів, які будуть по справжньому стійкими. «Ми далі беремо на себе зобов'язання формулювати та зміцнювати політику та практику забезпечення повної та рівноправної участі жінок у плануванні населених пунктів та прийнятті рішень», – зазначалося у Декларації.

У гендерному вимірі існування та перспективного розвитку місцевого самоврядування з позиції міжнародних муніципальних стандартів колосальне значення набувають положення Всесвітньої декларації Міжнародного союзу місцевих органів влади про роль жінки у місцевому самоврядуванні 1998 р. Так, у частині 10 цього документу закріплено, що система місцевого управління займає унікальне положення з точки зору сприяння боротьбі за гендерну рівність на глобальному рівні та може зробити серйозний вплив на положення жінок та ситуація в галузі гендерної рівності у усьому світі; представляє собою рівень керівництва, найбільш близький до громадян, діючи у якості надання послуг та працевлаштування. У частині 12 документу вказується й наступний мотив розробки цього документу: «з метою утворення стійких, заснованих на принципах рівноправ'я та демократії місцевих органів управління, де б жінки і чоловіки мали рівний доступ до процесу прийняття рішень, рівний доступ до послуг і рівний статус в процесі надання цих послуг, гендерна проблематика має бути включеною у всі сфери директивної й управлінської діяльності місцевих органів управління».

Ці та інші приклади свідчать, що міжнародно-правове визнання існування у людини невідчужуваних природних прав, закріплене за допомогою прийняття міжнародних норм профільного характеру, що містяться в міжнародних актах, привело до формування і чіткого визначення їх мінімуму, незнижуваного на національному рівні. У цьому аспекті місцеве самоврядування, як феномен сучасного конституціоналізму та універсальна форма реалізації практично всіх прав людини, об'єктивно виступає фактором інтернаціоналізації національного та конституціоналізації міжнародного правопорядків. По суті сьогодні можна спостерігати глобалізацію доктрини муніципального права та місцевого самоврядування, а також прав людини у муніципально-правовому вимірі їх реалізації.

Ілюстративними у цьому аспекті є положення Всесвітньої декларації місцевого самоврядування від 23–26 вересня 1985 р. про те, що «зміцнення місцевої влади зміцнює націю в цілому шляхом забезпечення ефективнішої та демократичнішої суспільної політики», а також зафіксовані у преамбулі Європейської ландшафтної конвенції від 20 жовтня 2000 р. мотиви прийняття цього документу, що орієнтують держави-учасниці на те, що вони повинні усвідомити, що «ландшафт сприяє формуванню місцевих культур і є основним компонентом європейської природної та культурної спадщини, який сприяє добробуту людей та консолідації європейської ідентичності» та необхідність визнання того, що «ландшафт є важливою складовою якості життя людини всюди: в містах і сільській місцевості, у занедбаній місцевості та місцевості високої якості, в місцевості виняткової краси та в звичайній місцевості».

Важливою є роль місцевого самоврядування у реалізації та захисті прав осіб з особливими потребами. Так, одними з мотивів прийняття Конвенції про права осіб з інвалідністю від 13 грудня 2006 р., стало визнання цінного нинішнього і потенційного внеску осіб з інвалідністю у загальний добробут і багатоманітність їхніх місцевих товариств і ту обставину, що сприяння повному здійсненню особами з інвалідністю своїх прав людини та основоположних свобод, а також повноцінній участі осіб з інвалідністю дасть змогу зміцнити в них почуття причетності й досягти значних успіхів у людському, соціальному та економічному розвитку суспільства та викоріненні бідності (Преамбула).

Відповідно до ст. 19 цього документу, яка має назву «Самостійний спосіб життя й залучення до місцевої спільноти», держави-учасниці цієї Конвенції визнають рівне право всіх осіб з інвалідністю жити у звичайних місцях проживання, коли варіанти вибору є рівними з іншими людьми, і вживають ефективних і належних заходів для того, щоб сприяти повній реалізації особами з інвалідністю цього права та повному включенню й залученню їх до місцевої спільноти, зокрема забезпечуючи, щоб: а) особи з інвалідністю мали можливість вибирати нарівні з іншими людьми своє місце проживання й те, де й з ким проживати, і не були зобов'язані проживати в якихось визначених житлових умовах; б) особи з інвалідністю мали доступ до різного роду послуг, що надаються вдома, за місцем проживання, та інших допоміжних послуг на базі місцевої спільноти, зокрема персональної допомоги, необхідної для підтримки життя в місцевій спільноті й включення до неї, та з метою недопущення ізоляції або сегрегації від місцевої спільноти; с) послуги та об'єкти колективного користування, призначені для населення в цілому, були рівною мірою доступні для осіб з інвалідністю і відповідали їхнім потребам.

Свідченням перманентного розширення муніципальних прав людини є європейська практика їх надання постійним мешканцям-іноземцям. Так, ще 5 лютого 1992 р. у рамках Ради Європи була прийнята Європейська конвенція про участь іноземців у суспільному житті на місцевому рівні, якою встановлюється принцип, згідно з яким іноземним громадянам гарантуються громадянські та політичні права, включно з правом брати участь у виборах. Згідно частини першої ст. 6 цього документу передбачається зобов'язання держав-учасників Конвенції надати кожному постійному мешканцю-іноземцю право голосувати та висувати свою кандидатуру на виборах до органів місцевого самоврядування, якщо він задовольняє тим правовим вимогам, які пред'являються громадянам і, крім того, на законних підставах постійно мешкає у відповідній державі упродовж п'яти років, що передують виборам. Також встановлюється, що ценз осілості, передбачений у статті 6, може становити і менший період (ст. 7).

Такий підхід є свідченням того, що у державах сучасної Європи відбувається кардинальне переосмислення сутності та змісту конституційного права на участь в управлінні публічними справами у розрізі муніципальної демократії: якщо держава має справи громадянами, іноземцями, особами без громадянства, біженцями, то місцеве самоврядування – з мешканцями. Держави-члени Ради Європи, які підписали Європейську хартію місцевого самоврядування, вважають, що право громадян брати участь в управлінні державними та суспільними справами належить до загальних для всіх держав демократичних приписів, і це право безпосередньо може бути здійснено саме на місцевому рівні.

Стратегічний момент у розумінні цієї проблеми полягає в еволюції загального конституційного правового статусу людини в місцевому самоврядуванні. На рівні територіальних громад цілком змінюється система координат, яка панує в державі щодо прав людини. З рівня «громадянин – держава» права людини переходять на рівень «мешканець – орган місцевого самоврядування» та трансформуються у муніципальні права особи.

Цей підхід, який існує в країнах сучасної Європи (наприклад у Бельгії, Данії, Латвії, Нідерландах, Польщі, Угорщині), безпосередньо пов'язаний із визнанням відмінності різних статусів публічної влади: державної влади як представника суспільства в цілому, його політичної влади та місцевого самоврядування – як публічної влади територіального колективу, є свідченням підвищення ролі муніципально-територіального чинника в житті суспільства, створенням дієздатних територіальних громад, підтвердженням демократичних намірів національних держав та їх особливої уваги саме до мешканців певних територій.

Однією з найбільш складних, суперечливих та таких, які вкрай неоднозначно сприймаються та вирішуються у сучасному світі, є проблема прав сексуальних меншин. Попри те, що майже усе ХХ ст. пройшло під прапором боротьби сексуальних меншин за свої права, й сьогодні залишається чимало проблем у даній сфері. Враховуючи, що права людини за ознаками сексуальної ідентичності переважною мірою порушуються саме на локальному рівні: адже життєвим простором існування цієї категорії людей є, насамперед, територіальна громада, – питання прав сексуальних меншин об'єктивно може розглядатися і в аспекті формування та реалізації муніципальних прав людини. Свідченням тому є, зокрема, позиція Конгресу місцевих і регіональних влад Ради Європи, який звернув увагу на необхідність подолання проблеми дискримінації сексуаль-

них меншин. Відповідно до позиції даної установи, гомофобні інциденти у ряді держав-членів свідчать не тільки про систематичні порушення основних прав ЛГБТ, а і показують, що в багатьох випадках органи влади, на які покладено позитивний обов'язок захисту громадян від дискримінації, фактично заохочують несправедливість та сприяють неправомірному обмеженню прав. На запобігання та протидію дискримінації у державах-членах Ради Європи 2007 р. Конгресом було прийнято Рекомендацію 211 (2007) «Про свободу зборів і висловлювання думок для лесбійок, геїв, бісексуалів і трансгендерних осіб». Враховуючи, що свобода вираження думки і свобода зборів є ядром демократичного суспільства і що роль влади у захисті цих прав є фундаментальною, Конгрес місцевих і регіональних влад Ради Європи запропонував модель імплементації цих прав на місцевому рівні держав-членів без дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Як зазначається в даних Рекомендаціях, право висловлювати думку та виражати свою ідентичність з іншими людьми є невід'ємною частиною толерантності – принципу захисту різноманітності суспільства шляхом вільного обміну ідеями, які можуть привести до збагачення на рівні індивіда та суспільства. Ці свободи, природно, несуть з собою певні обов'язки і відповідальність і, тому, як держава, так і регіональні або місцеві органи можуть встановлювати обмеження тільки там, де вони передбачені законом. Беручи до уваги, що свобода слова і зібрань лежить в основі демократичного суспільства, а також те, що роль місцевої влади в підтримці цих прав має основоположне значення, Конгрес місцевих і регіональних влад здійснив огляд реалізації цих прав на місцевому рівні по всій Європі та рекомендував країнам-членам Ради Європи забезпечити, щоб вони публічно виступали проти дискримінації за ознакою належності до сексуальних меншин; здійснювали заходи щодо боротьби з пропагандою ненависті на даному ґрунті, з усією строгістю розслідували усі випадки насильства або розпалювання ненависті щодо ЛГБТ, визначали, чи є ці дії дискримінацією або гомофобією, можливо, зіграли певну роль у вчиненні злочину, забезпечували судове переслідування винних; в разі необхідності здійснювали позитивні заходи відповідно до вимог Європейського суду з прав людини; щоб гарантувати реалізацію свободи зібрань і висловлювання як на державному, так і місцевому та регіональному рівнях; забезпечували можливості ЛГБТ-груп проводити консультації при реформуванні будь-якого з вищевказаних заходів з точки зору взаємної вигоди всіх зацікавлених сторін і розвивали дух співпраці, а не конфронтації. Конгрес звернув увагу на те, щоб усі місцеві влади були в курсі всіх нових законодавчих норм і відповідного прецедентного права, що стосується свободи зібрань і висловлення думок і антидискримінаційних заходів. На думку Конгресу, надання фінансової або іншої підтримки з боку місцевої влади організаторам заходів ЛГБТ-спільноти має бути забезпечене в рівній мірі щодо всіх подібних груп, при цьому не повинно бути ніяких законодавчих заборон місцевим органам влади, які надають допомогу або рекламують події ЛГБТ-спільноти тощо.

Зазначені приклади значною мірою вказують на місце та роль місцевого самоврядування у процесах глобалізації, міжнародної міждержавної інтеграції та формування сучасного муніципального гуманітарного права. Муніципальні права людини та дієздатне місцеве самоврядування є одним з тих атрибутів сучасного конституціоналізму та соціально-правової демократичної державності, що, у контексті європейського вектору розвитку української держави, вимагає свого усебічного конституювання та інституціоналізації на принципах гуманізму, людського виміру публічної влади та верховенства права.

#### Резюме

##### **Батанов О. В. Тенденції розвитку муніципальних прав людини в умовах глобалізації.**

Стаття присвячена дослідженню процесу глобалізації на сучасному етапі загальнопланетарного соціального розвитку. Виділено основні сутнісні аспекти процесу глобалізації з точки зору розвитку сучасного муніципального права та прав людини. Визначено місце місцевого самоврядування та інститутів локальної демократії в окремих європейських державах, європейському континенті в цілому та загальноцивілізаційному значенні з точки зору формування українського, європейського та світового конституціоналізму, процесів демократизації, глобалізації та європейської міждержавної інтеграції.

**Ключові слова:** глобалізація, інтеграція, місцеве самоврядування, сучасний муніципалізм, муніципальне право, муніципальна влада, муніципальні права особи, децентралізація.

#### Резюме

##### **Батанов А. В. Тенденции развития муниципальных прав человека в условиях глобализации.**

Статья посвящена исследованию процесса глобализации на современном этапе общепланетарного социального развития. Выделены основные существенные аспекты процесса глобализации с точки зрения развития современного муниципального права и прав человека. Показано значение местного самоуправления и институтов локальной демократии в отдельных европейских государствах, европейском континенте в целом и общецивилизационном значении с точки зрения формирования украинского, европейского и мирового конституционализма, процессов демократизации, глобализации и европейской межгосударственной интеграции.

**Ключевые слова:** глобализация, интеграция, местное самоуправление, современный муниципализм, муниципальное право, муниципальная власть, муниципальные права личности, децентрализация.

#### Summary

##### **Batanov O. Trends in the development of municipal human rights in the context of globalization.**

The article is sanctified to research of process of globalization on the modern stage of general planetary social development. The basic aspects of process of globalization are distinguished from the point of view of development of modern municipal law and human

rights. The value of local self-government and institutes of local democracy is shown in the separate European states, European continent on the whole and general civilization value from the point of view of forming Ukrainian, European and world constitutionalism, processes of democratization, globalization and European intergovernmental integration.

**Key words:** globalization, integration, local self-government, municipal law, modern municipalism, municipal power, municipal human rights, decentralization.

УДК 342.722

**Г. С. ЖУРАВЛЬОВА**

*Ганна Семенівна Журавльова, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри конституційного права Запорізького національного університету*

### **ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ: МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ТА УКРАЇНА**

Унаслідок акту агресії Російської Федерації проти України та зовнішнього військового конфлікту між ними понад 1,6 мільйона осіб є вимушеними переселенцями на території України. Вони володіють такими самими правами і свободами, що й інші порівнювані категорії осіб, на яких поширюються відповідні юридичні гарантії прав і свобод людини. Водночас внутрішньо переміщені особи (далі – ВПО) є вразливими в силу невирішеності житлових, трудових, особистісних питань та проблем, пов'язаних із їх самореалізацією та вільного розвитку як індивіда після вимушеної зміни місця постійного проживання. Дослідження цих питань саме з точки зору запобігання та недопущення дискримінації є надзвичайно актуальним та важливим на функцію держави з утвердження та забезпечення прав і свобод людини.

Метою цього дослідження є аналіз світового досвіду забезпечення прав ВПО з точки зору запобігання та недопущення дискримінації та його урахування у вітчизняній практиці. У першій частині роботи буде проведено компаративний аналіз забезпечення прав і свобод ВПО в Азербайджані, Грузії та Молдові, які стикнулися із подібними до українського досвіду проблемами. У другій частині роботи на основі узагальнення цього досвіду буде здійснено критичний аналіз ключових моментів у забезпеченні прав ВПО в Україні.

**1. Міжнародний досвід забезпечення прав внутрішньо переміщених осіб.** У сучасному світі велика кількість країн пережила або переживає внутрішнє переміщення осіб. До таких країн належать Азербайджан, Ємен, Сирію, Ірак, Грузію, Молдову та інші.

Звернувшись до досвіду *Азербайджану*, слід констатувати, що ці проблеми виникли ще в часи розпаду СРСР та продовжуються й нині. У законодавстві країни чітко та ясно вказані етапи та дія гарантій для ВПО. До згаданих правових актів насамперед належать Закон «Про статус біженців та вимушених переселенців» від 1992 р. (у редакції від 1999 р.) та Законі «Про соціальний захист вимушених переселенців і осіб, прирівняних до них», прийнятому у 1999 р. тощо.

Відповідно до закону «Про статус біженців та вимушених переселенців» передбачено цілу низку соціальних гарантій, зокрема: надання тимчасового місця проживання; безплатний проїзд і провіз майна до тимчасового місця проживання; медичне обслуговування та надання лікарських препаратів; першочергове розміщення в спеціальні соціальні установи інвалідів та людей похилого віку з числа ВПО; отримання матеріальної допомоги; компенсація витрат на переїзд; отримання безпроцентного кредиту на 10 років; отримати земельну ділянку в користування; при самостійній купівлі житла звільняються від нотаріального мита; надається сприяння в працевлаштуванні, у разі перекваліфікації на час навчання виплачується середня заробітна плата за новою спеціальністю.

У Законі «Про соціальний захист вимушених переселенців і осіб, прирівняних до них» зазначається, що держава створює необхідні умови для працевлаштування ВПО та зайняття підприємницькою діяльністю шляхом встановлення квот у державних установах та організаціях, створення нових робочих місць. Під час скорочення штатів вони користуються переважним правом залишатися на своїй посаді. Підприємцям з числа ВПО можуть надаватися пільгові кредити. Пенсії ВПО нараховуються й за відсутності документів щодо стажу роботи та заробітної плати. При неможливості забезпечити ВПО постійним місцем роботи, їх залучають до тимчасових чи сезонних робіт. Важливо, що відповідно до закону ВПО не зобов'язані надавати трудову книжку при працевлаштуванні. При тимчасовій втраті працездатності лікарняний оплачується у повному обсязі незалежно від стажу.

Закон звільнив ВПО від сплати податку на доходи, державних мит при видачі посвідчення особи, водійських прав. Він передбачав також пільги на транспорт та житлово-комунальні послуги, забезпечення школярів підручниками та шкільним приладдям, безкоштовне навчання студентів в державних вишах та інше. Варто зазначити, що ці норми, як сказано в законі, діятимуть ще впродовж трьох років після забезпечення умов для повернення ВПО в місце їх звичайного проживання<sup>1</sup>.

Основним органом, який займається даним питанням ВПО, є Державний комітет у справах біженців та вимушених переселенців. Його основними завданнями є:

- тимчасове розселення, репатріація та соціальний захист біженців, іммігрантів та осіб, які вимушені були залишити свої домівки;
- надання статусу біженця або вимушеного мігранта;
- покращення соціальних умов життя на територіях, звільнених від окупації;
- збір статистичних даних щодо біженців та вимушених переселенців;
- робота з неурядовими та міжнародними організаціями з метою реабілітації, возз'єднання сімей, підвищення рівня зайнятості, скорочення бідності, створення умов для повернення додому, будівництва житла та соціальних об'єктів для біженців та вимушених переселенців.

Незважаючи на згадану законодавчу базу, в Азербайджані існують певні проблеми в ході її реалізації. Дані проблеми, як і в Україні, торкнулись таких сфер як: надання місця проживання; працевлаштування; високого рівня захворюваності; проблеми з навчанням; частих спалахів агресії між ВПО та місцевими мешканцями, тощо.

Для вирішення питання щодо місця проживання ВПО в країні була проведена житлова реформа, що мала позитивні результати. Але незважаючи на це, все одно наявні труднощі з розміщенням ВПО. Щодо безробіття ВПО, то проблема також полягала і в самих особах, адже більшість з них є мешканцями села, які не пристосовані до міського життя. У зв'язку з цим багато ВПО вирішення даної проблеми бачили в міграції або незаконному перетині кордону до інших країн.

Дослідивши дані проблеми та шляхи їх вирішення, доречно зазначити, що Азербайджан здійснив значні успіхи в розв'язанні цієї проблеми та в боротьбі з дискримінацією щодо ВПО. Врегулювання ВПО позитивно вплинули на економічний, соціальний розвиток країни<sup>2</sup>.

*Грузія.* Правове регулювання статусу ВПО у Грузії є дещо складнішим, адже довгий час влада країни не зважала на це, хоча в 1992 р. було створено Міністерство у справах біженців та розселення та прийнятий Закон «Про внутрішньо переміщених осіб з окупованих територій Грузії» у 1996 році.

Лише з приходом до влади уряду Саакашвілі в 2003 р. розпочалася серйозна робота із вирішенням проблем ВПО. Були розроблені та запроваджені програми, приймалися певні законодавчі акти, серед яких можна виділити:

- Закон «Про внутрішніх переміщених осіб та тих, що зазнають переслідувань, з окупованих територій Грузії»;
- Указом Президента Грузії 2009 р. встановлено порядок передачі ВПО у приватну власність житлової площі в колективних центрах, пустих приміщеннях та нових багатоквартирних будинках, тощо.

Закон «Про внутрішніх переміщених осіб та тих, що зазнають переслідувань, з окупованих територій Грузії» визначає порядок пошуку довготривалих рішень житлової проблеми, забезпечення для ВПО гідних умов життя та припинення залежності від держави, включення найбільш вразливих осіб з числа ВПО до єдиної державної програми соціального захисту, отримання соціальної допомоги<sup>3</sup>.

Як і в кожній країні є актуальне питання про безробіття. Хоча ВПО і мають рівні права з іншим населенням, але виникають певні проблеми. Такі обставини призвели до нерівної конкуренції на ринку праці та втрату професійних навичок<sup>4</sup>. Відповідно до законодавства держава виплачує певні соціальні виплати, але за підрахунками дана допомога була надана незначній кількості ВПО.

Отже, незважаючи на певні труднощі, які виникли на початку врегулювання даної проблеми, країна намагається виправити дану ситуацію та покращити стан ВПО.

*Молдова* у зв'язку з конфліктом у Придністров'ї також зазнала певних проблем, які пов'язані з вирішенням питань щодо ВПО. У ході їх вирішення було прийнято низку законодавчих актів:

- Про створення республіканської комісії з координації робіт по матеріальному забезпеченню біженців та затвердження Положення про порядок надання допомоги біженцям, що вимушено покинули постійне місце проживання, з лівобережних районів Дністра Республіки Молдова. Постанова № 197 від 26.03.1992 р.;
- Постанова № 172 від 17.03.1992 р. Про невідкладні заходи щодо надання допомоги біженцям, що вимушено покинули постійне місце проживання, з лівобережних районів Дністра Республіки Молдова<sup>5</sup>.

Відповідно до постанови щодо надання допомоги біженцям з лівобережжя Дністра, здійснюється діяльність щодо: забезпечення житлом, сприяння у працевлаштуванні, надання матеріальної допомоги<sup>6</sup>. Але, незважаючи на врегульоване законодавство, дана країна також має певні проблеми з його реалізацією.

Дані проблеми виникають і в таких країнах, як Ємен, Іран, Сирія та в інших країнах, де відбуваються воєнні конфлікти між державами. Можна побачити, що незважаючи на те, як довго існують проблеми з ВПО, все одно повністю врегулювати дані відносини всередині держави не виходить. Хоча існує алгоритм виникнення проблем та є немалий досвід та методи їх вирішення, що мають позитивні результати та спрямовані на повне подолання та врегулювання даних проблем. Але у зв'язку з продовженням воєнних конфліктів, анексії та інше кількість ВПО збільшується, що призводить до виникнення тих самих проблем та ускладнення їх вирішення у зв'язку з недостатністю ресурсів, таких як вільне житло, наявність вільних робочих місць та інше.

Проаналізувавши досвід зарубіжних країн, можна побачити закономірності, які виникають у кожній державі, незалежно від того, на скільки довго триває дана ситуація в країні, і даними проблемами є саме дискримінація ВПО.

Дискримінація проявляється в таких невирішених питаннях як: проблема з визначенням статусу ВПО; надання тимчасового місця проживання; працевлаштування; виплата соціальної допомоги; невизначеність щодо участі у виборчому процесі тощо.

Незважаючи на ці проблеми та труднощі правового регулювання усунення дискримінації ВПО, кожна країна та міжнародна спільнота намагаються знайти оптимальні за певних умов рішення, методи та систему застосування певних засобів. Це пов'язано з тим, що наявність ВПО негативно впливає на суспільство та суспільні відносини, що регулюють економічну, правову, соціальну сфери та на відносини між країнами на міжнародній сфері.

**2. Вплив міжнародного досвіду на забезпечення прав ВПО в Україні.** Для врегулювання та покращення становища в Україні слід також звернутися до міжнародної практики. Зокрема, Управління Верховного комісара у справах біженців були надані ключові рекомендації щодо внутрішнього переміщення в Україні (УВКБ ООН) за лютий 2016 р., в яких, серед іншого, зазначалось таке:

– УВКБ ООН залишається занепокоєним обмеженнями свободи пересування внутрішньо переміщених осіб (ВПО), зокрема, щодо безперешкодного доступу гуманітарних організацій до постраждалого населення та дозволити людям вільно пересуватись у пошуках безпеки, доступу до послуг та реалізації своїх прав;

– органи влади мають гарантувати необмежений доступ до допомоги та прав для всіх ВПО, незалежно від факту взяття їх на облік, оскільки права ВПО і відповідальність державних органів перед ними не залежать від місця їх перебування або їх статусу в національному законодавстві, що пов'язано із вразливістю положення ВПО;

– уряд повинен активізувати свої зусилля із надання допомоги переміщеним особам, які не мають документів, що підтверджують реєстрацію актів цивільного стану. Процедури реєстрації актів цивільного стану, зокрема документування свідцтвом про народження дітей у невідконтрольних уряду територіях, повинні бути вирішені в терміновому порядку. Уряд повинен розробити адміністративний порядок реєстрації актів громадянського стану. Наявні прогалини в процедурній базі в кінцевому рахунку зумовлять зростання числа незадокументованих дітей, що може призвести до ризику безгромадянства;

– існує потреба належного вирішення житлових потреб ВПО з метою запобігання подальшому переміщенню і повторному переміщенню. Владі рекомендується розробити системний та далекоглядний підхід у відповідь на ці потреби. Проживання ВПО в колективних центрах може викликати залежність і послабити їхню здатність керувати власним життям, що посилює травму переміщення і створює бар'єри для інтеграції;

– уряд має сприяти якомога більшій правовій, економічній та соціальній інтеграції постраждалого населення без дискримінації. Гуманітарні агенції повинні приділяти особливу увагу становищу етнічних меншин, таких як роми і кримські татари, маргіналізованих громад та інших осіб з особливими потребами. Уряд повинен також забезпечити виділення достатніх ресурсів для реалізації нещодавно ухвалені Комплексної державної програми щодо підтримки, соціальної адаптації та реінтеграції громадян України, які переселилися з тимчасово окупованої території України та районів проведення антитерористичної операції в інші регіони України, на період до 2017 р. та Плану заходів до неї;

– уряд і гуманітарні партнери повинні активізувати інформаційні кампанії, зробивши акцент на правах і обов'язках ВПО та постраждалих громад, а також на доступні послуги. ВПО та постраждалі громади повинні бути проінформовані про те, де шукати захисту і допомоги в разі порушення прав. Потрібно посилити психосоціальну допомогу для постраждалого від конфлікту населення, оскільки це є важливим інструментом для подолання його травми і створення умови для довгострокових рішень;

– органи влади повинні гарантувати, що політичні права ВПО будуть відновлені. Існує очевидний зв'язок між голосуванням на місцевих виборах і довготривалими рішеннями, і акт голосування ВПО може бути одним із ключових елементів інтеграції в місцеву громаду<sup>7</sup>.

Дослідивши проблеми, які виникли в Україні щодо дискримінації ВПО. Можна побачити, що відбулись чисельні законотворчі процеси, пов'язані з врегулюванням даних проблем. Незважаючи на численні зусилля влади Україна все одно потребує врегулювання певних питань або внесення змін до вже наявних.

Дані зміни відбуваються завдяки вивченню та дослідженню практики зарубіжних країн, які опинились в таких же ситуаціях. Даними країнами, які вже довгий час займаються вирішенням дискримінації ВПО, є Азербайджан, Ємен, Грузія, Молдова, Іран. Отже, ці країни вже мають певний алгоритм вирішення проблем та можуть порекомендувати іншим країнам шляхи їх вирішення.

Одночасно з першочерговим забезпеченням країна має розробляти та впроваджувати довготривалі програми. Адже вони мають стійкий та визначений характер, що спрямований на забезпечення та підтримку з боку держави, визначення органів, які будуть цим займатись, фіксованого фінансування з державного бюджету, тощо.

У зв'язку з цим в Україні створено Міністерство з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб. 20 квітня 2016 р. Кабінет Міністрів прийняв Постанову № 299, згідно з якою було створено зазначене Міністерство, реорганізувавши шляхом злиття Державне агентство з питань відновлення Донбасу і Державну службу з питань Автономної Республіки Крим та міста Севастополя. Оскільки Законом «Про Державний бюджет на 2016 рік» не було передбачено фінансування діяльності такого міністерства, то кошти на його діяльність акумулювалися за рахунок розподілу коштів субвенцій на медицину, освіту, а також нерозподіленої субвенції, виділеної на місцеві органи влади окупованих територій Донецької і Луганської областей.

На даний час існують проблеми, що потребують вирішення, зокрема:

– визначити точну цифру ВПО, їх перебування та матеріальне становище;

- вдосконалити надання інформації електронним шляхом, встановити один орган, який займався питанням ВПО;
- вдосконалити надання першочергових потреб;
- спростити процедуру надання соціального захисту (виплати допомоги, субсидій, пенсій);
- встановити Державну програму пов'язану з покращенням становища ВПО та подальше вирішення проблем; при розбудові системи надання допомоги ВПО вивчити і врахувати досвід зарубіжних країн, яким довелося розв'язувати аналогічні проблеми та залучити неурядові організації, експертів, налагодити постійний контакт та обговорення з представниками ВПО;
- забезпечити індивідуальний підхід до сценаріїв вирішення проблеми з урахуванням соціально-демографічних характеристик, освіти, складу сім'ї, побажань людей;
- при наданні допомоги дотримуватися принципу пріоритетності щодо окремих категорій осіб (вагітних жінок, дітей, інвалідів, осіб старшого віку);
- розглянути можливості адресного пільгового кредитування ВПО, залучити до нього комерційні банки;
- розглянути можливості стимулювання працевлаштування ВПО;
- налагодити ефективний контроль за використанням коштів, спрямованих на допомогу ВПО з різних джерел, унеможливити їх розкрадання, корупцію.

На європейському рівні Рекомендацією ПАРЄ 1877 (2009) було визнано «необхідність продовження надання міжнародної допомоги ВПО з фінансової та технічної точки зору задля того, щоб уникнути їх перетворення на «забутих людей» Європи», закликаючи до розподілу ресурсів між всіма Державами-учасницями Ради Європи. Крім того, в Рекомендації ПАРЄ 2026 від 2014 року допускається співпраця між Державами-учасницями і Банком Розвитку Ради Європи з метою виділення ресурсів для загальної допомоги внутрішньо переміщеним особам за аналогією із Сараєвським процесом, що розпочався в 2005 році<sup>8</sup>. Принаймні через вдале поєднання бюджетного фінансування та фінансування за рахунок міжнародних донорів можна вирішити основні питання, пов'язані із реалізацією прав ВПО як повнокровних членів суспільства, яким гарантується вільний розвиток у суспільстві.

Проаналізовані проблеми щодо забезпечення прав ВПО в Україні засвідчують, що в інституційному та процедурному відношенні вони потребують якомога прискіпливої уваги. З інституційної точки зору в Україні враховано міжнародний досвід і обрано оптимальний варіант у формі створення спеціального Міністерства з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб, яке забезпечує комплекс заходів, спрямованих на забезпечення прав ВПО. Такі особи потребують особливого захисту в силу того, що вони змушені були покинути своє постійне (переважне) місце проживання у зв'язку із військовими діями в окремих районах Донецької і Луганської областей. З процедурної точки зору уразливість положення ВПО вимагає від органів публічної влади забезпечити якомога ширші заходи щодо забезпечення їхньої соціальної реінтеграції за новим місцем проживання, що полягає у сприянні в реалізації права на житло, на працю, освіту, охорону здоров'я та соціальний захист.

<sup>1</sup> Про соціальний захист вимушених переселенців і притриманих до них осіб: Закон Азербайджанської Республіки : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.kavkaz-uzel.ru/articles/13681/>

<sup>2</sup> Юнусов А. Прохачі притулку, біженці і вимушено переміщених осіб в Азербайджані: проблеми і перспективи Карім-Схід – Консорціум прикладних досліджень з міжнародної міграції. Пояснювальна записка 13/124 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.carimeast.eu/media/exno/Explanatory%20Notes\\_2013-124.pdf](http://www.carimeast.eu/media/exno/Explanatory%20Notes_2013-124.pdf)

<sup>3</sup> Габричидзе Г. Доступ біженців, шукачів притулку і ВПО до соціально-економічних прав в Грузії / Карім-Схід – Консорціум прикладних досліджень з міжнародної міграції. Пояснювальна записка 13/129 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.carimeast.eu/media/exno/Explanatory%20Notes\\_2013-129.pdf](http://www.carimeast.eu/media/exno/Explanatory%20Notes_2013-129.pdf)

<sup>4</sup> Офіційний сайт Міністерства Грузії у справах осіб, вимушено переміщених з окупованих територій, біженців та розселення : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.mra.gov.ge>

<sup>5</sup> Про створення республіканської комісії з координації робіт по матеріальному забезпеченню біженців та затвердження Положення про порядок надання допомоги біженцям, вимушено покинули постійне місце проживання, з лівобережних районів Дністра Республіки Молдова. Постанова № 197 від 26.03.1992 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=292515&lang=2>

<sup>6</sup> Про невідкладні заходи з надання допомоги біженцям, вимушено покинули постійне місце проживання, з лівобережних районів Дністра Республіки Молдова. Постанова № 172 від 17.03.1992 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ex.justice.md/viewdoc.php?Action=view&view=doc&id=292459&lang=239>

<sup>7</sup> Ключові повідомлення щодо внутрішнього переміщення в Україні : [Електронний ресурс] // Управління Верховного Комісара у справах біженців (УВКБ ООН). – Режим доступу: [http://unhcr.org.ua/attachments/article/1293/2016\\_02\\_UNHCR%20KEY%20MESSAGES%20ON%20INTERNAL%20DISPLACEMENT%20IN%20UKRAINE%20-%20Ukr.pdf](http://unhcr.org.ua/attachments/article/1293/2016_02_UNHCR%20KEY%20MESSAGES%20ON%20INTERNAL%20DISPLACEMENT%20IN%20UKRAINE%20-%20Ukr.pdf)

<sup>8</sup> Вдосконалення національного законодавства України стосовно захисту прав людини внутрішньо переміщених осіб / Проект Ради Європи «Посилення захисту прав людини внутрішньо переміщених осіб в Україні». – К., 2016. – 165 с. – С. 128.

#### Резюме

#### **Журавльова Г. С. Забезпечення прав внутрішньо переміщених осіб: міжнародний досвід та Україна.**

На основі міжнародного досвіду та досвіду окремих постсоціалістичних країн розкриваються окремі аспекти забезпечення прав внутрішньо переміщених осіб. Розкрито основні запобіжники запобігання і недопущення дискримінації внутрішньо переміщених осіб та забезпечення їх реінтеграції у соціальне життя.

**Ключові слова:** внутрішньо переміщені особи, дискримінація, заборона дискримінації, права людини,

### Резюме

**Журавлева А. С. Обеспечение прав внутренне перемещенных лиц: международный опыт и Украины.**

На основе международного опыта и опыта отдельных постсоциалистических стран раскрываются отдельные аспекты обеспечения прав внутренне перемещенных лиц. Раскрыты основные способы предотвращения и недопущения дискриминации внутренне перемещенных лиц и обеспечения их реинтеграции в социальную жизнь.

**Ключевые слова:** внутренне перемещенные лица, дискриминация, запрет дискриминации, права человека.

### Summary

**Zhuravlyova H. Ensuring the rights of internally displaced persons: international experience and Ukraine.**

Based on international experience and experience some post-socialist countries are revealed some aspects of ensuring the rights of internally displaced persons. The basic protections prevention and non-discrimination of internally displaced persons and ensure their reintegration in social life is covered.

**Key wards:** internally displaced persons, discrimination, prohibition of discrimination, human rights.

УДК 342.25(477)

### **Б. В. КАЛИНОВСЬКИЙ**

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

## **МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ СТАНДАРТИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ МІСЦЕВОЇ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ**

У сучасних наукових вітчизняних джерелах неодноразово наголошувалося на тому, що «політика місцевого і регіонального розвитку повинна базуватися на загальноновизначених і апробованих європейських стандартах, основними з яких є: повсюдність; децентралізація державного управління; деконцентрація владних повноважень; розподіл владних повноважень між органами місцевого самоврядування та органами державної влади; партнерство і кооперація зусиль органів місцевого самоврядування та місцевих органів державної виконавчої влади; концентрація і раціональне використання ресурсного забезпечення; субсидіарність щодо надання державних і громадських послуг населенню; пріоритет повноважень територіальної громади»<sup>1</sup>.

При дослідженні міжнародно-правових стандартів організації та функціонування місцевої публічної влади варто спиратися на наукові розробки як вітчизняних вчених-правників, так і зарубіжних, проаналізувавши наукові здобутки таких вчених, як О. Батанов, Н. Камінська, В. Колісник, А. Колодій, В. Кравченко, Н. Мішина, Х. Приходько, Н. Мяловицька, М. Пухтинський, В. Федоренко та ін.

**Метою** наукової статті є розкриття міжнародно-правових стандартів організації та функціонування місцевої публічної влади і визначення стану їх імплементації в Україні.

Досвід провідних держав світу свідчить, що загальноновизначеним стандартом організації та функціонування місцевої публічної влади є децентралізація державного управління, яка (за європейськими канонами) полягає у цілеспрямованому процесі розширення повноважень органів місцевого самоврядування різного територіального рівня при одночасному звуженні повноважень центральних органів державної влади з метою оптимізації і підвищення ефективності управління суспільно значущими справами (питаннями місцевого значення), найповнішої реалізації регіональних і місцевих інтересів.

А тому ми підтримуємо думку вчених про те, що саме процес децентралізації є одним із основних та пріоритетних європейських стандартів демократичного спрямування, оскільки його провідною ідеєю є не конфронтація та неузгодженість між державою (центральними органами державної влади) і органами місцевого самоврядування різного територіального рівня, а співіснування й співпраця між ними з метою якомога кращого забезпечення потреб населення і вирішення питань місцевого значення на рівні їх виникнення.

У різних країнах світу з метою ефективної організації влади використовують різні системи управління на місцях (системи місцевих органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування). На вибір тієї чи іншої з них впливають такі фактори, як неоднаковий підхід до розуміння державної влади, розмежування адміністративно-територіальних одиниць на «природні» та «штучні», економічні умови, національні особливості, історичні традиції тощо<sup>2</sup>.

Фахівці права схиляються до виокремлення таких сучасних систем управління на місцях, а отже, і децентралізації влади, як англосаксонська, континентальна та іберійська. При цьому кожна країна світу обрала для себе модель організації місцевої публічної влади, і практика доводить, що неможливо провести



чітку межу між викладеними системами, оскільки у багатьох країнах, зокрема Австрії, Німеччині, Японії місцева влада побудована на основі сполучення як англосаксонської, так і романо-германської систем, а також деяких притаманних цим країнам специфічних рис, що дає змогу деяким науковцям говорити про своєрідні «змішані» («гібридні», «конгломератні») форми організації та функціонування місцевої публічної влади. Ми вважаємо, що для України на сучасному етапі її розвитку найбільш оптимальною і ефективною буде впровадження «гібридної» моделі організації та функціонування місцевої публічної влади. Саме такий підхід використано при розробці та прийнятті європейських стандартів місцевої демократії. При цьому окремі дослідники вважають принципи та норми, затверджені в Європейській хартії місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р. (далі – Хартія)<sup>3</sup>, основою окремої системи місцевого управління.

Модель місцевого самоврядування, побудована на основі зафіксованих в Хартії положень, яку деякі дослідники вважають юридично оформленою й прийнятою до виконання всіма державами Європи, має за мету проголошення та проведення у життя загальних для європейських країн стандартів у місцевому і регіональному самоврядуванні.

Україні, яка прагне до євроінтеграції, недостатньо формально ратифікувати Хартію, що мало місце 5 липня 1997 р.<sup>4</sup>, а необхідно рухатись шляхом реального і системного впровадження європейських стандартів організації та функціонування місцевої публічної влади в Україні. Лише за таких умов у нашій державі можна говорити про утвердження демократії та розвиток територіальних громад.

Шлях закріплення в міжнародних юридичних актах засад організації та функціонування місцевої публічної влади має свою досить складну історію. Так, відповідно до ст. 3 Статуту Ради Європи від 5 травня 1949 р. № ETS № 001, до якого Україна приєдналася 31 жовтня 1995 р., «кожний член Ради Європи обов'язково повинен визнати принципи верховенства права та здійснення прав людини і основних свобод всіма особами, які знаходяться під його юрисдикцією, а також повинен відверто та ефективно співробітничати в досягненні мети Ради, визначеної у главі I»<sup>5</sup>. Метою Ради Європи в главі I Статуту визначено досягнення більшого єднання між її членами для збереження та втілення в життя ідеалів і принципів, які є їхнім спільним надбанням, а також сприяння їхньому економічному та соціальному прогресу. Розвиток реалізації визначеної мети функціонування Ради Європи підтверджується прийняттям понад 150 різного роду конвенцій і угод, які регулюють різні аспекти захисту прав людини, демократії, місцевого самоврядування, охорони навколишнього природного середовища та культури.

Перший документ комплексного характеру, відомий в наш час як Європейська хартія місцевого самоврядування, розроблявся більше п'ятнадцяти років і після схвалення урядами 21 держави був відкритий для підписання членами Ради Європи 15 жовтня 1985 року.

Незважаючи на позитивні оцінки Хартії вітчизняними вченими як правого акту, що став результатом гармонізації національних законодавств європейських держав, метою якої було передусім забезпечення та захист прав та свобод людини і громадянина, які підкреслюють, що цей документ є фундаментальним інструментом регулювання кола питань державного й місцевого значення, питання адаптації українського законодавства до норм Хартії є наразі актуальним, і даний процес є незавершеним.

Виконуючи перед Радою Європи свої зобов'язання, Верховною Радою України 21 травня 1997 р. було прийнято Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні», в якому знайшло закріплення більшість положень Хартії. Зокрема, це стосується сфери компетенції, матеріально-фінансової та територіальної основи, правового статусу суб'єктів місцевого самоврядування тощо.

Аналізуючи міжнародно-правові стандарти організації та функціонування місцевої публічної влади, важливо звернути увагу й на те, що Конституція України містить норму про делегування місцевим державним адміністраціям повноважень відповідними районними чи обласними радами (ч. 6 ст. 118). Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р. містить у ст. 1 визначення поняття «делеговані повноваження», а саме: повноваження органів виконавчої влади, надані органам місцевого самоврядування законом, а також повноваження органів місцевого самоврядування, які передаються відповідним місцевим державним адміністраціям за рішенням районних, обласних рад<sup>6</sup>, а ч. 1 ст. 14 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» від 9 квітня 1999 р. встановлює, що «місцеві державні адміністрації здійснюють повноваження місцевого самоврядування, делеговані їм відповідними радами»<sup>7</sup>.

Виходячи із положень цих норм, органи місцевого самоврядування свої повноваження можуть делегувати органам виконавчої влади, що збігається з положенням Хартії, а органами місцевого самоврядування, які делегують повноваження місцевим державним адміністраціям, є районні та обласні ради.

Більшої уваги заслуговує ч. 2 ст. 4 Хартії, яка встановлює, що органи місцевого самоврядування в межах закону мають повне право вільно вирішувати будь-яке питання, яке не вилучене зі сфери їхньої компетенції і вирішення якого не доручене жодному іншому органу. З приводу впровадження даного положення в Україні є певні проблеми. Так, ч. 2 ст. 19 Конституції України визначає, що «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України».

У цих двох нормах яскраво простежується одна з основних відмінностей правової природи формування права в пострадянській Україні, що належить до романо-германської правової системи, та природи формування права в країнах Західної Європи. Це обумовлено тим, що країни Західної Європи мають давні традиції муніципального управління, що формувалося за прецедентним принципом, на основі базового права на власний розсуд управляти місцевими справами. Досвід України щодо управління місцевими справами не

враховував надбання європейської наукової думки і нових практик організації місцевої публічної влади на демократичних засадах.

Отже, в Україні європейський принцип «вільно вирішувати будь-яке питання, яке не вилучене зі сфери їхньої компетенції і вирішення якого не доручене жодному іншому органу» не застосовується, а застосовується загальний для органів державної влади та органів місцевого самоврядування принцип «робити тільки те, що чітко встановлено в законі». Пропонуємо привести національне законодавство у відповідність до міжнародних стандартів, які визнані країнами світу і показали свою ефективність. А саме ч. 2 ст. 19 Конституції України викласти у такій редакції: «Органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України». Ці зміни дозволять врахувати досвід сучасних практик організації та функціонування місцевої публічної влади та дадуть змогу діяти в ситуації, коли законодавче регулювання питання відсутнє або є «туманним».

У преамбулі до Маастрихтського договору – Договору про утворення Європейського Союзу від 7 лютого 1992 р., вказано: «Цей договір знаменує новий етап у процесі створення ще більш тісного союзу між народами Європи, у якому рішення приймаються на якомога ближньому для громадян рівні»<sup>8</sup>. Саме у такій площині треба розглядати місцеве самоврядування та його роль у вирішенні різних справ сучасної демократичної держави. Варто зауважити: принцип субсидіарності заснований на тому, що більш високий рівень управління передбачає для відповідних йому державних урядовців певні можливості щодо втручання в дії урядовців більш низького рівня владно-виконавчої діяльності лише тією мірою, якою останні не зовсім спроможні самостійно здійснювати ефективне управління справами суспільства. Субсидіарність базується на тому, що вказане втручання припускається тільки за наявності певних умов, завдяки чому вказані дії управлінців вищого рівня відповідальності можуть вважатися законними та доцільними. Застосування принципу субсидіарності в правових адміністративних системах більшості держав, що входять до європейської спільноти, свідчить про його універсальний характер, незважаючи на форму територіального устрою<sup>9</sup>.

Протягом останніх десятиліть на тлі процесу загальноєвропейської інтеграції практично в усіх європейських державах виявилася тенденція до суттєвого збільшення ролі місцевої публічної влади. При цьому сучасні уряди, незалежно від територіального устрою своєї країни (і федеративного, і унітарного), намагаються активно використовувати місцеві органи влади у процесі розвитку загальнодержавної системи управління. Така буденна політика була обумовлена застосуванням нового принципу інституціональної організації держави й суспільства, принципу субсидіарності. Саме цей принцип був покладений в основу побудови Європейського Союзу.

На нашу думку, впровадження даного принципу в Україні має певні труднощі, оскільки організація побудови механізму реалізації місцевої публічної влади заснована на принципах насамперед законності, чіткої регламентації діяльності та здійснення повноважень. Так, ст. 1 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р. встановлює, що територіальна громада – 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. При цьому Конституція України визначає, що системою адміністративно-територіального устрою України становлять: Автономна Республіка Крим, області, райони, міста, райони в містах, селища і села.

Отже, Конституція України серед адміністративно-територіальних одиниць зазначає в тому числі і район у місті, але реалізація місцевого самоврядування територіальними громадами районів в містах залежить від рішення відповідних міських рад (ст. 140). У випадку, коли це стосується великих міст, кількість населення районів яких перевищує кількість населення деяких сіл, селищ, вважаємо, що дані положення порушують їхні права на вирішення справ місцевого значення, управління господарством та комунальною власністю. Беручи до уваги досвід зарубіжних країн, відстоюємо позицію, згідно з якою, якщо кількість жителів міста становить понад триста тисяч, міська рада зобов'язана утворити райони в місті, а також районні в місті ради та їх виконавчі органи. У зв'язку із чим пропонуємо внести зміни до ст. 5 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р., виклавши ч. 2 ст. 5 цього закону у наступній редакції «У містах з кількістю жителів понад 300 тисяч міська рада своїм рішенням відповідно до цього Закону зобов'язана утворити райони і районні в місті ради. Районні в містах ради утворюють свої виконавчі органи та обирають голову ради, який одночасно є і головою її виконавчого комітету».

Місцевій публічній владі задля ефективного виконання конституційно закріплених функцій обов'язково необхідна організаційна та фінансова автономія. Підтримуємо думку, що акцент має ставитись передусім на реальній спроможності вирішувати питання місцевого значення, ухвалюючи управлінські рішення та забезпечуючи їх належними засобами (фінансовими, матеріальними, кадровими тощо). Підтримуємо думку, що при імplementації європейських стандартів організації та функціонування місцевої публічної влади має бути зосереджено на компетенційному та фінансовому її забезпеченні, свободі вибору структур управління й засобів, тобто, на вільному визначенні організаційної структури<sup>10</sup>.

Розглядаючи міжнародно-правові стандарти організації та функціонування місцевої публічної влади доцільно також увагу звернути на те, що система контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування, яка передбачена у Хартії, відповідає принципу пропорційності. Так, у ст. 8 зазначеного документу закріплено, що адміністративний нагляд за органами місцевого самоврядування здійснюється таким чином, щоб забезпечити домірність заходів контролюючого органу важливості інтересів, які він має намір охороняти.

Слід також зауважити, що 16 листопада 2009 р. у м. Утрехті прийнятий додатковий протокол до Хартії, який набув чинності в червні 2012 року. Протокол містить норму, яка вимагає від держави визнати в законо-

давстві право громадян Сторони брати участь як виборці або кандидати, у виборах членів ради або зборів органу місцевого самоврядування, на території якого вони проживають. Також він передбачає право голосу на місцевих виборах в кожній країні-учасниці протоколу для громадян всіх інших країн-учасниць протоколу<sup>11</sup>. Верховна Рада України 2 вересня 2014 р. ратифікувала Додатковий протокол до Хартії про право участі у справах органу місцевого самоврядування. При цьому Україна зробила застереження, що реалізовуватиме заходи із здійснення права участі у справах органу місцевого самоврядування, передбачені п. 2 ст. 2 Додаткового протоколу, згідно із своїм конституційним порядком.

Слід відзначити, що процес створення міжнародних стандартів місцевої публічної влади має досить динамічний характер. Зокрема Радою Європи було прийнято Конвенцію про участь іноземців у суспільному житті на місцевому рівні від 5 лютого 1992 р., яка станом на 2016 рік не ратифікована Україною, у якій закріплено основні європейські стандарти участі іноземців у громадському житті на місцях. Стаття 3 Конвенції закріпила положення, відповідно до якого кожна Сторона зобов'язується гарантувати постійним мешканцям-іноземцям на таких самих умовах, як і своїм власним громадянам: а) право на свободу виявлення поглядів; це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і поширювати інформацію та ідеї без втручання держави і незалежно від кордонів

Пропоную, на виконання положень Додаткового протоколу до Європейської хартії місцевого самоврядування про право участі у справах органу місцевого самоврядування від 16 листопада 2009 р. та Конвенції про участь іноземців у суспільному житті на місцевому рівні від 5 лютого 1992 р.<sup>12</sup>, внести зміни до Конституції України від 28 червня 1996 р. та Закону України «Про місцеві вибори» від 14 липня 2015 р. № 595-VIII передбачивши можливість реалізації права обирати та бути обраним до органів місцевого самоврядування за місцем постійного проживання, поряд з громадянами України, особами без громадянства та іноземцями, які на законних підставах проживають в Україні.

Додатковим аргументом запропонованих змін є положення ч. 1 ст. 140 Основного Закону України, згідно з яким місцеве самоврядування є правом територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста. У визначенні про належність територіальної громади не вказується громадянство, а говориться про жителів, якими можуть бути як громадяни України, так і особи без громадянства та іноземці. Беручи до уваги вищевикладені аргументи, пропонуємо змінити редакцію ст. 70 ч. 2: «Право голосу на місцевих виборах мають громадяни України, а також іноземці та особи без громадянства за умови проживання на території громади не менше двох років».

Щодо правового статусу населених пунктів, то Конгресом місцевих і регіональних влад Європи (далі – CLRAE) Ради Європи було прийнято Європейську Декларацію міських прав від 18 березня 1992 р. та Європейську Хартію міст 29 травня 2008 року. Європейська Декларація міських прав від 18 березня 1992 р. являє собою «комплекс умов стабільного розвитку і функціонування міських поселень в сучасних умовах» та є «... своєрідним кадастром міських прав, який повинен в обов'язковому порядку знайти своє відображення та закріплення в Хартіях (статутах) міст з урахуванням індивідуальних особливостей їх розвитку»<sup>13</sup>. У 1980 р. Радою Європи здійснювалася широкомасштабна Програма в рамках Європейської Кампанії за відродження міст під девізом «До кращого життя в місті» («a better life in towns», «des villes pour vivre», «Stadte zum Leben»). Робота Ради Європи в той період була спрямована на відродження міст континенту та мала на меті створення кращих соціальних і культурних можливостей у містах, поліпшення міського природного середовища проживання, комунальний розвиток і участь у ньому громадськості, реабілітацію існуючої житлової інфраструктури.

Приймаючи Європейську хартію міст II 29 травня 2008 р., Конгрес місцевої і регіональної влади Ради Європи визначив мету виділити сукупність загальних принципів і концепцій, що дадуть містам змогу відповісти на сучасні виклики урбаністичних суспільств і визначити основних учасників розвитку міст і дати городянам – громадянам Європи перспективу нової урбаністики, тобто уміння жити разом, а також нову культуру життя в місті.

Серед міжнародних нормативно-правових актів, що встановлюють міжнародно-правові стандарти, зокрема організації та розвитку міської демократії й молодіжної політики в містах, переглянута Європейська хартія участі молоді в громадському житті на місцевому і регіональному рівні, прийнята Конгресом місцевих і регіональних влад Ради Європи (10 сесія – 21 травня 2003 р. – додаток до Рекомендації 128)<sup>14</sup>. Слід зауважити, що зазначена хартія не одержала статусу конвенції, але має важливе значення при розбудові місцевої публічної влади і визначає в частині 1, що місцеві і регіональні органи влади повинні підтримувати організовані соціально-культурні заходи, здійснювані молодіжними об'єднаннями і організаціями, молодіжними групами і суспільними центрами.

Реформа місцевої публічної влади має включати розробку дієвих форм участі громадян у розробленні та прийнятті рішень місцевими органами публічної влади. Доречно згадати в даному контексті про «добре міське врядування» «Good Urban Governance», про яке вперше було згадано на II Конференції Програми Організації Об'єднаних Націй з населених пунктів (ООН-ХАБІТАТ) у червні 1996 р. в Стамбулі. ООН-ХАБІТАТ ініціював обговорення введення поняття про добре міське врядування в управління, залучивши до нього міста, своїх партнерів та міжнародну спільноту. За результатом цього обговорення було визначено: «добре міське врядування – це сума безпосередніх взаємовідносин громадян, публічного та приватного секторів, планування та управління спільними справами міста»<sup>15</sup>.

Розкриваючи міжнародно-правові стандарти організації та функціонування місцевої публічної влади, слід наголосити, що передусім мають на увазі праві норми, які містяться в міжнародних нормативно-пра-

вових актах та імplementовані в національне законодавство з метою регулювання ефективної організації та взаємодії органів і посадових осіб місцевої публічної влади як між собою, так і іншими органами державної влади.

Враховуючи викладене, можна стверджувати, що усі перераховані вище міжнародно-правові документи містять норми, які визначають стандарти місцевої публічної влади, правового статусу адміністративно-територіальних одиниць, впливу громадян на діяльність представницьких органів місцевого самоврядування та місцевих органів державної виконавчої влади, а тому, безумовно, їхні положення мають бути враховані при здійсненні конституційної, адміністративної, муніципальної реформ. Важливою є реальна, а не декларативна, децентралізація влади та вдосконалення організації місцевої публічної влади з урахуванням національних особливостей як правової системи України, так і її форми правління.

<sup>1</sup> Пухтинський М. Нова парадигма місцевого і регіонального розвитку / М. Пухтинський, А. Толстоухов // Муніципальний рух: новий етап розвитку : матеріали VII Всеукраїнських муніципальних слухань «Муніципальний рух в Україні – 10 років розвитку» (м. Бердянськ, 6–8 вересня 2001 р.). – К. : Логос, 2002. – С. 271–285.

<sup>2</sup> Загальні засади місцевого самоврядування в Україні : підруч. / авт.-упоряд. : О. В. Батанов, Н. М. Батанова, В. М. Вакулєнко та ін. ; за заг. ред. В. М. Вакулєнка, М. К. Орлатого. – К. : НАДУ, 2010. – 368 с.

<sup>3</sup> Європейська хартія місцевого самоврядування : м. Страсбург, 15 жовт. 1985 р. // Офіційний вісник України. – 2013. – № 39. – Ст. 1418.

<sup>4</sup> Про ратифікацію Європейської хартії місцевого самоврядування : Закон України від 15 липня 1997 р. № 4512/97-вр // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1997. – № 38. – Ст. 249.

<sup>5</sup> Статут Ради Європи : Багатостороння угода / Статут від 1 липня 2004 р. № 3576 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 26. – Ст. 1733.

<sup>6</sup> Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

<sup>7</sup> Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 9 квітня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 20. – Ст. 190.

<sup>8</sup> Treaty on European Union – Maastricht Treaty: Treaty on European Union – Maastricht Treaty 7 February 1992 // EU treaties : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_on\\_european\\_union/treaty\\_on\\_european\\_union\\_en.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union_en.pdf)

<sup>9</sup> Калашников В. М. Організаційно-правові заходи місцевого управління і самоврядування в зарубіжних країнах : моногр. / В. М. Калашников. – Дніпропетровськ : Пороги, 2009. – 387 с.

<sup>10</sup> Європейські правові стандарти та їх імplementація в українське законодавство / за ред. академіка НАПрН України О. В. Зайчука. – К. : Інститут законодавства Верховної Ради України, 2013. – 546 с.

<sup>11</sup> Additional Protocol to the European Charter of Local Self-Government on the right to participate in the affairs of a local authority // Council of Europe. CETS No. 207. – 2009.

<sup>12</sup> Конвенція про участь іноземців у суспільному житті на місцевому рівні від 5 лютого 1992 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994\\_318](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_318)

<sup>13</sup> European Charter on the participation of young people in municipal and regional life. – CE, 1994.

<sup>14</sup> Переглянута Європейська хартія участі молоді в громадському житті на місцевому і регіональному рівні. Прийнята Конгресом місцевих і регіональних влад Ради Європи (10 сесія – 21 травня 2003 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://docs.google.com/document/d/14PIUZixydHDOuoqMxWpb3SEsAhiVpkQ7JMLIHH1DT3w/edit#>

<sup>15</sup> Безверхнюк Т. Європейські стандарти врядування на регіональному рівні [Текст] : моногр. / Т. М. Безверхнюк, С. Є. Саханенко, Е. Х. Топалова ; за заг. ред. Т. М. Безверхнюк. – О. : ОРІДУ НАДУ, 2008. – 328 с.

### Резюме

#### **Калиновський Б. В. Міжнародно-правові стандарти організації та функціонування місцевої публічної влади.**

У даній статті розкрито міжнародно-правові стандарти організації та функціонування місцевої публічної влади. Визначено законодавчий рівень визнання Україною стандартів місцевої демократії Ради Європи та Європейського Союзу. Запропоновано зміни до Конституції та законів України щодо реалізації закріплених на міжнародному рівні засад організації, функціонування й відповідальності органів та посадових осіб місцевої публічної влади.

**Ключові слова:** міжнародні стандарти, Рада Європи, місцева публічна влада, організація, функціонування, місцеві вибори, місцеве самоврядування.

### Резюме

#### **Калиновский Б. В. Международно-правовые стандарты организации и функционирования местной публичной власти.**

В данной статье раскрыты международно-правовые стандарты организации и функционирования местной публичной власти. Определено законодательный уровень признания Украиной стандартов местной демократии Совета Европы и Европейского Союза. Предложены изменения в Конституцию и законы Украины в контексте реализации закреплённых на международном уровне основ организации, функционирования и ответственности органов и должностных лиц местной публичной власти.

**Ключевые слова:** международные стандарты, Совет Европы, местная публичная власть, организация, функционирование, местные выборы, местное самоуправление.

## Summary

### *Kalynowski B. International legal standards organization and functioning of local public authorities.*

In this article the international legal standards for the organization and functioning of local public authorities. Defined by the legislative recognition of the level of local democracy Ukraine Rada standards of Europe and the European Union. Proposed changes to the Constitution and laws of Ukraine in the context of internationally fixed on the foundations of the organization, functioning and responsibilities of bodies and officials of local public authorities.

**Key words:** international standards, the Council of Europe, local public authorities, organization, operation, local elections, local government.

УДК 342.721

**А. А. ГРИНЬ**

*Андрій Анатолійович Гринь, здобувач ДВНЗ  
«Ужгородський національний університет»*

## КОНСТИТУЦІЙНІ ГАРАНТІЇ В ХОДІ ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ ДІЙ У КРАЇНАХ ЦЕНТРАЛЬНО-СХІДНОЇ ЄВРОПИ ТА УКРАЇНИ

Лише після 12 років, як почали з 28 червня 2001 р. в Україні діяти конституційні гарантії в ході кримінального процесу, був ухвалений у новій редакції Кримінальний процесуальний кодекс, у якому було запроваджено традиційний для більшості європейських країн інститут негласних слідчих (розшукових) дій. У країнах Центрально-Східної Європи, які межують з Україною та входять у Вишеградську четвірку, такі гарантії набули чинності раніше, і стосовно застосування негласних слідчих дій існує вже певна практика парламентського та судового контролю. Тому виникає питання, на якій підставі та на якій стадії застосування негласних слідчих застосовується парламентський і судовий контроль. Також з цієї точки зору важливою є практика Європейського суду з прав людини, на розгляді якого були скарги щодо правомірності таємного стеження з боку держави за приватними особами. Це дає змогу визначити певні допустимі межі втручання держави у приватне життя особи при здійсненні негласних дій і відмежувати їх від іншої діяльності поліції та спецслужб, пов'язаних із запобіганням та припиненням злочинної діяльності.

**Метою** цієї статті є визначення природи негласних слідчих дій у світлі конституційних гарантій прав людини. Відповідно до покладеної мети у першій частині буде здійснено компаративний аналіз конституційних гарантій недоторканності приватного і сімейного життя, житла і комунікацій особи в Польщі, Словаччині, Угорщині, Чехії, які входять до Вишеградської четвірки і їхня правова система є близькою до правової системи України як постсоціалістичної країни. У другій частині буде розкрито допустимі межі втручання у приватне життя особи у ході здійснення негласних слідчих дій. Наприкінці буде відмежовано негласні слідчі дії від оперативно-розшукової та контррозвідувальної діяльності у контексті конституційних гарантій недоторканності приватного життя особи.

**1. Порівняльно-правовий аналіз конституційних гарантій недоторканності приватного і сімейного життя, житла і комунікацій особи.** У цій частині роботи буде проведено компаративний аналіз допустимих меж втручання у приватне та сімейне життя особи при здійсненні негласних слідчих дій у Польщі, Словаччині, Угорщині, Чехії та Україні. Звертається також увага на взаємозв'язок цих юридичних конструкцій із фундаментальними принципами права.

*Польща.* Згідно з Конституцією Польщі 1997 р.<sup>1</sup> людська гідність визнається в якості основоположної конституційної цінності, яка підлягає захистові державою і визначає зміст конституційних прав і свобод. Воно визнається непорушним, що визначає обов'язки захисту органів публічної влади (ст. 30). Це є ключовим положенням Конституції, оскільки так звана «Мала Конституція» 1993 р. не містила «каталогу» прав і свобод людини і її положення про гідність людини, належну правову процедуру та верховенство права давали змогу формулювати Конституційному Трибуналу сутнісний зміст прав і свобод людини, виходячи із засад пропорційності. Саме протягом періоду 1993–1997 рр. було закладено основу для розуміння меж втручання влади у приватне життя особи, що якраз стосується визначення допустимих меж здійснення таємного стеження за особою, що й становить основу розуміння природи негласних слідчих дій, їх процесуального забезпечення.

Це також може слугувати поясненням того, що Конституція Польщі доволі стисла за змістом щодо допустимих меж обмежень приватного життя особи, які і визначають правомірні підстави здійснення негласних слідчих дій. Основним критерієм для визначення правомірності негласних слідчих дій слугує принцип пропорційності, адже втручання згідно із Конституцією забороняється у приватне життя особи (ст. 47), охорона таємниці комунікації (ст. 49), недоторканність житла (ст. 50), лише на підставі закону можна розкрити інформацію, що стосується особистості (ст. 51).

*Словаччина.* Стаття 13 Конституції Словаччини<sup>2</sup> визначає доволі детально зміст принципу пропорційності, що є підставою для обмеження конституційних прав і свобод. Згідно із цим принципом обмеження прав людини може здійснюватися лише на основі закону, вони мають бути однакові для всіх і обмеження можуть здійснюватися відповідно до сутності та змісту цих права, а також відповідно до встановленої мети. Стаття 19 Конституції відіграє своєрідну методологічну роль у контексті нашої тематики, оскільки охоплює гідність особи, повагу до приватного життя, недоторканність особистих даних людини. Подібно до положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод тут же зроблено загальне застереження щодо заборони втручання у приватне та сімейне життя.

Забороняється свавільне, без рішення суду, проникнення в житло. Проникнення має відповідати меті проведення розслідування злочинів та кримінального провадження у цілому. Винятки допускаються з міркувань інтересів у демократичному суспільстві лише з метою захисту життя і здоров'я, майна, прав і свобод інших людей та попередження серйозної загрози громадському порядку (ст. 21). Стосовно захисту таємниці переписки та кореспонденції особи встановлюється загальна заборона, відступи від якої можливі лише із додержанням загального принципу пропорційності (ст. 22). Як бачимо, принципи поваги до гідності людини та пропорційності є основним критерієм правомірності при здійсненні негласних слідчих дій згідно із положеннями Конституції Словацької Республіки.

*Угорщина.* Стаття I Основного закону Угорщини<sup>3</sup> визначає, що права людини є непорушними і невід'ємними, а також засади пропорційності в разі втручання держави у сферу прав і свобод людини, яке не може посягати на їхній сутнісний зміст. Людська гідність визнається непорушною (ст. II).

Стаття VI гарантує повагу до права на приватне і сімейне життя, житло, комунікації та добру репутацію особи; у рамках цього захисту гарантується недоторканність персональних даних та доступ до власних персональних даних у документах органів публічної влади. Важливу роль у розвитку зазначених положень відіграє судова практика, насамперед Конституційного Суду, оскільки допустимі межі втручання у здійснення цих прав є предметом судового контролю. Хоча також слід мати на увазі й ефективність парламентського контролю, який за домінування блоку ФІДЕС-Йоббік в угорському Парламенті є наразі хіба що номінальним.

*Чехія.* Чеська Хартія основних прав і свобод<sup>4</sup> подібно до ст. 13 Конституції Словаччини містить застереження про допустимі межі обмеження прав і свобод людини на засадах пропорційності (ст. 4). Стаття 7 Хартії встановлює загальну заборону втручання у приватне і сімейне життя. Статті 12 та 13 Хартії подібно до положень ст.ст. 21 і 22 Конституції Словаччини визначають гарантії від неправомірного проникнення у житло та таємницю переписки чи іншої кореспонденції індивіда. Така спільність у правовому регулюванні конституційних гарантій прав людини пояснюється тісними зв'язками та пов'язаністю правових традицій Чехії і Словаччини.

*Україна.* Згідно з Конституцією України людська<sup>5</sup> гідність визнається однією із основоположних конституційних цінностей, яка накладає обов'язки на державу щодо утвердження й забезпечення прав і свобод людини. На відміну від своїх сусідніх держав, положення конституцій яких проаналізовано вище, Конституція України не містить принципу пропорційності. Правда, у її проекті напередодні прийняття цей принцип містився у ст. 64, але з певних міркувань у ході ухвалення був вилучений.

Натомість у ст. 64 залишилися правила, які визначають, що обмеження у правах і свободах людини допускається лише у випадках, передбачених Конституцією, а в умовах воєнного і надзвичайного стану не допускаються деякі із конституційних прав і свобод. Однак гарантії недоторканності житла (ст. 30), таємниці листування та іншої кореспонденції (ст. 31), заборона втручання в особисте та сімейне життя (ст. 32) за таких обставин можуть бути обмежені на умовах та підставах, визначених у законах, із зазначенням строків таких обмежень. Такі положення Конституції допускають втручання у здійснення цих прав і певні їхні обмеження на основі закону, які подібні до відповідних заходів у порівнюваних країнах регіону.

**2. Допустимі межі втручання у приватне життя та природа негласних слідчих дій.** Для з'ясування допустимих меж втручання у сферу приватного життя необхідно звернутися до основних постулатів сучасного конституціоналізму. Адже йдеться про правомірність збору певних даних про особу, що є певним втручанням у її приватне життя.

Як слушно наголошує Ондраш Шайо, з посиланням на концепцію французького конституціоналіста Сьейєса, що обмеження природних прав допустимо лише в інтересах збереження подібних прав інших осіб, а не заради якихось іманентних обов'язків. Обмеження цих прав може встановлювати лише закон.

Подібно до американської концепції, це виражає сутність зв'язку між конституціоналізмом та основними правами (хоча і не зводить проблему до єдино можливого рішення). Конституціоналізм визначає, наскільки можна обмежувати визнані основними права або, навпаки, наскільки ці права обмежують владу, що утворює державу. У цій формулі фігурують дві змінні, що залежать, принаймні на перший погляд, від держави і, відповідно, від законодавця:

1) хоча існують основні права, що обмежують державу, але які саме права вважаються такими, це значною мірою залежить від рішення законодавця;

2) наскільки законодавець обмежений в обмеженнях, також залежить головним чином від вибору держави<sup>6</sup>.

Справа полягає в тому, щоб визначити розумний баланс щодо забезпечення стабільності конституційного порядку та захисту прав людини. Насправді захист цих положень є колізійним і породжує постійний конфлікт, який інколи здається таким, що заганає вирішення проблеми у глухий кут. Тобто, проблема потре-

бує балансування. Вимога до держави щодо поваги людської гідності та визначення допустимих меж втручання у сферу внутрішнього вибору особою варіанта поведінки є джерелом такого балансування: на одній шальці терезів лежить стабільність конституційного порядку, на другій – гідність та автономія особи.

Пошук такого балансу, як правило, здійснюється у рамках концепту належної правової процедури, що розглядається як основа конституційних гарантій прав і свобод людини та обґрунтування легітимності дій публічної влади, спрямованих на захист конституційного порядку. За висловом судді Верховного Суду США Франкфуртера, який він ще виразив під час Холодної війни:

«Належна правова процедура, на відміну від деяких правових норм, це не технічна концепція з фіксованим змістом, що не відносяться до часу, місця і обставин. Виражаючи у своєму кінцевому результаті узаконене справедливе поводження, яке було розвинене протягом багатьох століть в англо-американській конституційній історії та цивілізації, «належна процедура» не може бути поміщена підступно у в'язницю в межах будь-якої формальності. Представляючи глибоке співвідношення справедливості між людьми, а більш конкретно між особистістю і державою, «належна процедура» складається з історії, розуму, послідовності рішень, а також впевненості у міцності демократичної віри, яку ми сповідуємо»<sup>7</sup>.

Право на суд між рівними та вирішення всіх справ, пов'язаних із забезпеченням конституційного порядку, є фундаментальною основою для вирішення питання про легітимність діяльності держави, спрямованої на запобігання та припинення підривної, терористичної діяльності, діяльності організованої злочинності тощо. Така превентивна діяльність за своїм характером є таємною і вона має сенс лише за умови додержання вимог конспірації та конфіденційності. Однак, попри все, згідно із вимогами належної правової процедури саме судовий контроль за здійсненням такої діяльності забезпечує її легітимність та додержання балансу публічного й приватного інтересу. Додержання поліцією і спецслужбами допустимих меж втручання у приватне життя в ході таємного стеження можливе лише за умов їх відповідності встановленим у законі процедур контролю.

Існують різні механізми такого контролю, однак за будь-яких умов судовий контроль тут не превалує. Це пов'язано із таємним режимом стеження та застосування негласних слідчих дій, які без додержання режиму таємності втрачають свій сенс і легітимну мету. За таких умов необхідний аналіз наступних механізмів контролю за діяльністю поліції та спецслужб: а) ступінь деталізації на рівні законів порядку здійснення негласних слідчих дій; б) додержання ними меж свободи розсуду при прийнятті регуляторних актів, які конкретизують положення законів щодо негласних слідчих дій і не підлягають оприлюдненню; в) інтенсивність, щільність та ефективність парламентського контролю за їхньою діяльністю у сфері національної безпеки і оборони; г) альтернативні механізми підзвітності та підконтрольності поліції і спецслужб у застосуванні негласних слідчих дій, зокрема, прокуратурі та омбудсману; д) судовий механізм контролю щодо наявності достатніх та обґрунтованих підстав застосовувати негласні слідчі дії, зокрема, які включають таємне стеження за особою та прослуховування розмов, стеження за її іншими засобами комунікації.

Ці висновки підтверджуються практикою Європейського суду з прав людини. У справі Клас та інші проти ФРН<sup>8</sup> ЄСПЛ наголосив на тому, що в Німеччині існує система парламентського контролю шляхом періодичного звітування поліції та спецслужб щодо застосування практики таємного стеження за жителями. Зокрема, було наголошено, що в Німеччині «діє система стеження, у зв'язку з чим поштова кореспонденція, поштові та телекомунікаційні засоби зв'язку будь-кого у Федеративній Республіці Німеччини потенційно можуть стати об'єктом стеження, про що ця особа може навіть і не дізнатися, якщо не буде допущено необачності чи якщо її не сповіщатимуть про це після таких заходів... Цією мірою законодавство, що розглядається, безпосередньо обмежує права всіх користувачів чи потенційних користувачів поштових і телекомунікаційних послуг у Федеративній Республіці Німеччини. Крім того, як слушно зазначили представники Комісії, сама по собі така загроза стеження дає підстави заявляти про те, що вона обмежує свободу спілкування за допомогою поштових і телекомунікаційних засобів зв'язку, становлячи тим самим пряме втручання в гарантоване статтею 8 [Конвенції] право всіх користувачів чи потенційних користувачів».

Тому таке втручання у приватне життя є виправданим задля охорони інтересів у демократичному суспільстві, але воно підлягає обмеженням. Такі заходи спрямовані на попередження загрози сповзання суспільства до авторитаризму, витончених форм шпигунства, тероризму та підривної діяльності (п. 48). Далі Суд доволі докладно аналізує доречність і обґрунтованість застосування засобів таємного стеження у діяльності поліції і спецслужб, а також систему контролю за їх здійсненням через парламентський комітет та спеціальну Комісію 'G10', якій міністр має звітувати щомісяця про вживані заходи в ході проведення таємного стеження. Суд визнав ці органи контролю незалежними від поліції та спецслужб Німеччини і такими, що забезпечують ефективний контроль від можливих зловживань. Наступний контроль за правомірністю таємного стеження зумовлений тим, що допускається судовий контроль у разі, якщо особа, за якою таке велося, не була сповіщена належним чином з метою подальшого відшкодування заподіяної їй шкоди в ході такого стеження.

Насамкінець зазначимо. Суд у п. 58 формує важливе положення, згідно з яким: «Діяльність або небезпека, проти якої спрямовано конкретний ряд заходів стеження, може, після припинення таких заходів, тривати протягом років, навіть десятиріч. Сповіщення кожної особи після припинення за нею таємного стеження про такий захід може становити досить суттєву перешкоду реалізації довготривалої мети, для якої із самого початку і встановлювалося стеження. До того ж... сповіщення може спричинити розкриття робочих методів та об'єктів, з якими працюють розвідувальні служби, і, можливо, навіть призвести до розголошення особи їхніх агентів». У світлі таких висновків контрольний механізм також має бути спрямований на забез-

печення ефективності діяльності поліції і спецслужб, спрямованої на протидію шпигунству, тероризму, підривної діяльності та іншим загрозам національної безпеки.

**3. Ступінь конкретизації у законодавстві України негласних слідчих дій у світлі конституційних гарантій недоторканності особистого та сімейного життя, житла і комунікацій особи.** Основними законодавчими актами, що конкретизують положення про конституційні гарантії при здійсненні негласних слідчих дій, є Кримінальний процесуальний кодекс<sup>9</sup> (далі – КПК), закони, що регулюють оперативно-розшукову<sup>10</sup> і контррозвідувальну діяльність<sup>11</sup>.

Глава 21 КПК встановлює правила застосування негласних слідчих дій, під якими має на увазі різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК (ст. 246). КПК відносить до негласних слідчих дій такі, які проводяться лише у разі, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. До таких дій КПК у ст.ст. 260–264, 267, 269–272, 274 та 275 відносить: аудіо-, відеоконтроль особи, накладення арешту на кореспонденцію, її огляд і виїмку, зняття інформації із (транспортних) телекомунікаційних мереж та електронних інформаційних мереж, обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи, спостереження за особою, річчю або місцем, моніторинг банківських рахунків, контроль за вчиненням злочину, виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження, використання конфіденційного співробітництва.

З точки зору принципу верховенства Конституції також слід проаналізувати законодавство про оперативно-розшукову та контррозвідувальну діяльність.

Українське законодавство намагається передбачити всі випадки застосування заходів у ході оперативно-розшукової та контррозвідувальної діяльності. Згідно зі ст. 6 Закону про оперативно-розшукову діяльність підставами для проведення оперативно-розшукової діяльності є:

1) наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про: злочини, що готуються; осіб, які готують вчинення злочину; осіб, які переховуються від органів досудового розслідування, слідчого судді, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання; осіб безвісно відсутніх; розвідувально-підривну діяльність спецслужб іноземних держав, організацій та окремих осіб проти України; реальну загрозу життю, здоров'ю, житлу, майну працівників суду і правоохоронних органів у зв'язку з їх службовою діяльністю, а також осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів, з метою створення необхідних умов для належного здійснення правосуддя; співробітників розвідувальних органів України у зв'язку із службовою діяльністю цих осіб, їх близьких родичів, а також осіб, які конфіденційно співпрацюють або співпрацювали з розвідувальними органами України та членів їх сімей з метою належного здійснення розвідувальної діяльності;

2) запити повноважних державних органів, установ та організацій про перевірку осіб у зв'язку з їх допуском до державної таємниці і до роботи з ядерними матеріалами та на ядерних установках;

3) потреба в отриманні розвідувальної інформації в інтересах безпеки суспільства і держави;

4) наявність узагальнених матеріалів центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, отриманих в установленому законом порядку.

Закон про оперативно-розшукову діяльність містить дещо ширше коло підстав для забезпечення легітимної діяльності суб'єктів, які здійснюють діяльність, спрямовану проти національної і громадської безпеки, а також підривну та терористичну. Зокрема, у силу п. 1 ч. 1 ст. 7 Закону оперативно-розшукові підрозділи можуть вживати необхідних оперативно-розшукових заходів щодо попередження, своєчасного виявлення й припинення злочинів та викриття причин і умов, які сприяють вчиненню злочинів, здійснювати профілактику правопорушень. Стаття 8 Закону тісно пов'язана із положеннями глави 21 КПК, яка регулює порядок здійснення негласних слідчих дій. Поза межами глави 21 КПК ч. 1 ст. 8 зазначеного Закону передбачає такі повноваження оперативно-розшукових підрозділів (пункти 3, 5, 13, 15, 16, 18, 19):

– порушувати в установленому законом порядку питання про проведення перевірок фінансово-господарської діяльності підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності та осіб, які займаються підприємницькою діяльністю або іншими видами господарської діяльності індивідуально, та брати участь у їх проведенні;

– проводити операції із захоплення злочинців, припинення злочинів, розвідувально-підривної діяльності спецслужб іноземних держав, організацій та окремих осіб;

– мати гласних і негласних штатних та позаштатних працівників;

– отримувати від юридичних чи фізичних осіб безплатно або за винагороду інформацію про злочини, що готуються або вчинені, та про загрозу безпеці суспільства і держави;

– використовувати за згодою адміністрації службові приміщення, транспортні засоби та інше майно підприємств, установ, організацій, а так само за згодою осіб – житло, інші приміщення, транспортні засоби і майно, які їм належать;

– створювати і застосовувати автоматизовані інформаційні системи;

– застосовувати засоби фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю на підставах і в порядку, встановлених законами, що регулюють їхню діяльність.



Зазначені повноваження підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, можуть застосовуватися лише тією мірою, якою вони забезпечують проведення негласних слідчих дій. Це пов'язано із питаннями допустимості доказів у кримінальному процесі та неприпустимості обвинувачення, що ґрунтується на доказах, які отримано внаслідок порушення встановленої законом процедури проведення негласних слідчих дій. Закон про контррозвідувальну діяльність у ст. 7 конкретизує окремі аспекти діяльності підрозділів відповідно до цілей контррозвідки. Такі цілі органів, які здійснюють оперативно-розшукову та контррозвідувальну діяльність, потребують ще свого ґрунтового аналізу із точки зору пропорційності, тобто законності, необхідності та доречності застосування відповідно до легітимної мети, що має стати предметом окремого дослідження.

Отже, можемо зробити такі висновки. Порівняльно-правовий аналіз конституційних гарантії у ході здійснення негласних слідчих дій в окремих країнах Центрально-Східної Європи та України засвідчують подібність їхнього регулювання. Конституційні положення деяких країн (Польща, Угорщина) навіть є коротшими за форми, які вживаються у тексті Конституції України. Тому на ступінь забезпеченості конституційних гарантії істотно впливає практика парламентського та судового контролю за негласними слідчими діями. Виходячи із цього, у судовій практиці визначено певні критерії стосовно допустимих меж втручання у здійснення права на недоторканність права на особисте та сімейне життя, житло та комунікації особи. Такі гарантії забезпечують через періодичне звітуванням спеціалізованим комісіям та комітетам парламенту поліції та спецслужб, які здійснюють негласні слідчі дії. Безпосередньо судовий контроль за негласними слідчими діями допустимий після їх закінчення, що зумовлено суспільною необхідністю збереження таємності методів такої діяльності, конфіденційності даних про агентів та співробітників поліції і спецслужб, які здійснюють таку діяльність. Із реформування українського кримінального процесуального законодавства ціла низка прерогатив органів, що здійснюють оперативно-розшукову та контррозвідувальну діяльність, не підпадають під ознаки негласних слідчих дій, вичерпний перелік яких дає глава 21 КПК. Однак оскільки оперативно-розшукова та контррозвідувальна діяльність здійснюється на основі законів, у яких доволі детально врегульовано порядок проведення відповідної діяльності, це не суперечить Конституції України і може сприяти досягненню легітимної мети щодо боротьби, запобігання й припинення шпигунства, підривної діяльності, організованої злочинності та загроз національній безпеці. Однак із точки зору судового контролю слід завжди мати на увазі, що у разі недодержання процедури належної фіксації фактичних відомостей у ході оперативно-розшукової та контррозвідувальної діяльності такі відомості можуть визнаватися судом неналежними доказами у кримінальному провадженні.

<sup>1</sup> Конституция Республики Польша от 2 апреля 1997 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/rosyjski/kon1.htm>

<sup>2</sup> Ustava Slovenskej Republiky. Zbierka zakonov c. 460/1992 z 1. septembra 1992 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.slpk.sk/dokumenty/ustava.pdf>

<sup>3</sup> The Fundamental Law of Hungary (25 April 2011) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kormany.hu/download/e/02/00000/The%20New%20Fundamental%20Law%20of%20Hungary.pdf>

<sup>4</sup> Listina zaklandnich prav a svobod. Ústavní zákon č. 2/1993 Sb. ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.psp.cz/docs/laws/listina.html>

<sup>5</sup> Конституція України. – К.: Парламентське видавництво, 2016.

<sup>6</sup> Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / Андраш Шайо. – М. : Юристь, 2001. – 296 с. – С. 277.

<sup>7</sup> Joint Anti-Fascist Refugee Committee v McGrath 341 US 123 (1951).

<sup>8</sup> Klass and Others v. Germany, 2 EHRR 214, Judgment on 6 September 1978.

<sup>9</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

<sup>10</sup> Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2135-12>

<sup>11</sup> Про контррозвідувальну діяльність : Закон України від 26 грудня 2002 р. № 374-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/374-15>

## Резюме

**Гринь А. А. Конституційні гарантії в ході проведення негласних слідчих дій у країнах Центрально-Східної Європи та України.**

У статті визначено природу негласних слідчих дій у світлі конституційних гарантії прав людини. Здійснено компаративний аналіз конституційних гарантії недоторканності приватного й сімейного життя, житла і комунікації особи, розкрито допустимі межі втручання у приватне життя особи у ході здійснення негласних слідчих дій. Відмежовано негласні слідчі дії від інших видів правоохоронної діяльності у контексті конституційних гарантії недоторканності приватного життя особи.

**Ключові слова:** гідність людини, контррозвідувальна діяльність, негласні слідчі дії, оперативно-розшукова діяльність, права людини.

## Резюме

**Гринь А. А. Конституционные гарантии в ходе проведения негласных следственных действий в странах Центрально-Восточной Европы и Украины.**

В статье определено природу негласных следственных действий в свете конституционных гарантий прав человека. Осуществлен компаративный анализ конституционных гарантий неприкосновенности частной и семейной жизни, жилища и ком-

муникаций лица, раскрыто допустимые пределы вмешательства в частную жизнь человека в ходе осуществления негласных следственных действий. Отделены негласные следственные действия от других видов правоохранительной деятельности в контексте конституционных гарантий неприкосновенности частной жизни лица.

**Ключевые слова:** достоинство человека, контрразведывательная деятельность, негласные следственные действия, оперативно-розыскная деятельность, права человека.

### Summary

**Gryn' A. Constitutional guarantees in during the undercover investigation in the Central and Eastern Europe and Ukraine.**

The article defines the nature of the covert investigation in light of the constitutional guarantees of human rights. Comparative analysis of the constitutional guarantees of inviolability of privacy and family life, home and communications of the person is carried out. It is exposed admissible limits interference with private life a person in the implementation of undercover investigation. An undercover investigative action from other law enforcement activities in the context of constitutional guarantees inviolability of private life is separated.

**Key words:** counter-intelligence activities, human dignity, human rights, operational-search activity, undercover investigations.

УДК 342.7

**Т. Н. ХАРАТЯН**

*Татевік Нерсесівна Харатян, здобувач Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, помічник судді Конституційного Суду України*

## ПРАВО ЛЮДИНИ НА ЖИТТЯ ТА СУМІЖНІ З НИМ ПРАВА В СИСТЕМІ ПРАВ ЛЮДИНИ

Для з'ясування значення права людини на життя принципово важливим є визначення його місця у системі прав людини. Сьогодні помітною є тенденція до розширювального тлумачення конституційного права людини на життя шляхом доповнення його первинного базового змісту новими елементами, що частково збігаються зі складовими змісту низки інших прав, яка свідчить про еволюцію розуміння взаємозв'язків між правами людини та зростання взаємозалежності їх забезпечення.

З'ясування місця конституційного права людини на життя у системі прав людини є невід'ємною основою чи побічною частиною будь-якого дослідження, присвяченого вивченню цього права, адже саме воно забезпечує розуміння зв'язків відповідного права з іншими правами, без чого неможливо визначити ані його зміст, ані природу, ані значення. Вивчення системних зв'язків права людини на життя із іншими правами є предметом аналізу в роботах К. Бойла, О. Г. Рогової, А. В. Соловйова, М. П. Тиріної А. Л. Федорової та інших дослідників.

Значна кількість наукових робіт у сфері вивчення права людини на життя, особливо датованих початком ХХІ ст., підтверджує остаточний відхід від позитивістського розуміння зазначеного права. Водночас у цих роботах недостатня увага приділяється аналізу зв'язків між правом людини на життя та іншими тісно пов'язаними правами, виявленню суміжних або навіть спільних із іншими правами елементів змісту відповідного права.

**Метою написання цієї статті є виділення підходів до розуміння місця конституційного права людини на життя у системі прав людини на основі вивчення зв'язків між цим правом та іншими тісно пов'язаними правами (суміжними правами).**

Право людини на життя як найбільш важливе природне право закріплено не тільки у ряді найважливіших міжнародно-правових актів на всесвітньому та регіональних рівнях, але і є атрибутом майже будь-якої сучасної конституції. Це пояснюється тим, що для більшості держав самоочевидною є особлива важливість забезпечення захисту права на життя, оскільки всі інші права мають цінність допоки є жива людина, яка може їх реалізувати. Характерним для деяких зарубіжних конституцій є комплексне закріплення разом із правом людини на життя низки інших прав в одній статті. Так, у ст. 2 Основного Закону Федеративної Республіки Німеччина<sup>1</sup>, яка має назву «Особисті свободи», закріплено право кожного на розвиток своєї особистості (частина перша), право кожного на життя та особисту недоторканність (частина друга). Крім цього, частина друга ст. 2 Основного Закону ФРН містить положення про те, що свобода особистості неперушна. Таким чином, право на життя в німецькій конституції представлено як особиста свобода, а отже, повинно сприйматись як таке, що має гранично широкий зміст та не варто розуміти лише як право на підтримання біологічного існування. Аналіз зазначеної статті Основного Закону ФРН може свідчити і про те, що право на життя разом із правом на особисту недоторканність максимально наближено до поняття «свобода особистості».

Відповідно до ст. 21 Конституції Індії<sup>2</sup> жодна людина не може бути позбавлена життя або особистої свободи, за винятком тих випадків, коли це здійснюється відповідно до процедури, встановленої законом.

Аналогічним «комплексним» способом право людини на життя закріплено в ст. 15 Конституції Іспанії<sup>3</sup>, відповідно до якої усі мають право на життя, на фізичну і моральну недоторканність, і нікого не може бути в жодному разі піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню.

Цілком зрозуміло, що таке «об'єднання» певних прав у групи свідчить про усвідомлення нормотворцем існуючих зв'язків між ними та додатково підтверджує їх взаємопов'язаність і взаємозалежність.

Згідно зі ст. 23 Конституції Бельгії<sup>4</sup> кожен має право вести життя, яке б відповідало людській гідності. У цій статті йдеться і про забезпечення шляхом гарантування економічних, соціальних та культурних прав можливості ведення такого життя. Деякі з цих прав прямо наведено у зазначеній статті, а саме: право на працю і вільний вибір професійної діяльності; право на справедливі умови праці і винагороду, а також право на інформацію, консультацію і колективні переговори; право на соціальне страхування, охорону здоров'я, соціальну, медичну та юридичну допомогу; право на гідне житло; право на здорове навколишнє середовище; право на культурне і соціальне процвітання.

Відповідно до частини першої ст. 3 Конституції України<sup>5</sup> людина, її життя і здоров'я, честь та гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Як бачимо, це положення Основного Закону України містить сім пов'язаних понять: «людина», «життя», «здоров'я», «честь», «гідність», «недоторканність», «безпека», шість з яких нормотворцем об'єднано за допомогою єднальних сполучників попарно, що очевидно є результатом врахування особливо тісного зв'язку між зазначеними поняттями.

Закріплення права на життя на конституційному рівні, тобто його формалізація в правову норму найвищої юридичної сили установчого характеру окрім інструментального значення має також важливе символічне значення. Показово, що праву людини на життя присвячена окрема стаття Конституції України – ст. 27, відповідно до якої кожна людина має невід'ємне право на життя; ніхто не може бути свавільно позбавлений життя; обов'язок держави – захищати життя людини; кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань. На розвиток та для забезпечення зазначеної конституційної норми було розроблено законодавство, яке насамперед заборонило під загрозою застосування кримінальних покарань діяння, спрямовані проти життя та здоров'я людини. Разом із тим криміналізація таких діянь є не єдиним інструментом захисту конституційного права людини на життя. У контексті широкого розуміння цього права із усвідомленням його зв'язків з іншими правами та свободами очевидними стають значні масштаби його захисту за допомогою різних соціальних регуляторів, але передовсім правових норм різних галузей права, як фундаментальних, таких як конституційне право, так і спеціальних та комплексних.

Як писав М. Бердяєв, «людина належить до природного світу, у ній весь склад природного світу, аж до процесів фізико-хімічних, вона залежить від нижчих ступенів природи. Проте в ній є елемент, який перевищує світ природи»<sup>6</sup>. Звернувшись до філософії екзистенціалізму (існування), у якій центральне місце займають категорії свободи та відповідальності, Р. Зимовець зазначає, що людина – це істота індивідуального вибору, можливості, відповідальності, страждання, сумління, тобто всього того, що не можна прорахувати та редукувати до «наявного складу»<sup>7</sup>. Досліджуючи перший науковий досвід теоретичного обґрунтування права людини на життя, вчений доходить висновку, що саме в результаті розвитку концепції природного права на життя, розробленої Т. Гоббсом, Дж. Локк у своєму вченні про природні права доповнив право на життя правом на свободу та власність<sup>8</sup>. Будучи переконаним у тому, що захист життя є першою нормативною вимогою будь-якої правової системи, Р. Зимовець у своїй статті показує тісний зв'язок права на життя та особистої свободи людини, адже, як він стверджує, право на життя є передумовою автономії людини і разом із тим невтручання або моральна нелегітимність довільного втручання у сферу автономії людини вже включає право на життя<sup>9</sup>.

У роботі, присвяченій міжнародному захисту прав людини, Р. Сміт зазначає, що «право на життя – найбільш фундаментальне із усіх прав, тому воно розглядається найпершим». Він наголошує, що «усі інші права підвищують якість життя: заборона тортур і свобода особистості, безсумнівно, кореспондують збереженню людської гідності, у той час як право на рівність перед законом та на справедливий судовий розгляд тісно пов'язані із правосуддям на основі принципів природного права та верховенства права»<sup>10</sup>. Р. Сміт також звертає увагу на те, що дослідники, які виступають на користь ієрархії прав, ставлять право на життя на вершину ієрархії, але водночас і ті вчені, які є прибічниками позаієрархічності та універсальної фундаментальності прав, усе одно визнають виключність права людини на життя, враховуючи, що його порушення неприпустимі<sup>11</sup>.

Існування та реалізація прав людини залежить від початкового існування самого життя. Отже, можна цілком упевнено говорити про першочергове значення захисту життя людини та, як наслідок, про особливе місце права людини на життя у системі прав людини. У сучасних умовах це право розглядається не лише як право на примітивне біологічне існування, а й насамперед як право на гідне існування людини, яка має реальні гарантії забезпечення й інших прав, тісно пов'язаних із правом на життя.

Варто наголосити на тому, що концепція взаємозалежності забезпечення права людини на життя та суміжних прав є наслідком цілком логічної, на нашу думку, сучасної тенденції до широкого розуміння змісту права людини на життя й заперечення вузького розуміння змісту цього права лише як заборони свавільного позбавлення життя. Така тенденція має універсальний характер, про що свідчить передусім те, що Комітет з прав людини Організації Об'єднаних Націй відхилив вузьке розуміння права на життя у своєму загальному

зауваженні № 6 до ст. 6 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права<sup>12</sup>. До того ж і практика Європейського суду з прав людини підтверджує факт постійного розширення обсягу застосування права на життя, зокрема за допомогою динамічного судового тлумачення ст. 2 Європейської конвенції про захист прав та основоположних свобод людини<sup>13</sup>. Окрім цього, такий висновок впливає також із результатів аналізу практики інших міжнародних, а також національних судових установ.

Верховний Суд Індії ще у 1978 р. у рішенні у справі Манека Ганді проти Союзу Індії підкреслив, що право на життя, закріплене у ст. 21 Конституції Індії, не обмежується просто фізичним існуванням, але також включає в себе право жити з людською гідністю<sup>14</sup>. Він наголосив на тому, що право на життя є найбільш фундаментальною частиною особистої свободи та має першорядне значення для щастя, гідності та цінності особистості.

У рішенні Сабгаш Кумар проти штату Бігар 1991 р. Верховний Суд Індії ще більше розширив зміст права на життя, зазначивши, що «право на життя – це фундаментальне право відповідно до статті 21 Конституції і воно включає право використовувати вільну від забруднень воду та повітря для досягнення повної задоволеності життям»<sup>15</sup>. Це твердження знаходимо і у інших його рішеннях, приміром, у п. 45 рішення у справі М. С. Мехта проти Союзу Індії 2004 року<sup>16</sup>. Але він і на цьому не зупинився. Так, поміж іншого, до елементів права на життя було включено ще й право на освіту<sup>17</sup>.

Тож ряд прав та свобод, які традиційно вважаються самостійними правами, Верховний Суд Індії включає до змісту права на життя, називаючи його елементами. За цією логікою право людини на життя постає певним інтегруючим поняттям.

Таким чином, важливо усвідомити, що сьогодні зростає залежність забезпечення конституційного права людини на життя від рівня забезпечення низки суміжних, тісно пов'язаних прав. Під суміжними із правом на життя правами ми розуміємо ряд прав, тісно пов'язаних із правом на життя, від забезпечення реалізації яких залежить непорушність самого права на життя. Перелік цих прав залежить від того, наскільки широко розуміти право на життя. А, отже, поняття «суміжні із правом на життя права» об'єднує умовний перелік прав людини, який може розширюватись та доповнюватись.

Насамперед суміжними із правом на життя правами є ті права, порушення яких може призводити до зниження показника стану здоров'я людей і об'єктивно становить значний ризик для життя. Це такі права, як право на охорону здоров'я, право на безпечне для життя та здоров'я довкілля, право вільного доступу до інформації, яка може мати важливе значення для убезпечення життя та збереження здоров'я (про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту тощо), право на достатній життєвий рівень, право на належні, безпечні й здорові умови праці тощо.

Особливо тісний зв'язок права людини на життя вбачається із правом на охорону здоров'я, яке, як справедливо зазначає А. Соловійов, є нерозривним від нього<sup>18</sup>. Що ж стосується права вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, то дуже легко побачити, що від рівня його забезпеченості прямо залежить захист життя та здоров'я людини. Відповідне право закріплено на конституційному рівні: у частині другій ст. 50 Конституції України, що має важливе значення. Проте сучасні реалії свідчать про надзвичайну ускладненість надання доступу до відповідної інформації, яка була би достовірною. Як слушно зазначає Л. Ізотова, держава зобов'язана убезпечити своїх громадян від ймовірних загроз, чого не можна зробити без надання вичерпної інформації щодо якості і складу харчових продуктів та предметів побуту<sup>19</sup>. Сьогодні інформаційні права являють собою гарантію здійснення та забезпечення всього комплексу інших прав людини.

Не менш важливою є група відповідних суміжних прав, які забезпечують гідне існування людини, завдяки яким вона може не просто підтримувати життєдіяльність свого організму, а й повноцінно самореалізовуватись та самоутверджуватись у сучасному світі як жива істота з особливими соціально-культурними потребами. Це такі права, як право на освіту, право на відпочинок, право на свободу світогляду й віросповідання, право на свободу творчості тощо.

З огляду на зазначене, можна виділити три підходи до розуміння місця права людини на життя у системі прав людини. Відповідно до першого підходу право на життя – це право, яке повністю відокремлене від інших прав, зводиться лише до права на фізичне існування організму та забезпечується шляхом дотримання заборони свавільного позбавлення життя. Варто зазначити, що сьогодні переважною більшістю вчених такий підхід повністю заперечується. Відповідно до другого підходу право людини на життя потрібно розуміти широко, оскільки життя людини не обмежується примітивним існуванням організму, але передбачає також і високі функції, які реалізуються у соціальній та духовній сферах і не притаманні іншим живим організмам. Згідно із цим підходом право на життя має забезпечуватись завдяки низці прав, які хоча і є самостійними повноцінними правами, але тісно пов'язані із правом на життя, тобто є суміжними із ним. Від забезпечення цих прав залежить і забезпечення права на життя. Відповідно ж до третього підходу право людини на життя об'єднує у собі суміжні у розумінні другого підходу права.

На нашу думку, найбільш оптимальним із сформульованих вище підходів до розуміння місця права людини на життя у системі прав людини є другий підхід, але і третій є абсолютно логічним та має раціональне зерно.

Перспективним напрямом дослідження у цій сфері є вивчення взаємозв'язку забезпечення права людини на життя та інших суміжних прав в умовах розвитку біотехнологій.

<sup>1</sup> Основний закон Федеративної Республіки Німеччини від 23 травня 1949 р., з поправками від 23 грудня 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.bundestag.de/grundgesetz>

<sup>2</sup> Конституція Індії від 26 листопада 1949 р. з поправками : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lawmin.nic.in/coi/partIII.pdf>.

<sup>3</sup> Конституція Іспанії від 6 грудня 1978 р. із змінами : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

<sup>4</sup> Конституція Бельгії від 7 лютого 1831 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.senate.be/doc/const\\_fr.html](http://www.senate.be/doc/const_fr.html)

<sup>5</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. із змінами : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>6</sup> Бердяев Н. А. Проблема человека. К построению христианской антропологии / Н. А. Бердяев // Путь. – 1936. – № 50. – С. 3–26. – С. 4–5.

<sup>7</sup> Зимовець Р. Буття-до-смерті і право на життя. До питання про екзистенціальні джерела права / Р. Зимовець // Філософія права і загальна теорія права. – 2015. – № 1–2. – С. 235–249. – С. 235.

<sup>8</sup> Там само. – С. 237.

<sup>9</sup> Там само. – С. 238.

<sup>10</sup> Смит Р. Международная защита прав человека: пер. с англ. / Рона К. М. Смит. – Минск : Юнипак, 2013. – 424 с. – С. 191.

<sup>11</sup> Там само. – С. 217.

<sup>12</sup> CCPR General Comment No. 6: Article 6 (Right to Life) (adopted at the Sixteenth Session of the Human Rights Committee, on 30 April 1982) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/45388400a.html>

<sup>13</sup> Федорова А. Л. Сучасний розвиток права на життя в світлі Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод Л. Федорова // Актуальні проблеми міжнародних відносин. – 2009. – № 85 (частина I). – С. 98–102. – С. 102.

<sup>14</sup> Maneka Gandhi vs Union Of India on 25 January, 1978 (1978 AIR 597, 1978 SCR (2) 621) : [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://indiankanoon.org/doc/1766147/>

<sup>15</sup> Subhash Kumar vs State Ors on 9 January, 1991 (1991 AIR 420, 1991 SCR (1)5) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://indiankanoon.org/doc/1646284/>

<sup>16</sup> M. C. Mehta vs Union of India (UOI) and Ors on 18 March, 2004 (AIR 2004 SC 4016, 2004 (3) SCALE 396, (2004) 12 SCC 118) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ielrc.org/content/e0409.pdf>

<sup>17</sup> Unni Krishnan, J. P. And Ors. Etc. ... vs State Of Andhra Pradesh And Ors. ... on 4 February, 1993 (1993 AIR 2178, 1993 SCR (1) 594) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://indiankanoon.org/doc/1775396/>

<sup>18</sup> Соловійов А. До питання співвідношення понять право на життя та права на охорону здоров'я і медичну допомогу / А. Соловійов // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 10. – С. 38–40. – С. 38.

<sup>19</sup> Ізотова Л. Доступ до інформації як запорука якості життя / Л. Ізотова // Право України – 2007. – № 10. – С. 32–34. – С. 33.

#### Резюме

##### **Харатян Т. Н. Право людини на життя та суміжні з ним права в системі прав людини.**

Стаття присвячена формулюванню підходів до розуміння місця конституційного права людини на життя у системі прав людини на основі вивчення зв'язків між цим правом та іншими тісно пов'язаними правами (суміжними правами). Особлива увага приділяється аналізу залежності забезпечення конституційного права людини на життя від рівня забезпечення інших прав. За результатами аналізу конституційних текстів ряду країн, а також судової практики робиться висновок про особливе місце права на життя у системі прав людини.

**Ключові слова:** життя, право людини на життя, система прав людини, суміжні із правом на життя права, конституційне закріплення прав.

#### Резюме

##### **Харатян Т. Н. Право человека на жизнь и смежные с ним права в системе прав человека.**

Статья посвящена формулированию подходов к пониманию места конституционного права человека на жизнь в системе прав человека на основе изучения связей между этим правом и другими тесно связанными правами (смежными правами). Особое внимание уделяется анализу зависимости обеспечения конституционного права человека на жизнь от уровня обеспечения других прав. По результатам анализа конституционных текстов ряда стран, а также судебной практики делается вывод об особом месте права на жизнь в системе прав человека.

**Ключевые слова:** жизнь, право человека на жизнь, система прав человека, смежные с правом на жизнь права, конституционное закрепление прав.

#### Summary

##### **Kharatyan T. Constitutional right to life and other related to its rights in human rights system.**

The article is devoted to the composing of approaches to the understanding of place of the constitutional right to life in human rights system based on the studying of relations between this right and other closely connected rights (related rights). Special attention is paid to the analysis of the dependence of ensuring of the constitutional right to life on the quality of ensuring of other rights. According to the results of the analysis of the constitutions of a number of states as well as of judicial practice it concludes that the right to life occupies a special place in human rights system.

**Key words:** life, right to life, human rights system, related to the right to life rights, constitutional enshrinement of the rights.

UDC 343.15

**I. OZERSKYI**

*Ihor Ozerskyi, Doctor of Sciences (Law), Professor,  
Professor of International University of Economics and  
Humanities Named after Academician Stepan Demian-  
chuk*

### **NATIONAL POLICE OF UKRAINE: ISSUES OF PERSONNEL POLICY AND LEGAL REGULATION**

The perception of Ukraine of European standards in the field of law enforcement and the appearance on this background, the newly formed National Police of Ukraine significantly increased demands on its human resource designed to protect the Ukrainian people from various types of crimes. The actuality of the problem presented in the scientific work as well as its relevance is undeniable.

Legal and psychological aspects of staffing problems of law enforcement, including the system of the internal affairs, were analyzed in the works of domestic and foreign scientists, including M. Anufriieva, V. Barco, M. Kurko, M. Kostrytskyi, I. Okhrimenko, G. Yukhnovetsetc, but the current state of human resource management in the organs of the National Police requires a comprehensive research related to the legal regulation of forms and methods of work of the police personnel, their development and improvement.

Analysis of scientific publications in the field of administrative and legal science, management theory, legal psychology, theory and practice of the Internal Affairs, and authors' own studies show that: the results of research of the National Police staffing units exist in fragmentary form and cannot be directly used in scientific, educational and law-making activity; the theoretical substantiation of guidelines and components of police training according to the new European standards, their placement, training, adaptation and certification is insufficiently developed. In view of the need the research institutional and legal framework of the staff optimization in the authorities of the National Police of Ukraine is rather relevant.

**The main goal of this work** is to elaborate the basics of activity framework for the National Police of Ukraine in terms of its staffing and isolating gaps of legal regulation in this area. The generalization of scientific results in the study of human resource needs the theoretical analysis of domestic and foreign research scientists and practitioners, which are dedicated to theoretical substantiation content of personnel policy in the internal affairs, including its component – the National Police. The gradual reform of public institutions of the Ukrainian state on the basis of international and European standards, including law enforcement agencies, put on one of the priority seats interest in scientific development and practical implementation issues of proper staffing of units of the National Police of Ukraine.

The scientific methodology of analyzing the personnel policy of the National Police Ukraine allows deeper to find out the framework, the structure of specific HR processes, laws, regulatory requirements that govern the structure, responsible for making personnel decisions, the reasons admitted blunders, mistakes in dealing appointments. Maintenance of law and order, protection of rights and freedoms, the successful implementation of which depends on many factors, including the quality of the new personnel policy, whose main objective is to create appropriate institutional and legal conditions for the formation of a highly professional staff agencies and departments can effectively solve the high-level service tasks is one of the main functions of the Ukrainian state<sup>1</sup>.

The content of personnel policy covers such issues as: purposeful, systematic and balanced formation and training of qualified staff; continuous improvement of professional skills, comprehensive education and continuous training of staff; distribution and redistribution of employers in the areas of employment, regions and types of professional activity; efficient use of personnel, moral and material incentives of their activities, the development of special abilities, the formation of job satisfaction; Personnel and organization of social work, monitoring the activities of the staff; adaptation of personnel; formation and development of the integrated human resources management system<sup>2</sup>.

The most important prerequisite for strengthening the state is to develop science-based state personnel policy. This process can be effective if it complies with certain requirements and conditions, which includes the consistent

implementation of a number of researches, organizational, administrative, political and legislative action. “The human resources policy must ensure the convergence of interests of citizens and the state, create conditions for opening the creative potential of individuals in all spheres of public life, that includes solving problems of state”<sup>3</sup>, says Y. Bytiak. “The personnel policy will be effective under such conditions like reduction of management levels in the organizational structure; strengthening personnel reserve link in higher management; stimulating new organizational structure; identification and promotion of employees who have leadership qualities; conduct training and re-training of employees; saving human resource focus; centralization of financial management; attracting prospective employees of other departments”<sup>4</sup>, argued such scientists as O. Krushelnyska and D. Melnychuk.

“The personnel policy is effective if it is flexible, stable, provided in the plans of the enterprise, organization or institution, on the other hand, is dynamic, adjusted to changes in the tactics of enterprises, economic market conditions; economically justified, based on the actual financial capabilities that provide an individual approach to employees; if it is a part of a strategic program of the organization; if the personnel policy takes into account not only the interests of agencies and departments, but also their staff; if there are conditions for a competitive labor and professional growth (career) of employees, which depends primarily on the particular employee productivity; if personnel policies aimed at the formation of the system of staff management, which orientson obtaining not only economic but also social impact”<sup>5</sup>, V. Momot considers.

State personnel policy consists not only of professional training in the public service staffing or state agencies and staffing the functions of state agencies. This Corporate narrowly departmental approach complicates the formation of personnel policy as a national strategy. However, the implementation of modern course for radical reforms and an active social policy, the comprehensive democratization specializing on law enforcement agencies, relates of the increased role of the human factor as the main social resource staffing.

The new claims to personnel management according to the results of socio-psychological research in HR practice determine an optimal mechanism for managing people (teams) in all areas of their activities, including such specific areas as law enforcement. The consideration of psychological conditions of HR optimization in law enforcement agencies becomes particularly important.

“The personnel policy in the organs of the National Police” – is a system of basic goals, principles, objectives, forms and methods of specifically authorized officials (leaders, chiefs, police officers) and specially created units (criminal police, patrol police, authorities of pre-trial investigation, police guard, special police, police of special destination) to ensure the structural units of the National police highly qualified personnel, endowed with the necessary moral, psychological and professional qualities.

The effective implementation of the functions and tasks entrusted to the National Police of Ukraine are need of improving legal framework in the field of HR. “The legal regulation covered various aspects of social life, while the legal form becoming only the basic and most important types of social relations in various spheres of human activity, which requiring not only legal forms, and its substantive legal fullness”, as noted V. Selivanov<sup>6</sup>.

The term “legal regulation of the National Police of Ukraine” means the purposeful activity of subjects of the legislative process for the settlement and streamlining social legal relations that arise when structural units of the National Police provide functional activity by means of legal technique. “The legal regulation” is a form of social regulation and control, it allows rotation the social relations of anybody a certain legal form, which is in the law state indirectly through its operation of the competent authorities regulates and even outlines the limits of the possible and necessary behavior.

The analysis of the above definitions of “legal regulation” make the following generalizations, the main categories of the National Police of Ukraine legal regulation as organizational and legal phenomena are the rules of law, because only with their help the process of influence on social relations may directly implement. First of all, the Constitution of Ukraine, other laws, international treaties of Ukraine ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine, and legal acts which defined legal and social status rights, duties and responsibilities of police officers. are the legal basis of the service of police.

In particular, the activities of the National Police is govern by the Laws of Ukraine “On the National Police”, “On Disciplinary Regulation for the bodies of the Internal Affairs of Ukraine”, “On the organizational and Legal Fundamentals of Combating organized crime”, “On prevention of corruption, Acts of the President of Ukraine and the Verkhovna Rada of Ukraine “On additional measures to prevent the disappearance of people, improving the interaction between law enforcement and other authorities in their investigation”, “On Regulation on measures to combat the laundering of proceeds of crime”, “On measures to further strengthen the rule of law, protection of rights and freedoms of citizens”, “On approval of the organization of official training of the National police of Ukraine”, which are the legal basis of the police.

The specific gaps in the current legislation, which governing function of the National Police of Ukraine ch. 3. art. 47 (title – Appointment of police) of the Law of Ukraine “On the National Police” (2015) were analyzed. “The appointment of cadets (listeners) of universities with specific conditions of education, which train police officers, carry the leaders of these institutions leads on in this Law”. This formulation is available in other articles of the Law (Articles 18, 51, 63, 65, 74, etc.). There is just the question, what kind of education with the specific conditions of education, train police? The legislator should specify that such kind of universities is the educational institutions of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, because only they can train the police, considering the specificity of the designated activities. For example, “the police commissioner for storing, carrying firearms, also its application and use only if it took the appropriate special training”, stated in ch. 2 art. 46 (title – The use of firearms) of the Law of

Ukraine “On the National Police” (2015). It seems even this argument is enough.

The definition of art. 49 (title – Requirements for candidate to serve in the police) of the Law of Ukraine “On the National Police” (2015) because of its textual analysis follows that the service of the police do not matter the ethnicity, skin color, political, religious and other beliefs, gender, ethnic or social origin, property, residence, matter – the level of proficiency in Ukrainian language and level of physical training of the police, instead, are missing important parameters as moral and psychological readiness for duty in specific some circumstances also causes doubt. For the above, though blurry, referred to in Law (Articles 50, 51, etc.), but the legislator was necessary to unify it, especially in art. 49 because it is the base relative to other provisions of the Law of Ukraine “On the National Police” (2015).

“The citizens of Ukraine who wish to enter the service in the police, with their agreement, are tested for polygraph”, loads doubtful in ch. 2, Art. 50 (title – Checking the candidate to serve in police) of the Law of Ukraine “On the National Police” (2015). How can the Law of Ukraine “On the National Police” (2015) hypothetically insert a “moral choice of person”, particularly when it is talking about police? It turns out that when the police refuses to pass the polygraph, then already have been arising some doubts about his integrity. Surely after such denial citizen can be taken to serve in the National Police.

The passage of polygraph need to do compulsory, but not to make a separate part of the article 50 of the Law, moreover it is enough the position in ch. 1 art. 50, which states: “Citizens of Ukraine who wish to enter the service of the police, in order to determine their state health of must pass ... Psychophysiological examination”. The polygraph essentially contains of the specific content and form of Psychophysiological examination, so this parameter indirectly is woven into the understanding such terminology construction as “Psychophysiological examination”.

In ch. 1 art. 51 (title – Police Commission) of the Law of Ukraine “On the National Police” (2015) written that “Ensuring a transparent selection (competition) and promotion of the service of police on the basis of objective evaluation of professional and personal qualities of each police officer, according to the position, definition of perspectives for official use in the police formed police standing committee”. Instead, in ch. 2 art. 51 of the Law too vague defined composition of such committees, if ch. 1, Art. 50 dealt with evaluation of “personal qualities of each police”, the process should be necessarily involved professional psychologists, since definitions of prerogative psychological science. The legislator should specify the following committee members, including the seals of a professional psychologist.

The definition “Policemen’s Attestation” in art. 57 of the Law of Ukraine “On the National Police” (2015), is problematic, because a psychological component of officer’s rating was missed. Moreover, the legislator uses v Soviet terminology clichés, like “business qualities”. In this case, “policemen’s attestation is conducted to assess their business, professional and personal qualities...” (ch. 1, Art. 57). Did the legislator do not understand that the term “business” and “professional” involve the same process, origin, form and content? Moreover, the term “business” has Russian origin and distorts the law into a Ukrainian, as being too close, “comma”, with such an interchangeable term “professional”. It is necessary to remove the term “business” because there is interchangeable term “professional” with synonymous meaning.

The basis for such attestation of the police officers as assignment or another extraordinary special rank of police or his deprivation was lost by the legislator in ch. 2, Art. 57 of the Law of Ukraine “On the National Police” (2015). Therefore, we suggest the following wording of ch. 2, Art. 57 of the Law of Ukraine “On the national police” with the addition of n. 4 and ch. 4:

2. The official of police officers’ evaluation takes place for:

- 1) the appointment to a higher position if this position substitution is made without competition;
- 2) to decide on the move to a lower position through a proprietary mismatch;
- 3) to decide on separation from service by the police officer discrepancy;
- 4) to assign another extraordinary or special title or police officer of his deprivation.

3. The attestation is conducted by the Attestation Commission of police organs (institutions, agencies), which established by their leaders.

4. The Certification Commission must include a professional psychologist of the Internal Affairs or in the event of disputes independent psychologist other public institutions (schools).

Some of the gaps “Regulations on the organization of official training of the National Police of Ukraine” (2016)<sup>7</sup>, ch. 6, Section 1, in kinds of such officer training as: functional training, mainstream education, tactical training, fire training and physical training. Instead, it is unspecified the psychological training, which is especially important for the police. This kind of training, which names like “Psychological readiness to act in situations of various degrees of risk; the formation of moral and psychological stability to perform their tasks in special circumstances” is only fragmentary form in the context of tactical training of the officers. We believe that this type of training according to the European standards of police training should be singled out and improved by the psychological training classes.

The list of participants of the educational process in the system of official training, as defined in art. 1 Section 3 as: the leader of police organ (institution, organization); Head of the Study Group; the person who conducts classes; the Instructor on personal safety (including part-time); the person responsible for maintaining accounting and planning documents; personnel training group; other participants (if necessary) is the gap of this thesis. In this list, we can see that it is not a significant participant as a psychologist or teacher (coach) or psychological disciplines training. Such participant as a psychologist (psychotainer) needs to be clearly defined in the context of tactical component of officer training.



“The personnel of training group (25-30 people) is formed according the specific policemen’s activities”<sup>8</sup>, – regulates ch. 7, Section 3. As results, these groups will be chaotic and will have difficulties with course material, especially simulations and training. The advance education and training groups should consist of 10–14 persons and such requirement exists in police training in Europe and the US.

<sup>1</sup> Koptiev P. B. Organizational and legal bases of activity units HR ATS: dissertation Candidate of Juridical Sciences: 12.00.07 / Koptiev Pavlo Borysovych; Kharkiv National University of Internal Affairs. – Kh., 2006. – P. 212.

<sup>2</sup> Ozerskyi I. V. Personnel management in the Prosecutor : monograph / I. V. Ozerskyi, V. V. Derevianko. – Poltava: “Poltavskiy literator” Publishers. – Poltava, 2012. – P. 504. – P. 10.

<sup>3</sup> Bytiak Y. P. Legal principles and directions of personnel policy in Ukraine [Electronic resource] / Y. P. Bytiak // Actual problems of law : Coll. science works. – Odessa, 2003. – publ. 19. – P. 22.

<sup>4</sup> Krushelnytska A. V. Personnel management : [work book] / O. V. Krushelnytska, D. P. Melnychuk. – K: Condor, 2003. – P. 296.

<sup>5</sup> Momot V. M. Staffing policy in agencies and departments of the Internal Revenue Service headquarters: theoretical and organizational-legal bases»: dissertation ... Candidate of Juridical Sciences: 12.00.07 / Momot Vitalii Mykolaiovych; Kharkiv National University of Internal Affairs. – 2006. – P. 204. – P. 50.

<sup>6</sup> Selivanov V. M. Legal Reform: Research Methodology fundamental problems of legal science» / V. M. Selivanov // Bulletin of the National Academy of Sciences of Ukraine. – 1998. – No 4. – P. 3–17. – P. 14.

<sup>7</sup> «Regulations on the organization of official training of the National Police Ukraine» [Electronic resource] : approved by the Ministry of Internal Affairs of Ukraine № 50 dated February 26, 2016. – <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0260-16>

<sup>8</sup> Ibid.

#### Резюме

##### **Озерський І. В. Національна поліція України: питання кадрової політики та правової регламентації.**

Досліджено теоретичні питання кадрової політики в органах Національної поліції України на ґрунті вивчення її законодавчої регламентації у розрізі дотримання європейських стандартів щодо правоохоронної діяльності та специфіки національного законодавства. У контексті означено проаналізовано низку нормативно-правових актів та надані пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства, що почасти регламентує діяльність Національної поліції України, зокрема її кадрову складову.

**Ключові слова:** Національна поліція, поліцейський, кадрова політика, психолог, правова регламентація.

#### Резюме

##### **Озерский И. В. Национальная полиция Украины: вопросы кадровой политики и правовой регламентации.**

Исследованы теоретические вопросы кадровой политики в органах Национальной полиции Украины на основе изучения ее законодательной регламентации в плоскости соблюдения европейских стандартов относительно правоохранительной деятельности и специфики национального законодательства. В контексте изложенного проанализировано ряд нормативно-правовых актов и даны предложения касательно усовершенствования действующего законодательства, что частично регламентирует деятельность Национальной полиции Украины, в частности ее кадровой составляющей.

**Ключевые слова:** Национальная полиция, полицейский, кадровая политика, психолог, правовая регламентация.

#### Summary

##### **Ozerskyi I. National police of Ukraine: issues of personnel policy and legal regulation.**

The theoretical questions of personnel policy in the authorities of the National Police of Ukraine on the basis of the study of its legislative regulation in the context of compliance with European standards on law enforcement and the specific national legislation were investigated. In this context series of normative legal acts and provided proposals for improving the current legislation that regulates part of the National Police of Ukraine, that includes its staffing policy were analyzed.

**Key words:** National Police, police officer, personnel policy, psychologists, legal regulation.

УДК 342

### **В. В. КАРПУНЦОВ**

*Валерій Віталійович Карпунцов, кандидат юридичних наук, здобувач Інституту права ім. князя Володимира Великого, народний депутат України*

## **НОВІТНЄ КОНЦЕПТУАЛЬНЕ ПРАВОРОЗУМІННЯ ФУНКЦІОНАЛЬНОЇ ПРИРОДИ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ**

Органи прокуратури як незамінний елемент правоохоронної системи завжди викликали увагу дослідників до різних аспектів його діяльності. Упродовж усього періоду незалежності України в наукових та фахових колах точилися дискусії щодо концепції оновлення правового регулювання діяльності прокуратури,

здійснювався генезис праворозуміння функціональної природи даного органу, розроблялися концепції переходу від радянської моделі організації та діяльності прокуратури до власної національної моделі, яка б узгоджувалася з усіма принципами національної правової системи, базувалася на демократичних засадах та відповідала ідеології правової держави.

Концептуальне розуміння функціональної природи органів прокуратури протягом минулих років постійно змінювалося. Дедалі більше науковців схилилося до думки щодо нагальної необхідності реформування даного органу, проте вагомі аргументи також залишалися у прихильників усталеної моделі функціонування прокуратури в Україні, яка залишилась у спадок з радянських часів. Кожен науковець, спираючись на доктринальну, ідеологічну, політичну, правову доцільність, обґрунтовував той чи інший напрям зміни основних функцій даного органу.

**Метою** статті є встановлення новітніх концептуальних підходів до праворозуміння функціональної природи органів прокуратури, до яких схилиються науковці, здійснити їх протиставлення та порівняння, з'ясувати, наскільки ці наукові погляди віднайшли своє відображення у прийнятому новому Законі України «Про прокуратуру» та наскільки останній відповідає загальноприйнятим уявленням про функціонування даного державного органу.

Суспільна важливість дослідження концепцій функціонального призначення прокуратури лежить у практичній площині її діяльності. Тобто, визначення адміністративного та організаційного обґрунтування тих чи інших змін у функціональній природі даного органу буде визначати ефективність його діяльності та діяльності усієї правоохоронної системи загалом. Тому необхідно переглянути найновіші погляди на функціональне призначення прокуратури, які можна покласти в основу для подальшої оптимізації правового регулювання діяльності цього органу.

Концептуальне праворозуміння функціональної природи органів прокуратури відображене в позиціях науковців та фахівців стосовно реформування даного органу. Щодо цього висловлювали свої позиції такі вчені, як О. В. Баганець, А. Ю. Байдак, І. І. Бендера, І. М. Білодід, Є. М. Блажівський, О. Л. Горган, В. П. Коваленко, Ю. Є. Полянський, Е. А. Пронський, Г. В. Рибікова, О. І. Скибенко, І. М. Скуратович, В. А. Сливенко, В. В. Стеценко, Р. Р. Трагнюк, В. В. Турпітько, Л. Д. Удалова, П. В. Шумський та багато інших. Однак наведені позиції постійно змінюються, особливо з огляду на зміни в законодавстві та їх реалізації. Також необхідно звернути увагу й на погляди, які існували до проведення реформи та були антагонічними позиціям, реалізованим у новому Законі. Усе вищенаведене вказує на актуальність дослідження та аналізу цих концептуальних основ праворозуміння функціональної природи органів прокуратури.

Після проведення реформи правосуддя нормативно-правове визначення функцій прокуратури відображене в Конституції України та новому Законі України «Про прокуратуру». Згідно зі ст. 131-1 Конституції України прокуратура здійснює: 1) підтримання публічного обвинувачення в суді; 2) організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими й розшуковими діями органів правоохоронного апарату; 3) представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом. Відповідно до п. 9 Перехідних положень Конституції України прокуратура продовжує виконувати згідно з чинними законами функцію досудового розслідування до початку функціонування органів, яким законом будуть передано певні функції, а також функцію нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних із обмеженням особистої свободи громадян, – до набрання чинності законом про створення подвійної системи регулярних пенітенціарних інспекцій. Згідно з пп. 9 п. 16-1 Перехідних положень представництво відповідно до закону прокуратурою громадян в судах у справах, провадження в яких було розпочато до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», здійснюється за правилами, які діяли до набрання ним чинності, – до ухвалення у відповідних справах остаточних судових рішень, які не підлягають оскарженню<sup>1</sup>.

У самому Законі України «Про прокуратуру», функціональна природа органів прокуратури визначена наступним чином. Відповідно до ст. 2 Закону на прокуратуру покладаються такі функції: 1) підтримання державного обвинувачення в суді; 2) представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених цим Законом; 3) нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство; 4) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян. У свою чергу, відповідно до п. 1 Перехідних положень Закону прокуратура виконує функцію нагляду за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів з цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами виключно у формі представництва інтересів громадянина або держави в суді<sup>2</sup>. З аналізу конституційно-правової основи та даного Закону випливає, що функції й повноваження на їх виконання органів прокуратури були істотно зменшені. Зокрема, це стосується позбавлення функції загального нагляду, з приводу якої завжди точилися наукові дискусії.

Необхідно наголосити на тому аспекті, що правове регулювання сучасного функціонального призначення прокуратури України не є остаточним та буде в подальшому змінюватись. Наприклад, О. І. Скибенко вказує, що реформування органів прокуратури відбулося не у повному обсязі з огляду на те, що, на думку науковців, у новому законодавстві функції прокуратури не відповідають європейським стандартам<sup>3</sup>. На підтверджен-

ня своєї позиції науковець наводить Указ Президента України від 20 травня 2015 р. № 276/2015 «Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки», яким визначено пріоритети реформування судової влади – системи судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів як на рівні конституційних змін, так і на рівні впровадження першочергових невідкладних заходів, які забезпечать необхідні позитивні зрушення у функціонуванні відповідних правових інститутів. У цій Стратегії органам прокуратури приділено значну увагу, яка полягає в тому, що основним завданням реформування органів прокуратури є подальша оптимізація повноважень прокуратури та обмеження сфери їх застосування відповідно до рекомендацій РЄ і як результат все ж приведення діяльності органів прокуратури до європейських стандартів<sup>4</sup>. Таким чином, на рівні політичних інститутів спостерігається тенденція до подальшого обмеження повноважень органів прокуратури та сфери їх застосування. Однак посилення на певні абстрактні «європейські стандарти» у нормативно-правовому акті Президента України, на нашу думку, не є зовсім коректними. Якщо йдеться про певний «стандарт», маються на увазі загальноприйняті вимоги до діяльності органів прокуратури та їх посадових осіб, що є звичай обмежувачами. У даному випадку незрозуміло, чи під таким «європейським стандартом» мається на увазі прийняті рекомендації Ради Європи членом даної міжнародної організації, чи загальні правила до функціонального призначення органів прокуратури у межах ЄС. З цієї точки зору влучно висловився пан Ланчінскас Кястутіс, який зазначав, що з огляду на наявність багатьох особливих правових систем у державах Європи доволі складно знайти відповідь на питання, якою повинна бути прокуратура, що відповідає прийнятій європейській практиці<sup>5</sup>. Отже, якщо абстрагуватися від певних «європейських стандартів», що як поняття є визначені конкретно, питання про функціональне призначення та його праворозуміння в доктрині та фахових колах залишається відкритим.

В. А. Сливенко, підтримуючи позбавлення прокуратури загального нагляду, зазначає, що ключовим у подальшій реформі органів прокуратури є її переформатування від «карального недремного ока» в нову правоохоронну структуру, яка відповідатиме вимогам правової держави<sup>6</sup>. Така правоохоронна структура, на думку науковця, повинна бути позбавлена можливостей здійснювати втручання у всі сфери суспільного життя. Тому в праворозумінні функціонального призначення прокуратури ключовим повинна стати її ефективна правоохоронна діяльність.

Однак правоохоронна діяльність є багатоаспектною, що також належить до завдань інших правоохоронних органів, таких як Національна поліція, СБУ тощо. Тому необхідно визначити роль прокуратури та її функцію у правоохоронній системі. С. А. Паршак зазначав, що охорона прав і свобод людини спрямована на попередження й недопущення порушень прав і свобод кожного учасника кримінального провадження та захисту прав при порушенні, погрозі порушення або при перешкоді їх здійснення<sup>7</sup>. Варто підкреслити: якщо зводити завдання охорони прав та свобод лише до кримінального процесу, в такому разі функціональна природа прокуратури буде зводитись до належного виконання її функцій під час судового процесу та досудового розслідування. В основному проблема порушення прав та свобод учасників кримінального процесу виникає на етапі здійснення досудового розслідування. Тому необхідно переглянути доцільність поглядів стосовно обмеження управлінських координаційних повноважень прокуратури щодо органів досудового розслідування та оперативно-розшукової діяльності. Особливо це стосується повноважень прокурорів з розгляду скарг на дії та бездіяльність слідчих органів досудового розслідування. Водночас такі скарги може розглядати суд у процесі вирішення окремих процесуальних питань досудового розслідування, що належать до компетенції суду, або ж під час розгляду справи по суті.

О. І. Скибенко вважає, що прокуратуру слід віднести до судової гілки влади, що означає закріплення органів прокуратури при судах (французька модель). На думку вченого, саме це дасть прокуратурі змогу позбутися невластивих їй карально-репресивних функцій і стати справжнім захисником природних прав і свобод громадян України. Також науковець зазначає, що не витримує критики й ідея наділення органів прокуратури додатковими наглядовими функціями, оскільки навіть наявні функції нею виконуються неефективно<sup>8</sup>. Хоча думка щодо ефективності органів прокуратури та їх повноважень не є загальноприйнятою. Так, Голова Верховного Суду України у відставці В. Т. Маляренко, спираючись на власний досвід, зазначав, що розслідування, які проводились органами прокуратури, були більш якісними, ніж розслідування органами МВС. Крім цього, високоповажний Голова вказував, що у його практиці ніколи не було випадків фальшування доказів чи інших протиправних дій з боку органів прокуратури під час проведення розслідувань. Тому до покращення якості роботи інших органів досудового розслідування, на думку фахівця, забирати в органів прокуратури функцію розслідування є передчасним. Суддя також різко критикує інші напрями обмеження повноважень органів прокуратури, зокрема в частині проведення нагляду, який був основним та дієвим, на думку автора, засобом захисту прав людини. Науковець зазначає, що відомчий контроль з боку органів виконавчої влади на даний момент, на жаль, не є ефективним<sup>9</sup>. Не применшуючи досвіду В. Т. Маляренка, не можемо погодитись з його думкою щодо доцільності залишення за органами прокуратури функції розслідування, адже остання йде в розріз як із основними концептуальними поглядами на функціональну природу прокуратури, так і з ключовими конкретними рекомендаціями Ради Європи. Справді, недоцільно наділяти один орган як функціями обвинувача, так і функціями слідчого, оскільки це не відповідає концепції правової держави та змагальності у кримінальному процесі. Однак думка пана Маляренка щодо нагляду як ефективного засобу захисту прав і свобод людини, яка є вагомим контраргументом щодо обмеження повноважень прокуратури, заслуговує на врахування хоча б частково щодо збереження певних окремих конкретно визначених у законі контрольно-наглядових повноважень.

Цікавою є думка І. В. Назарова, відповідно до якої міжнародні європейські інституції, зокрема Раду Європи не так турбує наявність у прокуратури України функцій, що не притаманні більшості прокуратур в європейських державах, а високі повноваження, якими наділені органи прокуратури для реалізації своїх функцій, та випадки зловживання ними<sup>10</sup>. Це впливає не лише з наведеного висновку Європейської комісії «За демократію через право», а й з інших подібних висновків та рекомендацій. Прикладом може бути відносно недавня рекомендація Rec (2012)11 Комітету міністрів державам-учасникам «Про роль публічних обвинувачів поза системою кримінальної юстиції», яка допускає діяльність органів прокуратури поза межами кримінальної юстиції на виконання зокрема таких завдань прокуратури, як представництво загальних або публічних інтересів, захист прав і основних свобод людини, утвердження верховенства права та суміжними завданнями. Проте ключовими принципами, яких мають дотримуватися під час виконання функцій на виконання цих завдань, є: по-перше, повноваження публічного обвинувача поза системою кримінальної юстиції не повинні бути такими, що обмежують право будь-якої фізичної або юридичної особи ініціювати провадження або виступати як відповідач і захищати свої інтереси перед незалежним і безстороннім судом, навіть у тих випадках, коли публічний обвинувач є або має намір бути стороною; по-друге, де публічний обвинувач має право прийняти рішення, яке зачіпає права та обов'язки фізичних і юридичних осіб, обсяг таких повноважень повинен бути суворо обмеженим, визначеним законом. Ці повноваження не мають завдавати шкоди правам сторін на звернення з питань факту і права до незалежного і безстороннього суду<sup>11</sup>. Таким чином, так звані «європейські стандарти» допускають позасудову діяльність органів прокуратури, зокрема з приводу захисту прав та свобод людини, проте якщо така діяльність зачіпає права та обов'язки приватних осіб, ці функції та повноваження мають бути детально регламентовані й обмежені законодавством.

Особливу позицію висловив О. В. Мельник. Так, на практиці функція фактично захисту прав і свобод людини ніколи не виконувалася як самостійна, з приводу чого наводиться позиція деяких дослідників, що нагляд за дотриманням прав і свобод людини і громадянина є «фіктивною» функцією прокуратури, яка насправді являє собою один з напрямів діяльності прокурора в межах загального нагляду<sup>12</sup>. Не можна цілком погодитися з такою думкою, адже ця функція виконується також у межах кримінально-процесуальної діяльності органів прокуратури. Загальний нагляд – можливість здійснювати контроль у будь-якій сфері суспільного життя. Якщо ж детально й вичерпно прописати порядок та підстави для реалізації відповідної функції як самостійної, остання набуде ознак окремого інституту, який не суперечитиме основному сучасному праворозумінню функціональної природи органів прокуратури.

Така позиція також узгоджується із Проміжним висновком Венеціанської Комісії щодо запропонованих змін до Конституції України в частині правосуддя № 803/2015 (CDL-PI(2015)016) від 24 липня 2015 р., в якій зазначено, що залишення у прокуратури права представляти інтереси держави за «виняткових обставин» є легітимним, якщо вони здійснюються в спосіб, за якого дотримується принцип поділу державної влади, у тому числі повага до судової незалежності, принцип субсидіарності, спеціалізації, неупередженості прокурорів та рівності сторін. Також зазначається, що такі повноваження, які, на думку Комісії, мають ознаку виключності та залишковості, наявні в багатьох інших країнах<sup>13</sup>. На нашу думку, не втрачатимуть ознаки легітимності й повноваження стосовно захисту прав і свобод громадян в окремих виняткових випадках щодо порушення їх прав незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органами публічної адміністрації, якщо такі повноваження будуть виконуватися добросовісно в детально встановлених законодавством випадках з дотриманням окреслених вище принципів, встановлених у зазначених рекомендаційних актах. Особливо це стосується обмеження такої компетенції прокуратури у випадку, якщо захист прав одних осіб впливатиме на права та інтереси інших приватних осіб, які не є учасниками кримінального процесу.

Усі погляди на реформування органів прокуратури, які висловлювались протягом останнього часу, навести неможливо, однак очевидно є тенденція до зміни праворозуміння функціональної природи органів прокуратури, прерогативою якої має бути ефективна діяльність щодо підтримання державного обвинувачення. Задля забезпечення цієї мети більшість фахівців схилиються до думки про обмеження функцій та напрямів діяльності органів прокуратури поза сферою кримінальної юстиції.

Проте існують інші позиції науковців, що виступають за збереження та подальший генезис прокуратури за старою моделлю. Як аргумент наводиться те, що модель функціонального призначення прокуратури сформувалася історично і в різні історичні часи (зазвичай мається на увазі період радянської окупації та тоталітарного режиму) показала свою ефективність. Крім цього, зазначається, що жоден із наявних державних органів не може перебрати на себе наглядові функції прокуратури<sup>14</sup>. Щодо наведеного можна зазначити наступне. По-перше, прокуратура як універсальний наглядовий орган формувалася в період відсутності приватної власності й тотального одержавлення економічних та управлінських процесів, а тому, ймовірно, в цей час така система була доцільною і ефективною. Проте необхідно наголосити на тому, що органи прокуратури за цього тоталітарного режиму брали участь у репресіях, а, отже, формувалися як певний симбіоз органу забезпечення правопорядку (в нейтральному змістовому навантаженні) та незамінного елемента репресивного антигуманного апарату. Крім цього, посилення на те, що жоден державний орган не може перебрати особливі функції прокуратури, також не зовсім відповідає дійсності. Керуючись принципом спеціалізації, необхідно зазначити, що відповідні контрольні функції може окремо виконувати кожен державний орган згідно з його компетенцією. Інтереси громадян та інших приватних осіб можуть та повинні реалізовуватися самостійно, зокрема за допомогою системи безоплатної правової допомоги. Проте акцентуємо, що попередньо оцінку ефективності нової моделі надати ще передчасно, доки вона повною мірою не запрацювала.

Ще одним аргументом є те, що накопичений вітчизняний досвід прокурорського нагляду не має прямих аналогів серед держав Західної Європи, за якого прокуратура поєднує в собі багатопланові, публічні за своєю сутністю функції. Крім цього, зазначається, що органи прокуратури та їх загальнонаглядова діяльність забезпечує реальну, ефективну й всеохоплюючу охорону Конституції України<sup>15</sup>. Щодо багаторічного досвіду діяльності слід зазначити, що функціонування органів прокуратури не було ідеальним, що зумовило необхідність пошуків напрямів оптимізації функцій та ролі цього органу. Стосовно аргументу, за якого прокуратура забезпечує охорону Основного Закону, то в даному випадку її роль охарактеризована перебільшено, адже в Україні сформовано багато інших доволі ефективних інститутів, кожен із яких відіграє особливу роль у забезпеченні правопорядку відповідно до власної компетенції. Не применшуючи роль прокуратури у правоохоронній діяльності, варто зазначити, що відповідно до сучасних поглядів та прогнозів обмеження інших повноважень зможе дозволити більш ефективно організувати виконання основної правоохоронної функції цього органу – підтримання державного обвинувачення в суді та координація органів досудового розслідування і оперативного-розшукової діяльності з цього приводу.

Існують також інші погляди науковців, які хоч прямо і не підтримують ідею залишення загального нагляду, однак пропонують розширити функції прокуратури в тому чи іншому напрямі.

Так, П. М. Каркач зазначає, що оскільки прокуратура в силу свого статусу не входить до жодної гілки влади і об'єктивно підходить до виконання функції нагляду за додержанням прав і свобод людини і громадянина, додержанням законів із цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами. Також такий захист прямо пов'язується із забезпеченням додержання законних інтересів суспільства і держави<sup>16</sup>. Хоча відповідний погляд є вартим уваги, проте необхідно також зазначити, що прерогативою захисту прав та законних інтересів громадян наділена адвокатура. При цьому щодо осіб, які відповідно до свого майнового стану не можуть дозволити собі найняти адвоката, в Україні активно впроваджується інститут безоплатної правової допомоги.

В. Д. Ткаченко зазначає, що внаслідок прийнятих змін утворився правовий вакуум у сфері дотримання прав і свобод людини і громадянина та законів з цих питань, оскільки жодний інший державний орган не може повноцінно замінити прокурора як наглядову інстанцію, здатну вживати невідкладні й дієві заходи для відновлення закону та справедливості. Вчений посилається на те, що державний нагляд (контроль), здійснення якого покладено на відповідні контролюючі органи, не завжди буває досить ефективним у захисті прав та інтересів громадян, особливо в ситуації, коли порушниками таких прав є державні органи та установи чи їх посадові (службові) особи<sup>17</sup>. Однозначно заперечити таку позицію неможливо, однак необхідно зрозуміти, що основний напрям вирішення цієї проблеми повинен лежати не у площині збереження певного надвідомчий органу всеохоплюючого контролю, а оптимізації адміністрування спеціального відомчого контролю у сфері виконавчої влади. Крім цього, в Україні створено систему адміністративної юстиції, яка за десятиліття своєї роботи показала доволі ефективний результат у сфері захисту прав і свобод приватних осіб.

Аналогічну думку висловлює В. І. Мельниченко, пропонуючи внести зміни до Закону України «Про прокуратуру», покликани забезпечити реалізацію органами прокуратури нагляду за додержанням прав і свобод людини й громадянина, додержанням законів з цих питань суб'єктами владних повноважень, а також забезпечити представництво інтересів будь-якого громадянина за його зверненням, а публічних інтересів (держави та суб'єктів самоврядування) – за власною ініціативою<sup>18</sup>. Проте така позиція не узгоджується із внесеними до Конституції України змінами та прийнятим напрямом реформування цього органу з подальшим обмеженням його функцій. Інші позиції щодо відповідних підходів нами зазначено вище.

Підсумовуючи, можна зазначити, що в новітньому концептуальному праворозумінні функціональної природи прокуратури можна виділити три підходи:

**1) обмеження практично усіх функцій прокуратури із залишенням основної функції підтримання державного обвинувачення в суді та координації органів досудового розслідування і оперативно-розшукової діяльності, а також окремих обмежених виключних повноважень щодо представництва інтересів держави (превалюючий підхід);**

**2) відмова від загальнонаглядової функції із залишенням значного обсягу окремих її елементів, особливо у сфері захисту прав і свобод людини та державного інтересу, які можуть бути порушені органами публічної адміністрації;**

**3) повернення до попередньої моделі прокуратури із загальним надглядом (найменш поширений підхід).**

Необхідно наголосити, що у процесі здійснення реформи правосуддя кількість прихильників першої та другої концепції невпинно зростає, а третій підхід підтримують щораз менша кількість фахівців та науковців.

Враховуючи наведене вище, можна констатувати, що органи прокуратури є особливо важливим елементом у системі кримінального правосуддя та органом, який покликаний відповідно до своєї компетенції здійснювати значний внесок у встановлення правопорядку й законності в нашій державі. Попередньо цю реформу та наукові підходи можна оцінити позитивно, однак дуже важливо, щоб відповідні новітні ідеї були реалізовані на практиці. Тому актуальним є здійснення подальших наукових та практично-прикладних досліджень органів прокуратури і їх діяльності після реформування даного органу.

<sup>1</sup> Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – №30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-УІІ // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2015. – № 2–3. – Ст. 12.

<sup>3</sup> Скибенко О. І. Проблеми реформування правового статусу органів прокуратури України на сучасному етапі / О. І. Скибенко // Вісник Запорізького національного університету. – 2016. – № 2. – С. 14–20. – С. 16.

<sup>4</sup> Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки : Указ Президента України від 20 травня 2015 р. № 276/2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>

<sup>5</sup> Ланчинскас Кястутіс. Реформа прокуратури в умовах євроінтеграції / Кястутіс Ланчинскас // Прокуратура України в умовах європейської інтеграції: матеріали Міжнародної наук.-практ. конференції (19 травня 2016 р.). – К. : Національна академія прокуратури України, 2016. – 334 с. – С. 28–29. – С. 28.

<sup>6</sup> Сливенко В. А. Новації у сфері управління діяльністю прокуратури / В. А. Сливенко // Вісник Дніпропетровського університету. – 2016. – Вип. 6. – С. 123–130. – С. 129. – (Серія «Менеджмент інновацій»).

<sup>7</sup> Паршак С. А. Процесуальний порядок забезпечення прав учасників кримінального провадження під час закінчення досудового розслідування / С. А. Паршак; за заг. ред. О. О. Юхна. – Х. : Панов, 2016. – 204 с. – С. 27. – (Серія «Бібліотека слідчого та детектива: учасники кримінального провадження»).

<sup>8</sup> Скибенко О. І. Проблеми реформування правового статусу органів прокуратури України на сучасному етапі / О. І. Скибенко // Вісник Запорізького національного університету. – 2016. – № 2. – С. 14–20. – С. 19.

<sup>9</sup> Маляренко В. Т. Актуальні проблеми реформи органів прокуратури України / В. Т. Маляренко // Прокуратура України в умовах європейської інтеграції : матеріали Міжнародної наук.-практ. конференції (19 травня 2016 р.). – К. : Національна академія прокуратури України, 2016. – 334 с. – С. 184–187. – С. 185.

<sup>10</sup> Назаров І. В. Прокуратура України на шляху до європейських стандартів / І. В. Назаров // Право України. – 2007. – № 2. – С. 85–88. – С. 87–88.

<sup>11</sup> Про роль публічних обвинувачів поза системою кримінальної юстиції : рекомендація Кес (2012) 11 Комітету міністрів державам-учасникам / прийнята комітетом міністрів від 19 вересня 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.pravo.org.ua/files/rec\\_chodojubl.PDF](http://www.pravo.org.ua/files/rec_chodojubl.PDF)

<sup>12</sup> Мельник О. В. Реформування законодавства про прокуратуру: аналіз проєктів змін до Конституції та нового закону України «Про прокуратуру» / О. В. Мельник // Вісник національного університету ім. В. Н. Каразіна / Харківський національний університет ім. В. Н. Каразіна. – Х. : ХНУ, 2010. – № 919. – Вип. 7. – С. 21–25. – С. 23. – (Серія «Право»).

<sup>13</sup> Проміжний висновок № 803/2015 «Щодо запропонованих змін до Конституції України в частині правосуддя», м. Страсбург, 24 липня 2015 р. / CDL – PI (2015)016. Ориг. англ. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.search.ligazakon.ua](http://www.search.ligazakon.ua)

<sup>14</sup> Басков В. И. Прокурорский надзор в СССР : учеб. для студентов вузов / В. И. Басков. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1991. – 304 с. – С. 53–54.

<sup>15</sup> Потебенько М. О. Институт державності / М. О. Потебенько // Вісник прокуратури. – 2001. – № 1 (7). – С. 3–7. – С. 7.

<sup>16</sup> Каркач П. М. Основні конституційні функції прокуратури України: навч. посіб. / П. М. Каркач. – Х. : Право, 2014. – 248 с. – С. 181–182.

<sup>17</sup> Ткаченко В. Д. Нова українська прокуратура: способи аналізу / В. Д. Ткаченко // Юридична газета. – 2014. – № 48/49. – С. 18–21. – С. 18.

<sup>18</sup> Мельниченко В. І. Проблеми визначення функцій прокуратури України в сучасних умовах / В. І. Мельниченко // Прокуратура України в умовах європейської інтеграції : матеріали Міжнародної наук.-практ. конференції (19 травня 2016 р.). – К. : Національна академія прокуратури України, 2016. – 334 с. – С. 194–196. – С. 196.

#### Резюме

##### **Карпунцов В. В. Новітнє концептуальне праворозуміння функціональної природи органів прокуратури.**

У даній статті надано характеристику важливих аспектів концептуального праворозуміння функціональної природи органів прокуратури, здійснено їх протиставлення та порівняння, встановлено, наскільки ці наукові погляди віднайшли своє відображення у прийнятому новому Законі України «Про прокуратуру» та наскільки останній відповідає загальноприйнятим уявленням про функціонування даного державного органу.

**Ключові слова:** реформа правосуддя, концептуальне праворозуміння функціональної природи органів прокуратури.

#### Резюме

##### **Карпунцов В. В. Новейшее концептуальное правопонимание функциональной природы органов прокуратуры.**

В данной статье дана характеристика важных аспектов концептуального правопонимания функциональной природы органов прокуратуры, осуществлено их противопоставление и сравнение, установлено, насколько эти научные взгляды нашли свое отражение в принятом новом Законе Украины «О прокуратуре» и насколько последний отвечает общепринятым представлениям о функционировании данного государственного органа.

**Ключевые слова:** реформа правосудия, концептуальное правопонимание функциональной природы органов прокуратуры.

#### Summary

##### **Karpuntsov V. Newest conceptual and legal awareness of the origin of public prosecutor's office functionality.**

The description of important aspects of conceptual and legal awareness of the origin of public prosecutor's office functionality is carried out in this article. The contradistinction and comparison of these aspects have been realized. It is established how deep these scientific approaches have been reflected in the accepted new Law of Ukraine "About Public Prosecutor's Office" and how adequate this Law is to the generally accepted ideas of functionality of the public authority.

**Key words:** reform of justice, conceptual and legal awareness of the origin of public prosecutor's office functionality.

**О. С. КОЗАЧУК**

*Олена Сергіївна Козачук, кандидат юридичних наук, викладач Національної академії прокуратури України*

**ДОСВІД ФУНКЦІОНУВАННЯ СПЕЦІАЛІЗОВАНИХ ПРОКУРАТУР УКРАЇНИ ТА КРАЇН ЄВРОПИ**

Реформування прокурорської системи зараз робиться без вивчення глибинних проблем, явищ і процесів, які відбуваються в ній, під впливом необхідності забезпечення інтересів політичних та бізнесових сил і так званої європейської інтеграції. А тому сліпе, спонтанне, без ґрунтового вивчення проблематики реформування в Україні не є ефективним та дієвим<sup>1</sup>.

Спеціалізовані прокуратури функціонують з радянських часів (транспортні, природоохоронні, військові, антикорупційна), а питання про доцільність їх існування не раз поставало на порядку денному.

Перш ніж говорити про необхідність їх існування, необхідно проаналізувати причини і чинники, які зумовили необхідність виникнення та діяльності на певному історичному етапі, переглянути зарубіжний досвід з цих питань, проаналізувати спільне й відмінне, виокремити проблемні питання та запропонувати шляхи їх вирішення.

Різних аспектів функціонування спеціалізованих прокуратур торкалося чимало вітчизняних авторів. Дослідження проводилися як на рівні частин комплексних робіт, так і публікацій в періодичних виданнях, розділах посібників (П. П. Богущкий, Ю. М. Грошевий, В. В. Долежан, І. В. Задоренко, Т. В. Корнякова, М. В. Косюта, О. С. Кривчиков, І. Є. Марочкін, О. Р. Михайленко, М. І. Мичко, С. В. Подкопаєв, М. В. Руденко, Б. П. Сірко, Г. П. Середа, С. В. Таранушич та інші).

Разом із тим вченими не проаналізовано спільне і відмінне в організаційній системі та структурі спеціалізованих прокуратур зарубіжних країн і України; існування моделей спеціалізованих прокуратур у світі; не зверталась достатня увага на причини й умови виникнення таких прокуратур в Україні на різних історичних етапах з метою формування єдиного погляду на їх місце в системі прокуратури.

Зельтер Вальтер – представник Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва, Генеральний прокурор Федеральної Республіки Німеччина у відставці зазначає, що «... в Німеччині при Федеральній судовій палаті в м. Карлсруе існує єдина прокуратура, яка підпорядкована Федеральному міністрові юстиції. Її очолює Генеральний федеральний прокурор. Ця «федеральна прокуратура» задіяна на рівні першої інстанції в так званих справах про державні злочини. Тут ідеться про значимі випадки злочинів проти внутрішньої та зовнішньої безпеки Федеративної Республіки Німеччина<sup>2</sup>. Бачимо, така прокуратура містить елементи військової, так як опікується питаннями національної безпеки та оборони.

Крім того, З. Вальтер також зазначає, що у Німеччині функціонує і спеціалізована антикорупційна прокуратура. На відміну від аналогічної української моделі, в німецькій працюють не тільки професіонали-юристи, а й ІТ-спеціалісти та аудитори з економічною освітою. Із вказаного стає очевидно, що кадровий склад Німецької антикорупційної прокуратури має можливість працювати ефективніше, з огляду на наявність спеціалістів із різних галузей знання. Тобто, в такій прокуратурі є галузева спеціалізація працівників, а отже, і можливість значно швидше і якісніше виявляти та розкривати корупційні схеми. *Необхідно такий позитивний досвід впровадити і при формуванні кадрового потенціалу української антикорупційної прокуратури, для забезпечення її якісним кадровим потенціалом, що неодмінно сприятиме формуванню організаційної системи і структури органу, оптимізації процесу організації роботи вказаного структурного підрозділу Генеральної прокуратури України.*

З. А. Загинеї, В. М. Драган, Н. О. Ярмиш зазначають, що, наприклад, у Польщі прокуратура (в тому числі Військова прокуратура) як орган правового захисту забезпечує верховенство закону та здійснює нагляд у кримінальних провадженнях, в тому числі й щодо корупційних правопорушень<sup>3</sup>.

Сучасний етап реформування прокуратури України був обумовлений в тому числі виконанням нашою державою зобов'язань перед Радою Європи.

Водночас слід звернути увагу, що відповідно до Рекомендації Rec (2000) 19 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо ролі прокуратури в системі кримінального правосуддя, ухваленій Комітетом Міністрів 6 жовтня 2000 р. на 724 засіданні заступників міністрів та Рекомендації (2012) 11 про роль прокурорів поза сферою кримінального судочинства прокурори є представниками органів державної влади, які від імені суспільства та в інтересах держави гарантують застосування закону, коли його порушення веде до кримінальних санкцій, враховуючи як права фізичної особи, так і необхідну ефективність системи кримінального судочинства.

Також відповідно до Рекомендації (2012) 11 про роль прокурорів поза сферою кримінального судочинства до завдань прокурорів належить і представлення спільних чи публічних інтересів, захист прав і основних свобод людини та підтримання верховенства закону.

Зазначені положення Рекомендацій КМ РЄ при обґрунтуванні необхідності функціонування в системі органів прокуратури спеціалізованих прокуратур мають принципове значення. При реформуванні будь-якого правоохоронного органу не можна забувати про збереження балансу щодо захисту прав людини, інтересів суспільства та держави. А тим паче, в особливий період, у процесі бойових дій, активної боротьби зі злочинністю, необхідності дотримання законності та правопорядку. У таких умовах однією із найгостріших проблем є забезпечення захисту незалежності Української держави, її територіальної цілісності та суверенітету. Ця проблема вимагає комплексного розгляду, при якому повинні враховуватися не тільки вимоги європейської спільноти, а й суспільно-політична обстановка в країні та історичний досвід кожної держави. Зараз необхідно включати всі механізми захисту: соціальні, патріотичні, військові.

Спеціалізовані прокуратури діють не лише в країнах – колишніх республіках СРСР, а й у країнах – членах Європейського Союзу. Так, в Австрії існує Центральна прокуратура з розслідування економічних злочинів та корупції; у Великій Британії як окремий орган виділяється Служба з питань боротьби з фінансовими махінаціями в особливо великих розмірах (перебуває під керівництвом Генерального Аторнея); в Іспанії – спеціальні прокуратури у справах боротьби з наркотиками та у боротьбі з корупцією й організованою злочинністю; в Словаччині функціонує спеціалізована прокуратура щодо боротьби з корупцією, яку очолює заступник Генерального прокурора; в Польщі існує Інститут національної пам'яті – Комісія із розслідування злочинів проти польського народу<sup>4</sup> та військова прокуратура на чолі з Головним військовим прокурором<sup>5</sup>.

У Болгарії, Данії, Люксембурзі, Румунії також існують військові прокуратури, а у Франції – спеціальний прокурор у військових справах. Аналіз практики інших держав світу, які мають власні Збройні Сили та опікуються високим рівнем їх боєздатності й боєготовності, неухильним додержанням в них законності, свідчить про необхідність існування органів військової прокуратури України<sup>6</sup>.

Відповідно до положень ч. 1 ст. 13 Закону України «Про прокуратуру» (у редакції Закону від 13 квітня 2012 р. №4651–VI) за необхідності Генеральний прокурор України міг створювати спеціалізовані прокуратури на правах обласних, міських, районних та міжрайонних прокуратур<sup>7</sup>, чим було чим припинено окремі дискусії, пов'язані зі створенням у 2011 р. Дніпровської екологічної прокуратури та щодо недоцільності взагалі спеціалізованих прокуратур у системі органів прокуратури<sup>8</sup>.

У 2012 р. М. В. Руденко наполягав на тому, що Генеральному прокурору України варто надати також право, з урахуванням стану законності, ліквідувати та реорганізувати спеціалізовані прокуратури<sup>9</sup>, що має бути передбачено у відповідних статтях вказаного вище Закону. Не можна не погодитись з його думкою, і на сьогоднішній день вона є актуальною, необхідною, а така норма буде дієвою.

Взагалі, в Україні була утворена й діяла в різні періоди незалежності країни багатoproфільна мережа спеціалізованих прокуратур. Умовно, за функціональним призначенням.

До першого типу належали прокуратури, характерною ознакою яких було визначення за ними прокурорського органу з нагляду за додержанням законів у відповідній сфері життєдіяльності держави і суспільства. Це колишні прокуратури з нагляду за додержанням законів у воєнній сфері, а також транспортні прокуратури (прокуратури з нагляду за додержанням законів у транспортній сфері). Варто нагадати, що до цього типу спеціалізованих прокуратур належали й прокуратури з нагляду за додержанням законів на підприємствах оборонної промисловості та інших особливо режимних об'єктах. Проте у зв'язку зі значним скороченням обсягу виробництва в оборонній промисловості наказом Генерального прокурора України від 1 липня 1996 р. ліквідовані Київська міжобласна та підпорядковані їй Дніпропетровська, Жовтводська, Запорізька, Кримська, Рівненська і Харківська спеціалізовані прокуратури. Слід також вказати на наявність у той час Військової прокуратури прикордонного регіону (прикордонної).

Прокуратури другого типу могли здійснювати свої функції поряд з територіальними органами. Вони утворювалися там, де умови виконання покладених на них завдань потребували специфічної прокурорської діяльності, тобто здійснення нагляду за додержанням законів окремими прокурорськими структурами. Такими були природоохоронні прокуратури (міжрайонні прокуратури з нагляду за додержанням законів у природоохоронній сфері), а також ліквідовані наприкінці 2011 р. спецпрокуратури, які забезпечували нагляд за додержанням законів органами та установами пенітенціарної системи.

До третього типу належала Прип'ятська спеціальна прокуратура Київської області, яка вважалася спеціалізованою (на правах районної) та здійснювала нагляд за додержанням законів у сфері управління зоною відчуження і зоною безумовного (обов'язкового) відселення, подолання наслідків Чорнобильської АЕС та перетворення об'єкта «Укриття» на екологічно безпечну зону.

Як вже зазначалось, питання функціонування *військових прокуратур* також донедавна було неоднозначним. У контексті обґрунтування необхідності їх діяльності згадаємо хоча б досвід створення у 1986 р. 110 (Чорнобильської) військової прокуратури. Такий досвід показав неможливість розв'язання нею своїх завдань тільки силами офіцерів-резервістів і підтвердив необхідність комплектування її складу виключно кадровими офіцерами військової прокуратури. Адже військові прокурори – високоосвічені люди з вищою юридичною освітою, професійні, мобільні й чітко виконують свої обов'язки як у звичайному режимі, так і в надзвичайний період, розміщуючись за екстериторіальним принципом<sup>10</sup>.

З часу здобуття Україною незалежності військової прокуратури діяли в нашій країні за винятком окремих періодів. У 2012 р. військові прокуратури в контексті загальної реформи органів прокуратури України були реорганізовані в прокуратури з нагляду за додержанням законів у воєнній сфері. При цьому враховувалися висновки та рекомендації міжнародних експертів, зокрема Венеціанської комісії, щодо законопроектів



про прокуратуру. В них було акцентовано на необхідності спрощення системи органів прокуратури та ліквідації структури військових прокуратур (п. 21 Висновку № 539/2009, п. 27 Висновку № 667/2012). Так, наприклад, в п. 21 Висновку № 539/2009 зауважено, що система прокуратури України не лише зберігає сукупність органів військової прокуратури, а й відбиває структуру державного врядування в цілому. Зазначалося, що це є типовим підходом радянським часів, коли органи прокуратури передовсім опікувалися відстеженням дій адміністративних органів держави<sup>11</sup>.

На виконання вимог міжнародних документів та законодавчих новел, з урахуванням нової редакції ст. 13 Закону України «Про прокуратуру», наказом Генерального прокурора України від 11 червня 2012 р. № 100ш військові прокуратури було ліквідовано, натомість утворено спеціалізовані прокуратури з нагляду за додержанням законів у воєнній сфері, зокрема: прокуратури Центрального регіону України, Південного регіону України, Західного регіону України, Кримського регіону України (на правах обласних) та підпорядковані їм 33 спеціалізовані прокуратури (на правах міських). Їх дислокація зберігала екстериторіальний принцип відповідно до військово-адміністративного поділу України<sup>12</sup>.

У результаті проведеної реорганізації змінено статус працівників прокуратур з нагляду за додержанням законів у воєнній сфері (вони не були уже військовослужбовцями) та розширено компетенцію цих прокуратур. Зокрема, прокурорський нагляд реалізовувався не лише у Збройних Силах України та інших військових формуваннях, а й на оборонно-промисловому комплексі. Функції колишніх військових прокурорів почали виконувати цивільні працівники.

Суспільно-політичні події в Україні, оголошення часткової мобілізації в державі, проведення антитерористичної операції на початку 2014 р. дали привід для відновлення органів військової прокуратури. Діяльність спеціалізованих прокуратур з нагляду за додержанням законів у воєнній сфері, їх територіальна структура, принципи комплектування та організаційні засади діяльності не повною мірою відповідали ступеню загроз державі в воєнній (оборонній) сфері. Як результат, Верховною Радою України 14 серпня 2014 р. прийнято Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про прокуратуру» щодо утворення військових прокуратур».

Очевидно, що їх утворення значно підвищило оперативність та ефективність нагляду за додержанням законів у військових формуваннях і оборонно-промисловому комплексі, насамперед в особливий період.

У цьому сенсі досить показовим прикладом поспішного прийняття рішень є ситуація з органами військової прокуратури. І це ще добре, що вони в контексті загальної реформи органів прокуратури були не ліквідовані, а реорганізовані в прокуратури з нагляду за додержанням законів у воєнній сфері.

Як бачимо, механічне запозичення міжнародного досвіду та рекомендацій експертів не завжди виправдовує себе в українських реаліях. Це в черговий раз доводить, що процес реформування прокуратури має відбуватися на певних принципах, серед яких: додержання національних інтересів; врахування традицій і особливостей правової системи держави (в т. ч. правової культури), досвіду організації та діяльності прокуратури; забезпечення надійності механізму забезпечення законності<sup>13</sup>.

Подібним чином створювалися *транспортні прокуратури*. Як і у воєнній сфері, вони здійснювали діяльність з урахуванням особливостей організації та управління транспортною системою країни, зокрема на залізничному, водному, повітряному, автомобільному (загального користування) та магістральному трубопровідному транспорті. Так, у ст. 2 Закону України «Про залізничний транспорт» закріплено, що залізничний транспорт є однією з важливих базових галузей економіки України, яка забезпечує її внутрішні та зовнішні транспортно-економічні зв'язки і потреби населення в перевезенні. А метою діяльності державних органів у цій сфері є забезпечення економічної безпеки й захисту інтересів держави, що, безумовно, потребує здійснення прокурорського нагляду на цій ділянці також.

Основу підсистеми транспортних прокуратур закладено в 1970–1980 рр., коли було поновлено транспортні прокуратури на правах районних (ліквідовані у 1960 р.) та утворено транспортні прокуратури на правах обласних. Наказом Генерального прокурора України від 1 жовтня 1998 р. № 140 без будь-якого мотивування транспортні прокуратури на правах обласних (Донбаська, Західно-Українська, Східно-Українська, Придніпровська, Південно-Українська, Центрально-Українська) ліквідовано, а транспортні прокуратури зі статусом районних – перегідрядковано відповідним обласним прокуратурам. Окрім того, було створено відповідні регіональні управління з нагляду за додержанням законів на транспорті. Проведена реорганізація й досі викликає сумнів. Відтак, слід погодитись з думкою М. В. Руденко, що пропозиції О. Кривчикова та Б. Сірка щодо утворення (відновлення) транспортних прокуратур на правах обласних, зокрема за місцем розташування управлінь залізниць, із вилученням транспортних прокуратур на правах районних з підпорядкування обласних транспортних прокуратур<sup>14,15</sup> є слушними.

Наказом Генерального прокурора України від 12 липня 2012 р. № 108ш транспортні прокуратури було перейменовано на спеціалізовані прокуратури з нагляду за додержанням законів у транспортній сфері (на правах міжрайонних). Ці прокуратури здійснювали свої повноваження на території декількох районів, міст, як правило, за місцем знаходження відповідних транспортних утворень, їх підприємств та організацій. Створені вони були майже в усіх областях, Автономній Республіці Крим, місті Севастополі, за винятком Львівської області та міста Києва, де нагляд за законністю на транспорті здійснювався територіальними органами<sup>16</sup>.

*Природоохоронні прокуратури*, за винятком Дніпровської екологічної прокуратури, мали статус міжрайонних, і підпорядковувались прокуратурам обласного рівня. Створювали їх у 1984–1987 рр., особливо після аварії на Чорнобильській АЕС (період назрівання екологічної кризи). Наприкінці 1990-х років в Україні було

утворено 30 міжрайонних природоохоронних прокуратур<sup>17</sup>. Правовою засадою їх утворення була ч. 2 ст. 37 Закону України «Про охорону навколишнього середовища» від 25 червня 1991 р. № 1264-ХІІ, згідно з якими за необхідності у складі органів прокуратури могли створюватися спеціалізовані екологічні підрозділи.

Діяльність у сфері навколишнього природного середовища і зараз є необхідною. З метою забезпечення законності при використанні вод, прибережних територій та експлуатації об'єктів і споруд, які становлять єдину екологічну систему Дніпровського басейну, наказом Генерального прокурора України від 4 жовтня 2011 р. № 173ш було створено окремі спеціалізовані прокуратури – *Дніпровську екологічну прокуратуру* (на правах обласної) та підпорядковані їй міжрайонні екологічні прокуратури (Дніпропетровську, Запорізьку, Київську, Кременчуцьку, Очаківську, Херсонську). Так була створена вертикальна підсистема органів прокуратури, що забезпечувала нагляд за додержанням законності у сфері використання і охорони вод та відтворення ресурсів головної водної артерії України – річки Дніпро – в межах її водосховищ, Дніпровсько-Бузького лиману, їх водоохоронних зон, прибережних захисних смуг.

Згідно з наказом Генерального прокурора України від 12 липня 2012 р. № 108ш мережа природоохоронних прокуратур була трансформована у міжрайонні прокуратури з нагляду за додержанням законів у природоохоронній сфері.

Україна неблагоннадійна екологічна ситуація в країні, затвердження 21 грудня 2010 р. Верховною Радою України «Основних засад (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 року», розробка відповідних екологічних програм переконливо свідчать про подальшу потребу вдосконалення природоохоронної діяльності органів прокуратури. А тому в цілому ідея створення вищевказаних прокуратур була слушною і зумовлена незадовільним станом використання водних ресурсів річки Дніпро (нагадаємо позитивний досвід багаторічного функціонування Волзької міжрегіональної природоохоронної прокуратури в Російській Федерації). Проте компетенція екологічних прокуратур була нечітко визначена, що призводило до певних складнощів у її розмежуванні з компетенцією інших спеціалізованих та територіальних прокуратур<sup>18</sup>.

Донедавна діяли також спеціалізовані *прокуратури з нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах*, створені у 1983 р. як спецпрокуратури з нагляду за додержанням законів у виправно-трудових установах. Вони мали статус міжрайонних прокуратур і підпорядковувалися відповідним обласним прокуратурам. Спеціалізація діяльності прокуратури в цій сфері була виправдана наявністю складних та специфічних умов здійснення наглядових функцій в установах виконання покарань. Тому до певного часу їх створення вважалося доцільним. Разом із тим не можна було не помітити, що їхня діяльність, по суті, подібна до діяльності територіальних прокуратур. Тому наказом Генерального прокурора України від 22 грудня 2011 р. № 201ш їх було ліквідовано та спеціально утворено посади старших помічників або помічників відповідних територіальних прокуратур з нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також інших примусових заходів. Слід погодитись з М. В. Руденко, що таке рішення було правильним.

Відомо, що на сьогоднішній день система органів прокуратури в Україні побудована в основному відповідно до адміністративно-територіального поділу. Утворення та діяльність спеціалізованих (військових, антикорупційної), що входять до єдиної системи органів прокуратури, обумовлені потребою в забезпеченні законності, захисту прав і свобод громадян та інтересів держави у специфічних сферах діяльності.

Адміністративно-територіальний принцип побудови не завжди спрацьовує як універсальний, не виконує своєї організуючої ролі в низці специфічних сфер у державі. Йдеться, наприклад, про випадки, коли базисні правовідносини, а також реалізуючі їх управлінські чи господарські структури організуються та діють переважно на інших організаційних принципах («лінійний» принцип організації управління залізницею; принцип «порту приписки» на морському та річковому транспорті; екстериторіальний принцип формування Збройних Сил України)<sup>19</sup>.

Особливо слід наголосити, що спеціалізовані прокуратури за своїм призначенням і характером діяльності є найбільш динамічним елементом прокурорської системи. Зміни економічних, політичних, соціальних та інших умов життя суспільства і держави мають викликати необхідність ліквідації одних спеціалізованих прокуратур, що виконали своє завдання, та утворення інших з метою здійснення нагляду за додержанням законів у тих сферах правових відносин, де це потрібно.

Підсумовуючи вищевикладене, слід зазначити, що процес оптимізації організаційної структури органів прокуратури повинен відповідати встановленим принципам, запобігаючи «сліпому» запозиченню міжнародного досвіду без урахування національних особливостей. Функціонування спеціалізованих прокуратур в Україні на окремих історичних етапах є виправданим. А тому важливе значення має стабільність та недопущення перманентних, безсистемних змін без їх належного обґрунтування. Спеціалізовані органи прокуратури повинні функціонувати, адже вони демонструють високу ефективність та життєздатність.

За такого підходу в чинному Законі України «Про прокуратуру» окрім іншого, доцільно закріпити не тільки принцип територіальності, а й спеціалізації прокурорської діяльності. Також доповнити закон положенням про те, що Генеральний прокурор України своїм наказом може створювати спеціалізовані прокуратури на правах обласної, адже зараз, наприклад, ми спостерігаємо функціонування військової прокуратури сил АТО без належної правової регламентації. Такі зміни до законодавства сприяли би відображенню реальної організаційної структури прокурорської системи, а можливість забезпечення спеціалізації прокурорської діяльності на окремих її напрямках – забезпеченню законності та правопорядку у специфічних сферах діяльності.

<sup>1</sup> *Маляренко В. Т.* Актуальні проблеми реформи органів прокуратури України / В. Т. Маляренко // Прокуратура України в умовах європейської інтеграції : матеріали Міжнародної наук.-практ. конференції (м. Київ, 19 травня 2016 р.). – К. : Національна академія прокуратури України, 2016. – 334 с. – С. 184–187.

<sup>2</sup> *Вальтер З.* Особливості правового статусу прокуратури Федеративної Республіки Німеччина в системі органів державної влади / З. Вальтер // Прокуратура України в умовах європейської інтеграції: матеріали Міжнародної наук.-практ. конференції (м. Київ, 19 травня 2016 р.). – К. : Національна академія прокуратури України, 2016. – 334 с. – С. 21–26.

<sup>3</sup> *Загинець З. А.* Зарубіжний досвід створення та діяльності спеціальних антикорупційних органів : наук.-практ. посіб. / З. А. Загинець, В. М. Драган, О. Н. Ярмиш та ін. – К. : Національна академія прокуратури України, 2015. – 314 с. – С. 128–174.

<sup>4</sup> *Подкопаєв С. В.* Організаційна структура системи органів прокуратури України / С. В. Подкопаєв // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2014. – № 4. – С. 69–76.

<sup>5</sup> *Struktura wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury* : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.npw.gov.pl/491-49f02d8678cb6.htm>

<sup>6</sup> *Козачук О. С.* Організаційно-правові засади функціонування військових прокуратур в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / О. С. Козачук. – К., 2016. – 216 с. – С. 21.

<sup>7</sup> *Руденко М.* Спеціалізація як принцип побудови прокурорської системи України (науково-практичний прогноз) / М. Руденко // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 3. – С. 27–32.

<sup>8</sup> *Жоган Р.* Шляхи демократизації принципу єдиної централізованої системи прокуратури України / Р. Жоган // Вісник прокуратури. – 2008. – № 12. – С. 62–69.

<sup>9</sup> Там само.

<sup>10</sup> *Голомша М.* Реформування військових прокуратур негативно впливає на мобільність і оперативне вирішення питань / М. Голомша // Офіційний веб-портал Генеральної прокуратури України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.gp.gov.ua/ua/news.html?\\_m=publications&\\_t=rec&id=13944442](http://www.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=13944442)

<sup>11</sup> *Подкопаєв С. В.* Вказана праця.

<sup>12</sup> *Руденко М.* Вказана праця. – С. 27–32.

<sup>13</sup> *Подкопаєв С. В.* Організація прокуратури України / С. В. Подкопаєв // Форум права. – 2013. – № 2. – С. 447–458.

<sup>14</sup> *Кривчиков О.* Щодо удосконалення структури транспортних прокуратур / О. Кривчиков // Вісник прокуратури. – 2009. – № 1. – С. 18–25.

<sup>15</sup> *Сірка Б. П.* Наглядова діяльність транспортного прокурора: сучасний стан і перспективи розвитку : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / Б. П. Сірка. – Одеса, 2011. – 20 с.

<sup>16</sup> *Руденко М.* Вказана праця. – С. 27–32.

<sup>17</sup> *Руденко Н.* Специализация прокуратуры в Украине / Н. Руденко // Законность. – 2000. – № 8. – С. 39–40.

<sup>18</sup> *Задоренко І.* Проблеми розмежування компетенції між екологічними, транспортними та територіальними прокуратурами / І. Задоренко, С. Подкопаєв // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 1. – С. 13–16.

<sup>19</sup> *Якимчук М.* Організаційна структура системи органів прокуратури: стан та напрями удосконалення М. Якимчук // Вісник Львівського університету ім. Івана Франка. – 2001. – Вип. 36. – С. 568–575.

## Резюме

### **Козачук О. С. Досвід функціонування спеціалізованих прокуратур України та країн Європи.**

У статті досліджується та аналізується український та зарубіжний досвід виникнення і функціонування спеціалізованих прокуратур в системі органів прокуратури. Зазначається, що створення і діяльність такого інституту зумовлені змінами в суспільно-політичній, військовій, екологічній та інших сферах життєдіяльності суспільства та потребою у забезпеченні законності та правопорядку у специфічних сферах діяльності. Обґрунтовується необхідність здійснення такої специфічної діяльності з огляду на її ефективність та життєздатність, що, в свою чергу, передбачає необхідність збереження існуючих спеціалізованих прокуратур в Україні та спеціалізації прокурорських працівників на окремих напрямках прокурорської діяльності.

**Ключові слова:** реформування, органи прокуратури України, зарубіжний досвід, спеціалізовані прокуратури, законність, ефективність роботи.

## Резюме

### **Козачук Е. С. Опыт функционирования специализированных прокуратур Украины и стран Европы.**

В статье исследуется и анализируется украинский, а также зарубежный опыт возникновения и функционирования специализированных прокуратур в системе органов прокуратуры. Отмечается, что создание и деятельность такого института обусловлены изменениями в общественно-политической, военной, экологической и других сферах жизнедеятельности общества и потребностью в обеспечении законности и правопорядка в специфических сферах деятельности. Обосновывается необходимость осуществления такой специфической деятельности, учитывая ее эффективность и жизнеспособность, что, в свою очередь, предполагает необходимость сохранения существующих специализированных прокуратур в Украине и специализации прокурорских работников на отдельных направлениях прокурорской деятельности.

**Ключевые слова:** реформирование, органы прокуратуры Украины, зарубежный опыт, специализированные прокуратуры, законность, эффективность работы.

## Summary

### **Kozachuk O. The experience of specialized prosecutors Ukraine and Europe.**

The paper investigates and analyzes the Ukrainian and foreign experience of the emergence and functioning of specialized prosecutors in the prosecution system. It is noted that the establishment and activities of the Institute due to changes in political, military, ecological and other spheres of social life and the need to ensure the rule of law in specific areas. The necessity of implementing such a specific activity, given its effectiveness and viability, which in turn implies the need to preserve the existing specialized prosecutors in Ukraine and specialization of prosecutors in certain areas of prosecutors activities.

**Key words:** reform, prosecution bodies of Ukraine, Foreign experience, specialized prosecutors, rule of law, efficiency.

**Н. В. КУЛАК**

*Наталія Валеріївна Кулак, кандидат наук з державного управління, доцент Київського національного університету технології та дизайну*

## **АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ДОБРОВОЛЬЧИХ ФОРМУВАНЬ В УКРАЇНІ**

Серед актуальних проблем сьогодення, які виникають внаслідок бойових дій на сході України, в зоні проведення антитерористичної операції (далі – АТО), нагальними є питання врегулювання правового статусу добровольчих формувань і правового статусу фізичних осіб, які беруть участь у захисті територіальної цілості України в якості добровольців, та не ввійшли до складу Збройних Сил України, Міністерства внутрішніх справ України, Національної гвардії України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань та правоохоронних органів<sup>1</sup>.

Врегулювання правового статусу добровольчих формувань та фізичних осіб, які в якості добровольців беруть участь у захисті суверенітету та цілісності Української держави в районах проведення АТО, на боці сил АТО, є принциповим питанням. Ситуація, яка склалася, порушує конституційні права громадян, що суперечить самій природі правової держави.

Проблема врегулювання правового статусу добровольців, та добровольчих формувань в зоні АТО майже не досліджувалась, оскільки є відносно новою.

**Метою статті** є висвітлення причин часткової урегульованості питань правового статусу добровольчих формувань та добровольців АТО, створення пропозицій щодо шляхів вирішення проблеми.

Відповідно до ст. 17 Основного Закону оборона України<sup>2</sup>, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності покладаються на Збройні Сили України. Забезпечення державної безпеки і захист державного кордону України покладаються на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави, організація і порядок діяльності яких визначаються законом. На території України забороняється створення і функціонування будь-яких збройних формувань, не передбачених законом.

Необхідно зазначити, що чинне законодавство не містить поняття «учасники АТО», законодавець дає визначення лише поняттю «антитерористична операція», яке відповідно до ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20 березня 2003 р. № 638<sup>3</sup> означає комплекс скоординованих спеціальних заходів, спрямованих на попередження, запобігання та припинення терористичної діяльності, звільнення заручників, забезпечення безпеки населення, знешкодження терористів, мінімізацію наслідків терористичної діяльності.

Таким чином учасників АТО чинне законодавство України не виділяє в окрему категорію, а прирівнює до учасників бойових дій (далі – УБД).

Згідно з п. 19 ст. 6 Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» від 22 жовтня 1993 р. № 3551 (далі – Закон про статус ветеранів війни)<sup>4</sup>, до осіб, які належать до УБД, віднесено: військовослужбовців Збройних Сил України, Національної гвардії України, Служби безпеки України, Служби зовнішньої розвідки України, Державної прикордонної служби України, особи рядового, начальницького складу і військовослужбовців Міністерства внутрішніх справ України, інших утворених відповідно до законів України військових формувань, які захищали незалежність, суверенітет та територіальну цілісність України, а також брали участь в антитерористичній операції.

Крім того, згідно з ч. 20 ст. 5 Закону про статус ветеранів війни<sup>5</sup> УБД – це особи, які у складі добровольчих формувань, що були утворені або самоорганізувалися для захисту незалежності, суверенітету та територіальної цілісності України, брали безпосередню участь в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення, перебуваючи безпосередньо в районах антитерористичної операції у період її проведення, за умови, що в подальшому такі добровольчі формування були включені до складу Збройних Сил України, Міністерства внутрішніх справ України, Національної гвардії України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань та правоохоронних органів.

Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку надання статусу учасника бойових дій особам, які захищали незалежність, суверенітет та територіальну цілісність України і брали безпосередню участь в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення» від 20 серпня 2014 р. № 413 (далі – Постанова КМУ № 413)<sup>6</sup> регулює порядок та умови надання статусу УБД.

Так, згідно з п. 2 Постанови № 413<sup>7</sup> статус УБД надається: військовослужбовцям (резервістам, військовозобов'язаним) та працівникам Збройних Сил, Національної гвардії, СБУ, Служби зовнішньої розвідки, Держприкордонслужби, Держспецтрансслужби, особам рядового і начальницького складу, військовослужбовцям, працівникам МВС, Управління державної охорони, Держспецзв'язку, ДСНС, ДПіТС, військових формувань, які захищали незалежність, суверенітет та територіальну цілісність України і брали безпосередню

участь в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення, перебуваючи безпосередньо в районах проведення антитерористичної операції; працівникам підприємств, установ та організацій, які залучалися і брали безпосередню участь в антитерористичній операції в районах її проведення.

Крім того, статус УБД надається особам, які у складі добровольчих формувань, що були утворені або самоорганізувалися для захисту незалежності, суверенітету та територіальної цілісності України, брали безпосередню участь в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення, перебуваючи безпосередньо в районах антитерористичної операції у період її проведення, за умови, що в подальшому такі добровольчі формування згідно з переліком, визначеним Антитерористичним центром при СБУ та Генеральним штабом Збройних Сил, були включені до складу Збройних Сил, МВС, Національної поліції, Національної гвардії та інших утворених відповідно до законів України військових формувань та правоохоронних органів (п. 2 Постанови КМУ № 413)<sup>8</sup>.

Таким чином, неврегульованими на законодавчому рівні залишилися питання правового статусу добровольців і членів добровольчих формувань, які за різних обставин не були включені до складу Збройних Сил України, Міністерства внутрішніх справ України, Національної гвардії України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань і правоохоронних органів.

Існує досить широкий перелік обставин, за яких вищевказані суб'єкти не здійснили офіційну реєстрацію та не були включені до складу Збройних Сил України, Міністерства внутрішніх справ України, Національної гвардії України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань і правоохоронних органів.

Серед основних причин, які завадили фізичним особам, які прибули в зону АТО в якості добровольців зареєструватися офіційно, називають наступне: стан здоров'я, невідповідний вимогам військово-лікарської комісії; наявність судимості; вікові невідповідності вимогам до кандидатів в лави учасників АТО; халатне ставлення офіційного військового керівництва до питань реєстрації добровольців; неусвідомлення правових наслідків неузгодження власного адміністративно-правового положення в умовах бойових дій самими добровольцями; відсутність бажання розкривати відомості про себе.

Серед головних причин, які стали на заваді включення добровольчих формувань до складу Збройних Сил України, Міністерства внутрішніх справ України, Національної гвардії України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань та правоохоронних органів є: неузгодженість питань підпорядкованості з причин недовіри офіційному військовому керівництву з боку керівництва добровольчих формувань, пов'язана із некомпетентністю перших, що призвело, в певні періоди проведення АТО, до загибелі людей; небажання офіційних керівників мати у підпорядкуванні «ненадійні», «важкочеровані» добровольчі підрозділи; несвідоме ставлення керівників добровольчих формувань до питань, що створюють майбутні соціально-правові гарантії складу добровольчого формування.

Кваліфікувати добровольчі формування, які не включені до складу Збройних Сил України, Міністерства внутрішніх справ України, Національної гвардії України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань та правоохоронних органів як незаконні формування є правовою помилкою, оскільки:

– по-перше, держава не забороняє участь добровольчих формувань в антитерористичній операції в районах проведення АТО, на боці сил АТО, в установленому законом порядку в період, який згідно із Законом України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. № 1932 (далі – Закон про оборону)<sup>9</sup> має назву «особливий період» та означає період, що настає з моменту оголошення рішення про мобілізацію (крім цільової) або доведення його до виконавців стосовно прихованої мобілізації чи з моменту введення воєнного стану в Україні, або в окремих її місцевостях та охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудований період після закінчення воєнних дій;

– по-друге, держава допускає участь добровольчих формувань в антитерористичній операції на боці сил АТО в районах бойових дій;

– по-третє, згідно з нормами міжнародного права, а саме ст. 43 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., (ратифіковано Україною з 1977 р.)<sup>10</sup> збройні сили сторін, що перебувають в конфлікті, складаються з усіх організованих збройних сил, груп і підрозділів, що перебувають під командуванням особи, відповідальної перед цією стороною за поведінку своїх підлеглих, навіть якщо ця сторона представлена урядом чи властями, не визнаними супротивною стороною. Такі збройні сили підпорядковані внутрішній дисциплінарній системі, яка поряд з іншим забезпечує додержання норм міжнародного права, застосовуваних у період збройних конфліктів. Особи, які входять до складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті, крім медичного і духовного персоналу, є комбатантами, які мають право брати безпосередню участь у воєнних діях.

Крім того, згідно зі ст. 44 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р.<sup>11</sup>, всі комбатанти зобов'язані додержуватися норм міжнародного права, застосовуваного в період збройних конфліктів, але порушення цих норм не позбавляє комбатанта його права вважатися комбатантом.

Таким чином, не включення до складу Збройних Сил України, Міністерства внутрішніх справ України, Національної гвардії України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань та правоохоронних органів не позбавляє добровольця статусу комбатанта або учасника військового конфлікту.

Труднощі починаються в момент реалізації добровольцями конституційних прав на соціальний захист. Відповідно до Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» від 20 грудня 1991 р. № 2011 (далі – Закон про соціальний захист військовослужбовців)<sup>12</sup> соціальний захист

військовослужбовців – це діяльність (функція) держави, спрямована на встановлення системи правових і соціальних гарантій, що забезпечують реалізацію конституційних прав і свобод, задоволення матеріальних і духовних потреб військовослужбовців відповідно до особливого виду їх службової діяльності, статусу в суспільстві, підтримання соціальної стабільності у військовому середовищі. Це право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, у старості, а також в інших випадках, передбачених законом.

У нашій країні є низка нормативно-правових актів, які мають забезпечувати соціальний захист військовослужбовців. Основні законодавчі акти з питань соціального захисту військовослужбовців – це Закони України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», «Про статус ветеранів військової служби, ветеранів органів внутрішніх справ і деяких інших осіб та їх соціальний захист», «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту». Згідно цим законам Україна має розгалужену систему соціальних гарантій для військовослужбовців, але в цих документах не міститься правових норм, які забезпечують регламентування правового статусу добровольців, що не ввійшли до складу Збройних Сил України, Міністерства внутрішніх справ України, Національної гвардії України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань і правоохоронних органів.

Під тиском громадських організацій 7 квітня 2015 р. до Закону про статус ветеранів війни<sup>13</sup> було внесено зміни, відповідно до яких визнано за добровольцями право на статус інваліда війни в разі поранення, а за рідними загиблих добровольців – право на статус сім'ї загиблого.

Хочемо зауважити, що в процесі внесення змін законодавець так і не дав нормативного визначення понять «доброволець» та «добровольче формування» і не визнав право учасників добровольчих формувань, що не зареєстровані в порядку, який вимагає законодавець на отримання статусу УБД. Вищезазначене є свідченням невирішеності питань, пов'язаних із визначенням правового статусу добровольчих формувань та добровольців АТО. Кількість осіб, які дійсно знаходяться в зоні АТО, беруть участь у захисті цілісності Української держави та мають, з точки зору бюрократичної системи, неналежним чином оформлені підстави для перебування у зоні АТО, достеменно невідома, але достатня для того, щоб вважати ситуацію, такою, що свідчить про системне порушення конституційних прав громадян. Відсутність у законодавчому порядку визнання таких осіб УБД фактично позбавляє їх та їх сім'ї соціальних гарантій і пільг.

Треба зазначити, що депутати обласних та місцевих рад виступили із законодавчими ініціативами щодо бійців-добровольців, які брали участь у захисті територіальної цілісності та державного суверенітету на сході України в складі добровольчих формувань і не ввійшли до складу Збройних Сил України, Міністерства внутрішніх справ, Національної гвардії України та інших військових формувань і правоохоронних органів.

Відтепер бійці-добровольці АТО мають право отримати статус бійця-добровольця АТО.

Зазначені місцеві законодавчі ініціативи є безперечно позитивними подіями, але з правової точки зору ці ініціативи мають тимчасовий характер, у зв'язку із тим, що приймаються лише на певний строк, в рамках виконання строкових цільових програм, як, наприклад, київська міська цільова програма «Турбота. Назустріч киянам»<sup>14</sup>, в рамках якої Київська міська рада буде фінансувати пільги осіб, яким буде присвоєно статус бійця – добровольця АТО. Ця програма розрахована лише на період 2016–2018 років.

Офіційна позиція представників владних структур стосовно питань, пов'язаних із визначенням правового статусу добровольчих об'єднань, та добровольців АТО на національному законодавчому рівні, чітко виражена у висновку Комітету Верховної Рада України у справах ветеранів, учасників бойових дій, учасників антитерористичної операції та людей з інвалідністю (далі – Комітет ВРУ у справах ветеранів) від 19 лютого 2016 р., зробленому до проекту Закону України про правовий статус і соціальні гарантії учасників добровольчих збройних формувань в Україні (реєстр. № 3707), поданий народними депутатами України Ю.Б. Р. Шухевичем, А. Є. Білецьким, О. М. Петренком, та у листі Комітету ВРУ у справах ветеранів № 04035/17-328 від 7 квітня 2016 року<sup>15</sup>.

Із тексту вищезазначених документів витікає, що діяльність добровольчих формувань, що захищають цілісність України, але не ввійшли у склад офіційних формувань АТО, є незаконною, як така, що суперечить ст. 17 Конституції України<sup>16</sup>.

Крім того, представники Комітету ВРУ у справах ветеранів зазначають, що:

– безпосереднім учасникам антитерористичної операції із числа добровольців, які стали інвалідами внаслідок поранення, контузії або каліцтва, одержаних під час безпосередньої участі в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення відповідно до ст. 7 Закону про статус ветеранів війни<sup>17</sup> встановлюється статус інваліда війни;

– членам сім'ї, зокрема, добровольців, які загинули (пропали безвісти) або померли внаслідок поранення, контузії чи каліцтва, одержаних під час залучення та участі в антитерористичній операції у період її проведення, відповідно до ст. 10 Закону про статус ветеранів<sup>18</sup> війни надається статус члена сім'ї загиблого;

– відповідно до Закону про статус ветеранів війни безпосередні учасники антитерористичної операції із числа добровольців, які стали інвалідами внаслідок поранення, контузії або каліцтва, одержаних під час безпосередньої участі в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення та члени їх сімей (у разі смерті таких осіб), мають право на одержання одноразової грошової допомоги, передбаченої Законом про соціальний захист військовослужбовців<sup>19</sup>.

Окремо представники Міністерства соціальної політики України, які входять у склад Комітету у справах ветеранів, підтримують ідею надання статусу УБД членам особового складу добровольчих формувань

зони АТО, які не підпорядковані офіційним формуванням, але зазначають, що це призведе до розширення кола осіб, які матимуть право на пільги з оплати житлово-комунальних послуг, проїзду, санаторно-курортного лікування, що потребуватиме додаткових витрат коштів Державного бюджету України, у той час коли відсутні ресурси у необхідному обсязі для виконання вже діючих законів України з надання пільг.

Таким чином, представники влади стверджують, що вищезазначені заходи достатні для того, щоб конституційні права громадян, які є учасниками АТО, вважалися захищеними.

Зрозуміло, що обов'язок держави піклуватися долею своїх захисників повинен спиратися на політичну волю та матеріальне підґрунтя. Однак, на жаль, обидві складові у вищезазначеному питанні сьогодні відсутні, що призводить до необхідності шукати інші шляхи вирішення проблеми.

Ми вважаємо, що вищезазначені прогалини у національному законодавстві потрібно вирішувати у порядку адміністративного та цивільного судочинства.

Згідно зі ст. 1 Цивільного процесуального кодексу України<sup>20</sup> завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Таким чином, добровольцям у судовому порядку необхідно підтвердити свою участь у бойових діях. Це можна здійснити в порядку окремого провадження, в якому розглядаються цивільні справи про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав та інтересів особи, або створення умов здійснення нею особистих немайнових чи майнових прав, або підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав.

Безпосередня участь добровольців у бойових діях під час проведення АТО на Сході України є юридичним фактом.

Встановлення цього юридичного факту впливає на вирішення питання про надання добровольцю статусу УБД, що в подальшому має забезпечити пільги та соціальні гарантії, встановлені для ветеранів і членів їх сімей Законами України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» та «Про боротьбу з тероризмом».

Тому першим кроком має бути отримання судового рішення про встановлення факту участі в бойових діях під час проведення АТО, на стороні АТО в складі добровольчих формувань за місцем проживання заявника. Заявником у справі має виступати особа, яка просить суд встановити факт її участі у бойових діях при проведенні АТО.

Стаття 57 ЦПК України визначає, що доказами при розгляді справ про встановлення факту участі у бойових діях при проведенні АТО є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює факт участі особи у бойових діях під час проведення АТО. Юридичні факти встановлюються згідно і на підставі пояснень самих заявників, письмових доказів, показань свідків, речових доказів, експертних висновків.

Суду, який розглядатиме в порядку адміністративного провадження скаргу на рішення Міжвідомчої комісії про відмову в наданні УБД, буде надано рішення місцевого суду, винесене в порядку окремого провадження, чим буде підтверджено факт участі особи у бойових діях. Для адміністративного суду таке рішення буде мати преюдиціальне значення.

Таким чином, заявник доводить у судовому порядку своє право на статус УБД та соціальні гарантії.

У ході проведеного дослідження доведено, що правовий статус добровольчих формувань та добровольців є спірним лише для частини державних чиновників, які не бажають виправляти прогалини у законодавстві. Це призводить до необхідності проведення громадянами самостійних заходів із захисту конституційних прав, спрямованих на забезпечення соціальних гарантій, що є цілком природним для держави, яка еволюціонує в правовому напрямі.

<sup>1</sup> Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту : Закон України від 22 жовтня 1993 р. № 3551–XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993 – № 45. – Ст. 425.

<sup>2</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141 (зі змінами). – Офіційний вісник України від 1 жовтня 2010 р. – № 72/1 Спеціальний випуск. – С. 15. – Ст. 2598.

<sup>3</sup> Про боротьбу з тероризмом : Закон України від 20 березня 2003 р. № 638 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 72. – Ст. 2598.

<sup>4</sup> Пункт 19 ст. 6 вказаного Закону про статус ветеранів війни.

<sup>5</sup> Там само. – Ч. 20. – Ст. 5.

<sup>6</sup> Про затвердження Порядку надання статусу учасника бойових дій особам, які захищали незалежність, суверенітет та територіальну цілісність України і брали безпосередню участь в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення : постанова Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 413 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/413-2014-%D0%BF>

<sup>7</sup> Там само.

<sup>8</sup> Там само.

<sup>9</sup> Про оборону України : Закон України від 6 грудня 1991 р. № 1932 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1932-12>

<sup>10</sup> Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_199/page2](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_199/page2)

<sup>11</sup> Там само.

<sup>12</sup> Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей : Закон України від 20 грудня 1991 р. № 2011 // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 15. – Ст. 190.

<sup>13</sup> Вказаний Закон про статус ветеранів війни.

<sup>14</sup> Про визнання бійців-добровольців АТО, які брали участь в захисті територіальної цілостності та державного суверенітету на сході України : рішення Київської міської ради від 24 жовтня 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kmr.gov.ua/uk/content/u-kyuivradi-napracosvuyut-mehanizm-oficiynogo-vyznannya-biyciv-dobrovolciv-ato>

<sup>15</sup> Лист Комітету у справах ветеранів, учасників бойових дій, учасників антитерористичної операції та людей з інвалідністю № 04-35/17-328 від 7 квітня 2016 р.

<sup>16</sup> Конституція України. Вказане джерело.

<sup>17</sup> Вказаний Закон про статус ветеранів війни. – Ст. 10.

<sup>18</sup> Вказаний Закон про соціальний захист військовослужбовців.

<sup>19</sup> Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>

<sup>20</sup> Там само.

#### Резюме

##### **Кулак Н. В. Актуальні питання правового статусу добровольчих формувань в Україні.**

У статті аналізуються проблеми правового статусу добровольчих формувань та добровольців АТО, які не ввійшли до складу Збройних Сил України, Міністерства внутрішніх справ України, Національної гвардії України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань та правоохоронних органів.

Автор доводить законність діяльності добровольчих формувань в зоні АТО, та право фізичних осіб – добровольців, які безпосередньо забезпечують захист державності в зоні АТО, на отримання статусу учасників бойових дій.

**Ключові слова:** правовий статус добровольців, добровольчі формування, захист державності.

#### Резюме

##### **Кулак Н. В. Актуальные вопросы правового статуса добровольных формирований в Украине.**

В статье анализируются проблемы правового статуса добровольческих формирований, а также добровольцев АТО, которые не вошли в состав Вооруженных Сил Украины, Министерства внутренних дел Украины, Национальной гвардии Украины и других созданных в соответствии с законами Украины воинских формирований и правоохранительных органов.

Автор аргументирует законность деятельности добровольческих формирований в зоне АТО, а также право физических лиц – добровольцев, которые непосредственно обеспечивают защиту государственности и суверенитета в зоне проведения АТО, на присвоение статуса участников боевых действий.

**Ключевые слова:** правовой статус добровольцев, добровольческие формирования, защита государственности.

#### Summary

##### **Kulak N. Current issues of legal status of paramilitary troops in Ukraine.**

The article analyzes the problems of legal status of paramilitary troops and volunteers in ATO zone, who are not allot of the Armed Forces of Ukraine, Ministry of Internal Affairs of Ukraine, the National Guard of Ukraine and other military forces and law enforcement agencies established in accordance with the laws of Ukraine.

The author proves the legality of actions of paramilitary troops in ATO zone, and the right of individual persons – volunteers, who directly protect the state sovereignty in ATO zone, to gain the combatant status.

**Key words:** legal status of volunteers, paramilitary troops, protection of the state sovereignty.

УДК 349.4

**О. М. ОХОТНИКОВА, М. В. ЛЕЛЯК**

*Олена Миколаївна Охотнікова, кандидат юридичних наук, доцент ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»*

*Мар'яна Володимирівна Леляк, магістр права ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»*

## **РОЛЬ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ В ГАЛУЗІ ВИКОРИСТАННЯ І ОХОРОНИ ЗЕМЕЛЬ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ**

В Україні в умовах децентралізації влади виникають труднощі щодо управління земельними ресурсами. Тому постає необхідність посилення регулюючої ролі державного управління щодо використання земельних ресурсів взагалі, а особливо до земель сільськогосподарського призначення. Крім того, відносини у сфері оренди землі в Україні за останні роки почали активно розвиватися. Так, аналіз чинного законодавства, яке



регулює орендне землекористування, свідчить, що низка важливих і принципових питань у цій сфері не завжди чітко врегульована.

Відповідно до Конституції України лише земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності українського народу і являють собою основне національне багатство та перебувають під особливою охороною держави<sup>1</sup>. Основними важелями державного регулювання вважаються: система оподаткування, кредитно-фінансовий механізм, антимонопольна політика, спеціальні цільові програми.

Вивченню питань управління земельними ділянками сільськогосподарського призначення присвячено праці таких дослідників, як І. Залуцький, О. Літошенко, О. Скорук., Р. Чорнолуцький. Щодо зарубіжного досвіду, то даному питанню приділили увагу такі вчені, як Ю. Семеряк, Ю. Чиж, В. Чувпило, А. Юрченко. Саме ці науковці досліджували, як здійснюється державне управління в одних із найрозвинутіших країн у наш час, таких як Німеччина, Франція, Велика Британія та в інших країн з перехідною економікою. Але, незважаючи на велику кількість праць, присвячених даній темі, питання визначення земель сільськогосподарського призначення та порядок їх використання залишаються відкритими, тому ми будемо досліджувати їх у нашій статті.

Так, у ст. 22 Земельного кодексу України міститься визначення земель сільськогосподарського призначення, де землями сільськогосподарського призначення визнаються землі, надані для виробництва сільськогосподарської продукції, здійснення сільськогосподарської науково-дослідної та навчальної діяльності, розміщення відповідної виробничої інфраструктури, у тому числі інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції, або призначені для цих цілей<sup>2</sup>. При цьому держава визнає пріоритетність земель сільськогосподарського призначення, які насамперед повинні надаватися для сільськогосподарського використання.

В Україні вже багато років діє мораторій на ці землі, а з 2016 р. він був знову продовжений відповідно до п. 15 Перехідних положень Земельного кодексу України до набрання чинності законом про обіг земель сільськогосподарського призначення, але не раніше 1 січня 2018 р., де не допускається купівля-продаж земельних ділянок сільськогосподарського призначення державної та комунальної власності, крім вилучення (викупу) їх для суспільних потреб або іншим способом відчуження земельних ділянок і зміна цільового призначення (використання) земельних ділянок, які перебувають у власності громадян та юридичних осіб для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, земельних ділянок, виділених в натурі (на місцевості) власникам земельних часток (паїв) для ведення особистого селянського господарства, а також земельних часток (паїв), крім передачі їх у спадщину, обміну земельної ділянки на іншу земельну ділянку відповідно до закону та вилучення (викупу) земельних ділянок для суспільних потреб, а також крім зміни цільового призначення (використання) земельних ділянок з метою їх надання інвесторам – учасникам угод про розподіл продукції для здійснення діяльності за такими угодами<sup>3</sup>.

І. Залуцький вважає, що на сучасному етапі децентралізації влади в Україні землі комунальної власності є реальним об'єктом права власності на землю територіальних громад та його обігу в якості невід'ємного елементу матеріально-фінансової бази місцевого самоврядування. Відтак, за межами населених пунктів повноваження щодо передачі (надання) земельних ділянок сільськогосподарського призначення, як об'єктів державної власності, що зумовлювало гіперкорупційність колишнього Держгеокадастра України, до цих пір безпосередньо реалізовує Держгеокадастр, а місцеві ради позбавлені права брати участь навіть у погодженні питань регулювання земельних відносин<sup>4</sup>.

Таким чином, в Україні реально звужено правомочність та спроможність органів місцевого самоврядування як рівноправного з державою суб'єкта обігу земель сільськогосподарського призначення, що також є загрозливим викликом непорушності їх конституційних гарантій у сфері земельних відносин.

Одним із головних напрямів досліджуваної нами проблеми є ринок землі. Існує два погляди щодо відкриття ринку землі. Так, одні науковці вважають, що ринок землі в Україні має з'явитися досить швидко. Але при цьому мораторій не був знятий з 1 січня 2016 р., а, навпаки, продовжений. Державна політика спрямована на відкриття ринку сільськогосподарської землі – це є головним напрямом ключових змін, які потрібно запровадити. Відомо, що мораторій на продаж землі триває вже 15 років.

Р. Чорнолуцький вважає, що цей мораторій породив низку негативних явищ: мораторій добив добробут села і завдає шкоди аграрному сектору, оскільки немає економічного сенсу в його існуванні із – за чинника, який стримує його розвиток; з позиції землеустрою і містобудування мораторій завдав шкоди ефективному і раціональному використанню земельних ресурсів України; з політичної позиції мораторій став ширмою для популістів в передвиборчих агітаціях і партійній пропаганді. Він стверджує, що створений новий ринок землі означатиме, що попит на сільськогосподарську землю зростатиме, вартість активу теж збільшиться, а це – плюс для власників паїв<sup>5</sup>.

Звичайно, не можна виключати того, що відміна мораторію на продаж землі спровокує монополізацію і породить нову хвилю земельного рейдерства. Тому необхідно створити спеціальний Департамент контролю та сприяння розвитку конкуренції земель сільськогосподарського призначення в Антимонопольному комітеті, який повинен врегулювати і найголовніше контролювати продаж земель та здійснювати спеціальну експертну оцінку таких земель, щоб унеможливити їх знецінення.

О. Скорук зауважила, що неминучим наслідком дії мораторію стали «тінізація» ринку землі, високий рівень корупції, соціальна недовіра, відсутність соціальної справедливості при розподілі земельної ренти,

швидка монополізація відносин сільськогосподарського землекористування агрохолдингами, соціально-демографічна деградація села, маргіналізація сільського населення тощо<sup>6</sup>.

Разом із тим О. Літошенко, як прибічник мораторію на продаж сільськогосподарських земель, зазначає, що його скасування може спричинити низку негативних явищ суспільно-економічного характеру, а саме:

– скуповування значних площ сільськогосподарського призначення фінансово-промисловими групами, що матиме своїм наслідком «обезземелення» селян та утворення «латифундій» латиноамериканського типу з найманими працівниками;

– відчуження селянами земельних ділянок сільськогосподарського призначення за ціною, що є істотно нижчою за економічно обґрунтовану;

– виникнення явища «спекуляції» земельними ділянками, коли значні площі земель сільськогосподарського призначення скуповуватимуться фінансовими спекулянтами з метою подальшого їх перепродажу за більш високою ціною, що призведе до зростання вартості аграрної продукції і викличе інфляцію;

– неконтрольована зміна цільового призначення сільськогосподарських земель<sup>7</sup>.

На нашу думку, пропозиції щодо зняття мораторію на купівлю-продаж сільськогосподарських земель є поспішними. Беручи до уваги історію розвитку та культуру земельних відносин, нерозвиненість ринкової інфраструктури, можна очікувати зі зняттям мораторію поширення насамперед операцій купівлі-продажу, що приведе до зменшення орендних та заставних операцій, які на сьогоднішній день є найбільш дієвим інструментом формування оптимального розміру землекористування сільськогосподарських товаровиробників та являє собою основну форму реалізації економічних та юридичних прав на земельні ділянки, особливо сільськогосподарського призначення, про що, зокрема, йдеться в спеціальній Програмі діяльності Кабінету Міністрів України, яка затверджена Верховною Радою України № 26-VIII від 11 грудня 2014 р., де основними напрямками діяльності є:

– удосконалення орендних відносин, монетизація орендних платежів, запровадження ефективних регуляторних механізмів для розвитку ринку оренди земель;

– запровадження ефективних регуляторних механізмів для розвитку ринку оренди земель сільськогосподарського призначення, передбачивши можливість продажу прав оренди та їх заставу;

– удосконалення орендних відносин шляхом формування бази даних Державного земельного кадастру (2018 р.)<sup>8</sup>.

Крім Кабінету Міністрів України, який здійснює управління в галузі використання та охорони земель, є ще органи спеціальної компетенції: Міністерство аграрної політики та продовольства України і Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру.

Однак, дослідивши правовий статус зазначених органів у положенні «Про Міністерство аграрної політики та продовольства України», затвердженому Указом Президента України, та положенні «Про Державну службу України з питань геодезії, картографії та кадастру», затвердженому постановою Кабінету Міністрів України, можна сказати, що ці нормативно-правові акти не містять чіткого переліку повноважень даних органів, що потребує внесення відповідних змін та доповнень у зазначені положення.

Тепер доцільно розглянути роль органів державного управління щодо земель сільськогосподарського призначення в розвинутих країнах. Доречно зазначити, що в Німеччині, де широко практикується оренда сільськогосподарських земель, у тому числі з подальшим їх викупом, застосовується довгострокова оренда. У Німеччині держава є гарантом і захисником інтересів орендарів – безпосередніх виробників сільськогосподарської продукції. На сьогодні вона через спеціально уповноважені органи гарантує компенсації орендарям при непередбаченому припиненні договору оренди за потреби додаткових капіталовкладень на поліпшення якості землі тощо<sup>9</sup>.

Ми пропонуємо запозичити позитивний досвід Німеччини для уникнення таких проблем, як зіпсування родючості та якості земель сільськогосподарського призначення, яке в подальшому вплине на їх ринкову вартість. Тому, на наш погляд, варто внести зміни до ст. 29 «Відшкодування збитків унаслідок зміни стану орендованої земельної ділянки» Закону України «Про оренду землі»<sup>10</sup> та викласти в такій редакції:

«У разі погіршення орендарем корисних властивостей орендованої земельної ділянки держава повинна надати компенсації орендодавцям на потреби додаткових капіталовкладень щодо поліпшення якості такої земельної ділянки».

Крім того, слід зазначити, що використання оренди стає для багатьох країн переважаючим і тим самим скорочує ринок землі як об'єкта власності, збільшуючи об'єкт господарювання. Ураховуючи перевагу такої тенденції, можна вважати, що цей процес викликаний об'єктивними чинниками і повинен розглядатися як природний і прогресивний.

Так, з огляду на чинне законодавство Франції, можна сказати, що там переважають саме орендні відносини. Ще законом від 17 жовтня 1945 р. було затверджено типовий Статут сільськогосподарської оренди, до якого законами постійно вносяться зміни та доповнення. За вказаним Статутом допускається оренда ферми або оренда земельної ділянки.

У першому випадку оренда встановлюється на підставі твердих платежів, у другому – залежно від одержаного врожаю і пропорційно до внесеного в господарство вкладу. При цьому розміри орендної плати можуть регламентуватися в адміністративному порядку. Договір оренди на підставі Статуту дає чіткий перелік обов'язкових умов сільськогосподарської оренди, що стосуються об'єктів оренди, особи орендаря, обов'язків сторін, орендної плати, строків оренди<sup>11</sup>.

При цьому французьке законодавство дуже детально регламентує порядок і процедуру одержання оренди, її продовження і припинення. Правом на переважне одержання оренди мають особи, які володіють сільськогосподарською спеціальністю та мають стаж роботи у сільському господарстві.

Цікаво, що для країн Західної Європи характерним є не стільки внутрішнє державне регулювання земельних відносин, скільки регулювання на рівні Європейського Союзу. Багато вчених приділяють увагу дослідженню земель сільськогосподарського призначення та порядок їх використання в зарубіжних країнах<sup>12</sup>.

Так, Ю. Семеряк розглядає практику господарювання в Німеччині, Бельгії, Франції та Іспанії, де державні органи управління, місцеві владні структури можуть вимагати від власників землі здійснювати меліоративні та охоронні заходи відповідно до державних планів і під їх контролем. Крім того, передбачається примусове вилучення земельних ділянок, які використовуються неефективно, і передача їх великим, добре організованим фермерським господарствам. Ціни на землю в основному формує ринок без втручання держави. У кожному місті є Комітет з експертної оцінки землі, який робить висновок на основі об'єктивних даних. Міська влада не тільки надає земельні ділянки в оренду, а й продає їх. Водночас будівельні організації не мають права самостійно займатися плануванням територій та їх розвитком – це прерогатива міської влади. Згода влади на ті чи інші роботи є обов'язковою<sup>13</sup>.

Таким чином, у зарубіжних країнах органи державного управління мають вагомe значення для визначення земель сільськогосподарського призначення, тому потрібно запозичити цей позитивний досвід для України та запровадити в нашій державі механізм примусового вилучення земельних ділянок, які використовуються неефективно, для передачі їх великим, добре організованим фермерським господарствам та закріпленням на законодавчому рівні.

Отже, аналіз сучасного зарубіжного законодавства дає змогу виявити основні шляхи регулювання управління землями сільськогосподарського призначення. Так, у більшості країн розвиваються орендні відносини, які контролюються належним чином органами державної влади. Отже, розглянувши різні моделі державного управління, позитивний досвід для України можна запозичити від «німецької» моделі, але потрібно врахувати певні особливості державного управління та створити нову модель державного управління – «змішану», яка б включала елементи «німецької» моделі та існуючої зараз моделі в Україні, а саме:

- держава має бути гарантом і захисником інтересів орендарів – безпосередніх виробників сільськогосподарської продукції;

- держава має допомагати відшкодувати шкоду орендарям, яка була завдана їм унаслідок недобросовісного використання землі;

- залишити практику оренди сільськогосподарських земель без подальшого їх викупу.

Також, розглянувши питання мораторію земель, ми дійшли висновку, що в Україні потрібно його залишити, адже це вигідно звичайним селянам, яким належать невеличкі паї, та допоможе зняти соціальну напругу, яка виникла на фоні політичних спекуляцій щодо продажу землі. Все це дасть певний час для розроблення чіткого організаційно-правового механізму запровадження з часом прозорого ринку землі сільськогосподарського призначення.

Потребує подальшого вдосконалення і законодавство щодо забезпечення відшкодування збитків унаслідок зміни стану орендованої земельної ділянки. Постає необхідність встановлення відповідних повноважень органів спеціальної компетенції та закріплення їх у правовому полі. А також, на наш погляд, для підвищення ролі державного управління в галузі використання і охорони земель сільськогосподарського призначення слід створити відповідний орган, який регулював би добросовісну конкуренцію в даних відносинах, про що ми зазначали вище.

При цьому головним завданням державного управління в галузі використання і охорони земель сільськогосподарського призначення залишається встановлення чітких умов щодо ефективного управління цими землями, з метою захищеності орендодавців державою, а також для встановлення реальної ціни за таку земельну ділянку, що буде відповідати європейським стандартам.

<sup>1</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3–4. – Ст. 27.

<sup>3</sup> Літошенко О. С. Проблема мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення / О. С. Літошенко // Правове регулювання економіки. – 2014. – № 14. – С. 284–293.

<sup>4</sup> Залуцький І. Р. Передумови та перепони скасування мораторію / І. Р. Залуцький. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.ird.gov.ua/irdp/e20160201.pdf](http://www.ird.gov.ua/irdp/e20160201.pdf)

<sup>5</sup> Чорнолуцький Р. Мораторій на продаж сільськогосподарської землі / Р. Чорнолуцький. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.jurcomm.com.ua/moratoriya-na-prodazh-silskogospodarskoyi-zemli-2016-shho-dali](http://www.jurcomm.com.ua/moratoriya-na-prodazh-silskogospodarskoyi-zemli-2016-shho-dali)

<sup>6</sup> Скорук О. П., Зубар І. В. Вирішення проблем сучасних земельних відносин на шляху формування конкурентоспроможного аграрного виробництва в Україні // Проблеми економіки. – 2014. – № 1. – С. 158–163.

<sup>7</sup> Літошенко О. С. Проблема мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення / О. С. Літошенко // Правове регулювання економіки. – 2014. – № 14. – С. 284–293.

<sup>8</sup> Про Програму діяльності Кабінету Міністрів України : постанова Верховної Ради України // Офіційний вісник України. – 2014. – № 102. – С. 7.

<sup>9</sup> Юрченко А. Д. Використання досвіду Німеччини при формуванні ринку землі в Україні / А. Д. Юрченко // Ринок землі. – 2002. – № 3. – С. 52–58.

<sup>10</sup> Про оренду землі : Закон України // Відомості Верховної Ради. – 1998. – № 46–47. – Ст. 280.

<sup>11</sup> Чиж Ю. В. Зарубіжний досвід правового регулювання орендно-земельних відносин / Ю. В. Чиж // Митна справа. – 2011. – № 4 (76). – С. 319–324.

<sup>12</sup> Чувпило В. В. Управління земельними ресурсами: зарубіжний досвід / В. В. Чувпило // Науковий вісник Академії муніципального управління. – 2014. – № 3. – С. 235–242. – (Серія «Управління»).

<sup>13</sup> Семеряк Ю. А. Державне регулювання ринку землі в Україні і досвід країн ЄС / Ю. А. Семеряк, М. Г. Москва // Науковий вісник НЛТУ України. – 2010. – № 20. – 12 с.

#### Резюме

**Охотнікова О. М., Лесяк М. В.** Роль державного управління в галузі використання і охорони земель сільськогосподарського призначення.

У даній статті досліджено правові та організаційні засади державного управління землями сільськогосподарського призначення в Україні, розглядається досвід правового регулювання ринку землі в окремих зарубіжних країнах, а також деякі правові положення чинного законодавства України з даного питання, із використанням позитивних аспектів такого досвіду та в подальшому запозиченні його для України.

**Ключові слова:** земельні ресурси, землі сільськогосподарського призначення, мораторій, ринок землі в Україні, оренда земельної ділянки.

#### Резюме

**Охотнікова Е. Н., Лесяк М. В.** Роль государственного управления в области использования и охраны земель сельскохозяйственного назначения.

В данной статье исследованы правовые и организационные основы государственного управления землями сельскохозяйственного назначения в Украине, рассматривается опыт правового регулирования рынка земли в отдельных зарубежных странах, а также некоторые правовые положения действующего законодательства Украины по данному вопросу, с использованием положительных аспектов такого опыта и в дальнейшем заимствовании его для Украины.

**Ключевые слова:** земельные ресурсы, земли сельскохозяйственного назначения, мораторий, рынок земли в Украине, аренда земельного участка.

#### Summary

**Ohotnikova O., Leliak V.** The role of government in the use and protection of agricultural land.

In the article the legal and organizational basis of governing of agricultural lands in Ukraine was examined, the experience of the legal land market regulation in some foreign countries was considered as well as some of the legal principles of the current Ukrainian legislation on this issue, by using the positive aspects of this experience and further adoption it into Ukrainian legislation.

**Key words:** land, agricultural land, a moratorium, the land market in Ukraine, the lease of land.

УДК 336.14:352

**О. В. РОГОВЕНКО, Б. В. ПИНЧУК**

*Олег Володимирович Роговенко, кандидат юридичних наук, доцент Сумського національного аграрного університету*

*Богдан Валентинович Пинчук, студент III курсу юридичного факультету Сумського національного аграрного університету*

## ПАРТИЦИПАТОРНИЙ БЮДЖЕТ МІСЦЕВИХ ГРОМАД

Сталий розвиток інституту місцевого самоврядування в сучасних демократіях, запровадження принципів субсидіарності, регіоналізації та децентралізації зумовлює необхідність здійснення в Україні системних реформ, спрямованих на активізацію місцевих ініціатив. Одним із дієвих інструментів активізації місцевих громад є партиципаторний бюджет, практика впровадження якого в Україні лише набирає обертів та потребує аналізу, а за успішної реалізації – підтримки. Актуальними стають дослідження найуспішніших ініціатив у цій царині.

Мета представленої статті полягає в дослідженні інституту партиципаторного бюджетування, здійсненні аналізу передумов для його запровадження в Україні на основі кращого європейського та світового досвіду, успішної практики організації та проведення партиципаторного бюджетування у м. Суми в поточному році.

У численних працях провідних вітчизняних та зарубіжних науковців, присвячених проблематиці організаційного забезпечення діяльності самоврядних структур, розглядаються окремі напрями реалізації політики територіального розвитку. Під час написання наукової роботи теоретичним підґрунтям для представле-

ного дослідження стали роботи В. Б. Авер'янова, Г. В. Атаманчука, О. Ф. Андрійко, М. О. Баймуратова, Ю. П. Битяка, Н. Р. Нижник, І. В. Яковюка та багатьох інших. Але жодний із цих та інших поважних авторів не концентрував свою увагу на сучасних можливостях формування партиципаторного бюджету.

Партиципаторний бюджет – демократичний процес дискусії та прийняття рішень, в якому кожний мешканець населеного пункту вирішує, в який спосіб витратити частину муніципального бюджету»<sup>1</sup>. Залучення мешканців до процесу ухвалення рішень з розподілу бюджетних коштів на реалізацію їх власних проєктів – один з найвиразніших прикладів використання норм прямої демократії.

У Європі ця практика набула популярності на поч. ХХІ ст. Першопрохідцями стали Німеччина та Іспанія. Активно запроваджується практика партиципаторного бюджетування у республіці Польща, де цей процес також називають «бюджет участі»<sup>2</sup>. Партиципаторне бюджетування в Польщі проходило у різних містах (Домброва, Гурніча, Люблін, Лодзь, Краків, Сопот, Варшава, а також декількох селищ, в яких завдяки підтримці Фонду ім. С. Баторія і асоціації «школа лідерів», відбувалась реалізація завдання «Селищний бюджет» в рамках акції «Твій Голос, Твій Вибір»<sup>3</sup>.

Дослідження практики міст, які використовують цю форму прямої демократії, вказують, що її наслідком є більш рівний поділ публічних ресурсів, вищий рівень якості життя, задоволення публічними послугами, прозорість і вірогідність органів державної влади, активніша участь громадян у громадському житті.

Нині, партиципаторний бюджет являє собою механізм, який передбачає найвищий рівень участі громадян – це інструмент, який дозволяє громадянам фактично брати участь у прийнятті рішень стосовно призначення частини коштів з місцевого бюджету. Його реалізація може відбуватись на різних адміністративних рівнях: починаючи з регіону загалом, містах, і завершуючи мікрорайонами або житловими масивами. Застосування такого бюджетування можливе також при опрацюванні бюджету окремої державної установи. Партиципаторний бюджет це не «сухий» інструмент управління спільнотою на рівні самоврядування. Це інструмент, який дозволяє застосовувати особливий підхід, якщо йдеться про мислення щодо функціонування місцевих громад, управління місцевими громадами та формування напрямків їх розвитку.

Процес партиципаторного бюджетування включає в себе цілий ряд принципів та цінностей, завдяки яким відбувається справжнє спільне визначення мешканцями форми місцевої громади і які є виразом інноваційного та відкритого способу мислення стосовно розвитку громади. Нижче наведено ключові принципи та положення, без дотримання і реалізації яких неможливо, на нашу думку, говорити про партиципаторне бюджетування. Їх свідоме уникнення найчастіше призводить лише до поверхневих, так би мовити «фасадних» процесів, які ближче до плебісциту, ніж до дійсної спроби збільшення впливу мешканців на їх самовряду спільноту.

До них належать: *підтримка активності мешканців; прозорість та відкритість процедури; відкритий та інклюзивний процес; забезпечення простору для обговорення (дебатів) за участю мешканців; результати процедури є обов'язковими до виконання; стратегічне (довгострокове) мислення.*

Рішення щодо реалізації партиципаторного бюджету повинно бути виваженим і базуватись на його сприйнятті як цільового регулярного механізму прийняття мешканцями спільних рішень стосовно подальшого розвитку даної місцевої громади. Застосування даного механізму повинно бути пов'язане зі стратегічним мисленням про збалансований (сталий) розвиток громади.

Партиципаторний бюджет є інструментом, який знаходиться під сильним впливом процесу «персоналізації» – остаточна форма процедури, яку ми називаємо партиципаторним бюджетуванням, може бути різною і залежати від того, де саме вона реалізується (необхідно брати до уваги не лише розмір місцевості, діючі правові процедури та місцевий контекст, але й також те, як давно в громаді запроваджено дану процедуру).

Україна лише набуває практичні навички та знання щодо партиципаторного бюджетування. Навіть в законодавстві здійснюється акцент на «бюджеті місцевого самоврядування», а не про залучення громад до реалізації міських ініціатив. Позитивні тенденції намітились у 2015 р., з часу реалізації польсько-українського проєкту «Партиципаторний бюджет – можливості для підвищення громадської активності і встановлення належного партнерства з органами влади».

За останній рік такий простий механізм впливу на владу здобув прихильність у багатьох містах України. Крім перших ініціаторів (Чернігів, Черкаси, Полтава, Луцьк), партиципаторний бюджет вже діє в 20 містах, а в 13 – перебуває в процесі впровадження. Для мешканців міст така можливість – це певний тест на потенціал мобілізації громади у встановленні партнерських відносин з органами влади.

Позитивним прикладом реалізації партиципаторного бюджету став досвід м. Суми. У Сумах з 2017 р. з метою підвищення рівня відкритості міської влади, впровадження інноваційних механізмів залучення громадськості до розподілу частини коштів міського бюджету м. Суми, вперше розпочав реалізацію громадський (партиципаторний) бюджет, який передбачав обсяг коштів громадського (партиципаторного) бюджету м. Суми на 2017 р. – 5000,0 тис. грн, 2018 р. – 6000,0 тис. грн, 2019 р. – 7000,0 тис. грн, 2020 р. – 8000,0 тис. гривень. З метою упорядкування порядку проведення проєкту було підготовлено та затверджено 30 березня 2016 р. № 504-МР Положення про громадський (партиципаторний) бюджет м. Суми<sup>4</sup> (далі Положення), що визначило основні засади процесу взаємодії органів місцевого самоврядування міста Суми та громадян міста щодо впровадження інноваційних механізмів залучення громадськості до розподілу визначеної Сумською міською радою частини коштів міського бюджету. Відповідно до даного Положення громадський (партиципаторний) бюджет м. Суми – це частина міського бюджету міста Суми, обсяг якої визначений Сумською міською радою, а кошти громадського (партиципаторного) бюджету м. Суми спрямовуються на реалі-

зацію кращих проектів розвитку міста, які надійшли до Сумської міської ради від мешканців територіальної громади міста Суми. Для реалізації проекту проводиться конкурс, подані проекти виносяться на голосування (процес визначення жителями міста Суми (громадянами України віком від 16 років, які зареєстровані або проживають на території м. Суми, що підтверджується офіційними документами (довідкою про місце роботи, навчання, служби чи іншими документами, що підтверджують факт проживання в місті) проектів-переможців серед відібраних проектів шляхом заповнення бланку для голосування в паперовому або електронному вигляді).

Чи не вперше громада отримала реальну можливість запропонувати владі проекти, підтримані «знизу» і які здатні вирішувати актуальні локальні проблеми. Зокрема, в рамках реалізації проекту до Сумської міської ради протягом червня 2016 р було подано 75 проектів: 20 – загальноміських та 55 – локальних.

Після опрацювання проектів та їх аналізу фахівцями структурних підрозділів міської ради спільно з авторами на голосування було винесено 59 проектів, 11 з яких – загальноміські, 48 – локальні. Проголосувати можна було у одному з 43-х пунктів для голосування паперовим бланком з 24 жовтня по 6 листопада включно. Кожен мешканець міста міг обрати два проекти (один загальноміський та один локальний), або ж один із цих двох категорій. Голосування також відбувалось на сайті <http://initiativ.e-dem.in.ua/sumy><sup>5</sup>. Переможцями голосування стали проекти, які набрали найбільшу кількість голосів за рейтинговою системою. Підсумки голосування затверджуються Координаційною радою з питань громадського (партиципаторного) бюджету м. Суми. Підтримані городянами проекти обов'язково мають бути реалізовані міською владою у 2017 році. Паралельно наступного року розпочинається і новий цикл громадського бюджету (обговорення правил, подача проектів, експертна оцінка, голосування, визначення переможців). Реалізація даного проекту стала можливою за участі іноземних інвесторів, зокрема, таких як Фонд Східна Європа, що фінансується Швейцарською Конфедерацією та функціонує в рамках програми «Електронне врядування задля підзвітності влади та участі громади (EGAP).

На прикладі успішної реалізації партиципаторного бюджетування у м. Суми, можна зробити прогноз, що в довгостроковій перспективі при отриманні позитивних щорічних результатів стане можливим і формування стратегічного мислення у мешканців громади, яка має навчитись ініціювати саме те, що їй потрібно та обирати необхідні проекти.

Таким чином, партиципаторний бюджет є важливим інструментом впливу громади на розвиток рідного міста/території. Мешканці міста не просто залучаються до процесу управління містом, а й долучаються до процесів обговорення його проблем та спільно знаходять способи їх вирішення. Партиципаторне бюджетування призводить в кінцевому рахунку до формування співвідповідальності за публічно прийнятні рішення, що відповідає філософії самоврядного демократичного мислення. Останнє є особливо актуальним, адже досить тривалий час українська державність формувалась на фоні ігнорування потенціалу місцевих громад, штучно створюючи неприродні перешкоди наявним ініціативам. Події останніх років довели, що зміни можливі, якщо будуть функціонувати реальні, правильно сплановані та запроваджені проекти, яким зокрема є паніципаторне бюджетування. Партиципаторний бюджет покликаний мінімізувати дисонанс між наявними можливостями та елементарною нездатністю частини населення адаптуватися до середовища впливу громади на муніципальне управління.

<sup>1</sup> Поняття «партиципаторний бюджет» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: – [https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D0%B0%D1%80%D1%82%D0%B8%D1%86%D0%B8%D0%BF%D0%B0%D1%82%D0%BE%D1%80%D0%BD%D0%B8%D0%B9\\_%D0%B1%D1%8E%D0%B4%D0%B6%D0%B5%D1%82](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D0%B0%D1%80%D1%82%D0%B8%D1%86%D0%B8%D0%BF%D0%B0%D1%82%D0%BE%D1%80%D0%BD%D0%B8%D0%B9_%D0%B1%D1%8E%D0%B4%D0%B6%D0%B5%D1%82)

<sup>2</sup> Фондація Лабораторія суспільних досліджень та інновацій «Сточня» Стандарти процесів партиципаторного бюджетування в Польщі : [Електронний ресурс] / Фондація Лабораторія суспільних досліджень та інновацій «Сточня». – 2015. – Видання друге. – С. 6–28. – Режим доступу: [http://www.prostir.ua/wp-content/uploads/2016/05/standardy\\_budzetow\\_wydanie-II-3.pdf](http://www.prostir.ua/wp-content/uploads/2016/05/standardy_budzetow_wydanie-II-3.pdf)

<sup>3</sup> Там само.

<sup>4</sup> Про громадський (партиципаторний) бюджет м. Суми : Положення Сумської міської ради від 30 березня 2016 року № 504-МР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80>

<sup>5</sup> Там само.

## Резюме

### **Роговенко О. В., Пинчук Б. В. Партиципаторний бюджет місцевих громад.**

Представлена стаття досліджує інститут партиципаторного бюджетування, здійснює аналіз передумов для його запровадження в Україні на основі кращого європейського та світового досвіду, успішної практики організації та проведення партиципаторного бюджетування у м. Суми у поточному році.

**Ключові слова:** партиципаторний бюджет, партиципаторне бюджетування.

## Резюме

### **Роговенко О. В., Пинчук Б. В. Партиципаторный бюджет местных общин.**

Представленная статья исследует институт партиципаторного бюджета, осуществляет анализ предпосылок для его применения на основе лучшего европейского и мирового опыта, успешной практики организации проведения партиципаторного бюджета в г. Сумы в поточном году.

**Ключевые слова:** партиципаторный бюджет, процесс реализации партиципаторного бюджета.

Summary

**Rohovenko O., Pinchuk B. Participative budgets of local communities.**

Presented article explores the institute of participative budget, analyzes the prerequisites for its application based on the best European and world experience, the successful practice of the organization of the participative budget in Sumy during the current year.

**Key words:** the participative budget, the process of implementing the participative budget.

УДК 342.9

**Л. В. ТРОФІМОВА**

*Лариса Віталіївна Трофімова, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник, доцент Національного гірничого університету*

## **ВПЛИВ ПРАКТИКИ НАЦІОНАЛЬНИХ СУДІВ НА ЗДІЙСНЕННЯ ФІНАНСОВОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ**

Проблема впливу на суд з боку політиків, чиновників не є новою (*рішення ЄСПЛ у справах Совтрансавто-Холдинг в. України – численні акти втручання у судовий процес самі по собі несумісні з поняттям «незалежний і неупереджений суд»; Олександр Волков в. України – відсутність будь-яких вказівок і практики, які встановлювали б послідовне і обмежувальне тлумачення поняття «порушення присяги», та відсутність належних правових гарантій призвели до того, що наслідки застосування відповідних положень українського законодавства виявилися непередбачуваними; Агрокомплекс в. України – повага з боку держави до авторитету судів є невід’ємною передумовою впевненості суспільства в судах і, в ширшому сенсі, верховенства права*), проте питання вивчення впливу практики національних судів на здійснення фінансової політики держави залишаються відкритими.

Судові рішення за певних політичних обставин та за наявності прогалин у законодавстві, особливо у ситуаціях можливості подвійного трактування норм законів, можуть перетворюватися на основне джерело права, підмінюючи навіть право волевиявлення громадян. Публічна політика спрямована на забезпечення суспільного інтересу (на відміну від таких варіантів, як «державний інтерес», «корпоративний інтерес», «приватний інтерес»). Завдання публічної політики якраз і полягає в тому, щоб створити механізми виявлення і забезпечення суспільного інтересу. Механізми публічної політики, на відміну від державної політики, забезпечують можливості представлення та узгодження позицій різних заінтересованих сторін у прийнятті політичних або політико-управлінських рішень<sup>1</sup>. У межах окресленої тематики статті немає можливості для дискусії щодо характеру потреб у визначенні інтересу, проте підкреслимо, що варто дослухатись до наукового бачення П. М. Рабіновичем співвідношення понять: публічний, публічно-приватний, приватно-публічний, приватний інтерес, з’ясувати дихотомію «суспільний – особистий», охоронюваний законом інтерес, чинники та міру задоволення потреб людини, зважаючи на функцію правосуддя, місію суду як гаранта справедливості.

В окремій думці М. А. Маркуш – судді КСУ стосовно Рішення КСУ від 25 січня 2012 р. № 3-рп/2012 зазначено: функцію держави щодо забезпечення загальносуспільних потреб у сфері соціального захисту, її обов’язок справедливо й неупереджено розподіляти суспільне багатство з дотриманням при цьому рівня державних гарантій конституційного права на соціальний захист поставлено в залежність від фінансових можливостей держави. Така правова позиція КСУ суперечить раніше викладеним ним правовим позиціям, якими пріоритетом визнавалися не фінансові можливості держави, а її обов’язок забезпечувати конституційні права та гарантії громадян. Висновок КСУ щодо повноваження КМУ регулювати порядок та розміри соціальних виплат, що фінансуються за рахунок коштів держбюджету, виходячи з фінансових можливостей держави, суперечить доктрині пріоритетності застосування норм Конституції України, що регулюють правовідносини щодо повноважень законодавчої та виконавчої гілок влади у сфері соціального захисту<sup>2</sup>.

У Спільному висновку Венеційської комісії та Дирекції з співпраці Генеральної дирекції з прав людини та правових питань Ради Європи щодо Закону України про судоустрій і статус суддів зазначено (п. 111): судова практика ЄСПЛ показує, що судові провадження в Україні характеризуються двома основними проблемами, які призводять до значної кількості однотипних звернень: це, по-перше, тривалість провадження в цивільних і кримінальних справах і відсутність ефективних засобів виправлення такої ситуації та, по-друге, невиконання рішень національних судів.

Згідно з Конституцією України держава забезпечує захист прав усіх суб’єктів права власності й господарювання, соціальну спрямованість економіки (ст. 13). Забезпечення економічної безпеки України є однією з найважливіших функцій держави (ст. 17).

В Україні за умови невиконання дохідної частини бюджету гострою є проблема фінансування якості життя та суспільних потреб, виконання гарантованих боргових зобов’язань держави (на кінець листопада 2016 р. –

1 728,88 млрд грн), зменшення заборгованості за рішеннями ЄСПЛ (понад 400 млн грн), відшкодування збитків і шкоди за рахунок бюджету. Проблема термінологічної невизначеності у рішеннях суду – стягнути з держави чи державного бюджету; стягнути у сумі чи у розмірі?; стягнути з держави за рахунок бюджету.

Міністр юстиції України П. Д. Петренко щодо стану справ зазначив: «ми маємо зараз жахливу ситуацію – тільки 5 % судових рішень, що виносяться українськими судами, виконуються (статистика простежується протягом останніх 20 років)»<sup>3</sup>. ЄСПЛ в ухвалі про часткову прийнятність заяви № 56849/00 у справі Півень v. України підкреслив: українське законодавство надає в принципі кожній заінтересованій стороні можливість звернутися до суду з заявою про зміну порядку і способу виконання рішення суду у випадку, коли існують обставини, що ускладнюють це виконання чи роблять його неможливим. Українське право також передбачає можливість оскарження до суду дій чи бездіяльності державного виконавця в процедурі виконання рішення суду. ЄСПЛ у справі Броньовський v. Польщі наголосив, що, оцінюючи поведінку держави, варто враховувати такий чинник, як існування невизначеності – чи то внаслідок законодавчих або адміністративних заходів, чи то внаслідок підходів, які органи влади застосовують на практиці. Насправді, коли під загрозою опиняються загальні інтереси, саме органи державної влади зобов'язані вжити своєчасних, відповідних і послідовних заходів.

Питаннями удосконалення практики вітчизняних судів, що впливає на фінансову політику держави, опікуються вчені, адвокати, судді, практикуючі юристи, експерти, зокрема Т. О. Анцупова, В. М. Бевзенко, Ю. В. Білоусов, С. Ю. Войнолович, С. Д. Гусарев, Г. В. Демченко, Є. О. Зверев, С. О. Іванов, М. К. Закурін, С. В. Ківалов, М. І. Козюбра, Є. Б. Кубко, В. М. Кузьмишин, Р. О. Куйбіда, І. О. Лютий, М. М. Мальський, Л. М. Москвич, Л. А. Музика, В. П. Нагребельний, О. М. Пасенюк, М. І. Сірий, М. І. Смокович, Г. О. Усатий, Є. А. Усенко, Д. Ю. Хорошковська, В. І. Ямковий та ін.<sup>4</sup>

Голова ВСУ Я. М. Романюк наголосив: «Оскільки в результаті прийняття змін до Конституції парламент повністю усунуто від процесів формування суддівського корпусу, то, імовірно, певна частина політичному все ж не бажає позбавлятися можливості впливати на суддів і плекає надію, що в процесі відкритих конкурсів у «нові» суди вдасться зробити так, щоб суддями стали багато їх політичних прихильників. Я – не політик, а юрист і суддя. Нині ми спостерігаємо чергову судову реформу. Однак, на мою думку, проведення теперішньої реформи більшою мірою продиктоване не бажанням політиків, а життям і потребами нашого суспільства»<sup>5</sup>. Суддя М. К. Закурін переконує, що практика національних судів щодо розгляду конкретних справ, пов'язаних з помилками у застосуванні дискреційних повноважень, стоїть на головному принципі національної системи права – застосуванні «букви закону»<sup>6</sup>.

На нашу думку, варто враховувати підґрунтя правопорядку у контексті ч. 1 та ч. 2 ст. 19 Конституції України. КСУ підкреслює у пп. 4.1. Рішення КСУ у справі від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004, що «одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори: зокрема, норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якністю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістає відображення в Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим...». Р. О. Куйбіда зазначив, що закон об'єктивно не може чітко прописувати всі випадки життя, він повинен давати лише орієнтири (критерії) для визначення виду тих чи інших справ<sup>7</sup>. С. В. Вільнянський наголошував, що значення судової практики є реальним фактом, і його неможливо усунути твердженнями, що ґрунтуються на тому формальному доводі, що судові рішення є обов'язковим лише у тій справі, в якій воно винесено<sup>8</sup>.

Важливість аналізу законодавчих, виконавчих та судових інститутів має три аспекти: 1) політика може бути правовою або легітимною. Аналізується лише діяльність державних інституцій; 2) здійснення державної політики через прийняття законів означає, що політика охоплює суспільство в цілому. Отже, кожен громадянин має виконувати прийняті державно-політичні рішення, а ці рішення, у свою чергу, стосуються кожного громадянина; 3) державні інститути можуть примусити громадян виконувати державно-політичні рішення шляхом запровадження системи штрафів і покарань для тих, хто їх не виконує. Державна політика: аналіз та впровадження в Україні<sup>9</sup>. ЄСПЛ у справі Фадєєва v. Росії з посиланням на рішення у справі Баклі v. Сполученого Королівства, зазначив, що згідно з усталеною практикою ЄСПЛ саме національні органи влади мають дати вихідну оцінку «необхідності» втручання як стосовно законодавчого поля, так і реалізації конкретного заходу, але, незважаючи на надану національним органам влади свободу розсуду, їхні рішення підлягає перевірці судом на предмет його відповідності вимогам ЄКПЛ. У справі Занд v. Австрії положення «суд, установлений законом», зокрема означає, що «судова організація в демократичному суспільстві не повинна залежати від розсуду виконавчої влади, а має регулюватися законом, що ухвалює парламент».

Формування, реалізація, розвиток фінансової політики держави потребує вивчення міжнародного досвіду, систематизації висновків наукових досліджень, аналізу практики національних судів і ЄСПЛ для покращення управління та публічного адміністрування з метою забезпечення якісного служіння людині у глобалізованому просторі на підґрунті процесів реформування суспільних відносин. Залишається таким, що потребує покращення, питання удосконалення судової політики, політики адміністрування судового збору, формування системи правових механізмів реалізації фінансової політики держави у нормативній системі та практиці управління. Необхідність дослідження даної проблеми зумовлюється тим, що від системного аналізу результатів розгляду справ національними судами, справедливого відновлення порушених прав людини,



збалансованого фінансування, якісного управління, своєчасного реагування на проблеми правозастосування, оптимального врахування у фінансовому плані країни національних інтересів та забезпечення конституційних гарантій залежить розвиток України з утвердженням цінності верховенства права.

**Мета статті** – аналіз теоретичних, організаційних, інформаційних питань судової практики (практики національних судів) з метою покращення здійснення фінансової політики держави та внесення пропозицій задля усунення прогалин регулювання відносин у сфері утворення і використання публічних фінансів.

Законом України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» № 2411-VI від 1 липня 2010 р. визначено принципи, на яких ґрунтується політика. Серед основних засад політики у сфері розбудови державності визначено: забезпечення справедливого і доступного судочинства; забезпечення дотримання міжнародних стандартів незалежності суддів.

На доктринальному рівні (доктрина судового прецеденту (*ratio decidendi*), доктрина *stare decisis* – судді зв'язані при вирішенні справ раніше прийнятими прецедентами), а також в англосаксонській системі судові рішення визнаються джерелом права. За словником *Black's law dictionary* *stare decisis* – це доктрина, в якій суд, встановивши один раз принцип права як такий, що застосовується до певного стану речей, буде слідувати цьому принципу і застосовувати його до всіх наступних справ, де факти значною мірою однакові<sup>10</sup>. Доктрина усталеної судової практики (*jurisprudence constante*, *giurisprudenza costante*) вимагає від судів визнавати важливість усталеної судової практики і дотримуватись раніше прийнятих та узгоджених судових рішень, що розглядаються як переконливий доказ правильного тлумачення правової норми. «Головна відмінність між доктриною *jurisprudence constante* та доктриною *stare decisis* полягає в тому, що для *stare decisis* достатню підставу створює одинична справа, тоді як основу для *jurisprudence constante* формує послідовність вирішених справ, узгоджених між собою»<sup>11</sup>. Джерельною основою вирішення правових конфліктів для національних судів є Конституція та закони, рішення КСУ, ВСУ, інших судових інстанцій у конкретних справах, що набрали законної сили. ЄСПЛ у рішенні *Kruslin v. France* визнав важливу роль прецедентного права, що розвиває та розширяє зміст правових норм, прецедентне право відіграє важливу роль у континентальних країнах.

Як відомо, під судовою практикою розуміють положення (позиції, висновки) рішень судів, що виробляються при розгляді категорій справ. Судова практика національних судів розглядається як неформальне джерело права. За об'єктом впливу на норми права (безпосередньо – визнання нечинною або такою, що не підлягає застосуванню; інстанційний контроль тлумачення/інтерпретації; опосередковано – узагальнення, роз'яснення, інформування, публічна критика і огляд практики) судова практика охоплює усі правовідносини (ст. 55 Конституції України). В. І. Ямковий джерелом права пропонує вважати прецедентну судову практику, тобто рішення, що приймаються вищими судовими інстанціями з принципових питань, що по-різному вирішуються нижчими судами. Прецедентна практика відрізняється від поточної, тобто такої, що містить досвід застосування законодавства, який відображається в рішеннях судів із конкретних юридичних справ, і керівної, тобто такої, що становить досвід застосування законодавства, виражений в особливих актах центральних судових органів, не пов'язаних безпосередньо з відправленням правосуддя з конкретних справ, у яких дані практики узагальнено<sup>12</sup>.

Суд, виступаючи арбітром між законодавцем і суб'єктом правозастосування, несе основний тягар відповідальності за справедливе вирішення правового конфлікту, ефективно відновлюючи порушене право особи.

Мінфін є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади (ЦОВВ), що забезпечує, зокрема, формування та реалізує державну фінансову та бюджетну політику, забезпечує формування й реалізацію державної політики у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, запобігання і протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму та забезпечує формування і реалізацію єдиної державної податкової, митної політики, державної політики з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Мінфін відповідно до покладених на нього завдань узагальнює практику застосування законодавства з питань, що належать до його компетенції, розробляє пропозиції щодо вдосконалення законодавчих актів, актів Президента України, КМУ та в установленому порядку вносить їх на розгляд КМУ. Мінфін у своїй діяльності керується Конституцією та законами України, указами Президента України та постановами ВРУ, прийнятими відповідно до Конституції України та законів України, актами КМУ, іншими актами законодавства<sup>13</sup>.

Під державною політикою розуміють сукупність ціннісних цілей, державно-управлінських заходів, рішень і дій, порядок реалізації державно-політичних рішень (поставлених державною владою цілей) і системи державного управління розвитком країни. Визначальним для державної політики є результат її реалізації, тобто кількісний вимір її цілей<sup>14</sup>; це відносно стабільна, організована й цілеспрямована діяльність/бездіяльність державних інституцій, здійснювана ними безпосередньо чи опосередковано щодо певної проблеми або сукупності проблем, яка впливає на життя суспільства<sup>15</sup>.

Законом України «Про виконавче провадження» визначено (ст. 3), що рішення про стягнення коштів з державних органів, державного та місцевих бюджетів або бюджетних установ виконуються органами, що здійснюють казначейське обслуговування бюджетних коштів. Постановою КМУ від 3 серпня 2011 р. № 845 (ред. від 30 січня 2013 р. № 45), затверджено Порядок виконання рішень про стягнення коштів державного та місцевих бюджетів або боржників (п. 3): рішення про стягнення коштів державного та місцевих бюджетів або боржників виконуються на підставі виконавчих документів виключно органами Казначейства у порядку черговості надходження таких документів (про стягнення коштів державного та місцевих бюджетів – з попереднім інформуванням Мінфіну, про стягнення коштів боржників – у межах відповідних бюджетних призначень,

наданих бюджетних асигнувань (залишків коштів на рахунках підприємств, установ, організацій). Проте ЄКПЛ передбачає (ст. 13) право на ефективний засіб правового захисту: «кожна людина, чії права та свободи, визнані в цій Конвенції, були порушені, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які виступають в якості офіційної особи».

У справі *Merit v. України*, № 66561/01 зазначено: Суд має реалістично враховувати не просто існування формальних засобів правового захисту в правовій системі Договірної держави, про яку йдеться, а й загальний правовий та політичний контекст, у якому вони функціонують, а також особисті обставини справи самого заявника (*Акдівар та інші v. Туреччини*, п. 69). Суд повинен з'ясувати, чи заявник, з огляду на всі обставини цієї справи, зробив усе, що можна було розумно від нього очікувати, для вичерпання національних засобів правового захисту. Суд вважає, що приклади, які Уряд наводить із національної практики, мало допомагають у цьому відношенні. Натомість, ч. 2 ст. 3 Закону України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» регламентовано: у разі якщо рішення суду про стягнення коштів з державного підприємства або юридичної особи не виконано протягом шести місяців з дня винесення постанови про відкриття виконавчого провадження, його виконання здійснюється за рахунок коштів, передбачених за бюджетною програмою для забезпечення виконання рішень суду; передбачено виплату компенсації за несвоєчасне виконання судового рішення – стягувачу виплачується компенсація в розмірі 3 % річних від несплаченої суми за рахунок коштів, передбачених за бюджетною програмою для забезпечення виконання рішень суду (ст. 5).

У ЄДР судових рішень (<http://reyestr.court.gov.ua>) можна знайти рішення, де у резолютивній частині підмінюється зміст поняття «у розмірі – у сумі»: стягнути у сумі з визначенням конкретної суми та помилково «стягнути у розмірі з визначенням конкретної суми», проте якщо закон визначає: в розмірі 3 % річних від несплаченої суми, то у рішенні суду має бути обрахована і конкретно визначена сума коштів.

Варто підтримати думку, яку висловили Ю. В. Білоусов та С. О. Іванов: саме ЦОВВ, який забезпечує формування фінансової політики, варто залучати у процес та на стадії виконання судового рішення щодо стягнення збитків за рахунок держави (тобто, під час безпосередньо цивільно-правової відповідальності держави та під час субсидіарної відповідальності держави за зобов'язаннями її суб'єктів публічного права)<sup>16</sup>. У справах безпосередньої майнової відповідальності держави відповідачем за зобов'язаннями варто визнавати державу в особі її органу державної влади, з вини якого було завдано збитки, та ЦОВВ, що забезпечує формування фінансової політики і на рахунках якого акумульовані бюджетні кошти<sup>17</sup>.

Практика національних судів впливає на здійснення фінансової політики держави шляхом формування поваги до людини й Конституції України, справедливого захисту прав, свобод, інтересів людини, відновлення порушеного права з компенсацією втрат, забезпечення незалежності суду (фінансування судів), здійснення судового контролю, відправлення правосуддя у контексті спонукання органів влади, публічної адміністрації до дій щодо забезпечення виконання рішень суду із врахуванням принципу правової певності, подолання колізій і прогалин законодавства, продукування ідей для розвитку національної науки, визначення орієнтирів для нормотворчості на підґрунті аналізу судової практики та конституційних основ формування, ухвалення, оцінки реалізації державної політики, підвищення ефективності вітчизняного фінансового законодавства.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає, що єдність системи судоустрою забезпечується (ст. 4), зокрема: обов'язковістю для всіх судів правил судочинства, визначених законом; єдністю судової практики; обов'язковістю виконання на території України судових рішень. ВСУ є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом – КАС (ст. 244-2), ГПК (ст. 111-28), ЦПК (ст. 360-7), КПК (ст. 458). Законом України «Про виконання рішень та застосування практики ЄСПЛ» передбачено (ст. 17), що суди України зобов'язані застосовувати ЄКПЛ та практику ЄСПЛ як джерело права.

Законом України «Про ЦОВВ» завданнями міністерства як органу, що забезпечує формування та реалізує державну політику в одній чи декількох сферах, 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, КМУ на розгляд Президентів України та КМУ; забезпечення здійснення соціального діалогу на галузевому рівні; узагальнення практики застосування законодавства. Тому пропонуємо у Положенні про Мінфін п. 3 «основні завдання» доповнити таким реченням: «узагальнює практику застосування законодавства з питань, що належать до його компетенції», замість відповідних дій згідно з п. 4 до завдань за Положенням, затвердженим постановою КМУ від 20 серпня 2014 р. № 375.

Механізм вироблення та впровадження фінансової політики держави, що пов'язаний з правовою, економічною, соціальною та іншими політиками у стратегічному розвитку держави, потребує: термінологічної визначеності та уніфікації понятійного апарату законодавцем; запровадження реєстру та обліку з можливістю громадського контролю щодо справ (суми) про відшкодування шкоди (збитків), виплату коштів з бюджету за рішеннями національних судів, за рішеннями ЄСПЛ; забезпечення повноцінної циркуляції інформації про судову реформу та доступність для аналізу і використання судової практики національних судів, проведення роз'яснювальної роботи про спектр навчально-аналітичних, інформаційних можливостей ресурсу бази рішень ЄСПЛ – HUDOC та офіційного веб-порталу «Судова влада України»; публічної звітності не лише про суми сплаченого і використаного судового збору, а й інших публічних доходів і видатків; забезпечення фінансової безпеки та якісного фінансового контролю з метою фінансування суспільних потреб.

- <sup>1</sup> Телешун С. О. Правові механізми реалізації публічної політики / С. О. Телешун, С. В. Ситник : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.academy.gov.ua/ej/ej12/txts/10tsorpp.pdf>
- <sup>2</sup> Окрема думка судді КСУ Маркуш М. А. від 02.02.2012 // Вісник Конституційного суду України. – 2012. – № 2. – С. 25.
- <sup>3</sup> Собко Я. Исполнение решений Европейского суда: халатность Минюста, возмещение за счет виновного и его увольнение / Я. Собко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sud.ua/publications/2016/12/23/98934-ispolnenie-reshenij-evropejskogo-syda-khalatnost-minyusta-vozmeshchenie-za-schet-vinovnogo-i-ego-yvolnenie>; Павло Петренко: Україна – одна з лідерів за кількістю справ у Європейському суді : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.5.ua/suspilstvo/petrenko-ukraina-odna-z-lideriv-po-kilkosti-sprav-u-yevropeiskomu-sudi-128957.html>; Мін'юст пришвидшить реалізацію рішень ЄСПЛ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bd.od.court.gov.ua/sud1505/news/138223/>
- <sup>4</sup> Зверев С. О. Тлумачення міжнародних договорів національними судами : європейський досвід та українська практика : дис. ... канд. юрид. наук / Зверев С. О. ; МОН України, Нац. ун-т Києво-Могила. акад. – К., 2015. – 226 с.; Хорошковська Д. Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2006.; Войнолович С. Ю. Практика судів під час визначення предметної підсудності справ адміністративної юрисдикції / С. Ю. Войнолович : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://naukajournal.org/index.php/ISMSD/article/view/962>; Мальський М. М. Практика судів України як джерело транснаціонального виконавчого процесу / М. М. Мальський // Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. – 2016. – Вип. 2. – С. 64–68: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/apvu\\_2016\\_2\\_18](http://nbuv.gov.ua/UJRN/apvu_2016_2_18); Москвич Л. М. Вплив практики Європейського суду з прав людини на судову практику національних судів : текст доповіді / Л. М. Москвич // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. – Х., 2014. – Вип. 27. – С. 327–335 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/7336>; Трофімова Л. Значення використання рішень Європейського суду з прав людини при вирішенні спорів вітчизняними судами та формуванні фінансово-правової культури / Л. Трофімова // Право України. – 2011. – № 7. – С. 116–124; Трофімова Л. В. Методологічні засади дослідження фінансової безпеки держави / Л. В. Трофімова // Фінансова безпека України на сучасному етапі: матеріали II Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції (м. Ірпінь, 28 листопада 2016 р.). – Ірпінь : Університет ДФС України, 2016. – 238 с. ; Трофімова Л. В. Практика ЄСПЛ у регулюванні фінансової політики / Л. В. Трофімова : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.sworld.com.ua/index.php/ru/legal-and-political-science-411/financial-law-411/10994-411-0454>; Чальцева Е. М. Концепт «публичная политика»: трудности определения / Е. М. Чальцева : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?...2](http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?...2)
- <sup>5</sup> Інтерв'ю з Головою ВСУ Я. Романюком : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://lb.ua/news/2016/12/20/353913\\_politichni\\_domovlenosti\\_sogodni.html](http://lb.ua/news/2016/12/20/353913_politichni_domovlenosti_sogodni.html)
- <sup>6</sup> Закурін М. К. Дискреція – дія на власний розсуд. Поняття та прояв / М. К. Закурін : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ks.arbitr.gov.ua/sud5024/8/8/721/>
- <sup>7</sup> Куйбіда Р. Межі адміністративної юрисдикції : спірні питання / Р. Куйбіда // Юридичний вісник України. – 2007. – № 25 (625). – С. 6–7.
- <sup>8</sup> Вильнянский С. К. К вопросу об источниках советского права / С. К. Вильнянский // Проблемы социалистического права. – 1939. – № 4–5. – С. 62–71. – С. 70.
- <sup>9</sup> Конспект лекцій до навчального модуля / уклад. В. А. Ребало, В. В. Тертичка. – К. : Вид-во УАДУ, 2002. – 80 с. – С. 23.
- <sup>10</sup> Black Henry Campbell M. A. A Law Dictionary / Henry Campbell Black M. A. – Second ed. – St. Paul, Minn. : West Publishing Co, 1910.
- <sup>11</sup> Willis-Knighton Medial Center v. Caddo-Shreveport Sales and Use Tax Commission, 903 So. -2d 1071, at № 17 (La. 2005). (Opinion № 2004-C-0473) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lasc.org/opinions/2005/04c0473.opn.pdf>
- <sup>12</sup> Ямковий В. І. Впровадження судового прецеденту як необхідний елемент гармонізації законодавства України з європейськими правовими системами / В. І. Ямковий // Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал «Порівняльно-правові дослідження». – 2009. – № 2. – С. 25–30. – С. 29.
- <sup>13</sup> Про затвердження Положення про Міністерство фінансів України : постанова КМУ № 375 від 20 серпня 2014 р. // Урядовий кур'єр. – 2014. – № 155.
- <sup>14</sup> Державна політика : підруч. / Нац. акад. держ. упр. при Президентові України ; ред. кол. : Ю. В. Ковбасюк (голова), К. О. Ващенко (заст. голови), Ю. П. Сурмін (заст. голови) [та ін.]. – К. : НАДУ, 2014. – 448 с. – С. 8.
- <sup>15</sup> Державна політика: аналіз та впровадження в Україні: Конспект лекцій до навчального модуля / уклад. В. А. Ребало, В. В. Тертичка. – К. : Вид-во УАДУ, 2002. – 80 с. – С. 6.
- <sup>16</sup> Білоусов Ю. В. Проблемні питання визначення відповідача у справах про стягнення коштів державного бюджету / Ю. В. Білоусов, С. О. Іванов : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.irbis-nbuv.gov.ua/.../cgiirbis\\_64.exe](http://www.irbis-nbuv.gov.ua/.../cgiirbis_64.exe) – С. 99.
- <sup>17</sup> Там само. – С. 101.

## Резюме

### **Трофімова Л. В. Вплив практики національних судів на здійснення фінансової політики держави.**

У статті проаналізовано вплив судової практики для покращення здійснення фінансової політики держави. Практика національних судів впливає на здійснення фінансової політики держави шляхом формування поваги до людини і Конституції України, подолання колізій і прогалин законодавства, продукування ідей для розвитку національної науки, визначення орієнтирів для нормотворчості на підґрунті аналізу судової практики та конституційних основ формування, ухвалення, оцінки реалізації державної політики, підвищення ефективності вітчизняного фінансового законодавства. Запропоновано в Положенні про Мінфін до основних завдань віднести узагальнення застосування законодавства з питань, що належать до його компетенції.

**Ключові слова:** аналіз, державна політика, прецедент, судова практика, тлумачення, фінанси.

## Резюме

### **Трофімова Л. В. Влияние практики национальных судов на осуществление финансовой политики государства.**

В статье проанализировано влияние судебной практики для улучшения осуществления финансовой политики государства. Практика национальных судов влияет на осуществление финансовой политики государства путем формирования уважения к человеку и Конституции Украины, преодоления коллизий и пробелов законодательства, выработки идей для развития нацио-

нальній науки, определения ориентиров для нормотворчества на основе анализа судебной практики и конституционных основ формирования, принятия оценки реализации государственной политики, повышения эффективности отечественного финансового законодательства. Предложено в Положении о Минфине к основным задачам отнести обобщение применения законодательства по вопросам, относящимся к его компетенции.

**Ключевые слова:** анализ, государственная политика, прецедент, судебная практика, толкование, финансы.

#### Summary

**Trofimova L. Influence of the practice of national courts in the implementation of the financial policy of the state.**

The article analyzes the influence of judicial practice in order to improve the implementation of the financial policy of the state. The practice of national courts affect the implementation of the financial policy of the state through the formation of respect for people and the Constitution of Ukraine, by overcoming conflicts and legal gaps, the development of ideas for the development of national science, by defining guidelines for norm-setting on the basis of the analysis of jurisprudence and constitutional bases of formation, by adopting the evaluation of the implementation of public policy, by improving the efficiency of domestic financial legislation. Proposed in the Regulation on the Ministry of Finance of Ukraine to include the main tasks the compilation of the application of legislation on issues related to its competence.

**Key words:** analysis, public policy, precedent, jurisprudence, interpretation, finance.

УДК 336.01:336.711+347.73

**Н. А. ФУКС**

*Наталія Анатоліївна Фукс, кандидат економічних наук, в.о. завідувача кафедри ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вади-ма Гетьмана»*

### ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ ПОНЯТЬ «УНІВЕРСАЛІЗАЦІЯ» ТА «СПЕЦІАЛІЗАЦІЯ» В БАНКІВСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

Банківська система відіграє важливу роль в економіці, забезпечуючи її фінансовими ресурсами, обслуговуючи рух капіталу, розрахунки між економічними суб'єктами та реалізуючи інші функції грошово-кредитного характеру. Сучасна банківська система є складним динамічним специфічним утворенням, яке характеризується наявністю великої кількості елементів, що виконують відносно різні функції, оскільки мають різне функціональне призначення, та різноманітністю зв'язків між ними. Банківська система України від початку свого становлення розвивається за моделлю універсалізації банківської діяльності, що пояснюється, зокрема, перманентною нестабільністю національної економіки загалом та її фінансової системи зокрема, превалюванням цієї моделі серед банківських систем європейських держав та процесами глобалізації економіки. Неоднозначне ставлення до тенденції універсалізації банківської діяльності серед вітчизняних фахівців сформувалося поступово на основі вивчення досвіду інших держав, нині воно підтверджується практикою функціонування вітчизняної банківської системи й тому потребує глибокого вивчення.

Становленню та розвитку банківської системи України присвячено чимало наукових праць як вчених-юристів, так і економістів. Зокрема, вважаємо доречним відмітити таких авторів, як Є. О. Алісов, О. І. Барановський, З. М. Васильченко, О. В. Васюренко, О. Д. Вовчак, Л. К. Воронова, Н. І. Гребеник, О. В. Дзюблук, В. Ю. Дудченко, І. І. Д'яконова, І. Б. Заверуха, І. Б. Івасів, Є. В. Карманов, В. В. Коваленко, Ю. М. Коваленко, А. Т. Ковальчук, О. А. Костюченко, Т. А. Латковська, Б. Л. Луців, І. О. Лютий, Т. В. Майорова, А. М. Мороз, Ю. І. Онищенко, О. П. Орлюк, А. А. Пересада, Л. О. Примостка, М. І. Савлук, Т. С. Смовженко, С. А. Циганов, Н. М. Шелудько та ін. Водночас, вважаємо, що нині недостатньо уваги приділяється питанням сутності універсалізації та спеціалізації в банківській діяльності, їх значенню для розвитку сучасної банківської системи, співвідношенню і взаємозв'язку й розумінню цих тенденцій у науковій та законодавчій площинах.

**Метою дослідження** є узагальнення наукового й законодавчого підходів до визначення сутності понять «універсалізація» та «спеціалізація» в банківській діяльності та обґрунтування необхідності внесення змін до національного банківського законодавства в частині визначення видового складу банків за функціональною спеціалізацією з урахуванням процесів взаємопроникнення універсалізації та спеціалізації в банківській діяльності, що загалом сприятиме підвищенню ефективності банківського регулювання та нагляду.

Досвід України останніх років довів, що однією з необхідних умов позитивного поступального розвитку національної економіки є ефективно функціонуюча банківська система, адже за відсутності надійного й розвинутого банківського сектору неможливо реалізовувати заходи щодо стабілізації та подальшої реструктуризації й модернізації в економічній сфері. Зважаючи на важливість даного ринкового сегмента для економіки, вагомого значення сьогодні набувають дослідження, спрямовані на надання оцінки відповідності чинних законодавчих засад потребам подальшого функціонування банківської системи.

Впродовж 2014–2017 рр. банківська система України переживає найскладніший етап розвитку за свою двадцяти п'ятирічну історію, опинившись за цей час в найбільш глибокій кризі. Кардинальні зміни в банківській системі держави, зокрема, можна простежити, виходячи з показника кількості діючих банків. Так, за даними Національного банку України, станом на 01 січня 2014 р. в банківській системі нашої держави налічувалося 180 банків, на 01 січня 2015 р. – 163, на 01 січня 2016 р. – 117, а вже на 01 грудня 2016 р. лише 98 діючих банків<sup>1</sup>. Таким чином, банківська система втратила 82 банки або 45,6 % від їх загальної кількості на початку 2014 р. Масове банкрутство банків в Україні, яке спостерігається останнім часом, гостро поставило питання про необхідність удосконалення законодавчого забезпечення банківської діяльності, зокрема, в частині здійснення банківського регулювання та нагляду. Відсутність належного законодавчого та державного регулювання банківської діяльності перешкоджає стабільному розвитку банківського сектора, його модернізації на засадах неухильного підтримання фінансової стійкості та ефективності банківської системи загалом, яка, своєю чергою, визначається стійкістю та ефективністю кожного окремого банку як елемента банківської системи.

Законодавчі засади функціонування банківської системи України поступально формуються впродовж її новітньої історії. Як показує аналіз, від початку 90-х рр. XX ст. розвитку банківського законодавства бракувало системного комплексного підходу. Тому зміни, які вносилися до відповідних законодавчих актів, переважно були обумовлені чинниками, які на поточний момент визначали стан національної економіки загалом та банківської системи зокрема, і найчастіше пояснювалися впливом чергової кризи. Натомість, основою для удосконалення банківського законодавства має стати концепція перспективного розвитку банківської системи держави, яка, насамперед, повинна надати відповідь на питання щодо видового складу банків, співвідношення універсалізації та спеціалізації в банківській діяльності тощо, адже не визначившись із цим, неможливо забезпечити ефективність банківського регулювання та нагляду.

На сьогодні маємо констатувати, що законодавство України, починаючи з 90-х рр. XX ст. не приділяє належної уваги визначенню універсалізації та спеціалізації в банківській діяльності. Так, у ст. 6 Закону Української Радянської Соціалістичної Республіки «Про економічну самостійність Української РСР» від 03 серпня 1990 р. № 142-ХІІ<sup>2</sup> зазначається, що банківська система нашої держави складається з Національного банку України, Зовнішньоекономічного банку України, республіканських акціонерно-комерційних банків, інших кредитних установ різних форм власності. При цьому порядок створення і діяльності на території України банків, у тому числі з участю іноземного капіталу (а, отже, і види банків – *прим. Авт.*), визначається українським законодавством.

Згодом, в ст.ст. 1, 22 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 20 березня 1991 р. № 872-ХІІ<sup>3</sup> (втратив чинність) було встановлено, що банки в Україні можуть бути різних видів. Так, у ст. 1 Закону стверджувалося, що банківська система складається з Національного банку України та комерційних банків, у тому числі Зовнішньоекономічного банку України, Ощадного банку України, республіканських та інших комерційних банків різних видів і форм власності, а в ст. 22 передбачено, що банки різних видів і форм власності створюються на акціонерних або пайових засадах. Спільною ознакою для усіх банків незалежно від видів та форм власності було визнано виконання функції, яка відповідно до ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» 1991 р. полягала у кредитуванні суб'єктів господарської діяльності та громадян за рахунок залучення коштів підприємств, установ, організацій, населення та інших кредитних ресурсів, касовому та розрахунковому обслуговуванні національної економіки, виконанні валютних та інших банківських операцій, передбачених цим Законом. Виходячи зі змісту ст. 3 Закону, в якій було наведено перелік банківських операцій, можна дійти висновку, що банкам вже на той час надавалася можливість розвиватися у напрямку універсалізації банківської діяльності, особливо, якщо взяти до уваги, що закріплений у Законі перелік банківських операцій був не вичерпним (п. 16 в першій редакції Закону передбачав здійснення банками інших операцій, в редакції зі змінами від 26 квітня 1993 р. – з дозволу Національного банку України). У контексті досліджуваного питання наголосимо, що Закон України «Про банки і банківську діяльність» 1991 р. не містить дефініцій понять «універсалізація» і «спеціалізація», а серед видів спеціалізацій банківської діяльності прямо була названа лише одна – ощадна. Так, у ст. 38 Закону зазначалося, що ощадну справу в Україні здійснює Ощадний банк України та інші комерційні банки, а Ощадний банк України є спеціалізованим комерційним банком (ст. 39 Закону).

Наприкінці 2000 р. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про банки і банківську діяльність» № 2121-ІІІ<sup>4</sup> в новій редакції, який спершу вніс помітні корективи до питання визначення універсалізації та спеціалізації банківської діяльності на законодавчому рівні. Так, у ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р. в першій редакції спільним для усіх банків визначено приналежність до юридичних осіб, які мають виключне право на підставі ліцензії Національного банку України здійснювати в сукупності такі операції: залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб. Даним Законом у ст. 4 вперше було закріплено класифікацію банків за характером діяльності з точки зору функціональної спеціалізації<sup>5</sup>: відтепер банки в Україні можуть функціонувати як універсальні або як спеціалізовані. За спеціалізацією банки поділяються на ощадні, інвестиційні, іпотечні, розрахункові (клірингові). Крім цього, на законодавчому рівні було визначено критерії, за досягнення яких банк мав набути статусу спеціалізованого, а саме: банк набуває статусу спеціалізованого у разі, якщо більше 50 відсотків його активів є активами одного типу, банк набуває статусу спеціалізованого ощадного банку в

разі, якщо більше 50 відсотків його пасивів є вкладками фізичних осіб (ст. 4 Закону) та встановлено обмеження щодо діяльності спеціалізованих банків – спеціалізованим банкам (за винятком ощадного) забороняється залучати вклади (депозити) від фізичних осіб в обсягах, що перевищують 5 відсотків капіталу банку (ст. 48 Закону), або ж навпаки передбачено звільнення від обмежень для інвестиційних банків при здійсненні прямих інвестицій (ст. 50 Закону). Згодом, у ст. 334 Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р. № 436-IV<sup>6</sup>, як і попередньо в першій редакції Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р., було встановлено, що банки можуть функціонувати як універсальні або як спеціалізовані, при цьому названо чотири види спеціалізацій в банківській діяльності – ощадна, інвестиційна, іпотечна і розрахункова (клірингова).

Отже, у першій редакції Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р. та в Господарському кодексі України було враховано напрацьовані світовою практикою принципи, які обумовлюють напрями діяльності банків, – принцип універсалізації, коли діяльність банку охоплює широке коло або всі дозволені законодавством операції (ст. 47 Закону), обслуговуючи таким чином різні сектори (галузі) національної економіки, та принцип спеціалізації (або сегментування), за яким діяльність банку зорієнтована, як правило, на певний вид операцій або сектор (галузь) економіки. Зазначені принципи, своєю чергою, обумовили появу таких понять, як «універсальний банк» та «спеціалізований банк». Зазвичай, універсальний банк визначають як: 1) кредитну установу, що здійснює усі основні види банківських операцій: депозитні, кредитні, фондові, розрахункові, інвестиційні і надає послуги<sup>7</sup>; 2) банк, який здійснює всі основні види банківських операцій, крім емісії банкнот: депозитні, кредитні, фондові, розрахункові, довірчі<sup>8</sup>. Що стосується розуміння сутності поняття «спеціалізований банк», то наука ще не виробила єдиного підходу до його визначення, зважаючи на наявність різних ознак для класифікації спеціалізованих банків. Тому скористаємося найбільш поширеним тлумаченням даного поняття. Так, на думку В. І. Лазепка, спеціалізований банк – це банк, діяльність якого внаслідок неринкових обмежень зосереджена на наданні вузького кола послуг та (або) на обслуговуванні чітко визначеного ринкового сегмента споживачів (прошарок населення, галузь економіки тощо) банківських послуг<sup>9</sup>. Отже, спеціалізація розуміється як концентрація діяльності банку на певних операціях або секторах (галузях), в яких останній має набуті переваги.

Надалі вищевказаний перелік видів банків за характером діяльності, а саме за функціональною спеціалізацією, було залишено лише в Господарському кодексі України. Натомість в ст. 4 Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р. із викладенням її в новій редакції згідно із Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання діяльності банків» від 15 лютого 2011 р. № 3024-VI<sup>10</sup> донині зазначається, що види спеціалізованих банків та порядок набуття банком статусу спеціалізованого визначає Національний банк України. Виходячи з цього положення, можна зробити висновок про те, що центральний банк держави наділений правом вводити до вже закріпленого в Господарському кодексі України переліку спеціалізацій у банківській діяльності нові види спеціалізацій й здійснювати це на рівні підзаконних нормативно-правових актів. У контексті зазначеного привертає увагу те, що в Господарському кодексі України не розкривається сутність тих спеціалізацій в банківській діяльності, які в Кодексі названі, а в нинішній редакції ст. 4 Закону України «Про банки і банківську діяльність», який є базовим спеціальним банківським законом, критерії, що мають слугувати підставою для набуття банком статусу спеціалізованого, відсутні.

Однак у ст. 4 Закону привертається увага до банку, який має статус Розрахункового центру з обслуговування договорів на фінансових ринках, що кореспондує зі ст. 15 Закону України «Про депозитарну систему України» від 06 липня 2012 р. № 5178-VI<sup>11</sup>. Водночас, згадка про види спеціалізацій банківської діяльності із прямою вказівкою ощадної спеціалізації лишилася в ст. 48 Закону, яка визначає обмеження щодо діяльності банків, та в ст. 50 Закону стосовно інвестиційних банків, про що вже йшлося вище. Таким чином, на законодавчому рівні все ж таки визнано, що функціональна спеціалізація банків принципово впливає на характер їхньої діяльності, зумовлює особливості формування пасивів та активів, побудову балансу банку тощо. Що ж стосується поняття «універсальний банк», то він взагалі в Законі не згадується. Слід також відмітити, що у ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р. зі змінами від 15 лютого 2011 р. в черговий раз змінено формулювання спільної для усіх банків характеристики, а саме: банк – це юридична особа, яка на підставі банківської ліцензії має виключне право надавати банківські послуги, відомості про яку внесені до Державного реєстру банків.

Вибірковим на сьогодні є розкриття питання щодо визначення видів банків за функціональною спеціалізацією й з боку Національного банку України. Так, у першій редакції Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні, затвердженій Постановою Правління Національного банку України 28 серпня 2001 р. № 368<sup>12</sup>, у Розділі IX «Спеціальні вимоги щодо діяльності банків» містилося положення про те, що Національний банк України здійснює регулювання діяльності спеціалізованих банків і встановлює спеціальні вимоги стосовно певного виду діяльності банків. При цьому, у відповідності з першою редакцією Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р., зазначалося, що банк набуває статусу спеціалізованого, якщо більше 50 відсотків його активів є активами одного типу, пов'язаного з іпотекою, інвестиційною діяльністю (однак, яка саме інвестиційна діяльність малася на увазі, – чи щодо розміщення та обігу цінних паперів, чи щодо надання середньо- і довгострокових кредитів, не уточнювалося – прим. Авт.), кліринговою діяльністю, а статусу ощадного банку, – якщо більше 50 відсотків його пасивів є вкладками фізичних осіб. Конкретніше сутність наведених видів спеціалізацій, визначення яких базувалося на оцінці структури активів банку, на той час визначалася в Главі 1 Положення про порядок створення і державної реєстрації банків, відкриття їх філій, представництв, відділень, затвердженого Постановою Правління Національного банку

України 31 серпня 2001 р. № 375<sup>13</sup> (втратило чинність), а саме: банк набуває статусу спеціалізованого (крім ощадного) у разі, якщо більше 50 відсотків його активів є активами одного типу: для інвестиційного банку – емісія та розміщення цінних паперів, що здійснюються за рахунок грошових коштів приватних інвесторів; для іпотечного банку – активи, розміщені під заставу землі чи нерухомого майна; для розрахункового (клірингового) банку – активи, що розміщуються на клірингових рахунках. Привертає також увагу й те, що в першій редакції Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні Національним банком України було введено словосполучення «уповноважені банки, що спеціалізуються на здійсненні однієї чи декількох банківських операцій, залучають кошти фізичних осіб для довгострокового кредитування будівництва житла», яке також вказувало на різновид функціональної спеціалізації, проте знаходилося за межами визначених на той час на законодавчому рівні видів спеціалізованих банків.

Нині, в Розділі VIII «Спеціальні вимоги щодо діяльності банків» Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні зі Змінами, затвердженими Постановою Правління Національного банку України «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного банку України» від 28 грудня 2011 р. № 479<sup>14</sup>, визначено лише критерій щодо однієї з наведених в Господарському кодексі України спеціалізацій – ощадної, для якої більше ніж 50 відсотків пасивів банку має бути вкладами фізичних осіб, незалежно від типу активів (як бачимо, дефініція суттєво змінилася) та введено новий вид спеціалізованого банку із розкриттям його специфіки – банку довірчого управління (обсяг операцій за договорами довірчого управління у такого банку має становити 100 і більше відсотків сукупних активів).

Вважаємо, що відсутність на законодавчому рівні визначення видів спеціалізацій у банківській діяльності та особливостей кожної з них унеможливило розвиток банківської системи України на засадах поєднання принципів універсалізації та спеціалізації. Саме тому, з одного боку, вітчизняна банківська система від початку свого становлення характеризується як така, що переважно складається з універсальних банків, а з іншого, – в Україні практично не реалізуються механізми створення спеціалізованих банків, які успішно діють в банківських системах інших держав. Проте, як показує світовий досвід, для більшості національних банківських систем характерна наявність універсальних і спеціалізованих банків. Крім цього, відсутність чіткого законодавчого розуміння дозволених спеціалізацій у банківській діяльності ставить під сумнів можливість здійснення Національним банком України ефективного банківського регулювання та нагляду стосовно спеціалізованих банків зокрема та банківської системи загалом.

Водночас, варто підкреслити, що закономірності розвитку банківської діяльності на сучасному етапі зумовлюють співіснування універсалізації банку з його спеціалізацією. Фактично в світовій практиці універсалізація банківської діяльності розвивається паралельно зі її спеціалізацією. Це пояснюється тим, що під універсалізацією слід розуміти право і готовність банку здійснювати всі або переважну більшість дозволених операцій, а не постійне їх здійснення. Таким чином, універсалізація і спеціалізація не виключають, а взаємодоповнюють одне одного. Водночас, однією з проблем, якій не приділяється належної уваги в Україні ані в науці, ані в законодавстві, є необхідність розмежування діяльності банків, в капіталі яких значну питому вагу займають вклади (депозити), та інвестиційних банків. Отже, актуальністю набуває питання раціонального співвідношення універсалізації та спеціалізації в банківській діяльності.

У контексті даного дослідження, на наш погляд, не можна оминати наявність протиріч між нормами Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р. та Господарського кодексу України й що найважливіше – Конституції України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР<sup>15</sup>. Так, у ст. 336 Господарського кодексу України зазначається, що здійснення функцій банків встановлюються Законом України «Про банки і банківську діяльність». Отже, якщо говорити про функції банків у сенсі напрямів або видів діяльності, то це означає, що в спеціальному банківському законі має бути наведений не лише перелік видів діяльності банків (ст. 47), а й визначені спеціалізації в банківській діяльності. Такий висновок, на наш погляд, підтверджується й вимогою принципу 4 Основних принципів ефективного банківського нагляду (Основних Базельських принципів)<sup>16</sup>, відповідно до якого дозволених види діяльності установ, які отримали ліцензію та підлягають нагляду як банки, мають бути чітко визначені. Крім цього, безпосередньо в ст. 1 Закону України «Про банки і банківську діяльність» 2000 р.<sup>17</sup> при визначенні предмету і мети даного Закону наголошено на тому, що він визначає структуру банківської системи, економічні, організаційні і правові засади створення та діяльності банків. Проте найголовніший аргумент щодо необхідності визначення на законодавчому рівні, тобто в Законі України «Про банки і банківську діяльність», видів спеціалізацій банківської діяльності, як нам видається, виходить з ч. 2 ст. 92 Конституції України, в якій проголошується, що виключно законами України встановлюються засади створення і функціонування фінансового ринку. А це і є не що інше, як середовище діяльності банків.

Підсумовуючи вищезазначене, можна сформулювати наступні пропозиції.

1. Виходячи з вимог ч. 2 ст. 92 Конституції України визначити в Законі України «Про банки і банківську діяльність» види спеціалізацій банківської діяльності із наведенням відповідних дефініцій – «універсальний банк», «спеціалізований банк», «ощадний банк», «інвестиційний банк», «іпотечний банк», «розрахунковий (кліринговий) банк», «банк довірчого управління» та інших видів спеціалізацій, відповідно до переліку, який в Законі має бути вичерпним.

2. Викласти друге речення ч. 3 ст. 334 Господарського кодексу України в такій редакції: «Банки можуть функціонувати як універсальні або як спеціалізовані – ощадні, інвестиційні, іпотечні, розрахункові (клірингові). Інші види спеціалізованих банків встановлюються Законом про банки і банківську діяльність».

3. Враховуючи світову практику поєднання універсалізації та спеціалізації банківської діяльності та необхідність визначення раціонального співвідношення універсалізації та спеціалізації в національній банківській системі, потребує удосконалення нормативно-правове забезпечення діяльності як універсальних, так і спеціалізованих банків.

<sup>1</sup> Основні показники діяльності банків України / Національний банк України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=34661442&cat\\_id=34798593](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=34661442&cat_id=34798593)

<sup>2</sup> Закон Української Радянської Соціалістичної Республіки «Про економічну самостійність Української РСР» від 03 серпня 1990 р. № 142-XII: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/142-12>

<sup>3</sup> Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 20 березня 1991 р. № 872-XII: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/872-12> (втратив чинність)

<sup>4</sup> Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 07 грудня 2000 р. № 2121-III: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2121-14/ed20001207/page> (перша редакція)

<sup>5</sup> Дзюблук О. В. Комерційні банки в умовах переходу до ринкових відносин: монографія / О. В. Дзюблук. – Тернопіль: Видавництво «Тернопіль», 1996. – С. 13.

<sup>6</sup> Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/436-15/page>

<sup>7</sup> Банківська енциклопедія / [Кол. авт.: Савлук М. І., Поддєрьогін А. М., Пересада А. А. та ін.]; під ред. д.е.н., професора Мороза А. М. – К.: Ельтон, 1993. – С. 277.

<sup>8</sup> Економічна енциклопедія: у 3-х т. – Т. 1 / Редкол.: ... С. В. Мочерний (відп. ред.) та ін. – К.: Видавничий центр «Академія», 2000. – С. 86.

<sup>9</sup> Лазепка В. І. Спеціалізовані банки: напрями та перспективи розвитку в Україні: автореф. дис. ... канд. екон. наук: спец. 08.04.01 – фінанси, грошовий обіг і кредит / В. І. Лазепка. – К., 2005. – 20 с.

<sup>10</sup> Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання діяльності банків» від 15 лютого 2011 р. № 3024-VI: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3024-17/ed20130609>

<sup>11</sup> Закон України «Про депозитарну систему України» від 06 липня 2012 р. № 5178-VI: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5178-17>

<sup>12</sup> Інструкція про порядок регулювання діяльності банків в Україні, затверджена Постановою Правління Національного банку України 28 серпня 2001 р. № 368: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0841-01/ed20010828/page> (перша редакція)

<sup>13</sup> Положення про порядок створення і державної реєстрації банків, відкриття їх філій, представництв, відділень, затверджене Постановою Правління Національного банку України 31 серпня 2001 р. № 375: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0906-01> (втратило чинність)

<sup>14</sup> Зміни до Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні, затверджені Постановою Правління Національного банку України «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного банку України» від 28 грудня 2011 р. № 479: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0096-12/para261#n261>

<sup>15</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>16</sup> Основні принципи ефективного банківського нагляду (Основні Базельські принципи) / Національний банк України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://bank.gov.ua/doccatalog/document?id=45251>

<sup>17</sup> Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 07 грудня 2000 р. № 2121-III: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>

#### Резюме

**Фукс Н. А. Теоретико-правові засади визначення сутності понять «універсалізація» та «спеціалізація» в банківській діяльності.**

У статті проаналізовано наукові підходи до визначення понять «універсальний банк» і «спеціалізований банк». На основі Закону України «Про банки і банківську діяльність» в редакціях 1991 і 2000 рр. та Господарського кодексу України 2003 р. виявлено зміни в законодавчому підході до порядку визначення видів спеціалізацій банківської діяльності від чіткого закріплення в законодавчих актах вичерпного переліку спеціалізованих банків до надання Національному банку України права самостійно визначати спеціалізації банківської діяльності. Висловлена точка зору щодо необхідності повернення до першого підходу, оскільки, на думку автора, види спеціалізацій банківської діяльності можна віднести до засад створення та функціонування фінансового ринку, учасниками якого є банки, що мають встановлюватися виключно законами відповідно до ст. 92 Конституції України.

**Ключові слова:** банк, банківська діяльність, універсальний банк, спеціалізований банк, Закон України «Про банки і банківську діяльність».

#### Резюме

**Фукс Н. А. Теоретико-правовые основы определения сущности понятий «универсализация» и «специализация» в банковской деятельности.**

В статье проанализированы научные подходы к определению понятий «универсальный банк» и «специализированный банк». На основе Закона Украины «О банках и банковской деятельности» в редакциях 1991 и 2000 гг. и Хозяйственного кодекса Украины 2003 г. выявлено изменения в законодательном подходе к порядку определения видов специализаций банковской деятельности от четкого закрепления в законодательных актах исчерпывающего перечня специализированных банков до предоставления Национальному банку Украины права самостоятельно определять специализации банковской деятельности. Сформулирована точка зрения относительно необходимости возвращения к первому подходу, поскольку, по мнению автора, виды специализаций банковской деятельности можно отнести к основам создания и функционирования финансового рынка, участниками кото-



рого являються банки, которые должны устанавливаться исключительно законами в соответствии со ст. 92 Конституции Украины.

**Ключевые слова:** банк, банковская деятельность, универсальный банк, специализированный банк, Закон Украины «О банках и банковской деятельности».

### Summary

#### **Fuks N. Theoretical and legal basics of determination of essence of concepts "universalization" and "specialization" in banking activity.**

Scientific approaches to determination of concepts "universal bank" and "specialized bank" are analyzed in the article. On basis of Law of Ukraine "On banks and banking activity" in editions of years 1991 and 2000 and Commercial code of Ukraine, 2003, changes in legal approach to procedure of determination of types of specialized banking activity are detected, starting from clear recording of comprehensive list of specialized banks in statutory documents to authorizing National bank of Ukraine the right of determine specializations of banking activity independently. The point of view about the necessity of return to first approach is stated, because, in author's opinion, types of specialization of banking activity can be related to basics of creation and functioning of financial market (where banks are participants), and thus should be established by laws exclusively, according to Chapter 92 of Constitution of Ukraine.

**Key words:** bank, banking activity, universal bank, specialized bank, Law of Ukraine "On banks and banking activity".

УДК 342.9

### Є. Ю. ЛИТВИНЕНКО

*Євген Юрійович Литвиненко, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА КОДИФІКАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Актуальність теми зумовлена необхідністю комплексного оновлення системи адміністративного законодавства України у зв'язку з формуванням демократичних інститутів правової держави, забезпеченням реалізації та захисту фундаментальних прав людини в сфері виконавчої влади в Україні, врахування європейських стандартів діяльності органів публічної адміністрації у вітчизняному законодавстві.

Кодифікація адміністративного законодавства в Україні виступає однією з провідних форм правотворчості, адміністративне законодавство налічує ряд кодифікованих актів законодавства, проте до цього часу не досягнутими залишаються визначені у Концепції адміністративно-правової реформи та доктрині адміністративного права завдання розвитку підгалузей адміністративного законодавства з поступовою їх кодифікацією з урахуванням прикладів країн Європейського Союзу (далі – ЄС).

Основною метою даної статті є: охарактеризувати кодифікацію адміністративного законодавства та її співвідношення з систематизацією, консолідацією законодавства; проаналізувати вітчизняний та європейський підходи до кодифікації європейського законодавства та на основі проведеного дослідження сформулювати пропозиції і рекомендації щодо удосконалення вітчизняної кодифікаційної роботи. Серед основних завдань такі: 1) визначити зміст та значення кодифікації адміністративного законодавства в контексті адміністративно-правової реформи; 2) розкрити ознаки кодифікації адміністративного законодавства, її відмінні та спільні риси у європейських країнах; 3) провести теоретико-правове узагальнення змісту ключових дефініцій та понять, що використовуються в кодифікаційній роботі; 4) визначити наступні напрями розвитку в досліджуваній сфері.

У вітчизняній правовій літературі кодифікацію законодавства розглядають як один із основних видів систематизації законодавства, ефективну форму правотворчості, засіб якісного перегляду великого нормативно-правового масиву, що має важливе значення для спрощення правового регулювання у пріоритетних сферах розвитку законодавства. В Україні до означених пріоритетних сфер необхідно віднести розвиток статусного законодавства про центральні органи виконавчої влади та їх взаємодію з громадянами, адміністративно-процедурне законодавство, адміністративно-процесуальне законодавство, законодавство про публічну (державну) службу, законодавство про основи діяльності органів локальної публічної адміністрації та низку інших важливих напрямів в адміністративно-політичній, соціально-культурній та економічній сферах.

У країнах Європейського Союзу кодифікація адміністративного законодавства була проведена у зв'язку з поглибленням європейської інтеграції на засадах децентралізації публічної адміністрації. Закріплення спільних цінностей та принципів ЄС отримало закріплення в нових редакціях конституцій європейських країн та низці нових кодифікованих актів законодавства в публічно-правовій сфері. До прикладу на сьогодні у Франції в зазначеній сфері діють 23 кодекси, що дає значні резерви інноваційного розвитку вітчизняного адміністративного права при проведенні порівняльно-правових досліджень. Проте комплексність дослідження необхідно забезпечити з урахуванням підходів щодо кодифікації адміністративного законодавства не тільки у фран-

цузькій, а й у німецькій, змішаній та британській адміністративній традиціях, що характеризуються особливостями адміністративно-правового регулювання та кодифікації адміністративного законодавства.

Враховуючи викладене, проведення комплексного дослідження сучасних європейських підходів до кодифікації адміністративного законодавства, методологічних засад проведення кодифікаційної роботи, порівняння та визначення ефективності окремих видів систематизації адміністративного законодавства (кодифікації, консолідації, інкорпорації), а також аксіологічних засад, що становлять фундамент правової системи та галузі права, їх відображення у системі законодавства та правозастосовній практиці органів публічної адміністрації відповідають стратегічним завданням реалізації державної політики України та розвитку громадянського суспільства, нагальним потребам приведення законодавства України у відповідність до європейських стандартів реалізації та захисту прав людини і громадянина у сфері виконавчої влади.

Теоретичну базу дослідження становили наукові праці таких відомих учених-адміністративістів, як В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, Н. О. Армаш, О. М. Бандурка, Д. М. Бахрах, І. Л. Бачило, В. М. Бевзенко, А. І. Берлач, Ю. П. Битяк, Ю. В. Ващенко, Є. С. Герасименко, І. П. Голосніченко, І. С. Гриценко, П. В. Діхтієвський, Є. В. Додін, Ж. В. Завальна, Н. Ю. Задирака, Т. Є. Кагановська, Р. А. Калюжний, Л. Є. Кисіль, С. В. Ківалов, А. В. Кірмач, Л. В. Коваль, Т. О. Коломоєць, В. К. Колпаков, А. Т. Комзюк, О. В. Кузьменко, Р. О. Куйбіда, Д. М. Лук'янець, Р. С. Мельник, Н. Р. Нижник, Ю. С. Педько, В. Г. Перепелюк, С. В. Петков, А. А. Пухтецька, А. О. Селіванов, О. Л. Соколенко, С. Г. Стеценко, М. М. Тищенко, В. П. Тимошук, Г. Й. Ткач, Н. В. Хорошак, Ю. С. Шемшученко, А. М. Школик та багатьох інших.

Серед європейських вчених та дослідників розглянуто праці П. Амселек, Г. Бребант, Ф. Бурдо, Г. Ведель, К. Гетьєр, І. Годемет, А. В. Дайсі, Ф. Жестаз, Ж. Зіллера, П. Делволве, П. Доллат, С. Касіс, Т. Ларзул, А. Лобадер, М. Ломбард, Ж. Моро, Р. Одент, Ж.-Л. Оберт, Ж. Раз, Ж. Ріверо, Б. Сейлер, Л. Філіп, К. Франчіні, П.-Л. Фрієр, М. Фромонт, Р. Шапос, Ю. Шварце та інших.

Розвиток адміністративно-правової доктрини в Україні визначив пріоритетні напрями систематизації адміністративного законодавства в контексті впровадження реформ, орієнтованих на зміцнення демократичних інститутів держави, громадянського суспільства, забезпечення поваги, прав, свобод, законних інтересів людини і громадянина. Вагомий внесок у формування доктринальних засад кодифікації адміністративного законодавства в Україні зроблено академіком В. Б. Авер'яновим.

Одним із перших дисертаційних досліджень, присвячених кодифікації окремих сегментів адміністративного законодавства стала праця І. О. Федорова «Кодифікація адміністративно-деліктного законодавства України» (Національна академія державної податкової служби України, м. Ірпінь, 2006 р.), в якому сформульоване визначення адміністративно-деліктного законодавства, визначено механізм кодифікації адміністративно-деліктного законодавства, його елементи, окреслено основні напрями подальшої кодифікації адміністративно-деліктного законодавства України, формування нового підсумкового кодифікованого акту<sup>1</sup>.

У 2010 р. Є. А. Гетьманом було захищено дисертацію «Кодифікація законодавства України: поняття, особливості, види» (Харківський національний університет внутрішніх справ), в якій автор розглянув кодифікацію законодавства як одну з форм систематизації та як особливий різновид нормотворчості, а також обґрунтував «розуміння декодифікації як процес, відповідно до якого нормативно-правові акти на зразок законів, прийняті після конкретного кодексу, без урахування принципових положень останнього і без внесення до нього змін, по-новому регулюють суспільні відносини. Декодифікація має негативний характер, оскільки замінює всі принципові положення, що були розроблені кодифікацією»<sup>2</sup>.

Також слід зазначити дисертаційне дослідження Д. С. Астахова «Кодифікація адміністративно-процедурного законодавства України» (Запорізький національний університет, м. Запоріжжя, 2011 р.), в якому автор дослідив поняття, властивості, сутність адміністративно-процедурного законодавства, охарактеризував доктринальні положення щодо дослідження кодифікації адміністративно-процедурного законодавства вітчизняними та зарубіжними вченими, узагальнив зарубіжний досвід кодифікації адміністративно-процедурного законодавства та шляхи його запозичення в Україні<sup>3</sup>.

З урахуванням зазначеного слід визнати доцільним проведення комплексного аналізу кодифікації адміністративного законодавства в країнах ЄС та в Україні з метою вироблення на основі отриманих знань теоретико-методологічних та практичних рекомендацій щодо системного оновлення чинного законодавства України, удосконалення захисту прав людини у правозастосовній діяльності органів публічної адміністрації. Для цього необхідно провести наступні наукові розвідки: узагальнити в порівняльно-правовому аспекті підходи до кодифікації адміністративного законодавства; визначити місце кодексу в системі законодавства; розкрити аксіологічні засади кодифікації адміністративного законодавства у країнах ЄС та Україні й сформулювати пропозиції щодо розвитку вітчизняного законодавства; проаналізувати місце кодифікації серед інших форм систематизації законодавства; окреслити характерні риси кодифікаційної роботи в установах Ради Європи та ЄС, її науково-методологічне підґрунтя; розкрити специфіку кодифікації адміністративного законодавства в країнах ЄС в розрізі німецької, французької, змішаної та британської адміністративних традицій; сформулювати пропозиції та рекомендації щодо вдосконалення кодифікаційної роботи в Україні з урахуванням європейської правотворчої та правозастосовної практики; визначити перспективи кодифікації адміністративного законодавства України в пріоритетних напрямках (статусне законодавство, адміністративно-процедурне законодавство, адміністративно-деліктне та адміністративно-процесуальне законодавство, а також у сферах адміністративно-політичної, соціально-культурної та економічної діяльності), що становитимуть основу подальшої дослідницької роботи автора.

Поняття «кодифікація» розуміється в декількох основних аспектах. Етимологічний – розкриває його загальний зміст, основні характеристики. У вітчизняному Великому тлумачному словнику сучасної української мови, який розкриває лексичні, граматичні, орфоепічні та стилістичні норми сучасної української мови, під кодифікацією розуміється «зведення в єдине ціле (в кодекс) різних правових законів, постанов тощо»<sup>4</sup>. Поряд із тим наявні статті, що розкривають значення дієприкметника пасивної форми минулого часу – «кодифікований», що означає належність до кодифікації. Відповідно, «кодифікувати» пропонується розуміти як «робити кодифікацію»<sup>5</sup>.

Наведені положення Великого тлумачного словника сучасної української мови (близько 250 тис. слів та словосполучень) об'єднують фактично використані в текстах художньої літератури, науково-популярних виданнях, масових часописах, технічній літературі та усній мові. Як зазначено у передмові до цього видання, крім загальноповсюдженної лексики у Словнику наводяться основна термінологія (номенклатура) сучасної науки і техніки, а також слова, що визначають явища і реалії виробничого, культурного життя та побуту українського народу.

Отже, аналіз сучасного розуміння поняття «кодифікація» дає змогу дійти висновку, що кодифікаційна робота є основним, центральним елементом кодифікації як складного процесу, пов'язаного у юридичній енциклопедичній, монографічній та науковій літературі з якісною переробкою норм чинного законодавства та підготовкою кодексів. Поняття кодифікації є тісно пов'язаним з поняттям «систематизація», оскільки виступає однією з основних його форм. За інформацією, поданою в Великому тлумачному словнику сучасної української мови, поняття «систематизація» тлумачиться як дія, що означає систематизувати, а систематизований – дієприкметник пасивної форми минулого часу до «систематизувати»; «систематизувати – означає приводити в систему»<sup>6</sup>.

Поняття «законодавство» розкривається у Великому тлумачному словнику сучасної української мови у двох значеннях. Відповідно до першого значення воно тлумачиться як «встановлення законів»; у другому значенні – «сукупність усіх законів, що діють у якій-небудь державі. // Сукупність законів, що належать до окремої ділянки права»<sup>7</sup>. В основі цього поняття лежить категорія «закон», яка має самостійне значення та тлумачення, що дає змогу розкрити взаємозв'язки досліджуваних правових категорій та понять, визначити їх місце та значення у кодифікаційній роботі.

«Закон – це встановлене найвищим органом державної влади загальнообов'язкове правило поведінки, яке має найвищу юридичну силу. Сукупність таких загальнообов'язкових правил та державних установ, що визначають суспільні відносини людей; втілення найвищої влади в суспільстві»<sup>8</sup>.

Сучасна правова система Франції сформувалася в результаті якісних перетворень принесених Великою французькою революцією 1789 р., а також в період правління Наполеона Бонапарта. Серед основних документів, які ілюструють розвиток правової системи Франції, слід зазначити: Декларацію прав людини і громадянина 1789 р., низку конституційних актів періоду Революції та кодифікацій найважливіших галузей права – п'ять кодексів, підготовлених під керівництвом, а інколи і за безпосередньої участі Наполеона: Цивільний кодекс 1804 р., Цивільного процесуального кодексу 1806 р., Торгового кодексу 1807 р., Кримінально-процесуального кодексу 1808 р., Кримінального 1810 року<sup>9</sup>. Більшість зазначених актів досі зберігають свою юридичну силу: Декларація прав людини і громадянина вважається складовою частиною діючої Конституції 1958 р., а з п'яти наполеонівських кодексів три (Цивільний, Торговий та Кримінальний), хоча і були значно змінені, проте визнаються досі чинними, та лише два процесуальні кодекси замінені на нові.

Поряд з класичними кодексами, основний зміст яких був визначений в наполеонівську епоху, в ХХ ст. отримала розвиток практика видання консолідованих законодавчих актів в окремих достатньо крупних галузях правового регулювання. Ці нормативні акти також називаються кодексами, хоча, на відміну від «класичних» вони можуть містити норми, що видані не лише в законодавчому порядку, а й шляхом регламентарних актів. Нині нараховується кілька десятків таких кодексів: про працю, дорожній, сільськогосподарський, митний, кодекс охорони здоров'я та інші<sup>10</sup>.

«Поряд з законодавчими актами важливими джерелами права в Німеччині визнаються постанови, що видаються на основі закону федеральним урядом, федеральними міністрами та урядами земель. Інші підзаконні акти мають значно меншу роль. Судова практика в Німеччині, частіше за все, не вважалася джерелом права. На сьогодні у Федеративній Республіці Німеччині визнається важлива роль Федерального конституційного суду та інших вищих судових установ, рішення яких розглядаються в якості джерела права як при застосуванні закону, так і, особливо, у випадку виявлення неточностей та прогалин в законодавстві. Звичай втрапили роль джерел права»<sup>11</sup>.

У Об'єднаному Королівстві Великобританії та Північної Ірландії поряд з англійським правом, що діє в Англії та Уельсі, функціонує як абсолютно самостійна система право Шотландії. Певними особливостями відрізняється й англійське право, що діє в Північній Ірландії. Основними джерелами англійського права визнаються судові прецеденти, тобто рішення вищих судів, що мають обов'язкову силу для них самих та нижчестоящих судів, статути – законодавчі акти британського парламенту та акти делегованого законодавства, що видаються виконавчими органами. У свою чергу, у системі судових прецедентів розрізняються норми загального права, що почало формуватися ще в ХІ ст. та на сьогодні відіграє основну роль або доповнює законодавство у найрізноманітніших галузях правового регулювання та норми так званого права справедливості, що складалося з рішень суду канцлера, який існував з ХV ст. до судової реформи 1873–1875 років. У результаті цієї реформи відбулося формальне злиття права справедливості з загальним правом, проте досі воно в істотній

мірі продовжує регулювати інститути довірчої власності, відшкодування шкоду, заподіяної порушенням зобов'язань та інші інститути цивільного права»<sup>12</sup>.

На відміну від розглянутих вище підходів, починаючи з другої половини XIX ст. в мусульманських країнах були прийняті кримінальні, торгові, процесуальні та інші кодекси, частково на основі рецепції (запозичення) права західноєвропейських країн. Мусульманське право відіграло роль регулятора сімейних, спадкових та деяких інших відносин.

«Кодифікація цих галузей мусульманського права здійснюється у формі прийняття спеціальних законів у Єгипті, Сирії, Іраку, Йорданії, Тунісі, Марокко, Індії, Пакистані та інших. Туреччина у 1926 р. повністю відмовилась від мусульманського права. У деяких арабських країнах, в Індії, Пакистані, Індонезії та інших зберігається дія в основному кодифікованого мусульманського права з питань особистого статусу мусульман (а з деяких питань і у відношенні до не мусульман). У конституціях ряду арабських держав мусульманське право визнається основою законодавства, допускається його застосування в цивільному праві та в інших галузях, зберігаються шариатські суди. В окремих державах Східної та Центральної Африки мусульманське право застосовується у вигляді звичаєвого права»<sup>13</sup>.

На окрему увагу заслуговує наведення позицій сучасних вітчизняних вчених, у роботах яких кодифікація розглядається і як засіб подолання колізій у законодавстві України. Наприклад, у рамках серії тематичних науково-практичних заходів з питань кодифікаційної діяльності, започаткованої Інститутом законодавства Верховної Ради України, 17 жовтня 2012 р., було проведено круглий стіл, присвячений питанням подолання колізій в законодавстві України шляхом кодифікації. Зокрема, директор Інституту законодавства Верховної Ради України, член-кореспондент НАН України Олександр Копиленко наголосив на «доцільності розгляду кодифікації як ключової ланки механізму удосконалення правового регулювання й універсального правового засобу впливу на зміст та форму законодавства, подолання колізій у ньому. З огляду на необхідність формування кодифікаційної політики держави, з метою публічного обговорення практичних проблем і висвітлення наукових ідей, привернення уваги до пошуку шляхів модернізації українського законодавства, на його думку, забезпечить належне регулювання суспільних відносин, втілення новітніх законодавчих ініціатив»<sup>14</sup>.

Член-кореспондент НАПрН України, доктор юридичних наук, професор Ніна Нижник окреслила законотворчі пріоритети підготовки і розгляду кодифікаційних актів, наголошуючи на тому, що «сучасне законодавство має своєчасно реагувати на соціальні перетворення у суспільстві, звільнятися від застарілих бюрократичних форм та підходів у нормотворенні, використовувати нові засоби подолання законодавчих колізій»<sup>15</sup>. Серед важливих напрямів подальших досліджень учасниками зазначеного круглого столу були визначені: новітні виміри кодифікаційної діяльності; шляхи усунення колізій у галузевому законодавстві; використання європейської моделі кодифікації, модернізації законодавчих актів у різних сферах.

Підсумовуючи викладені вище положення, необхідно зробити наступні узагальнення:

1. Вивчення європейського досвіду кодифікації європейського законодавства допомогло встановити, що в публічно-правовій сфері вона не має обмежуватися низкою класично усталених в національній традиції кодексів. Пропонуємо додаткове впровадження з урахуванням французького, німецького підходів до систематизації адміністративного законодавства самостійних кодексів, що стосуватимуться не тільки адміністративно-деліктного, а й адміністративно-процедурного аспекту, а також враховуватимуть потреби кодифікації норм публічного фінансового права, публічного майнового права, публічної служби та її видів, в соціально-культурній сфері – про освіту, про спорт; про відповідальність органів публічної адміністрації перед громадянами тощо.

2. Аналіз сучасного розуміння поняття «кодифікації» допомагає дійти висновку, що кодифікаційна робота є основним, центральним елементом кодифікації як складного процесу, пов'язаного в юридичній енциклопедичній, монографічній та науковій літературі з якісною переробкою норм чинного законодавства та підготовкою кодексів. Поняття кодифікації пов'язано з поняттям «систематизації», оскільки виступає однією з основних його форм.

3. Як засвідчує історія розвитку системи законодавства у Федеративній Республіці Німеччині, систематизація та кодифікація законодавства не є самостійними явищами, а тісно пов'язаними з розвитком правової системи в цілому, що породжує взаємообумовлені правові наслідки не тільки для діяльності органів публічної адміністрації, приватних осіб, але загального кола суб'єктів правовідносин, у такий спосіб комплексно моделюючи підходи до правового регулювання пріоритетних сфер суспільного розвитку.

4. Розглянувши британський досвід розвитку системи права та системи законодавства, можна зробити висновок про те, що на сьогодні дедалі більшого значення набуває систематизація законодавства, зокрема у формі кодифікації та консолідації, що здійснюється на рівні окремих галузей права та їх інститутів. Разом із тим необхідно зазначити, що це не применшує значної ролі судового прецеденту, що визнається джерелом права в англійському, шотландському, північно-ірландському праві. Це також обумовлено тим, що в англійській правовій системі зберігається традиційний розподіл на сфери регулювання нормами загального права та актами законодавства.

5. Важливими напрямками подальших досліджень слід визначити: новітні виміри кодифікаційної діяльності; шляхи усунення колізій у галузевому законодавстві; використання європейської моделі кодифікації, модернізації законодавчих актів у різних сферах; удосконалення методологічного забезпечення кодифікаційної роботи тощо.

- <sup>1</sup> Федоров І. О. Кодифікація адміністративно-деліктного законодавства України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / І. О. Федоров ; Нац. акад. податк. служби України. – Ірпінь, 2006. – 21 с.
- <sup>2</sup> Гетьман Є. А. Кодифікація законодавства України: поняття, особливості, види : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Є. А. Гетьман ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2010. – 20 с.
- <sup>3</sup> Астахов Д. С. Кодифікація адміністративно-процедурного законодавства України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Д. С. Астахов ; Запоріз. нац. ун-т. – Запоріжжя, 2011. – 17 с.
- <sup>4</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2009. – С. 551.
- <sup>5</sup> Там само.
- <sup>6</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2009. – 1736 с.
- <sup>7</sup> Там само.
- <sup>8</sup> Там само.
- <sup>9</sup> Решетников Ф. М. Правовые системы стран мира. Справочник / Ф. М. Решетников. – М. : Юридическая литература 1993. – С. 201.
- <sup>10</sup> Там само. – С. 203.
- <sup>11</sup> Там само. – 256 с.
- <sup>12</sup> Там само – С. 206.
- <sup>13</sup> Барихин А. Б. Большой юридический энциклопедический словарь. 2-е изд., перераб. и доп. / А. Б. Барихин. – М. : Книжный мир, 2008. – 792 с.
- <sup>14</sup> Кодифікація як засіб подолання колізій у законодавстві України. Матеріали круглого столу 17 жовтня 2012 р. ; Інститут законодавства Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://instzak.rada.gov.ua/instzak/doccatalog/document?id=56056>
- <sup>15</sup> Там само.

#### Резюме

##### **Литвиненко Є. Ю. Загальна характеристика кодифікації адміністративного законодавства.**

У даній статті автором розглянуто теоретико-правовий, історико-правовий та порівняльно-правовий аспекти проведення кодифікаційної роботи в контексті впровадження адміністративно-правової реформи в Україні, систематизації адміністративного законодавства, удосконалення кодифікації адміністративного законодавства в Україні з урахуванням досвіду провідних європейських країн.

Автором запропоновано врахування досвіду створення спеціальних кодифікаційних комісій (органів) для проведення кодифікаційної роботи за провідними напрямками правового регулювання, що не обмежуються впровадженими в Україні кодифікованими актами законодавства. На прикладі кодифікації адміністративного законодавства у Франції проілюстровано підхід майже суцільної кодифікації норм у публічно-правовій сфері, що на сьогодні охоплює 23 кодекси в публічно-правовій сфері. Зроблено висновки про необхідність удосконалення кодифікаційної роботи в Україні, доцільність запровадження низки нових кодексів в публічно-правовій сфері, розкрито значення ключових суміжних дефініцій, що стосуються систематизації, кодифікації та консолідації адміністративного законодавства.

**Ключові слова:** кодифікація, адміністративне законодавство, систематизація, консолідація, кодекс, адміністративно-правова реформа.

#### Резюме

##### **Литвиненко Е. Ю. Общая характеристика кодификации административного законодательства.**

В данной статье автором рассмотрены теоретико-правовой, историко-правовой и сравнительно-правовой аспекты проведения кодификационной работы в контексте внедрения административно-правовой реформы в Украине, систематизации административного законодательства, усовершенствования кодификации административного законодательства в Украине с учётом опыта ведущих европейских стран.

Автором обосновано внедрение опыта создания специальных кодификационных комиссий (органов) для проведения кодификационной работы по ведущим направлениям правового регулирования, которые не ограничиваются внедрёнными в Украине кодифицированными актами законодательства. На примере кодификации административного законодательства во Франции проиллюстрирован подход почти сплошной кодификации норм в публично-правовой сфере, которая на сегодня объединяет 23 кодекса в публично-правовой сфере. Сделаны выводы о необходимости усовершенствования кодификационной работы в Украине, целесообразности внедрения ряда новых кодексов в публично-правовой сфере, раскрыто значение ключевых смежных дефиниций, касающихся систематизации, кодификации и консолидации административного законодательства.

**Ключевые слова:** кодификация, административное законодательство, систематизация, консолидация, кодекс, административно-правовая реформа.

#### Summary

##### **Lytvynenko I. General characteristics of administrative legislation codification.**

In the proposed article author has reviewed theoretical-and-practical, historical-and-legal, comparative legal aspects of codifying work conduct in the context of administrative legal reform introduction in Ukraine, systemizing administrative legislation, improvement of codification of administrative legislation in Ukraine with respect to experience of the leading European countries.

Author has substantiated introduction of foreign experience regarding establishing special commissions (institutions) on codification for conduction of codification activities according to the leading approaches of legal regulation, that are not limited by the introduced in Ukraine codified acts of legislation. On the example of administrative legislation codification in France author has illustrated approach of almost absolute codification of norms in public legal sphere, that as for today unites 23 codes in public legal sphere. Here have been substantiated the conclusions on the necessity of codifying work improvement in Ukraine, importance of introduction of se-

veral new codes in public legal sphere, disclosed understanding of key definitions, connected with systematization, codification and consolidation of administrative legislation.

**Key words:** codification, administrative legislation, systematization, consolidation, code, administrative legal reform.

УДК:342.9: 349.41

**Г. А. МАЙДАНЕВИЧ**

*Григорій Анатолійович Майданевич, здобувач  
Національного університету біоресурсів і природо-  
докористування України*

## **ОКРЕМІ ПИТАННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ТА ОХОРОНИ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ**

Основний Закон України гарантує кожному право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди<sup>1</sup>. Проте, з огляду на статистичні дані, нині дані права зухвало порушуються, зокрема, з огляду на статистичні дані очевидними стає факт поширеності проявів неправомірного, шкідливого та виснажливого використання природних ресурсів<sup>2</sup>. Незаконні вирубка лісів у Карпатах, видобуток бурштину на Волині, діяльність підпільних шахт для видобування вугілля на Донбасі просто вражають масштабністю, безкарністю, загрожують майбутньому України та неодмінно призведуть до екологічної катастрофи в найближчому майбутньому. Все це може говорити про відверте нівелювання законодавства з боку правопорушників, а отже, є свідченням того, що чинна нормативно-правова база не виконує покладених на неї завдань попередження правопорушень та покарання винних осіб. Тому, наразі, надзвичайно важливим є проведення аналізу сучасного нормативно-правового регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів, напрацювання ефективного нормативно-правового забезпечення дієвих превентивних, каральних та виховних заходів, які могли б гарантувати конституційні права громадянам.

Окремим питанням правового регулювання як адміністративно-деліктних відносин у цілому, так і, зокрема у сфері використання та охорони природних ресурсів, було присвячено наукові праці таких вітчизняних та зарубіжних вчених-адміністративістів, як: В. Авер'янов, І. Акімова, С. Алексеєв, О. Бандурка, Ю. Битяк, В. Білоус, О. Бранчук, І. Голосніченко Є. Додін, Л. Завадська, І. Киричук, В. Курило, Т. Коломоєць, В. Колпаков, І. Тарасов, В. Шкарупа, О. Шем'яков, Є. Шульга.

Адміністративно-деліктні відносини не є новим типом суспільних відносин, свідченням цього є широкий законодавчий масив, що покликаний регулювати даний вид суспільних відносин, де основний акт КУпАП давно втратив власну монополію на віднесення тих чи інших протиправних дій до розряду адміністративних правопорушень. Говорячи про нормативно-правове регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів, слід зазначити, що нормативна база регулювання відносин даного виду є надзвичайно широкою і охоплює такі Закони, як: «Про охорону навколишнього середовища», «Про мисливське господарство та полювання», «Про землеустрій», «Про охорону атмосферного повітря», «Про мораторій на проведення суцільних рубок на гірських схилах в ялицево-букових лісах Карпатського регіону», КУпАП, Земельний кодекс України, Водний кодекс України, Кодекс України про надра, Повітряний кодекс України та багато інших нормативно-правових актів. Кожен із зазначених актів є особливим та унікальним, адже регулює відповідний тип суспільних відносин. Безумовно, динамізм адміністративно-правових відносин та багатопрофільність їх характеру, з одного боку, детермінують необхідність своєчасного прийняття відповідних норм адміністративного права, з іншого – одночасно підкреслюють актуальність проблем їх систематизації та кодифікації. Однак, слід зазначають роль КУпАП, який не зважаючи на великі об'єми критики, все ж є «головною скрипкою» в даному «оркестрі», визначаючи основоположні поняття та визнаючи суб'єктів даних відносин.

За часи власного існування чинного КУпАП в його поточній редакції кількість складів адміністративних проступків збільшилося в рази, однак дані зміни, знову ж таки не відображають реальну кількість протиправних викликів, з якими нині стикається наше суспільство. В умовах постійних змін політико-економічного курсу України, розвитку ринкових відносин та постійного виникнення нових видів суспільних відносин чинне адміністративне законодавство вже давно не відображає потреб сучасності і містить переважно застарілий радянський підхід, а отже потребує так званої реконструкції, якщо не в повному оновленні власного наповнення, при чому як матеріального, так і процесуального.

У наукових колах неодноразово висловлювалися думки як про внесення змін до чинного адміністративного законодавства, так і до прийняття абсолютного нового КУпАП. Із часом чинний КУпАП все більше і більше зазнає нищівної критики як з боку науковців, так і з боку практиків. Так, відомий український вче-

ний-адміністративіст В. Колпаков звертає увагу на недосконалість кодексу. Передусім, вчений констатує, що концепція адміністративного права базується в основному на невідповідності сучасній ідеології, а отже, втрачає власне значення інструменту забезпечення законності<sup>3</sup>. З огляду на це, дана галузь права потребує радикального оновлення.

Навіть постійні зміни, що їх зазнає КУпАП, передусім з огляду на їх безсистемний характер та відсутність чіткої стратегії подальшого розвитку та адаптації до реалій сьогодення не сприяє дотриманню єдності духу акту. Так, на думку вчених, зміни та доповнення, що вносяться до даного кодифікованого акта не призводять до очікуваних результатів та водночас не робить інститут адміністративної відповідальності тим дієвим механізмом, що здатний забезпечити правопорядок у суспільстві<sup>4</sup>. Найважливішими проблемами в зазначеній сфері, на думку О. Банчука, є наступні:

- наявність розпорошеності та не системності адміністративно-деліктного законодавства;
- еkleктичність (поєднання різнорідних за своєю природою елементів) змісту матеріального адміністративного деліктного законодавства;

- застарілість основних інститутів адміністративного деліктного права<sup>5</sup>.

Деяку іншу думку має Т. Гуржій, який серед основних вад чинного КУпАП бачить:

- дискусійність назви;
- невідповідність значної частини передбачених КУпАП проступків сфері публічного адміністрування;
- не виправдане розширення кола джерел адміністративно-деліктного права;
- дублювання окремих положень Кримінального кодексу України;
- покладення деяких процесуальних повноважень на приватних суб'єктів;
- невідповідність штрафних санкцій адміністративно-деліктних норм сучасним соціально-економічним умовам<sup>6</sup>.

Даний список не є вичерпним, що визначає основні недоліки чинного КУпАП. Окремі вчені зазначають, що «важливою прогалиною чинного адміністративного законодавства залишається відсутність чіткої системи адміністративних стягнень, що застосовуються до юридичних осіб. Єдиним систематизованим актом, що встановлює відповідальність юридичних осіб, є Господарський кодекс України»<sup>7</sup>.

На актуальність та своєчасність реформування чинного адміністративного законодавства (передусім адміністративно-деліктного) вказують і прийняті підзаконні нормативні акти, зокрема: Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 лютого 2008 р. «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів»» від 08.04.2008 р. № 311/2008 та у Плані заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженому розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27.09.2008 р. № 1153-р., де в підпункті 2.3 Міністерству юстиції, Міністерству внутрішніх справ, Міністерству оборони, Міністерству фінансів, Міністерству економіки, Службі безпеки України, Державній податковій адміністрації за участю Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права, Верховного Суду та Генеральної прокуратури України доручено розробити та подати в установленому порядку проект Кодексу України про адміністративні проступки<sup>8</sup>. Проте, слід констатувати, що наразі відбувається відверте затягування процесу підготовки та прийняття проекту нового Кодексу про адміністративні проступки. У вищезазначеному плані термін, а саме «протягом шести місяців після прийняття Кримінального процесуального кодексу України», є досить неконкретизованим. Окрім цього, на нашу думку, не зовсім доречно ставити прийняття Кодексу України про адміністративні проступки в залежність від прийняття Кримінального процесуального кодексу України. Зазначене, особливо з огляду на складну політичну та економічну ситуацію в державі, робить нормативно-правові акти, що стосуються удосконалення законодавства про адміністративну відповідальність, досить декларативними та не сприяє вирішенню проблем адміністративно-деліктних відносин в Україні.

Окрім того, слід зазначити, що раніше вченими-адміністративістами відбувалися спроби напрацювання якісно нового кодифікованого акта, а саме, за ініціативою КМУ у 2004 р. було направлено новий проект Кодексу України про адміністративні проступки, що був сконструйований такими адміністративістами, як: В. Авер'янов, Ю. Битяк, І. Голосніченко, Є. Додін, В. Стефанюк та іншими.

Аналізуючи змістове наповнення зазначеного проекту, слід вказати на низку позитивних моментів, що він передбачав, а саме:

- назва проекту більш повно та чітко відображає його змістове наповнення;
- відповідно до проекту Кодекс України про адміністративні проступки мав стати основним джерелом адміністративно-деліктного права;
- запозичується з кримінального права нові інститути для адміністративного права, а саме інститут співучасті та інститут замаху у вчиненні адміністративних проступків;
- збільшення строку давності при притягненні до відповідальності за вчинення адміністративного проступку (стягнення може бути накладено протягом трьох місяців із дня вчинення (виявлення) правопорушення);
- наведено офіційне визначення понять «адміністративна відповідальність», «адміністративний проступок», «кримінальний проступок» тощо;
- в окремий розділ Кодексу виділено так звані кримінальні (або підсудні) проступки.

Проте, здійснений аналіз пропонованого проекту вказав на численні суперечності окремих положень нормам Основного Закону та міжнародним нормативним актам, ратифікованим Верховною Радою України, не узгодженість з іншими законами України. Через це висновок Головного науково-експертного управлін-

ням Верховної Ради України, яке здійснило аналіз даного проекту, що він потребує численних змін та удосконалень<sup>9</sup>.

Як уявляється, «розпорошення» норм, що передбачають настання адміністративної відповідальності по окремим правовим актам поєднано з рядом негативних елементів. Підвищується вірогідність різнобічних трактувань даного правового інституту, що неодмінно ускладнює саму практику правозастосування. Більше того, за відсутності чіткої і ясної державної політики в галузі установа адміністративної відповідальності, остання все частіше потрапляє в залежність від інтересів тих або інших органів державної влади.

У період сьогодення частіше трапляються випадки вирішення окремих процесуальних питань щодо порядку застосування адміністративних стягнень на юридичних та фізичних осіб на рівні відомчих правових актів<sup>10</sup>, що навряд чи слід визнати нормальним явищем, якщо тільки вони не конкретизують діяльність з застосування процесуальних норм, що містяться в законі, і не протирічать їм. В іншому випадку порушується принцип розмежування повноважень між різними гілками влади, адже Конституція України не передбачає законотворчу діяльність окремих органів виконавчої влади або їх посадових осіб, включаючи членів Уряду, за винятком права законодавчої ініціативи. Безумовно, розмежування повноважень між законодавчими та виконавчими органами державної влади, що закріплені в Конституції України, слід розглядати як фундаментальний принцип організації влади в Україні. Доречно навести думку, висловлену в кінці XIX ст. одним із основоположників сучасного адміністративного права І. Тарасовим: «Очевидно, органи, що видають закони, суть і найкраще виконання їх, але в дійсності це не так, адже закон є засобом для виконання... тобто не виконання існує для закону, а навпаки закон для виконання... Видання законів і їх виконання мають бути розмежовані, а виконавча або адміністративна влада має бути єдиним цілим, в якому множинність і різноманітність у виконанні зводяться до єдності»<sup>11</sup>.

Безумовно, законодавчому органу складно слідкувати та своєчасно реагувати на зміни в суспільстві і у зв'язку з цим пробіли в законодавстві могли б успішно заповнювати органи виконавчої влади, використовуючи інститут делегованого законодавства<sup>12</sup>, однак для правозастосування подібної практики необхідно внесення відповідних змін у Конституцію України, що є досить перспективним і назрілим питанням.

Окрім того, необхідно чітко визначити, з яких питань і в якому порядку виконавчі органи державної влади можуть видавати нормативно-правові акти і випадки, коли застосовувані ними підзаконні акти вправі вносити корективи в чинне законодавство, особливо, за умов, що не терплять відстрочки, за надзвичайних ситуацій. При цьому акти управління, що мають надзвичайний характер («надзвичайні акти управління»), при усуненні причин, що викликали їх прийняття, має або відмінитися, або підтвердитися відповідними законами.

Сфера адміністративно-правового регулювання в силу власного розвитку зазнає постійних змін, відображаючи рівень розвитку державно-управлінських суспільних відносин, виявляються якісно нові, що були раніше не відомими та не врегульованими (наприклад: відносини децентралізації влади), виникає необхідність у встановленні нових або в удосконаленні вже існуючих правил, наприклад, у галузі охорони навколишнього середовища.

При цьому, категорія «правове регулювання, будучи важливим засобом впливу на суспільні відносини в бажаному для суспільства напрямі, не має бути самоціллю. Вона необхідна та оправдана лише тоді, коли здатна здійснювати серйозні зміни в розвитку самих фактичних відносин між конкретними суб'єктами права»<sup>13</sup>. Дійсно, якщо нормативно-правовий акт був направлений на врегулювання певних суспільних відносин, але на практиці не діяв, ефект від його прийняття нікчемний і сфера суспільних відносин так і залишилася нерегульованою або неповністю врегульованою, не зважаючи на існування такого закону.

Побудова і функціонування правової держави передбачає не декларування, а реальне визнання людини найвищою цінністю. І, підтвердження цього має стати практика, коли, надаючи органам адміністративної юрисдикції ті або інші права, що направлені на вирішення ситуації адміністративно-деліктного характеру, законодавець має детально врегулювати в процесуальному порядку шляхи «зобов'язаний подбати про закріплення належних процедур, що гарантують право громадян на захист і забезпечують можливість подальшої перевірки законності» діяльності відповідних органів, їх посадових осіб. Необхідність цього зумовлена й тим, що далеко не кожна адміністративно-правова матеріальна норма у сфері охорони суспільного порядку має належну процесуальну форму.

Не випадково, на думку С. Алексєєва, «регулювати (в соціальному житті) – означає визначати поведінку людей та їх колективів, давати йому направлення функціонування та розвитку, вводити його в певні рамки, цілеспрямовано його упорядковувати»<sup>14</sup>. Закон завжди має прийматися з урахуванням повного й точного вивчення суспільних відносин, які він покликаний регулювати, але водночас він створює умови для становлення та розвитку таких відносин. Він має «спонукати» (а не примушувати) до суспільних змін<sup>15</sup>.

При цьому, закон має враховувати й перспективні умови функціонування органів державної влади, переважно поєднувати в законі матеріальні норми та процедурний механізм їх реалізації. Актуальність подібної практики зумовлена тим, що сьогодні видання законів переважно поставлено на потік, що відображається в діяльності законодавця в популістичних, декларативних ідеях, механізмами реалізації яких належним чином не забезпечені.

У процесі підготовки та прийняття законів важливу роль відіграє оцінка його моральності, психологічних настроїв суспільства, економічних прорахунків суспільних відносин, що виступають об'єктом регулювання, оскільки «закон... це узгодження свободи і влади на ґрунті моральності й загальної користі»<sup>16</sup>.



Важливою проблемою виступає необхідність забезпечення принципу невідворотності адміністративних стягнень, що буде можливим лише в разі напрацювання сучасного механізму штрафних санкцій у частині, зокрема, підвищення ефективності контрольних функцій<sup>17</sup>.

Сфера регулювання адміністративно-правових, у тому числі й адміністративно-деліктних відносин є однією з найбільш динамічних. Окремі аспекти суспільного життя втрачають необхідність у врегулюванні або регулюються не на рівні закону, а на рівні відомчого акту, інші навпаки постійно потребують відображення в законодавчих нормах. Роль підзаконних нормативних актів у частині регулювання адміністративно-деліктних відносин невідмінно зростає.

Проведений аналіз дозволяє нам зробити наступні висновки:

1. Адміністративно-деліктні відносини мають власний нормативно-правовий зміст, що включає: – законодавчі акти Верховної Ради України, які регламентують інститути адміністративного примусу та адміністративної відповідальності; – підзаконні нормативно-правові акти Президента України та Кабінету Міністрів України, Міністерства екології та природних ресурсів України, відомчі акти, що регулюють питання виявлення адміністративних деліктів; – нормативно-правові акти, що містять адміністративно-процесуальні норми, які регламентують провадження у справах про адміністративні делікти та виконання призначених адміністративних стягнень.

2. Нормативно-правове регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів належить до спільного ведення законодавчого органу та виконавчих органів державної влади України. З огляду на це, законодавче регулювання має розвиватися і взаємодіяти на двох рівнях з неухильним урахуванням принципу раціоналізації та ієрархії законодавчих та інших нормативно-правових актів.

3. Задля уповільнення динаміки несистематичного та непослідовного внесення змін у чинний КУПАП в рамках регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів необхідним є прийняття нового Кодексу України про адміністративні проступки.

<sup>1</sup> Конституція України, Верховна Рада України; Конституція, Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/>

<sup>2</sup> Офіційні дані Державної служби статистики України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukrstat.gov.ua>

<sup>3</sup> Колпаков В. К. Адміністративно-деліктний правовий феномен / В. К. Колпаков. – К., 2005. – С. 248–251.

<sup>4</sup> Адміністративне деліктне законодавство: зарубіжний досвід та пропозиції реформування в Україні / [авт.-упоряд. О. А. Банчук]. – К. : Книги для бізнесу, 2007. – 912 с.

<sup>5</sup> Офіційні дані Державної служби статистики України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukrstat.gov.ua>

<sup>6</sup> Гуржій Т. Правове регулювання адміністративно-деліктних відносин: перспективи розвитку / Т. Гуржій // Вісник прокуратури. – № 8 (86). – 2008. – С. 92–99.

<sup>7</sup> Сидоренко В. В. Порядок та умови накладення адміністративних стягнень за економічні правопорушення / В. В. Сидоренко // Наше право №13, 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [irbis-nbuv.gov.ua](http://irbis-nbuv.gov.ua)

<sup>8</sup> Указ Президента України від 08 квіт. 2008 р. № 311/2008 // «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів» Офіційний вісник Президента України. – 2008. – № 12. – Ст. 486

<sup>9</sup> Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb\\_n/webproc4\\_1?id=&pf3511=18191](http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=18191)

<sup>10</sup> Про постанову Правління Національного банку України «Про затвердження Змін до Положення про порядок накладення адміністративних штрафів» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=17097423](http://www.bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=17097423)

<sup>11</sup> Тарасов И. Т. Краткий курс административного права / И. Т. Тарасов – Т. 1. – Ярославль, 1888. – С. 178.

<sup>12</sup> Акимов И. К. Делегированное законодательство в Российской Федерации / И. К. Акимов // Юрист. 1998, № 9. – С. 39–43

<sup>13</sup> Киричук И. Б. Организация и деятельность органов внутренних дел как предмет правового регулирования (вопросы теории): дисс. ... канд. юрид. наук. – М., 1991. – С. 60.

<sup>14</sup> Алексеев С. С. Теория права / С. С. Алексеев. – М., 1993. – С. 30.

<sup>15</sup> Завадская Л. Н. Концепция закона: отрицание отрицания / Л. Н. Завадская // Теория права: новые идеи – Вып. 3. – М.: ИГПАН, 1993. – С. 7.

<sup>16</sup> Тарасов И. Т. Вказана праця.

<sup>17</sup> Шульга Е. В. Отдельные аспекты совершенствования административно-деликтных отношений в сфере использования и охраны природных ресурсов / Е. В. Шульга // Legea Si Viata. Revista Stiintifico-practica. – Ianuarie 2015. – С. 117–119.

## Резюме

**Майданевич Г. А. Окремі питання нормативно-правового регулювання адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів.**

У даній статті розглядаються окремі аспекти нормативно-правової основи адміністративно-деліктних відносин в Україні. Звертається увага на застарілість окремих положень, неузгодженість та непослідовність нормативних актів, покликаних регулювати адміністративно-деліктні відносини у сфері використання та охорони природних ресурсів та змін до них. Обґрунтовуються шляхи подальшого розвитку адміністративно-деліктного законодавства у сфері використання та охорони природних ресурсів.

**Ключові слова:** адміністративно-деліктні відносини, адміністративний делікт у сфері використання та охорони природних ресурсів, адміністративна відповідальність, використання та охорона природних ресурсів.

Резюме

*Майданевич Г. А. Отдельные вопросы нормативно-правового регулирования административно-деликтных отношений в сфере использования и охраны природных ресурсов.*

В данной статье рассматриваются отдельные аспекты нормативно-правовой основы административно-деликтных отношений в Украине. Обращается внимание на устарелость отдельных положений, несогласованность и непоследовательность нормативных актов, призванных регулировать административно-деликтные отношения в сфере использования и охраны природных ресурсов и изменений к ним. Обосновываются пути дальнейшего развития административно-деликтного законодательства в сфере использования и охраны природных ресурсов.

**Ключевые слова:** административно-деликтные отношения, административный деликт в сфере использования и охраны природных ресурсов, административная ответственность, использование и охрана природных ресурсов.

Summary

*Maidanevych G. Separate aspects of legal regulation of administrative-tort relations in the sphere of use and protection of natural resources.*

This article discusses certain aspects of the legal framework of administrative-tort relations in Ukraine. Attention is drawn to the obsolescence of certain provisions, lack of coordination and inconsistency of normative acts regulating the administrative-tort relations in the sphere of use and protection of natural resources and changes in them. Justify the ways of further development of administrative and tort legislation in the sphere of use and protection of natural resources.

**Key words:** administrative and tort relations, the administrative delict in the field of use and protection of natural resources, administrative responsibility, the use and protection of natural resources.

УДК 347.734

**Д. А. ОДОЛАДОВ**

*Данило Андрійович Одоладов, аспірант Київського університету права НАН України*

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ІНВЕСТИЦІЙНИХ БАНКІВ**

На даний момент правове регулювання інвестиційної діяльності банків є одним із найбільш актуальних питань у розвитку законодавства у сфері банківської діяльності, оскільки важливою передумовою розвитку банківської системи в Україні є активна інвестиційна діяльність. Здійснюючи таку діяльність, банки забезпечують рух коштів інвесторів-клієнтів, а також поєднують використання власних та залучених ресурсів. Слід зазначити, правове регулювання відповідних відносин, яке існує на сьогодні, не задовольняє вимогам сучасності та потребує вдосконалення.

Модернізація промислових підприємств, яка необхідна для забезпечення економічного розвитку держави, потребує ефективної системи довгострокового (інвестиційного) кредитування. Нині складається несприятлива ситуація, коли банки більшою мірою здійснюють короткострокове кредитування, забезпечуючи лише поточні операційні потреби підприємств. Допомогти вирішити зазначену проблему, на наш погляд, може створення ефективно діючої системи інвестиційних банків, основною метою діяльності яких буде саме забезпечення потреб підприємств у залученні додаткових ресурсів.

Важливість інвестиційної діяльності банків полягає не лише в отриманні ними прибутку, а й сприяє створенню тісних зв'язків між фінансовим та реальним секторами економіки.

Проблеми правового регулювання інвестиційних банків в Україні досліджували вчені-юристи: Л. К. Воронова, Є. В. Карманов, Т. А. Латковська та ін. Також економічний бік проблеми діяльності інвестиційних банків досліджували вчені-економісти І. С. Гуцал, А. О. Тимків, А. М. Мороз, А. А. Пересада, М. І. Савлук, Б. Л. Луців та ін. Водночас у більшості досліджень приділялась увага лише інвестиційній діяльності універсальних банків і не виділялись окремо інвестиційні банки як спеціалізовані фінансові установи та не враховувались особливості їх правового статусу та діяльності.

Існує багато визначень поняття «інвестиційний ринок» у науковій літературі, але однозначне його трактування до цього часу не вироблено. Деякі фахівці розглядають інвестиційний ринок як ринок об'єктів інвестування, поділяючи його на ринок об'єктів реального інвестування та ринок інструментів фінансового інвестування<sup>1</sup>. Так, наприклад, інвестиційний ринок може ототожнюватись із фондовим, оскільки у країнах з розвинутою економікою інвестиційна діяльність здійснюється переважно за допомогою інструментів фондового ринку.

Відповідно до ст. 92 Конституції України «виключно законами України встановлюються: «... засади створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків...», але правового оформлення основних засад функціонування ринку інвестицій, як і законодавчого визначення поняття «інвестиційний ринок», не існує<sup>2</sup>.

На нашу думку, доцільним є законодавче закріплення визначення інвестиційного ринку в широкому розумінні, що включає ринки реального та фінансового інвестування.

Також слід зазначити, що в українському законодавстві існують розбіжності у формулюванні понять, пов'язаних з інвестуванням. Зокрема, згідно зі ст. 1 Закону України «Про інвестиційну діяльність» «інвестиціями є всі види майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються в об'єкти підприємницької та інших видів діяльності, у результаті якої створюється прибуток (дохід) або досягається соціальний ефект». Відповідне визначення інвестицій міститься і в Законі України «Про режим іноземного інвестування»: «іноземні інвестиції – цінності, що вкладаються іноземними інвесторами в об'єкти інвестиційної діяльності відповідно до законодавства України з метою отримання прибутку або досягнення соціального ефекту». У Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» зазначено, що іноземні інвестиції – всі види майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються іноземними суб'єктами господарської діяльності в Україні, в результаті чого створюється прибуток (дохід) чи досягається соціальний ефект. Як справедливо зазначає Т. А. Комашенко, у даному випадку об'єкт інвестування чітко не вказується. За аналогією з поняттям «фінансова послуга», яке визначено законодавством України, має бути чітко визначено і поняття «інвестиційна послуга», адже воно є ключовим у правовій системі країн Європейського Союзу. Водночас у ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» таке поняття згадується як один із різновидів фінансових послуг.

Директива 2004/39/ЄС «Про ринки фінансових інструментів» передбачала, що інвестиційні послуги надають «інвестиційні компанії» (investment firms) – інститут, який в Україні ототожнюють із торговцями цінними паперами або компаніями з управління активами. Наразі директива скасована, а відповідні правовідносини врегульовані Директивою 2008/48/ЄС «Про започаткування та здійснення діяльності кредитних установ».

Як зазначає С. К. Реверчук, «банківські інвестиції» є похідною категорією від «інвестицій» та втілюють у собі істотні риси інвестицій взагалі, проте мають специфічні видові форми свого прояву<sup>3</sup>.

Відсутній також єдиний підхід до визначення поняття «банківські інвестиції». Прихильники вузького підходу дотримуються думки, що банківські інвестиції пов'язані лише з операціями з цінними паперами. Так, наприклад, А. В. Череп та О. Ф. Андросова подають таке визначення банківських інвестицій – це вкладання коштів у цінні папери з терміном погашення понад один рік, що мають за мету одержання прибутку<sup>4</sup>.

Інші ж автори вважають за доцільне широке тлумачення терміна «банківські інвестиції». Зокрема, під банківськими інвестиціями традиційно розуміють усі напрями розміщення ресурсів комерційного банку, а також операції з розміщення грошових коштів на певний термін з метою набуття доходу. У першому випадку до інвестицій відносять весь комплекс активних операцій комерційного банку, у другому – тільки його термінову складову<sup>5</sup>.

А. М. Мороз підкреслює, що під банківськими інвестиціями передусім розуміють інвестиції, які здійснюються комерційними банками як суб'єктами інвестиційної діяльності<sup>6</sup>.

Як слушно зазначає Т. А. Васильєва, якщо розуміти інвестиції як вкладення капіталу з метою подальшого його примноження, то з погляду банку приріст капіталу повинен бути достатнім для того, щоб компенсувати комерційному банку відмову від використання наявних фінансових ресурсів для вкладення в інші альтернативні інструменти на фінансовому ринку, винагородити його за ризик і відшкодувати втрати від інфляції в майбутньому інвестиційному періоді<sup>7</sup>. Відповідна процедура є стандартною для інвестиційних операцій та має на меті визначення їх доцільності, здійснюючи перевірку шляхом порівняння з іншими способами використання фінансових ресурсів.

Як зазначає М. А. Швайка, особливістю чистого інвестиційного банкінгу є те, що банк свої власні гроші в інвестиційні проекти не вкладає. Його завдання зводиться до того, щоб знайти емітента, якому потрібні ресурси, й інвестора, який ці ресурси готовий вкласти. Фактично функція інвестбанку зводиться до створення для емітента «привабливої упаковки» до наступного продажу його активів або боргів у роздріб чи гуртом. На його думку, за умов функціонування кредитних грошових систем усі форми грошей, зокрема заощадження населення, повинні виступати в кредитній формі, стати функціонуючим капіталом. Фінансовий крах США 1929–1933 рр. був насамперед результатом неможливості трансформації заощаджень в інвестиції<sup>8</sup>.

Б. Л. Луців вважає, що інвестиційні банки повинні бути державними, але працювати за правилами комерційних (комерційна основа надання кредитів, їх поверненість, цільовий характер кредиту та ін.). Їх діяльність якісно має відрізнитися від діяльності комерційних банків. Інвестиційний банк як провідний фінансовий агент держави в процесі реалізації довгострокових інвестиційних програм дасть змогу скоординувати діяльність банків, що спеціалізуються на фінансовій підтримці<sup>9</sup>.

О. М. Петрук визначає інвестиційні банки як банки, що мобілізують ресурси та надають позики шляхом випуску і розміщення облігацій чи інших зобов'язань. Інвестиційні банки виступають посередниками між інвесторами і тими, кому потрібна позика, а також у ролі гаранта емісій та організаторів гарантійних банківських синдикатів здійснюють купівлю-продаж акцій та облігацій за свій рахунок, надаючи кредити покупцям цінних паперів<sup>10</sup>.

О. В. Васюренко зазначає, що інвестиційний банк – це спеціальний кредитно-фінансовий інститут, який акумулює ресурси з різних джерел і використовує їх для фінансування промислових чи інших компаній та підприємств<sup>11</sup>.

При цьому необхідно підкреслити, що важливе значення діяльності інвестиційних банків пояснюється не стільки їх ресурсами і власними вкладеннями, скільки професійною організацією діяльності. Так, одним

із основних напрямів діяльності інвестиційних банків є андеррайтинг – придбання цінних паперів у емітента та продаж відповідних цінних паперів інвесторам. Зазначений напрям діяльності відіграє важливу роль у забезпеченні стабільності функціонування фінансових ринків, і, відповідно, потребує ефективного законодавчого регулювання.

Як цілком слушно зазначає О. В. Понеділко, класичні інвестиційні банки – це фінансові інститути, що гарантують емісію і розміщення цінних паперів. Сьогодні їх діяльність не обмежується лише андеррайтингом. Сучасні інвестиційні банки можуть:

- діяти як брокери або дилери на вторинному ринку цінних паперів;
- виступати консультантами для підприємств;
- надавати фінансову інформацію про ситуацію на фондовому ринку;
- провадити операції із нерухомістю;
- брати участь у фінансуванні складних проектів і проектному фінансуванні;
- виступати фінансовими агентами компанії при злитті, поглинанні та реструктуризації;
- брати участь у прямих інвестиціях, надавати довгострокові й середньострокові кредити позичальникам;
- управляти іпотекою і венчурним капіталом;
- брати участь в управлінні взаємними фондами і виступати фінансовими менеджерами для пенсійних фондів;
- надавати послуги з управління інвестиційним портфелем.

В українському законодавстві до січня 2012 р. передбачалася можливість створення такого типу спеціалізованих банків, як інвестиційний. Зокрема, у ст. 4 Закону України «Про банки і банківську діяльність» зазначалося: «...банки в Україні можуть функціонувати як універсальні або як спеціалізовані. За спеціалізацією банки можуть бути ощадними, інвестиційними, іпотечними, розрахунковими (кліринговими)...»<sup>12</sup>. Також законодавство передбачало обмеження стосовно залучення коштів фізичних осіб – не більше 5 % через значний рівень ризику операцій, які здійснюються інвестиційним банком. Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо регулювання діяльності банків» від 15 лютого 2011 р. № 3024-VI зі ст. 4 Закону України «Про банки і банківську діяльність» виключено перелік видів банківських установ за спеціалізацією: «...Банк самостійно визначає напрями своєї діяльності і спеціалізацію за видами послуг. Національний банк України визначає види спеціалізованих банків та порядок набуття банком статусу спеціалізованого...». Крім цього, у ст. 47 названого закону визначається, що банк, крім надання фінансових послуг, має право здійснювати також діяльність щодо інвестицій. Зазначене формулювання також підтверджує відокремлення законодавцем інвестиційних послуг від фінансових.

Постановою Правління Національного банку України від 28 грудня 2011 р. № 479 внесено відповідні зміни до Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні від 28 серпня 2001 р. № 368, якими передбачається функціонування двох видів спеціалізованих банків в Україні – ощадний та довірчого управління. Відповідно до цього інвестиційні банки як окремий тип спеціалізованого банку на сьогодні не виокремлюються. На наш погляд, доцільно визначити у законодавстві України окремий порядок створення та функціонування інвестиційних банків.

Для розвитку інвестиційної діяльності в Україні корисним є детальне вивчення досвіду іноземних країн. Прикладом може бути розвиток банківської системи США, що є взірцем розмежування комерційної та інвестиційної діяльності банків.

У 1933 р. в результаті прийняття закону Гласа-Стігола комерційним банкам у США було заборонено здійснювати андеррайтинг та операції з цінними паперами, а інвестиційним – виконувати комерційну банківську діяльність. Тобто, інститути грошово-кредитного та інвестиційного ринку не можуть суміщати діяльність, інакше ризики від перехрещення кредитування та інвестування різко зростають, а державне регулювання надзвичайно ускладнюється.

Нині мають місце процеси поступового розмиття межі між комерційними та інвестиційними банками. Крім цього, важливу роль відіграють інвестиційні компанії, які за своєю правовою природою не є банками. Відповідно, діяльність таких компаній не регулюється законодавством у сфері здійснення банківської діяльності, що створює певні ускладнення. Отже, так звана американська модель банківської системи зазнає змін і у чистому вигляді її використати неможливо. Деякі науковці порівнюють банківську систему України з універсальною німецькою банківською системою. Німеччина під час індустріалізації не мала у своєму розпорядженні достатнього капіталу, а також необхідної організації торгівлі цінними паперами, тому не могла фінансувати великі підприємства, не використовуючи банківські кредити у великих обсягах. Основний обсяг фінансових потоків Німеччини (як і України) проходить через банківську систему. Як зазначає В. С. Загорський, паралельно з універсальними банками в Німеччині функціонують спеціалізовані банки та інші кредитні установи<sup>13</sup>. Слід погодитись з думкою О. В. Понеділко, що аналіз закономірностей розвитку банківської справи засвідчує: універсальність банку може співіснувати з його спеціалізацією. Фактично у світовій практиці універсальність банківської справи розвивається паралельно зі спеціалізацією.

Розвиток банківських систем у різних країнах світу йде шляхом створення інвестиційних банків і, відповідно, окремого законодавчого регулювання їх діяльності. По-перше, це зумовлено більш високим рівнем ризику, що передбачає необхідність забезпечити захист прав та інтересів клієнтів, передусім фізичних осіб. По-друге, спеціалізований інвестиційний банк створюється з метою надання послуг не лише на кредитному, а й на фондовому та інвестиційному ринках, що передбачає інший перелік здійснюваних банком операцій,

що потребують додаткового регулювання. Тому необхідно визначити на законодавчому рівні порядок та особливості діяльності інвестиційних банків на фондовому ринку як у власних інтересах, так і при наданні брокерських послуг. Також потребує законодавчого врегулювання інвестиційна діяльність банків, яка здійснюється у формі довгострокового кредитування підприємств.

Отже, можемо зробити такі висновки. Існує багато визначень поняття «інвестиційний ринок». Найбільш повним є поняття, що охоплює як ринок реального інвестування, так і ринок фінансових інструментів. Таким чином, діяльність на ринку інвестицій включає як безпосереднє інвестування в діяльність підприємства, так і операції на фондовому ринку.

Особливістю інвестиційних банків є те, що здійснюючи діяльність з обмежено диверсифікованими активами, вони не впливають на стабільність банківської системи навіть у разі свого банкрутства. При цьому, надаючи інвестиційні послуги, такі спеціалізовані банки створюють умови для розвитку як промисловості, так і фінансового ринку, оскільки наразі брокерські послуги надаються більшою мірою окремим фінансовими компаніями, що не є банками. Таким чином, законодавче відокремлення інвестиційних банків зумовлено специфікою правового регулювання їх діяльності, яка виникає через певні особливості їх функціонування. Протягом тривалого часу законодавство України передбачало можливість створення інвестиційних банків, але жодного банку, який би мав відповідну спеціалізацію, створено не було. Окреме врегулювання в законодавстві України діяльності саме інвестиційних банків дасть змогу врахувати всі аспекти їх діяльності на фондовому та інвестиційних ринках та забезпечить захист інтересів клієнтів. Водночас необхідним є встановлення обмежень щодо здійснення інвестиційної діяльності для банків, які не є спеціалізованими, оскільки через високий рівень ризику такої діяльності це може спричинити загрозу інтересам вкладників та функціонуванню банківської системи в цілому.

На нашу думку, особливу увагу слід приділити законодавчому регулюванню відносин між інвестиційним банком та клієнтом-інвестором з метою захисту інтересів інвесторів.

<sup>1</sup> Комащенко Т. А. Інвестиційний ринок як об'єкт державного регулювання / Т. А. Комащенко // Економіка та держава. – 2009. – № 9. – С. 86–88.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Реверчук С. К. Управління і регулювання банківською інвестиційною діяльністю : моногр. / С. К. Реверчук, Л. Г. Кльоба, М. Б. Паласевич. – Л. : Тріада плюс, 2007. – 351 с.

<sup>4</sup> Череп А. В. Банківські операції : навч. посібн. / А. В. Череп, О. Ф. Андросова. – К. : Вид-во «Кондор», 2008. – 410 с.

<sup>5</sup> Васильєва Т. А. Банковское инвестирование на рынке инноваций : моногр. / Т. А. Васильєва. – Сумы : Изд-во СумГУ, 2007. – 513 с.

<sup>6</sup> Мороз А. М. Банківські операції : підруч. / А. М. Мороз, М. І. Савлук, М. Ф. Пуховкіна та ін. – 2-ге вид. [перероб. та доп.]. – К. : Вид-во КНЕУ, 2002. – 476 с.

<sup>7</sup> Васильєва Т. А. Вказана праця.

<sup>8</sup> Понеділко О. В. Інвестиційні ознаки комерційних банків та їх групування / О. В. Понеділко // Інвестиції: практика та досвід. – 2011. – № 15. – С. 4–7.

<sup>9</sup> Луців Б. Л. Інвестиційна політика банків : навч. посібн. / Б. Л. Луців, А. О. Тимків. – Тернопіль : Терно-граф, 2011. – 317 с.

<sup>10</sup> Петрук О. М. Банківська справа: навч. посіб. / О. М. Петрук ; за ред. Ф. Ф. Бутинця. – К. : Кондор, 2004. – 461 с.

<sup>11</sup> Васюренко О. В. Банківський менеджмент. – К. : Видавничий центр «Академія», 2001. – 320 с.

<sup>12</sup> Козлова Ю. В. Перспективи розвитку інвестиційних банків в Україні / Ю. В. Козлова // Севастопольський інститут банківської справи Української академії банківської справи НБУ: зб. наукових праць. – 2013. – Вип. № 37. – С. 285–297.

<sup>13</sup> Загорський В. С. Стратегія становлення банківської системи / В. С. Загорський, О. Д. Вовчак // Фінанси України. – 2001. – № 10. – С. 132–138.

#### Резюме

##### **Одоладов Д. А. Правове регулювання діяльності інвестиційних банків.**

Розглянуто особливості правового регулювання діяльності інвестиційних банків в Україні, а також напрями та сфери здійснення їх діяльності, актуальні проблеми правового регулювання інвестиційної діяльності банків та надано пропозиції щодо їх вирішення.

**Ключові слова:** правове регулювання діяльності банків, створення банків, інвестиції, інвестиційний банк, інвестор, фондовий ринок, цінні папери, фінансова установа, фінансові послуги, андеррайтинг.

#### Резюме

##### **Одоладов Д. А. Правовое регулирование деятельности инвестиционных банков.**

Рассмотрены особенности правового регулирования деятельности инвестиционных банков в Украине, а также направления и сферы осуществления их деятельности, актуальные проблемы правового регулирования инвестиционной деятельности банков и даны предложения по их решению.

**Ключевые слова:** правовое регулирование деятельности банков, создание банков, инвестиции, инвестиционный банк, инвестор, фондовый рынок, ценные бумаги, финансовая организация, финансовые услуги, андеррайтинг.

Summary

**Odoladov D. Legal regulation of activity of investment banks.**

Article concerns specific features of legal regulation investment bank's activity in Ukraine, directions and spheres they operate in, actual problems in legislative regulation of investment bank's activity and propositions concerning their solving.

**Key words:** legal regulation of banking activity, creation of a bank, investment, investment bank, investor, stock market, securities, financial entity, financial services, underwriting.

УДК 342.

**Є. В. ПОТАПОВ**

*Євген Валерійович Потапов, аспірант Київського університету права НАН України*

**АНАЛІЗ НАУКОВОЇ ДУМКИ ЩОДО СТАНОВЛЕННЯ  
ДЕРЖАВНОГО КРЕДИТУВАННЯ БУДІВНИЦТВА ЖИТЛА**

Нині питання кредитування будівництва (придбання) житла є гострим як для України, так і інших країн пострадянського простору. Причиною є те, що по-перше, в українців після декількох фінансових криз та нестабільності гривні власні джерела доходів є недостатніми для вирішення цієї проблеми. По-друге, вартість житла або його будівництво досить високі, порівняно із доходами громадян. Також у зв'язку з тим, що жоден роботодавець не забезпечує і не фінансує отримання працівниками житла, проблема формування ринку доступного житла стає національним пріоритетом для України.

Для вирішення зазначеної проблеми шляхом встановлення нижчих, порівняно з ринковими, відсоткових ставок за кредитами на будівництво (придбання) житла та з метою забезпечення їх доступності була затверджена Державна цільова програма<sup>1</sup>. Досвід розвинутих країн свідчить, що ефективне виконання державою своїх функцій дає потужний стимул розвитку житлового будівництва. Водночас держава часто зазнає критики за створення різних бар'єрів на шляху розвитку житлового будівництва. Адміністративні бар'єри, бюрократична тяганина, корупція й непрозорість у здійсненні основних функцій держави безпосередньо впливають на обсяги ринку будівництва та ціну житла, оскільки забудовники перекладають усі витрати на подолання бар'єрів влади на кінцевого покупця житла.

В умовах щорічного дефіциту бюджетних коштів для держави та органів місцевого самоврядування актуальною є проблема щодо визначення напрямів та форм використання державних коштів для найефективнішого виконання своїх завдань та функцій, зокрема такого важливого завдання, як будівництво житла. У правових нормах у зв'язку з розвитком цієї сфери з'являються нові поняття, які вимагають наукового осмислення й деталізації.

**Метою** статті є аналіз юридичної літератури щодо становлення наукової думки з питань державного кредитування будівництва житла.

Розглядаючи відповідні теоретичні положення, висновки щодо діяльності держави з кредитування будівництва житла та пропонуючи нові підходи до їх вирішення, ми спиралися на теоретичні джерела економічного, соціологічного знання, досягнення теорії держави і права, фінансового права, адміністративного права та процесу, науки управління. До таких джерел належать роботи вітчизняних і зарубіжних учених, що розкривають передусім питання застосування державних механізмів інвестування та фінансування житлового будівництва, формування цілеспрямованої державної політики розвитку житлового будівництва.

Аналізуючи останні дослідження та публікації, необхідно зосередити увагу на роботах таких учених, як Л. К. Воронова, Л. Л. Кінашук, М. П. Кучерявенко, О. П. Орлюк, Н. Ю. Пришва, Л. А. Савченко. У своїй роботі зазначені науковці торкалися розгляду питань, що регулюють сферу фінансового контролю, аудиту, бюджетного процесу, банківської діяльності, а також базові європейські та міжнародні стандарти у галузі фінансової діяльності, деякою мірою акцентували увагу на фінансово-правовому регулюванні державного кредитування.

Розкриваючи та аналізуючи сутність управлінської діяльності Національного банку, як центрального банку держави, Рахункової палати України, Державного фонду сприяння молодіжному житловому будівництву ми базувалися на теоретичних розробках і положеннях науковців з адміністративного права та управління. Дисертаційна робота О. І. Гриценко<sup>2</sup> присвячена дослідженню організаційно-правового забезпечення діяльності Рахункової палати. Автором визначено правову природу Рахункової палати, проведено комплексний аналіз принципів організації та діяльності Рахункової палати, визначено й розкрито гарантії їх реалізації, а також досліджено співвідношення функцій і повноважень Рахункової палати на предмет їх відповідності. В. В. Орлов, досліджуючи питання розвитку державної молодіжної політики у сфері молодіжного житлового кредитування, правовий статус Державного фонду сприяння молодіжному житловому будівництву, вносить

пропозиції щодо удосконалення механізму правового забезпечення надання житлових кредитів молодим сім'ям. Автор зазначає, що одним із дієвих механізмів вирішення складної житлової проблеми в молодіжному середовищі має стати прийняття нових законів України, які були б спрямовані на розвиток державної молодіжної політики<sup>3</sup>. П. С. Покатаєвим запропоновано модель формування прямих і зворотних фінансових потоків за реалізації житлових програм, яка характеризує ступінь впливу держави на виробничі та споживчі показники житлового будівництва. Удосконалено механізм забезпечення молоді житлом, який включає правові, економічні, соціальні й організаційні засади даного забезпечення шляхом державного фінансування і цільового довгострокового кредитування молодих сімей та одиноких молодих громадян України<sup>4</sup>. Наступний науковець з державного управління Н. І. Олейник, досліджуючи динаміку житлового будівництва в державі, висвітлює проблеми, що перешкоджають розширенню будівництва нового житла. Систематизовано державні програми забезпечення житлом окремих категорій громадян, визначено напрями вдосконалення державного програмування в житловій сфері. Охарактеризовано сучасні способи управління житловим фондом, обґрунтовано пріоритетні способи фінансування придбання житла громадянами за підтримки держави<sup>5</sup>.

Сьогодні аналізу правовідносин у сфері державного кредитування як комплексного правового інституту в їх різних аспектах присвячена незначна кількість наукових досліджень юристів, деякі ми проаналізуємо. Так, С. О. Ніщима<sup>6</sup> у своїй роботі приділяє увагу особливостям регулювання державного кредитування деяких напрямів (житлового будівництва, індивідуальної забудови на селі, кредитування сільського господарства). Автор доводить, що відносини державного кредитування є предметом вивчення фінансового, а не банківського права на підставі їх визначення як частини бюджетного права. У дисертації В. О. Омельчука<sup>7</sup> досліджено регіональні передумови впровадження іпотечних схем з державним субсидуванням молодіжних іпотечних кредитів, побудовано рейтинг привабливості регіонів України щодо впровадження іпотечних схем. Автор обґрунтував та аналітично вивчив вплив державного субсидування іпотечних кредитів на мікротамакрорівні, розглянув наукові положення про державну молодіжну житлову політику як категорію теорії державного управління, що потребує подальшої розробки та практичної реалізації з урахуванням цілей загальнонаціонального розвитку та демографічної ситуації в країні. У дисертації О. В. Сударенко<sup>8</sup> висвітлено проблеми правового регулювання фінансування будівництва житла в Україні. Описано механізм, розкрито суть поняття «фінансування будівництва житла». Показано, що в українській державі поряд з бюджетним фінансуванням будівництва житла з'явилися та одержали розвиток державне кредитування, банківське кредитування житла з компенсацією зобов'язань частково за рахунок бюджетних коштів, які мають особливі ознаки за джерелом фінансування, змістом і порядком затвердження фінансових планів, правовим статусом установ, які здійснюють розпорядження зазначеними коштами. В. В. Губарев у дисертації «Державне регулювання розвитку ринку іпотечного кредитування в Україні»<sup>9</sup> проаналізував функції суб'єктів іпотечних відносин. Визначив особливості ринку іпотечного кредитування та державного регулювання його розвитку у тісному взаємозв'язку з фінансовим ринком, ринком нерухомості та будіндустрією. Обґрунтував необхідність формування високоефективного механізму регулювання іпотечного ринку та розробив і запропонував до впровадження методичні підходи щодо формування Єдиної державної концепції регулювання ринку іпотечного кредитування з виокремленням етапів формування державної політики даного спрямування. І. М. Кушнір у дисертації «Фінансово-правові аспекти регулювання житлового будівництва в Україні»<sup>10</sup> розглянув основні проблеми житлового будівництва, його стан та фінансування. О. Б. Німко в роботі «Адміністративно-правове регулювання державного молодіжного житлового кредитування»<sup>11</sup> проаналізовано чинне законодавство і практику адміністративно-правового регулювання державного молодіжного житлового кредитування, досліджено стан розробки проблеми, висвітлено та проаналізовано світовий досвід іпотечного молодіжного житлового кредитування. Досліджено чинники, які впливають на ефективність адміністративно-правового регулювання державного молодіжного житлового кредитування, запропоновано напрями підвищення ефективності шляхом удосконалення норм законодавства та управлінського механізму.

У такій комплексній проблематиці, як державне кредитування житла, при її аналізі доцільно зосередити увагу на доробках юристів – представників різних галузей права. Так, Г. М. Гриценко<sup>12</sup>, досліджуючи порядок укладання договору капітального будівництва за державні кошти, виявив прогалини господарсько-правового регулювання окремих процедур будівництва (проведення конкурсних торгів, розробка проектно-кошторисної документації, будівництво та здача об'єкта будівництва), що допомогло підготувати рекомендації з удосконалення чинного законодавства. Окрему увагу автор приділив вдосконаленню нормативно-правового регулювання відповідальності суб'єктів відносин з капітального будівництва, оскільки ці норми містяться у величезній кількості нормативних документів, мають несистемний характер, а за окрему частину правопорушень не встановлено ніяких санкцій. Л. Г. Рябко у своїй роботі «Правове регулювання кредитних відносин по законодавству України»<sup>13</sup> аналізуючи кредитні правовідносини за участю держави доходить висновку, що такі правовідносини необхідно розділяти на два види: державний кредит, де держава виступає в ролі кредитора, і державна позика, де держава виступає в ролі позичальника. Т. Р. Федосєєва при дослідженні актуальних питань правового регулювання фонду соціального призначення розглянуто зарубіжну практику щодо регулювання суспільних відносин у сфері забезпечення житлом соціально незахищених громадян, історичний досвід, чинну нормативно-правову базу та перспективи розвитку законодавства у цій галузі. Досліджено порядок формування фонду соціального призначення та надання житла у ньому<sup>14</sup>.

Окремі питання щодо проблематики даного дослідження знайшли своє відображення у працях науковців у галузі житлового права, зокрема: В. Я. Бондара, М. К. Галянтича, В. С. Гопанчука, Г. І. Коваленка,

С. О. Мічуріна. Наприклад, М. К. Галянтич у навчальному посібнику «Житлове право»<sup>15</sup> аналізує питання, пов'язані з обліком громадян, які потребують поліпшення житлових умов, із наданням їм жилих приміщень у будинках державного і громадського житлового фонду, призначених для постійного проживання. Наступний колектив авторів розглядаючи правові питання щодо забезпечення громадян жилими приміщеннями, користування житловим фондом, його схоронності, експлуатації, ремонту та приватизації, окремі розділи присвятив висвітленню питань захисту прав та законних інтересів громадян у житловій сфері та відповідальності за правопорушення<sup>16</sup>.

Враховуючи, що державні програми підтримки будівництва (реконструкції) житла для окремих категорій громадян належать до видатків на соціальний захист населення та соціальне забезпечення, цим питанням приділялась значна увага як економістами, так і юристами. У підручнику «Бухгалтерський облік у бюджетних установах» автори докладно розглянули методику відображення господарських операцій з надходження і витрачання бюджетних коштів, використання облікової інформації в управлінні бюджетним процесом, у тому числі витрачання бюджетних коштів на реалізацію соціальних програм взагалі і на будівництво чи придбання житла зокрема<sup>17</sup>.

Таким чином, на основі порівняльного аналізу здійснено комплексне дослідження становлення наукової думки щодо фінансово-правового регулювання державного кредитування житлового будівництва в Україні. Особливості нормативно-правового регулювання державного кредитування житлового будівництва в Україні, з позиції фінансового права, не досліджувалися. Проте у розробку шляхів вирішення проблем державного кредитування житлового будівництва в Україні вносять вагомий вклад фахівці у галузі цивільного права, теорії держави і права, адміністративного права і процесу, що, в свою чергу, позитивно впливає на становлення теорії і практики державного кредитування житлового будівництва в Україні, забезпечення ефективного його фінансово-правового регулювання.

<sup>1</sup> Державна цільова соціально-економічна програма будівництва (придбання) доступного житла на 2010–2017 роки : затверджена постановою Кабінетом Міністрів України від 11 листопада 2009 р. № 1249 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1249-2009-%D0%BF>

<sup>2</sup> Гриценко О. І. Організаційно-правове забезпечення діяльності Рахункової палати [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Гриценко Оксана Іванівна ; Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2005. – 223 с.

<sup>3</sup> Орлов В. В. Правове забезпечення молодіжного житлового кредитування в Україні / Валентин Валентинович Орлов // Науковий вісник Ужгородського університету, 2011. – Спецвипуск 33. – Ч. 2. – (Серія «Економіка») : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib>

<sup>4</sup> Покатаєв П. С. Державна підтримка розвитку житлового будівництва в Україні : автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр. : спец. 25.00.02 / П. С. Покатаєв ; Класич. приват. ун-т. – Запоріжжя, 2011. – 20 с.

<sup>5</sup> Олійник Н. І. Державне регулювання ринку житла в Україні : автореф. дис. ... д-ра наук з держ. упр. : спец. 25.00.02 / Н. І. Олійник ; Нац. акад. держ. упр. при Президенті України. – К., 2011. – 36 с.

<sup>6</sup> Ніщимна С. О. Правове регулювання державного кредитування в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / С. О. Ніщимна ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2005.

<sup>7</sup> Омельчук В. О. Формування державної молодіжної житлової політики в Україні : автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр. : спец. 25.00.01 / В. О. Омельчук ; Нац. акад. держ. упр. при Президенті України. – К., 2004.

<sup>8</sup> Сударенко О. В. Правове регулювання фінансування житлового будівництва в Україні : дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Сударенко ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2006.

<sup>9</sup> Губарєв В. В. Державне регулювання розвитку ринку іпотечного кредитування в Україні : дис. ... канд. наук з держ. упр. : спец. 25.00.02 / В. В. Губарєв ; Нац. акад. держ. упр. при Президенті України, Харк. регіон. ін-т держ. упр. – Х., 2010.

<sup>10</sup> Кушнір І. М. Фінансово-правові аспекти регулювання житлового будівництва в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / І. М. Кушнір ; Ін-т законодавства ВР України. – К., 2013.

<sup>11</sup> Німко О. Б. Адміністративно-правове регулювання державного молодіжного житлового кредитування : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Ольга Борисівна Німко ; Національний аграрний університет. – К., 2008.

<sup>12</sup> Гриценко Г. М. Правове регулювання капітального будівництва за державні кошти : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 / Г. М. Гриценко ; НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. – Донецьк, 2011.

<sup>13</sup> Рябко Л. Г. Правове регулювання кредитних відносин по законодавству України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». – Національний університет внутрішніх справ. – Х., 2002.

<sup>14</sup> Федосєєва Т. Р. Право громадян на житло у фонді соціального призначення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Т. Р. Федосєєва ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2003. – 20 с.

<sup>15</sup> Галянтич М. К. Житлове право України : навч. посіб. / М. К. Галянтич. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – 498 с.

<sup>16</sup> Житлове право України : навч. посіб. / М. К. Галянтич, Г. І. Коваленко. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 480 с.

<sup>17</sup> Бухгалтерський облік у бюджетних установах : підруч. ; за заг. ред. проф. Р. Т. Джоги. – К. : КНЕУ, 2003. – 483 с.

## Резюме

### **Потанов Є. В. Аналіз наукової думки щодо становлення державного кредитування будівництва житла.**

У статті здійснено аналіз наукової літератури, надано відповідні теоретичні положення, висновки щодо діяльності держави з кредитування будівництва житла, з'ясовано проблемні питання, які на сьогодні недостатньо висвітлені науковцями з даного питання.

**Ключові слова:** державне кредитування, будівництво житла, державна іпотека.



Резюме

**Потапов Е. В. Анализ научной мысли по становлению государственного кредитования строительства жилья.**

В статье проведен анализ научной литературы, даны соответствующие теоретические положения, выводы о деятельности государства по кредитованию строительства жилья, выяснены проблемные вопросы, которые сегодня недостаточно освещены учеными по данному вопросу.

**Ключевые слова:** государственное кредитование, строительство жилища, государственная ипотека.

Summary

**Potapov E. Analysis of the scientific opinion concerning state loans for housing construction.**

In the article analysis of scientific literature, proper theoretical positions, conclusions about state activities concerning state loans for housing construction is done, issues which aren't clarified by scientists for today are solved.

**Key words:** state loans, housing construction, state mortgage.

УДК 342.92

**О. В. РОЙ**

*Олег Володимирович Рой, аспірант Київського університету права НАН України*

## ПОНЯТТЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО АКТА ЯК ПРЕДМЕТА ПУБЛІЧНО-ПРАВОВОГО СПОРУ

Реформування правових інститутів вітчизняної правової системи у контексті європейської інтеграції має безпосередній вплив на зміни у функціонуванні судової системи. Прийняття Верховною Радою України змін до Основного Закону<sup>1</sup> є підтвердженням серйозності намірів законодавця на шляху зближення з Європейським Союзом. Новим для адміністративної юстиції є закріплення норми у ст. 125 Конституції України, що передбачає діяльність адміністративних судів з метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин<sup>2</sup>. Прийняття нових та внесення змін до існуючих нормативно-правових актів породжує виникнення публічно-правових спорів та, як наслідок, ряд невирішених питань і проблем у процесі прийняття судами рішень у справах.

Дослідженням тематики нормативно-правового акта як загалом, так і в якості предмета публічно-правового спору, займалися такі юристи-практики та вчені-адміністративісти, як В. Б. Авер'янов, Н. В. Александрова, О. Ф. Андрійко, Ю. П. Битяк, Ю. В. Георгієвський, Ж. В. Завальна, С. В. Ківалов, І. Б. Коліушко, Т. О. Коломоєць, В. К. Колпаков, В. М. Косович, Р. О. Куйбіда, О. В. Кузьменко, Л. М. Легін, О. М. Пасенюк, Ю. С. Педько, К. Ю. Пуданс-Шушлебін, Я. С. Рябченко, А. О. Селіванов, М. І. Смокович, В. П. Тимошук, С. І. Фесенко, Н. Є. Хлібороб та ін.

**Метою статті** є дослідження і аналіз різних наукових поглядів, законодавчої бази, законопроектних робіт, судової статистики щодо нормативно-правових актів як предмета публічно-правового спору в судах адміністративної юрисдикції, напрацювання пропозицій щодо удосконалення норм Кодексу адміністративного судочинства України в частині оскарження нормативно-правових актів та загальнотеоретичної бази адміністративного процесу.

На нашу думку, звернення до проблеми оскарження нормативно-правового акта породжує питання про саме поняття даного виду правового акта.

У тлумачному словнику української мови під нормативно-правовим актом розуміється загальнообов'язкове офіційне рішення спеціально уповноваженого органу державної влади, прийняте в певному передбаченому законодавством процедурно-процесуальному порядку й затверджене в певній формі, яке встановлює нові правові норми, змінює чи скасовує ті, що вже існують<sup>3</sup>. На думку Н. М. Пархоменко, нормативно-правовий акт – це прийнятий уповноваженим державним чи іншим органом у межах його компетенції офіційний письмовий документ, який встановлює, змінює чи скасовує норми права, носить загальний чи локальний характер та застосовується неодноразово<sup>4</sup>. У своїх дослідженнях В. С. Нерсесянц характеризує нормативно-правовий акт як письмовий правостановлюючий акт держави, що містить нові норми чинного права. Своїм правостановлюючим характером нормативно-правовий акт відрізняється від усіх інших правових актів<sup>5</sup>. За Л. М. Легін нормативно-правовий акт – це юридичний документ (акт) уповноваженого суб'єкта правотворчості, прийнятий у встановленому порядку, який встановлює, змінює або скасовує норми права<sup>6</sup>.

Т. О. Калиновська окреслює нормативно-правовий акт місцевого самоврядування як офіційний письмовий документ, що містить норми права та прийнятий у межах Конституції і законів України безпосередньо територіальною громадою, органом місцевого самоврядування або його посадовою особою з питань місцевого значення чи здійснення делегованих повноважень органів виконавчої влади<sup>7</sup>.

У своєму дослідженні О. О. Борбунюк зазначає, що процес правотворчості як загальне поняття складається із законотворчого та нормотворчого процесів. Результат останнього – видання (прийняття) нормативних актів. Їх особливістю є визначена законом або іншими актами форма, особливий порядок видання (прийняття) та суб'єкт, якому надане таке право<sup>8</sup>. Тому при визначенні поняття нормативно-правового акта потрібно звертати увагу на вищевказані характеристики.

Вважаємо, що запропоновані поняття нормативно-правового акта в контексті нашого предмета дослідження потребують уточнення, адже згідно із ч. 2 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) до адміністративних судів можуть бути оскаржені будь-які рішення, дії чи бездіяльність суб'єктів владних повноважень, крім випадків, коли щодо таких рішень, дій чи бездіяльності Конституцією чи законами України встановлено інший порядок судового провадження. Таке уточнення передбачає виключення Конституції та законів України із предмета оскарження адміністративних судів, оскільки означений вище порядок стосується лише підзаконних нормативно-правових актів.

Як відомо, підзаконний нормативно-правовий акт – це акт, який видається відповідно до закону, на підставі закону, для конкретизації законодавчих приписів та їх трактування або встановлення первинних норм<sup>9</sup>.

Якщо звернутись до проекту Закону України «Про нормативно-правові акти» від 1 грудня 2010 р. № 7409, взятого відповідно до постанови Верховної Ради України від 20 травня 2011 р. № 3428-VI за основу, що був запропонований до другого читання, то ст. 1 цього законопроекту містить розмежування та визначення понять «нормативно-правовий акт» та «підзаконний нормативно-правовий акт». У свою чергу, згідно із вказаним проектом, підзаконним є нормативно-правовий акт суб'єкта нормотворення, прийнятий (виданий) на основі Конституції і законів України, міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України та спрямований на їх реалізацію<sup>10</sup>. Аналізуючи цей законопроект, Н. А. Железняк вважає, що проект Закону України «Про нормативно-правові акти» має визначати систему та види нормативно-правових актів; урегульовувати суспільні відносини, пов'язані з розробленням нормативно-правових актів, їх прийняттям, державною реєстрацією, набранням ними чинності та обліком; встановлювати вимоги до техніки нормопроекткування та нормотворчого процесу; регулювати питання дії нормативно-правових актів, їх офіційного тлумачення та роз'яснення; на законодавчому рівні закріплювати механізм контролю за додержанням законодавства про державну реєстрацію підзаконних нормативно-правових актів<sup>11</sup>.

Більшість пострадянських держав вже прийняли відповідні закони про нормативно-правові акти, підкреслює С. І. Фесенко. Отже, законодавство цих країн більше відповідає дотриманню принципу правової визначеності, який є одним із обов'язкових складових верховенства права<sup>12</sup>.

Відповідно до загальновизнаних міжнародних норм, згідно з якими кожна людина має право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами в разі порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом<sup>13</sup>, у КАС України було закріплено можливість оскарження рішень суб'єктів владних повноважень. Зокрема, ст. 171 КАС України встановлено особливості провадження у справах щодо оскарження нормативно-правових актів органів виконавчої влади, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування та інших суб'єктів владних повноважень. Правила цієї статті поширюються на розгляд адміністративних справ щодо: 1) законності (крім конституційності) постанов та розпоряджень Кабінету Міністрів України (далі – КМУ), постанов Верховної Ради Автономної Республіки Крим; 2) законності та відповідності правовим актам вищої юридичної сили нормативно-правових актів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів владних повноважень. Право оскаржити нормативно-правовий акт мають особи, щодо яких його застосовано, а також особи, які є суб'єктом правовідносин, у яких буде застосовано цей акт<sup>14</sup>.

У зв'язку з цим постає питання про те, чи є нормативними розпорядження КМУ та чи можуть бути вони оскаржені до адміністративних судів? Якщо звернутись до Регламенту КМУ, затвердженого постановою КМУ від 18 липня 2007 р.<sup>15</sup>, то у п. 1 пар. 29, пар. 30 глави 1 розділу 4 чітко вказується, що акти КМУ нормативного характеру видаються у формі постанов; акти КМУ з організаційно-розпорядчих та інших поточних питань – у формі розпоряджень. З викладеного випливає, що розпорядження КМУ не є актами нормативного характеру, отже вони не можуть оскаржуватися в порядку, визначеному ст. 171 КАС України. Проте, до прикладу, постановою Окружного адміністративного суду м. Києва від 26 січня 2015 р. у справі № 826/18327/14 визнано нечинним розпорядження КМУ від 5 листопада 2014 р. № 1079-р<sup>16</sup>.

Також породжує більше запитань, аніж відповідей, зазначення у вищезгаданій ст. 171 КАС України словосполучення «інші центральні органи виконавчої влади», що відповідно до Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17 березня 2011 р.<sup>17</sup> включає в себе державні служби, державні агентства, державні інспекції, центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом – чи уповноважені такі інші центральні органи виконавчої влади приймати нормативно-правові акти? Аналіз положень Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» дає підстави зробити висновок про те, що правом прийняття нормативно-правових актів наділені лише міністерства та центральні органи зі спеціальним статусом (ст.ст. 15, 24), а державні служби, державні агентства, державні інспекції можуть приймати акти організаційно-розпорядчого характеру (ст. 23). Такий підхід законодавця дає змогу стверджувати, що в порядку, визначеному ст. 171 КАС України, можуть оскаржуватися лише нормативно-правові акти міністерств та центральних органів виконавчої влади зі спеціальним статусом.

Отже, наскільки повно та всебічно можна захистити свої права, свободи чи інтереси, якщо ст. 3 КАС України не містить визначення поняття нормативно-правового акта з позиції розгляду судами справ адміністративної юрисдикції? З цього приводу Т. С. Подорожна справедливо зазначає, що включення в текст нормативно-правового акта дефініцій виключає багатозначність тлумачення суті правової норми, дає змогу однозначно й адекватно волі законодавця застосувати закон. Тільки терміни, що мають визначення, сприяють досягненню точності правових приписів<sup>18</sup>.

На дану проблему зверталась увага Вищим адміністративним судом України. Зокрема, ще в 2010 р. у відповідному інформаційному листі зазначено, що нормативно-правові акти – це правові акти управління, які встановлюють, змінюють, припиняють (скасовують) правові норми. Нормативно-правові акти містять адміністративно-правові норми, які встановлюють загальні правила регулювання однотипних відносин у сфері виконавчої влади, розраховані на тривале застосування; загальні правила поведінки, норми права, регламентують однотипні суспільні відносини у певних галузях і, як правило, розраховані на довгострокове та багаторазове їх застосування<sup>19</sup>.

Проблема визначення нормативно-правового акта як предмета розгляду судами адміністративної юрисдикції порушувалась у дисертаційному дослідженні Я. С. Рябченко, яка чітко зазначила про доцільність прийняття Закону України «Про нормативно-правові акти». Автор виокремила ознаки даного виду правового акта, що є, на її думку, обов'язковими: вміщує норми права; приймається органом державної влади, органом місцевого самоврядування, їхніми посадовими і службовими особами, іншим суб'єктом при виконанні ним владних управлінських функцій; ухвалюється у формі, встановленій Конституцією та законами України; розрахований на неодноразове використання неконкретизованими адресатами; опрацьовується з урахуванням правил юридичної техніки; забезпечується примусовою силою держави; регулює найважливіші, ключові суспільні відносини<sup>20</sup>.

Особливістю справ адміністративної юрисдикції є публічна діяльність суб'єкта владних повноважень при здійсненні владних управлінських функцій, що обов'язково потрібно враховувати при дослідженні даної проблематики. Проаналізувавши визначення поняття нормативно-правового акта, виходячи із загальних надбань теорії держави і права, та його ознак, визначених вченими-адміністративістами, можна зробити висновок, що для нормативно-правового акта як предмета публічно-правового спору характерна низка особливостей. Це, зокрема, особливий порядок розгляду адміністративних справ щодо оскарження нормативно-правових актів, встановлений ст.ст. 171–171<sup>1</sup> КАС України. Та чи прийняття спеціального Закону про нормативно-правові акти унеможливить виникнення колізій? На нашу думку, ні, проте усуне ряд недоліків у визначенні цього виду правового акта та, як наслідок, прогалини у правовому регулюванні означеного питання у сфері адміністративної юрисдикції. Проте внесення змін та доповнення ст. 3 КАС України терміном «нормативно-правовий акт» як предмета публічно-правового спору вбачається більш ефективним кроком, враховуючи невизначеність питання щодо проекту Закону України «Про нормативно-правові акти», сприятиме винесенню судами законних та обґрунтованих рішень в адміністративних справах.

При вивченні проблеми визначення нормативно-правового акта як предмета публічно-правового спору ми звернули увагу на дані судової статистики. Зокрема, аналіз статистичних показників розгляду Верховним Судом України адміністративних справ (за класифікацією Верховного Суду України) показує, що найчастіше предметом перегляду були рішення у справах зі спорів фізичних чи юридичних осіб із суб'єктами владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи актів індивідуальної дії). Кількість розглянутих справ цієї категорії становить 160 одиниць, або 51 % розглянутих справ. Аналіз складових цього показника засвідчив, що у звітному періоді найбільшу частину справ цієї категорії становили справи про оскарження рішень органів Державної фіскальної служби України (42 справи, або 26 %) та Пенсійного фонду України (33 справи, або 21 %). У загальній кількості цих справ скасовано 50 судових рішень Вищого адміністративного суду України, або 31 % переглянутих рішень у справах цієї категорії<sup>21</sup>. Наведені статистичні дані підтверджують існування окресленої нами проблеми, що існує навіть на стадії касаційного оскарження рішень у справах щодо законності правових актів в цілому.

З цього приводу вдало зазначили С. В. Кальченко та М. І. Смокович, що відмежування предмета спору – нормативно-правового акта від правового акта індивідуальної дії має не просто суто теоретичне, а суттєве практичне значення не лише стосовно розгляду справ у порядку саме ст. 171 КАС України та застосуванні відповідних особливостей процесуального закону, а також при вирішенні інших питань: стосовно територіальної підсудності<sup>22</sup>.

На основі викладеного матеріалу спробуємо запропонувати авторське визначення нормативно-правового акта. Як відомо, з метою впорядкування видання міністерствами, іншими органами виконавчої влади нормативно-правових актів, забезпечення охорони прав, свобод і законних інтересів громадян, підприємств, установ та організацій нормативно-правові акти, які видаються міністерствами, іншими органами виконавчої влади, органами господарського управління та контролю і які зачіпають права, свободи й законні інтереси громадян або мають міжвідомчий характер, підлягають державній реєстрації<sup>23</sup>. Враховуючи цей факт, пропонується визначати нормативно-правовий акт як офіційний письмовий документ (акт), прийнятий суб'єктом владних повноважень у межах його компетенції на підставі і з метою реалізації закону при виконанні ним владних управлінських функцій, який встановлює, змінює чи скасовує норми права, носить загальний чи локальний характер та застосовується неодноразово, підлягає державній реєстрації.

- <sup>1</sup> Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1401-19/>
- <sup>2</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
- <sup>3</sup> Глумачний словник з теорії держави і права / авт.-упоряд. К. Г. Волинка. – К. : Магістр – XXI сторіччя, 2006. – 46 с.
- <sup>4</sup> Теорія держави і права. Академічний курс : підруч. / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 343 с.
- <sup>5</sup> *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства / В. С. Нерсесянц. – М. : ИНФРА • М, 1999. – С. 402.
- <sup>6</sup> *Легін Л. М.* Нормативно-правовий акт: поняття та система ознак / Л. М. Легін // Право і суспільство. – 2016. – № 2. – С. 21–26 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis\\_2016\\_2\\_6](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2016_2_6)
- <sup>7</sup> *Калиновська Т. О.* Поняття нормативно-правових актів органів та посадових осіб місцевого самоврядування, їх юридична природа та ознаки / Т. О. Калиновська // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 4. – С. 168–175. – Бібліогр.: 20 назв. – укр. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.nbuv.gov.ua/old\\_jrn/soc\\_gum/dip/2010\\_48/2-10.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/soc_gum/dip/2010_48/2-10.pdf)
- <sup>8</sup> *Борбунюк О. О.* Щодо визначення нормативно-правового акта в адміністративному праві / О. О. Борбунюк // Проблеми законності : зб. наук. пр. – Х., 2014. – Вип. 125. – С. 160–168.
- <sup>9</sup> *Скаун О. Ф.* Теорія держави і права : підруч. ; пер. з рос. / О. Ф. Скаун. – Х. : Консум, 2001. – 334 с.
- <sup>10</sup> Проект Закону України «Про нормативно-правові акти» від 1 грудня 2010 р. № 7409 (у редакції тексту запропонованого до другого читання 17 жовтня 2012 р.) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=39123&pf35401=236607>
- <sup>11</sup> *Железняк Н. А.* Організаційно-правовий механізм здійснення контролю за додержанням законодавства про державну реєстрацію нормативно-правових актів / Н. А. Железняк // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2012. – № 10. – С. 7–15.
- <sup>12</sup> *Фесенко С. І.* Офіційне оприлюднення нормативно-правових актів регуляторної дії органами місцевої влади, місцевого самоврядування, як чинник дотримання Конституційних прав громадян в контексті реалізації засад державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності. Проблеми реалізації. Зарубіжний досвід / С. І. Фесенко // Часопис Академії адвокатури України. – 2013. – № 18 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.nbuv.gov.ua/old\\_jrn/e-journals/Chaau/2013-1/13fsisgd.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/e-journals/Chaau/2013-1/13fsisgd.pdf)
- <sup>13</sup> Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015)
- <sup>14</sup> Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36, № 37. – Ст. 446.
- <sup>15</sup> Регламент Кабінету Міністрів України : затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 18 липня 2007 р. № 950 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/950-2007-%D0%BF/page>
- <sup>16</sup> Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 26 січня 2015 р. у справі № 826/18327/14 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43162028>
- <sup>17</sup> Про центральні органи виконавчої влади : Закон України від 17 березня 2011 р. № 3166-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3166-17>
- <sup>18</sup> *Подорожна Т. С.* Вплив дефініцій на якість нормативно-правових актів: теоретичний аспект [Текст] / Т. С. Подорожна // Часопис Київського університету права. – 2008. – № 3. – С. 63–66.
- <sup>19</sup> Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 1 червня 2010 р. № 781/11/13-10 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v781\\_760-10](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v781_760-10)
- <sup>20</sup> *Рябченко Я. С.* Оскарження нормативно-правових актів в адміністративному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Я. С. Рябченко; Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2011. – 19 с.
- <sup>21</sup> Аналітичний огляд стану здійснення адміністративного судочинства у 2015 році / Загальні показники розгляду Верховним Судом України заяв про перегляд судових рішень Вищого адміністративного суду України та результати їх перегляду : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/statistika/anlit\\_ogljad\\_adminsudochinstva\\_2015/](http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/statistika/anlit_ogljad_adminsudochinstva_2015/)
- <sup>22</sup> Адміністративне судочинство України : підруч. / О. М. Пасенюк (кер. авт. кол.), О. Н. Панченко, В. Б. Авер'янов [та ін.]; за заг. ред. О. М. Пасенюка. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 286 с.
- <sup>23</sup> Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади : Указ Президента України від 3 жовтня 1992 р. № 493/92 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/493/92>

## Резюме

### **Рой О. В. Поняття нормативно-правового акта як предмета публічно-правового спору.**

У статті проаналізовано поняття нормативно-правового акта, виходячи з позицій теорії держави і права та науки адміністративного права. Акцентується увага на відсутності законодавчого визначення поняття нормативно-правового акта в КАС України, зволіканні з прийняттям проекту Закону України «Про нормативно-правові акти», що не сприятиме законності й обґрунтованості рішень, які виносяться адміністративними судами. Пропонується авторське визначення поняття нормативно-правового акта. Доводиться необхідність внесення змін до ст. 3 КАС України в частині визначення поняття та ознак нормативно-правового акта.

**Ключові слова:** нормативно-правовий акт, підзаконний нормативно-правовий акт, Кодекс адміністративного судочинства України, предмет публічно-правового спору, адміністративна юстиція.

## Резюме

### **Рой О. В. Понятие нормативно-правового акта как предмета публично-правового спора.**

В статье проанализировано понятие нормативно-правового акта, исходя из позиций теории государства и права и науки административного права. Акцентируется внимание на отсутствии законодательного определения понятия нормативно-правового акта в КАС Украины, промедлении с принятием проекта Закона Украины «О нормативно-правовых актах», что не способствует законности и обоснованности решений, принимаемых административными судами. Предлагается авторское определение понятия нормативно-правового акта. Доказывается необходимость внесения изменений в ст. 3 КАС Украины в части определения понятия и признаков нормативно-правового акта.

**Ключевые слова:** нормативно-правовой акт, подзаконный нормативно-правовой акт, Кодекс административного судопроизводства Украины, предмет публично-правового спора, административная юстиция.

### Summary

#### **Roy O. Definition of the regulatory-legal act as the subject-matter of a public-justiciable dispute.**

This article provides the analysis of the concept of a regulatory legal act that is based on the theory of law and state and science of administrative law. Attention is impaired on the absence of juridical definitions of term regulatory-legal act in the Code of Administrative Legal Proceedings of Ukraine and postponing the adoption of the Law of Ukraine «On normative legal acts», which will not contribute to the legality and validity of decisions handed down by the administrative courts. The author suggests to define the term of regulatory-legal act. Moreover, the author has proved the necessity of adding changes to the Code of Administrative Legal Proceedings of Ukraine to the chapter including the definition and properties of regulatory-legal act.

**Key words:** regulatory-legal act, subordinate regulatory-legal act, the Code of Administrative Legal Proceedings of Ukraine, the subject-matter of a public-justiciable dispute, administrative justice.

УДК 346.62

### **В. Г. САВЕНКОВА**

*Владислава Геннадіївна Савенкова, аспірант  
Київського національного університету імені Тараса  
Шевченка*

## **СУТЬ ПРАВОВИХ ПРИНЦИПІВ ЗДІЙСНЕННЯ БАНКІВСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ**

Науковий інтерес до такої категорії, як «принципи права», особливо актуальний у контексті євроінтеграційної спрямованості нашої держави. Формування правових норм в Європейському Союзі відбувається у чіткій відповідності до загальних та спеціально галузевих правових принципів, що мають нормативне закріплення. Адаптуючи вітчизняне законодавство до норм та стандартів права ЄС, визначення правових принципів здійснення банківської діяльності набуває особливого значення. Відображаючи у собі «сутність права», правові принципи мають безпосередній зв'язок різних правових процесів, поєднуючи загальнотеоретичні питання та практичні задачі, що потребують вирішення.

Правові принципи відіграють важливу роль у правовому регулюванні фінансової діяльності загалом і банківської зокрема. Вони виступають у якості ідей, що спрямовують законодавця до визначення напрямів удосконалення відповідних галузевих норм. Дослідження принципів фінансового права являє собою значний науковий інтерес, свідченням чого є наукові праці таких вітчизняних учених, як О. А. Музика-Стефанчук, С. О. Ніщимна, А. О. Полянничко, І. М. Ярмак, О. О. Башняк. Зокрема, Н. К. Шапгала, визначає принципи права як фундаментальні вихідні засади, в яких висвітлюються сутність, призначення та імперативна динамічна спрямованість певного правового інституту чи явища; вони об'єктивно зумовлені економічним, соціальним, політичним устроєм держави, основними засадами побудови й функціонування суспільства тощо<sup>1</sup>. М. І. Байтин визначає принципи як похідні, визначальні ідеї, положення, директиви, що становлять моральну організаційну основу виникнення, розвитку і функціонування права; це те, на чому ґрунтуються формування, динаміка і дія права, що дає змогу визначити його природу як демократичного, чи навпаки, тоталітарного<sup>2</sup>. Науковець І. Л. Невзоров у своїх працях говорить про принципи права як про первинні ідеї існування права, які виражають найважливіші закономірності і основи даного типу держави й права, є однопорядковими з сутністю права і відображають його основні риси. На його думку, вони визначаються універсальністю, вищою імперативністю і загальною значимістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови та вдосконалення певного суспільного ладу; це такі правові явища, які безпосередньо пов'язують зміст права з його соціальними основами – тими закономірностями суспільного життя, на яких ґрунтується ця правова система<sup>3</sup>.

Загальні принципи права складаються переважно із фундаментальних правових принципів, що являють собою передумову функціонування правопорядку і є спільними для всіх галузей права. Як зауважує А. Колодій, принципи права покликані забезпечувати органічний взаємозв'язок правової системи, системи і структури права, норм права та правових відносин, єдність норм, інститутів та галузей права. Вони характеризують зміст і сутність права в концентрованому вигляді й демонструють підвалини відображення в ньому економічних, політичних, моральних відносин. Принципи виступають критеріями оцінки правомірності чи неправомірності дій соціальних суб'єктів, формують правове мислення і правову культуру, цементують систему і структуру права<sup>4</sup>.

Термін принцип міститься у вітчизняних нормативно-правових джерелах, вказуючи на окремий правовий інститут, проте його розуміння та тлумачення різняться. Наприклад, ст. 8 Митного кодексу України називається «Принципи здійснення державної митної справи», в якій законодавець відтворює принципи права та формулює їх зміст, що вказує на галузеву належність. У Податковому кодексі України трапляються зовсім інші формулювання. Зокрема, ст. 4 має назву «Основні засади податкового законодавства України», а в п. 4.1 зазначено: «Податкове законодавство України ґрунтується на таких принципах...»<sup>5</sup>.

Позиції науковців щодо оцінки значення принципів різняться. Так, прихильники позитивізму вважають, що принцип законності є основним для матеріального та процесуального права. У межах ліберально-юридичної теорії права пріоритет віддається принципу рівності, у межах теорії природного права – принципу справедливості. Також виокремлюється науковий погляд, за якого принципи є елементами, однаково важливими для якості системи як цілого<sup>6</sup>.

Науковець О. Льовіна пропонує розмежовувати принципи банківського права й банківської діяльності та вважає, що принципи права визначають характер правового регулювання суспільних відносин, слугують канонами розвитку права, а принципи діяльності суб'єктів урегульованих правом відносин – похідне поняття. Принципи банківської діяльності не можуть суперечити принципам банківського права. Суттєва відмінність принципів банківської діяльності від принципів банківського права полягає у тому, що вони не можуть бути результатом узагальнення та аналізу банківського права, а мають впливати із банківського законодавства<sup>7</sup>.

Досліджуючи категорію «система принципів права», Н. М. Вагіна поділяє її на статичну структуру та принципи структурних елементів права. Зокрема, до статичної структури вона відносить принципи права в цілому (принцип законності, справедливості, гуманізму, відповідальності за вину, демократизму, розподілу влади тощо). До принципів структурних елементів: принципи приватного права (принципи пріоритету приватних інтересів, переваги самоврядних начал, децентралізації правового регулювання, відповідальності учасників правовідносин один перед одним); принципи публічного права (принципи пріоритету публічних інтересів, переваги імперативних норм, відповідальності державних органів, державних службовців і посадових осіб за прийняті акти (рішення), централізації правового регулювання тощо); принципи, загальні для галузей та інститутів приватного та публічного права (принцип незворотності закону, підтримки та захисту конкуренції, забезпечення свободи літературної, художньої, науково-технічної творчості, забезпечення вільного доступу до освіти, справедливості юридичної відповідальності, здійснення правосуддя лише судом, поєднання одноособовості та колегіальності при розгляді справ, гласності судового розгляду, державної мови судочинства тощо); принципи, діючі в галузях та інститутах публічного права (принципи самостійності публічної фінансової діяльності, професіоналізму та компетентності державних службовців при здійсненні державного управління, єдності грошової політики та грошової системи держави, єдності податкової системи, єдності каси, казначейського виконання бюджетів тощо)<sup>8,9</sup>.

Говорячи про принципи публічного права, як особливого системно-функціонального утворення, треба мати на увазі «перевагу імперативних норм у публічному праві». До принципів публічного права відносять: принцип пріоритетності публічних інтересів, обмеження державної влади, перевагу імперативних норм у публічному праві, централізацію правового регулювання, відповідальність державних службовців за невиконання й неналежне виконання своїх посадових обов'язків, відповідальність посадових осіб<sup>10</sup>.

Вчені виділяють щонайменше три різні підходи щодо проблем принципів права: традиційний (зокрема, ісламський), романо-германський та англосаксонський. З-поміж способів фіксації принципів права у нормах права виділяють текстувальний і змістовий<sup>11</sup>. Текстувальний спосіб фіксації принципів характеризується тим, що вони закріплюються в конкретних нормах і тим самим є нормами-принципами, дія яких поширюється за межі конкретної норми. Змістовний спосіб фіксації полягає в тому, що зміст конкретного принципу виводиться з аналізу змісту окремих норм (аналогія права та закону). Нормою-принципом визнаються найбільш загальні й стабільні імперативні вимоги, закріплені в праві, які є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис та цінностей, що притаманні цій системі права, і визначають її характер та напрями подальшого розвитку. Нормами-засадами визнаються норми, що закріплюють загальні засади, на яких ґрунтуються політична та правова системи<sup>12</sup>.

Термін «принцип» походить від латинського *principium*, що означає початок, основа. В теорії права під принципами права розуміються вихідні ідеї, основні засади, що характеризують зміст права, його закономірності й призначення в суспільстві. Принципи права, за своєю сутністю, є узагальненням відображенням об'єктивних закономірностей розвитку суспільства<sup>13</sup>.

На думку О. В. Прилуцького, банківське законодавство України передбачає організаційно-правові принципи та принципи, що забезпечують економічні засади діяльності комерційних банків. До організаційно-правових принципів віднесено зокрема такі: а) законності; б) незалежності; в) колегіальності управління; г) дотримання банківської таємниці. До принципів, що забезпечують економічні засади діяльності комерційних банків, науковці з банківської справи відносять наступні: а) роботи в межах реально залучених ресурсів; б) будівництва взаємовідносин з клієнтами на ринкових засадах; г) регулювання діяльності комерційних банків тільки економічними методами<sup>14,15,16</sup>.

Намагання законодавчого закріплення принципів права на даний час є особливо важливим, оскільки стрімкий розвиток суспільних відносин змінює і принципи права. Євроінтеграційна спрямованість України вимагає всебічного дослідження категорії «принципи права» відповідно до європейських норм та стандартів. Унікальність Європейського Союзу проявляється у формуванні на його території єдиного правового простору, що ґрунтується на реалізації загальних принципів права, до яких належать:

- принцип інтеграції норм ЄС у національні правові системи держав членів;
- принцип верховенства права ЄС щодо національного права держав-членів;
- принцип юрисдикційного захисту права ЄС Судом Європейських Співтовариств;
- принцип прямої дії норм ЄС, що регулюють різноманітні суспільні відносини у державах-членах ЄС.

Призначення правових принципів полягає в тому, що вони, по-перше, здійснюють універсальне і узагальнене закріплення основ суспільного ладу; по-друге, забезпечують однакове формулювання норм права і їх вплив на суспільні відносини в формі правового регулювання та інших видів правового впливу<sup>17</sup>. Джерела права ЄС беруть свій початок з національних правових систем держав-членів, а також міжнародного публічного права. Не виникає сумнівів, що існує тісний зв'язок між правопорядками держав-членів та правом Європейського Союзу, яке, у свою чергу, сформувалося та базується на міжнародних публічних договорах, що мають найвищу юридичну силу та визначають правовий статус інших джерел права.

На думку М. О. Саракуци, принципи і загальні напрями є своєрідною програмою зовнішньої політики, що визначає загальний курс у міжнародних зв'язках і справах Європейського Союзу в цілому і кожної держави-члена зокрема<sup>18</sup>.

Поняття «загальні принципи права» було сформульоване ще в період створення першого інтеграційного об'єднання – Європейського співтовариства вугілля та сталі (далі – ЄСВС) та зафіксоване в тексті його установчого акта – Паризького Договору про заснування ЄСВС 1951 року. Становлення власне джерел банківського права у межах об'єднаної Європи мало місце після створення Європейського економічного співтовариства (далі – ЄЕС) та організації внутрішнього ринку між шістьма державами-засновницями, які увійшли до цього об'єднання. У літературі зазначається, що європейське співробітництво в сфері правового регулювання банківської діяльності мало за основу Римський договір 1957 р. про створення Європейського Економічного Співтовариства та Єдиний Європейський Акт 1986 р., оскільки формування спільного внутрішнього ринку в банківському секторі економіки було тісно пов'язане із необхідністю завершення створення такого ринку в такого роду об'єднанні держав<sup>19</sup>.

У Лісабонських договорах закріплено такі категорії принципів: загальні і спеціальні (галузеві). Загальні принципи стосуються основ діяльності Європейського Союзу, вони регулюють взаємовідносини між ЄС та державами-членами, визначають засади розподілу повноважень у ЄС, забезпечують захист прав і свобод людини, закріплюють демократичний характер устрою ЄС, забезпечують виконання норм права Євросоюзу, а також вимагають координації напрямів політики і діяльності ЄС. Спеціальні (галузеві) принципи стосуються діяльності Європейського Союзу в окремих сферах. Наприклад, в основі економічної діяльності ЄС лежать принципи врахування потреб захисту прав споживачів, принципи сприяння рівності між чоловіком і жінкою, врахування потреби у сприянні високому рівню зайнятості та забезпечення адекватного соціального захисту, високого рівня освіти, навчання та охорони здоров'я людей, боротьби з соціальною маргінацією<sup>20</sup>. Зазначимо, що банківська діяльність є одним із видів підприємницької діяльності в Європейському Союзі та державах-членах Східної Європи, а право, яке регулює цю діяльність, включає принципи двох типів<sup>21</sup>:

– загальні для підприємницької діяльності в цілому (являють собою елементи конституційного статусу суб'єктів підприємницької діяльності);

– спеціальні для банківської діяльності (визначають порядок побудови та розвитку банківської системи). Наприклад, принципи дворівневої організації банківської системи, незалежності центрального банку, контролю за здійсненням грошово-кредитної політики у процесі виконання своїх функцій та завдань, відповідальності за результати роботи центрального банку, поєднання державного управління з саморегулюванням, збереження банківської таємниці тощо<sup>22</sup>.

Складовою права ЄС є також принципи, до яких відсилають установчі договори про ЄС. До них можна віднести принципи Статуту ООН і міжнародного права. Зазначимо, що галузеві принципи можуть конкретизуватися в окремих статтях установчих договорів<sup>23</sup>. Розвитку права ЄС і закріпленню в правопорядку Євросоюзу загальних, спеціальних (галузевих) сприяла практика Суду ЄС. Слід зазначити, що рішення Суду ЄС деякими науковцями не відносяться до джерел права Євросоюзу. Однак завдяки практиці Суду ЄС у правовій системі Євросоюзу формується прецедентне право, а частина рішень Суду ЄС входить до *acquis communautaire*. Тому, на нашу думку, прецеденти Суду ЄС можна відносити до джерел права Європейського Союзу.

Як зазначає М. В. Сідак, основні засади (принципи) права Європейського Союзу в банківській сфері, які закріплені в його правових нормах, забезпечують уніфіковане регулювання банківської діяльності в усіх секторах та на всіх рівнях банківської системи. У принципах права ЄС синтезується весь світовий досвід розвитку банківської діяльності. Принципи відіграють роль орієнтирів у формуванні права<sup>24</sup>. Основні засади виступають «системою координат», в межах яких розвивається галузь права, що одночасно виступає вектором, який визначає напрям розвитку галузі. Як підкреслює науковець, спрямованість на вивчення принципів банківського права має не тільки теоретико-пізнавальне значення, а й надзвичайне практичне значення, в тому числі і для нормотворчої діяльності. Як зазначає Г. А. Тосунян, без врахування загальних засад, на яких базується банківське право, неможливо правильно тлумачити і застосовувати його норми, що особливо актуально у зв'язку з наявністю в сучасному законодавстві значної кількості прогалин, невідповідностей та протиріч<sup>25</sup>.

Основним джерелом банківського права Європейського Союзу є Директива Європейського Парламенту 2006/48/ЄС від 14 червня 2006 р. про порядок створення і діяльності кредитних організацій. Ця директива стала результатом кодифікаційних робіт у сфері банківського регулювання і втілила у собі близько 20 директив, прийнятих у цій сфері з початку 1970-х років. У нормах Директиви 2006/48/ЄС містяться норми щодо: визначення кредитної організації як підприємства, діяльність якого полягає у залученні депозитів та інших засобів іншим особам, та надання кредитів від свого імені і за свій рахунок (включаючи інші публічні і приватні організації, які отримали ліцензію на здійснення зазначеної діяльності в третіх країнах, а також філії кредитних організацій і їхні дочірні підприємства); встановлені вимоги обов'язкового ліцензування банків-

ської діяльності; введені загальні стандарти ліцензування; закладено функції контролю за діяльністю кредитних організацій, і порядок його здійснення компетентними органами; встановлені правила нагляду за діяльністю кредитних організацій на консолідованій основі; визначено порядок обчислення коефіцієнта платоспроможності; закладено концепцію власних коштів кредитної організації і визначено загальні принципи їх обчислення<sup>26</sup>.

Необхідно зазначити, що Директивою 2006/48/ЄС закріплено наступні принципи регулювання банківської сфери:

1) принципи рівності у здійсненні діяльності кредитними та фінансовими інститутами на території Європейського Союзу незалежно від місця реєстрації;

2) принцип добросовісної конкуренції;

3) встановлення незалежності центрального банку;

4) принцип консолідованого нагляду та порядок надання звітів (основного інструменту нагляду) кредитними інститутами;

5) принцип встановлення однакових вимог пруденційного нагляду для всіх кредитних організацій Європейського Союзу (приведення основних фінансових показників та вимог щодо діяльності європейських кредитних організацій до єдиних стандартів);

6) принцип співробітництва між органами нагляду Європейського Союзу за здійсненням банківської діяльності;

7) принцип взаємного визнання державами-членами національних ліцензій на здійснення банківської діяльності (як зазначає П. Д. Біленчук, даний принцип надає право кредитному інституту, який отримав банківську ліцензію на території однієї держави-члена здійснювати банківську діяльність на території будь-якої іншої держави-члена (Директива 89/646/ЄЕС від 15 грудня 1989 р.). З даним принципом тісно взаємодіє принцип уніфікованого переліку видів послуг, що надаються кредитними та фінансовими інститутами в Європейському Союзі. У Європейському Союзі існує встановлений перелік видів діяльності кредитних установ, що підлягають взаємному визнанню між державами-членами. До них належать: надання кредитів, фінансовий лізинг, прийом депозитів та інших коштів на зворотній основі, послуги з переказу коштів, випуск та обслуговування платіжних засобів, послуги з переказу коштів, випуск та обслуговування платіжних засобів, надання гарантій і порук, торгівля за власний рахунок або за рахунок клієнтів, участь у випуску цінних паперів та надання послуг, пов'язаних з даним випуском, надання підприємством консультацій щодо структури капіталу, промислової стратегії та пов'язаних з цим питань, надання консультацій та послуг щодо злиття і придбання підприємства, посередництво на міжбанківських ринках, управління портфелем цінних паперів.

Окрім того, діяльність кредитних та банківських інституцій в Європейському Союзі регулюється й іншими нормативно-правовими актами:

– Директива Європейського Парламенту та Ради 2001/24/ЄС від 4 березня 2001 р. про реорганізацію та ліквідацію кредитних організацій регулює порядок реорганізації і ліквідації кредитних інститутів;

– Директива Ради 2006/49/ЄС від 14 червня 2006 р. містить правила щодо достатності капіталу кредитних інститутів;

– Директива Ради 86/635/ЄЕС від 8 грудня 1986 р. регулює умови та порядок складання фінансової звітності кредитних організацій. У 2002 р., після впровадження однакових міжнародних стандартів звітності (Регламент ЄС № 1606/2002 від 19 липня 2002 р.), до даної директиви були внесені значні зміни на основі положень Директиви Європейського парламенту та Ради 2003/51/ЄС від 18 червня 2003 р.;

– Директива Європейського парламенту та Ради 94/22/ЄС від 30 травня 1994 р. регулює схеми гарантій повернення вкладів;

– Директива Ради 93/22/ЄС від 19 травня 1993 р. містить у собі норми щодо інвестиційних послуг у сфері операцій з цінними паперами (Директива про інвестиційні послуги);

– Директива Європейського парламенту та Ради Європи 2002/87/ЄС від 16 грудня 2002 р. закріплює положення про додатковий нагляд за кредитними інститутами, які є частиною фінансових конгломератів.

Принципи банківського права та банківської діяльності – це доктринальні категорії, їх перелік не є вичерпним, а деякі засади мають не тільки законодавче закріплення, а й практичну реалізацію. На думку О. В. Левіної, необхідно чітко розмежовувати принципи банківської діяльності та принципи банківського права. Принципи банківської діяльності не можуть суперечити принципам банківського права, оскільки останні є канонами розвитку права, визначають характер правового регулювання суспільних відносин<sup>27</sup>.

На думку О. А. Музики-Стефанчук та А. А. Коваленко, практичної значущості надто розгалужені критерії класифікації принципів банківської діяльності не мають. З огляду на це вони схиляються до думки, що принципи публічної банківської діяльності можна згрупувати таким чином:

1. Принципи (засади) організації та здійснення банківської діяльності.

2. Принципи (засади) банківського контролю та нагляду<sup>28</sup>.

Вважаємо, що принципи організації та здійснення банківської діяльності а також банківського контролю та нагляду є важливими елементами складного механізму фінансово-правового регулювання. На нашу думку, для прискорення процесів адаптації норм та стандартів банківського права ЄС у вітчизняне законодавство необхідно запровадити принципи здійснення банківських відносин, як запоруку стабільного та системного розвитку цієї галузі. Важливим завданням, що потребує розв'язання, залишається також упровадження нових



засад діяльності державних органів, які займаються євроінтеграцією нашої держави, а також програма всебічної інформованості наших громадян про європейські засади здійснення банківської діяльності.

- <sup>1</sup> Шантала Н. К. До питання про правову сутність принципу соціальної справедливості податкового законодавства / Н. К. Шантала // Держава та регіони. – 2012. – № 2. – С. 125–129. – (Серія «Право та державне управління»).
- <sup>2</sup> Байтин М. И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М. И. Байтин. – Саратов, 2001. – 416 с.
- <sup>3</sup> Невзоров И. Л. Принцип законности в правоприменительной деятельности : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / И. Л. Невзоров. – Х., 2003. – 196 с.
- <sup>4</sup> Колодій А. М. Принципи права України / А. М. Колодій. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – 208 с.
- <sup>5</sup> Котух К. А. Принципи права у національному законодавстві / К. А. Котух // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України. – 2015. – Вип. 213. – Ч. 1.
- <sup>6</sup> Вагина Н. М. Принципы публичного права : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Н. М. Вагина. – Самара, 2004. – 357 с.
- <sup>7</sup> Лёвина Е. В. Финансово-правовые принципы банковской деятельности : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 / Е. В. Лёвина. – Саратов, 2012. – 28 с.
- <sup>8</sup> Вагина Н. М. Вказана праця. – 357 с.
- <sup>9</sup> Там само.
- <sup>10</sup> Там само.
- <sup>11</sup> Попова С. С. Конституционно-правовые принципы налоговой системы в решениях Конституционного Суда Российской Федерации : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 / С. С. Попова. – М., 2005. – 255 с.
- <sup>12</sup> Загальна теорія держави і права : підруч. / О. Ф. Скакун. – К: Алерта; КНТ:ЦУЛ, 2010. – 520 с.
- <sup>13</sup> Теория государства и права : учеб. / под ред. А. И. Королева, Л. С. Явича. – Л. : Изд-во Ленинградского университета, 1982. – 377 с.
- <sup>14</sup> Александров Н. Г. Банки и банковская деятельность для клиентов / Н. Г. Александров, Н. А. Александрова. – СПб. : Питер, 2002. – 224 с.
- <sup>15</sup> Банки и банковское дело : учеб. пособ. / под ред. проф. И. Т. Балабанова. – СПб. : Питер, 2002. – 304 с.
- <sup>16</sup> Прилуцький О. В. Організаційно-правові засади діяльності комерційних банків в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / О. В. Прилуцький. – Х., 2007. – 190 с.
- <sup>17</sup> Колодій А. М. Теорія держави і права : навч. посіб. / А. М. Колодій, В. В. Копейчиков та ін. – К. : Юрінформ, 1995. – С. 95–96.
- <sup>18</sup> Саракуца М. О. Система джерел права Європейського Союзу / М. О. Саракуца // Право і безпека. – 2010. – № 4 (36).
- <sup>19</sup> Біленчук П. Д. Банківське право: українське та європейське : навч. посіб. / П. Д. Біленчук. – К. : Атіка, 1999. – 340 с.
- <sup>20</sup> Право Європейського Союзу : підруч. / за ред. В. І. Муравйова. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – 704 с.
- <sup>21</sup> Сідак М. В. Правове регулювання банківських відносин у країнах-членах Європейського Союзу: порівняльний аналіз : тези доп. Міжнародної науково-практичної конференції «Сучасний стан та перспективи розвитку» 23–24 листопада 2007 р. / М. В. Сідак. – К. : ПП «Укртехнопрінт», 2007. – С. 387–390.
- <sup>22</sup> Кротюк В. Правові аспекти банківської таємниці / В. Кротюк, А. Іоффе // Право України. – 1998. – № 12. – С. 62–66.
- <sup>23</sup> Право Європейського Союзу : підруч. / за ред. В. І. Муравйова. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – 704 с.
- <sup>24</sup> Колодій А. М. Принципи права в Україні / А. М. Колодій. – К. : Юрінком Інтер, 1988. – 207 с.
- <sup>25</sup> Тосунян Г. А. Теория банковского права : в 2 т. / Г. А. Тосунян. – М. : Юрист, 2002. – Т. 2. – 672 с.
- <sup>26</sup> Електронне джерело: um/co/ua
- <sup>27</sup> Левина Е. В. Финансово-правовой принцип банковской деятельности : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 / Е. В. Левина. – Саратов, 2012. – С. 19.
- <sup>28</sup> Теорія та практика адаптації законодавства України про банківську діяльність до законодавства Європейського Союзу : моногр. / О. А. Музика-Стефанчук, Н. М. Ковалко, А. А. Коваленко та ін. ; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. О. А. Музики-Стефанчук. – К. : Самміт-Книга, 2016. – 263 с.

#### Резюме

##### **Савенкова В. Г. Суть правових принципів здійснення банківської діяльності в Україні та Європейському Союзі.**

У статті розглядаються основні підходи та проблеми щодо тлумачення поняття «принципи права». Проаналізовано підходи науковців щодо визначення критеріїв принципів банківського права та банківського законодавства. Розкрито основні засади правових принципів банківської діяльності України та Європейського Союзу. Подано класифікацію загальних та спеціальних (галузевих) принципів банківського права України та ЄС.

**Ключові слова:** загальні та спеціальні принципи права, джерела права, банківське право, банківське законодавство, право ЄС.

#### Резюме

##### **Савенкова В. Г. Суть правовых принципов осуществления банковской деятельности в Украине и Европейском Союзе.**

В статье рассматриваются основные подходы и проблемы в толковании понятия «принципы права». Проанализированы мнения ученых касательно определения критериев принципов банковского права и банковского законодательства. Раскрыты основные значения правовых принципов банковской деятельности Украины и Европейского Союза. Представлена классификация общих и специальных (отраслевых) принципов банковского права Украины и ЕС.

**Ключевые слова:** общие и специальные принципы права, источники права, банковское право, банковское законодательство, право ЕС.

Summary

*Savenkova V. Legal principles of banking activity in Ukraine and the European Union.*

In the article the basic approaches and problems is lead on interpretation of «principles of law». The determination of scientists of criteries for the principles of banking law and banking law are considered in the article. The basic principles of the legal banking system of Ukraine and the European Union is given. Classification of general and special (branch) principles of banking system in Ukraine and the EU are detected.

**Key words:** general and special principles of law, sources of law, banking law, banking law, EU law.

УДК 378.4.014.12(477):351.851

**В. М. УЛОЖЕНКО**

*Вадим Миколайович Уложенко, старший викладач юридичного факультету ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»*

**ПРАВОВІ АСПЕКТИ МОДЕРНІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ  
ВИЩИМИ НАВЧАЛЬНИМИ ЗАКЛАДАМИ В УКРАЇНІ**

Одним із важливих чинників інноваційного розвитку національної економіки є висококваліфікований людський капітал, наявність якого вказує на забезпечення в державі якісної вищої освіти, що є результатом ефективної освітньої, наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності вищих навчальних закладів. Необхідність запровадження та активного поширення інноваційної спрямованості в діяльності вітчизняних вищих навчальних закладів виходить з принципів державної політики у сфері вищої освіти, які визначені у ст. 3 Закону України «Про вищу освіту» від 01 липня 2014 р. № 1556-VII<sup>1</sup>. Своєю чергою, реалізація державної політики у сфері вищої освіти здійснюється через систему органів державного управління, що обумовлює щільний взаємозв'язок між державною політикою та державним управлінням та вказує на нагальність модернізації державного управління у сфері вищої освіти задля досягнення визначеної у Законі України «Про вищу освіту» від 01 липня 2014 р. № 1556-VII мети – підготовки конкурентоспроможного людського капіталу для високотехнологічного та інноваційного розвитку країни, самореалізації особистості, забезпечення потреб суспільства, ринку праці та держави у кваліфікованих фахівцях.

Становлення та розвиток державного управління у сфері вищої освіти в Україні досліджується широким колом вітчизняних вчених різних наукових спеціальностей, у тому числі і юридичної. Серед них, зокрема, можна назвати таких, як В. П. Андрущенко, Л. І. Антошкіна, Т. М. Боголіб, Р. Г. Валєєв, Н. Л. Губерська, М. З. Згуровський, С. В. Красняков, В. Г. Кремень, М. Н. Курко, О. Ф. Мельничук, С. М. Ніколаєнко, В. М. Огаренко, В. Ф. Опришко, О. В. Поступна, І. М. Сікорська, В. Я. Тацій, В. Д. Філіппова, Р. В. Шаповал, Ю. С. Шемшученко та багато ін. Однак, незважаючи на достатньо широкий інтерес науковців до питань державного управління у сфері вищої освіти, вважаємо таким, що заслуговує на увагу, проведення аналізу основних напрямів розвитку державного управління вищими навчальними закладами, визначених в Законі України «Про вищу освіту» від 01 липня 2014 р. № 1556-VII, а також тих, які вважаються автором статті значимими для подальшого удосконалення діяльності вітчизняних вищих навчальних закладів.

Метою дослідження є проведення порівняльного аналізу правового забезпечення державного управління вищими навчальними закладами в контексті Законів України «Про вищу освіту» від 01 липня 2014 р. № 1556-VII та «Про вищу освіту» в попередній редакції від 17 січня 2002 р. № 2984-III (втратив чинність) й обґрунтування пропозицій щодо модернізації державного управління вищими навчальними закладами в Україні в сучасних умовах.

Правові засади державного управління у сфері вищої освіти в Україні нині визначені на рівні стратегічних документів розвитку освіти, у тому числі вищої, та законодавчих актів – загальних й спеціальних про освіту та вищу освіту. До документів першої групи належать Державна національна програма «Освіта» («Україна XXI століття»), затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 3 листопада 1993 р. № 896<sup>2</sup>, Національна доктрина розвитку освіти, затверджена Указом Президента України від 17 квітня 2002 р. № 347/2002<sup>3</sup>, та Національна стратегія розвитку освіти в Україні на період до 2021 року, затверджена Указом Президента України від 25 червня 2013 р. № 344/2013<sup>4</sup>. Так, ще у Державній національній програмі «Освіта» («Україна XXI століття») 1993 р. серед основних напрямів реформування освіти названа радикальна перебудова управління сферою освіти шляхом її демократизації, децентралізації, створення регіональних систем управління навчально-виховними закладами, а одним із принципів реалізації Програми визначено демократизацію освіти, що передбачає децентралізацію та регіоналізацію управління системою освіти з дотриманням найбільш визначальних принципів освітньої політики держави, надання автономії навчально-виховним закладам у вирішенні основних питань їхньої діяльності, подолання монополії держави на освіту,

перехід до державно-громадської системи управління освітою. Також у Державній національній програмі «Освіта» («Україна XXI століття») підкреслено, що в реформуванні управління освітою вирішальне значення матиме забезпечення тісного співробітництва органів державного управління освітою всіх рівнів, навчально-виховних закладів, наукових установ, громадського самоврядування та їх відповідальності в межах повноважень. Зважаючи на зазначене, стратегічними завданнями реформування управління освітою в Державній національній програмі «Освіта» («Україна XXI століття») названі: перехід від державного до державно-громадського управління; чітке розмежування функцій між центральними, регіональними і місцевими органами управління; забезпечення самоврядування навчально-виховних закладів і наукових установ; автономізація функціонування регіональних і місцевих органів управління освітою.

Згодом, у Національній доктрині розвитку освіти 2002 р. було проголошено, що сучасна система управління сферою освіти має розвиватися як державно-громадська, враховуючи регіональні особливості та тенденції до зростання автономії навчальних закладів. Також у Національній доктрині розвитку освіти були визначені, зокрема, такі напрями модернізації управління освітою, як оптимізація державних управлінських структур, децентралізація управління; перерозподіл функцій та повноважень між центральними і місцевими органами виконавчої влади, органами влади місцевого самоврядування та навчальними закладами; поєднання державного і громадського контролю.

У Національній стратегії розвитку освіти в Україні на період до 2021 р. щодо сфери вищої освіти серед основних завдань передбачено приведення системи управління вищою освітою у відповідність з потребами розвитку національної економіки та запитів ринку праці та розширення автономії вищих навчальних закладів. Також у даному стратегічному документі розвитку національної освіти вкотре наголошено на необхідності модернізації системи управління освіти та розвитку моделі державно-громадського управління у сфері освіти. Зазначене, зокрема, передбачає оптимізацію органів управління освітою, децентралізацію управління у цій сфері; перерозподіл функцій і повноважень між центральними та місцевими органами управління освітою й розроблення системи заходів стосовно впровадження ідеї автономії навчальних закладів, розширення їх прав і можливостей щодо фінансової самостійності.

Серед законодавчих актів, у контексті даного дослідження, на особливу увагу заслуговують Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР, Закони України «Про освіту» від 23 травня 1991 р. № 1060-ХІІ, «Про вищу освіту» від 01 липня 2014 р. № 1556-VII та «Про засади державної регіональної політики» від 05 лютого 2015 р. № 156-VIII.

Державне управління у сфері вищої освіти визначатимемо як діяльність органів вищого, центрального та регіонального рівнів організаційно-функціональної структури державного управління, спрямовану на розроблення та реалізацію державної політики у сфері вищої освіти, та як складову системи державного управління освітою. Державне управління у сфері вищої освіти має бути спрямоване на досягнення стратегічних пріоритетів у розвитку національної вищої освіти, які нині можна сформулювати, виходячи зі ст. 3 Закону України «Про вищу освіту» від 01 липня 2014 р. № 1556-VII. Зокрема, до них належать, доступність вищої освіти, підвищення якості вищої освіти, наступність процесу здобуття вищої освіти, надання державної підтримки освітній, науковій, науково-технічній та інноваційній діяльності вищих навчальних закладів, налагодження гармонійної взаємодії національних систем освіти, науки, бізнесу та держави, сприяння здійсненню державно-приватного партнерства у сфері вищої освіти, розвиток автономії вищих навчальних закладів та академічної свободи учасників освітнього процесу, забезпечення розвитку вищих навчальних закладів як центрів незалежної думки.

Подальша розбудова національної системи вищої освіти, її інтеграція до єдиного європейського освітнього простору потребують суттєвого оновлення механізму державного управління вищими навчальними закладами – перегляду відповідних принципів, форм та засобів, уточнення повноважень органів державного управління щодо формування державної політики у сфері вищої освіти та її адміністрування, оптимізації повноважень центральних органів державного управління вищою освітою шляхом їх перерозподілу за участі регіональних органів управління вищою освітою, громадських організацій, вищих навчальних закладів та приватного сектору. Все це, зрештою, вказує на необхідність модернізації державного управління у сфері вищої освіти, тобто його удосконалення відповідно до норм Закону України «Про вищу освіту» від 01 липня 2014 р. № 1556-VII та вимог сьогодення, які залишилися не врахованими в зазначеному законодавчому акті.

Закон України «Про вищу освіту» від 01 липня 2014 р. № 1556-VII заклав основи для реформування вищої освіти, що є передумовою її подальшої модернізації, а, отже, й запорукою модернізації державного управління вищою освітою, у тому числі вищими навчальними закладами – одним з вагомих елементів національної системи вищої освіти. Однак на даний час переважно спостерігаються намагання виправити наявні недоліки без системного попереднього реформування сфери вищої освіти загалом та державного управління нею зокрема.

Порівняльний аналіз Закону України «Про вищу освіту» в попередній редакції від 17 січня 2002 р. № 2984-III (втратив чинність) та в нинішній редакції від 01 липня 2014 р. № 1556-VII вказує на визначення на законодавчому рівні таких основних напрямів модернізації державного управління у сфері вищої освіти, у тому числі вищими навчальними закладами:

1. Децентралізація управління у сфері вищої освіти, що полягає в перерозподілі на основі оптимізації та чіткому розмежуванні функцій і повноважень у сфері вищої освіти між центральними і регіональними органами управління, громадськими організаціями та вищими навчальними закладами. У такому разі, серед

основних функцій і повноважень органів державного управління у сфері вищої освіти мають залишитися лише ті, які стосуються стратегічного управління, нагляду і контролю за діяльністю вищих навчальних закладів, інші ж управлінські функції та повноваження мають перейти до регіональних органів управління, громадських організацій та безпосередньо вищих навчальних закладів. Результатом модернізації державного управління у сфері вищої освіти за даним напрямом має стати поява нової моделі управління, яка в стратегічних документах розвитку національної освіти називається як державно-громадська. Однак, для цього необхідно створити реальні умови, насамперед правові, зокрема, щодо участі громадських організацій в управлінні у сфері вищої освіти.

Загалом Закон України «Про вищу освіту» 2014 р. забезпечує можливості для подальшої децентралізації управління системою вищої освіти. Водночас, повноваження органів регіонального управління у сфері вищої освіти в даному Законі не зазнали деталізації (ст. 14) у порівнянні із ст. 20 Закону України «Про вищу освіту» від 17 січня 2002 р. № 2984-III в останній його редакції. Таким чином, продовжується практика обмеженого впливу органів регіональної влади на управління вищою освітою. Модернізація державного управління вищими навчальними закладами у напрямі децентралізації також залежить від реалізації адміністративної реформи, проведення якої має бути спрямоване на підвищення ефективності публічного управління у державі.

Оцінюючи ж можливості розширення автономії вищих навчальних закладів, що визначено одним з пріоритетів державної політики у сфері вищої освіти, виходячи зі ст. 3 Закону України «Про вищу освіту» 2014 р., слід враховувати, що автономія – це насамперед високий ступінь відповідальності вищих навчальних закладів перед суспільством за якість наданої освіти, останнє ж потребує належного фінансового забезпечення. Якщо взяти до уваги співвідношення вищих навчальних закладів за формою власності, то за даними Державної служби статистики України на початок 2015–2016 навчального року нараховувалося 659 вищих навчальних закладів I–IV рівнів акредитації, з них 525 вищих навчальних закладів або 79,67 % – державні або комунальні за формою власності<sup>5</sup>, які відповідно до ст. 13 Бюджетного кодексу України від 08 липня 2010 р. № 2456-VI<sup>6</sup> належать до бюджетних установ й фактично позбавлені фінансової автономії.

2. Удосконалення системи оцінювання якості освіти та управління якістю освіти. Забезпечення якості вищої освіти є однією з найгостріших з не вирішених проблем і одночасно головним пріоритетом модернізації державного управління у сфері вищої освіти на сучасному етапі й на перспективу. Так, у Національній доктрині розвитку освіти 2002 р. забезпечення доступності здобуття якісної освіти протягом життя для всіх громадян віднесено до актуальних завдань. Крім того, якість освіти названо національним пріоритетом та передумовою національної безпеки держави, додержання міжнародних норм і вимог законодавства України щодо реалізації права громадян на освіту. Згодом, у 2013 р. забезпечення доступності якісної, конкурентоспроможної освіти відповідно до вимог інноваційного сталого розвитку суспільства та економіки було названо складовою мети Національної стратегії розвитку освіти в Україні на період до 2021 року. Однак, незважаючи на зазначене, доводиться стверджувати, що в Україні ще не сформовано систему оцінювання якості освіти, яка б відповідала стратегічним завданням розвитку суспільства та національної економіки.

Вирішення проблеми якості вищої освіти потребує удосконалення управління якістю освіти, а це, своєю чергою, вимагає модернізації державного управління у сфері вищої освіти. Питання оцінки якості вищої освіти нарешті отримали належну увагу в Законі України «Про вищу освіту» 2014 р., який запровадив створення Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти, уповноваженого реалізовувати державну політику у сфері забезпечення якості вищої освіти (ст.ст. 16, 17 Закону), та незалежних установ оцінювання та забезпечення якості вищої освіти (ст.ст. 16, 23 Закону). Загалом, варто підкреслити, що саме в Законі України «Про вищу освіту» 2014 р. вперше з'явився спеціальний розділ V «Забезпечення якості вищої освіти». Однак, вищевказане зовсім не означає, що до 2014 р. функція управління якістю вищої освіти взагалі не отримала реалізації. Навпаки, її здійснення забезпечувалося сукупністю інституцій, в першу чергу, це Міністерство освіти і науки України, Державна інспекція навчальних закладів України, Акредитаційна комісія України та Державна наукова установа «Інститут інноваційних технологій і змісту освіти» (правонаступником якої є Державна наукова установа «Інститут модернізації змісту освіти»), підпорядковані Міністерству освіти і науки України, галузеві державні органи, до сфери управління яких належать вищі навчальні заклади, Український центр оцінювання якості освіти та ін. Планувалося створити і таку структуру, як Національний освітній акредитаційний центр. Зрозуміло, що передання функції щодо реалізації державної політики у сфері забезпечення якості вищої освіти від Міністерства науки і освіти України до Національного агентства із забезпечення якості вищої освіти призведе не лише до перерозподілу повноважень між багатьма державними органами та установами, а й до ліквідації окремих з них. Отже, на сучасному етапі оновлення системи управління якістю освіти визначає ще один важливий напрям модернізації державного управління у сфері вищої освіти.

Водночас, на нашу думку, в Законі України «Про вищу освіту» від 01 липня 2014 р. № 1556-VII є окремі норми, співзвучні із Законом України «Про вищу освіту» в попередній редакції від 17 січня 2002 р. № 2984-III, які здатні гальмувати процеси модернізації державного управління у сфері вищої освіти. Вони, зокрема, стосуються:

1. Співвідношення різних інструментів державного управління у сфері вищої освіти. На сьогодні видається об'єктивною необхідністю переорієнтації у використанні інструментів державного управління вищими навчальними закладами з переважного застосування інструментів прямого впливу (державне замовлення,

ліцензування, акредитація, контроль за якістю вищої освіти, встановлення стандартів, нормативів тощо) на поширення інструментів непрямого впливу через використання системи правових (закони та інші нормативно-правові акти) та індикативних (фінансові або інші матеріальні стимули) методів. Так, зокрема, нинішня система державного замовлення на підготовку фахівців з вищою освітою неодноразово визнавалася фахівцями такою, що не відповідає реальним потребам національної економіки, у зв'язку з чим пропонуються перехід до сучасних методів державного фінансування вищої освіти і науки; трансформація системи бюджетного фінансування вищої освіти на основі конкурсного підходу та об'єктивізованої системи оцінювання якості діяльності вищих навчальних закладів; забезпечення реальної фінансової автономії вищих навчальних закладів; заохочення приватного інвестування у сферу вищої освіти і наукових досліджень, що, своєю чергою, потребує відповідного регулювання на законодавчому рівні.

2. Підпорядкування вищих навчальних закладів виключно Міністерству освіти і науки України. Нині, відповідно до ст. 12 Закону України «Про вищу освіту» від 01 липня 2014 р. № 1556-VII, до органів управління вищою освітою належать галузеві державні органи, до сфери управління яких належать вищі навчальні заклади, що, своєю чергою, виходить зі ст. 11 Закону України «Про освіту» від 23 травня 1991 р. № 1060-XII, згідно з якою до органів управління освітою в Україні належать центральні органи виконавчої влади, яким підпорядковані навчальні заклади, й попередньо було закріплено в ст. 17 Закону України «Про вищу освіту» від 17 січня 2002 р. № 2984-III, яка передбачала включення до сфери управління у галузі вищої освіти інших центральних органів виконавчої влади, які мають у своєму підпорядкуванні вищі навчальні заклади.

Отже, за наявності головного центрального органу виконавчої влади у сфері освіти і науки – Міністерства освіти і науки України, триває практика підпорядкування вищих навчальних закладів й іншим центральним органам виконавчої влади. Так, за даними Державної служби статистики України, на початок 2015–2016 навчального року нараховувалося 659 вищих навчальних закладів I–IV рівнів акредитації, з яких 264 вищих навчальних заклади або 40,1 % знаходяться у сфері управління Міністерства освіти і науки України, 261 або 39,6 % вищий навчальний заклад підпорядковується відповідним галузевим державним органам, зокрема, Міністерству аграрної політики та продовольства України, Міністерству оборони України, Міністерству культури України, Міністерству охорони здоров'я України, Міністерству внутрішніх справ України та ін., решта – 134 вищих навчальних заклади або 20,3 % є приватними за формою власності<sup>7</sup>. Зауважимо, що це безпрецедентна у світі ситуація<sup>8</sup>.

Питання щодо підпорядкування вищих навчальних закладів Міністерству освіти і науки України як головному центральному органу у сфері освіти і науки намагалися неодноразово вирішити. Так, у 2011 р. Міністерством освіти і науки України пропонувалася двоетапна програма оптимізації мережі вищих навчальних закладів державної та комунальної власності, в рамках якої на першому етапі планувалося передання іншими центральними органами виконавчої влади у підпорядкування профільного міністерства вищих навчальних закладів, які знаходилися в їхньому управлінні. Згодом, 09 січня 2013 р. у Верховній Раді України було зареєстровано проект Закону про внесення змін до законів України «Про вищу освіту» та «Про освіту» (щодо мережі розпорядників бюджетних коштів – навчальних закладів державної форми власності) за № 1221<sup>9</sup>, яким пропонувалося підпорядкувати Міністерству освіти і науки України навчальні заклади державної форми власності, у тому числі й вищі, які належать до сфери управління інших центральних органів виконавчої влади. Проте 13 травня 2014 р. даний законопроект було відкликано.

3. Забезпечення якості та конкурентоспроможності вітчизняної вищої освіти шляхом оптимізації мережі вищих навчальних закладів. Варто зазначити, що оптимізація мережі вищих навчальних закладів визначена як один з пріоритетних напрямів реформування вищої освіти ще в Державній національній програмі «Освіта» («Україна XXI століття») 1993 р. Надалі Національна стратегія розвитку освіти в Україні на період до 2021 року серед основних завдань для сфери вищої освіти визначила приведення мережі вищих навчальних закладів і системи управління вищою освітою у відповідність з потребами національної економіки. Зрозуміло, що функціонування великої кількості малопотужних вищих навчальних закладів обумовлює необхідність їх оптимізації та об'єднання, а згодом й інтеграцію з галузевими науковими установами і, навіть, виробничими структурами. На нашу думку, слід погодитися з К. М. Левківським, щодо необхідності оптимізації мережі вищих навчальних закладів шляхом їх об'єднання та створення потужних регіональних, корпоративних, дослідницьких університетів із урахуванням регіональних і загальнодержавних потреб у фахівцях із вищою освітою<sup>10</sup>. До речі, за прогнозами європейських експертів, для надання якісної освіти Україні достатньо мати 40–50 вищих навчальних закладів зі статусом автономної діяльності<sup>11</sup>.

Досліджуючи питання правового забезпечення модернізації державного управління у сфері вищої освіти, також необхідно звернути увагу на Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо діяльності вищих навчальних закладів, наукових установ, переміщених з тимчасово окупованої території та з населених пунктів, на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження» від 03 листопада 2016 р. № 1731-VIII<sup>12</sup>, в якому, зокрема, наведено дефініцію поняття «тимчасово переміщений вищий навчальний заклад, тимчасово переміщена наукова установа», визначено особливості діяльності переміщених вищих навчальних закладів та здійснення державного управління ними. Загалом, прийняття даного Закону є прогресивним фактом не лише в контексті вирішення проблем переміщених вищих навчальних закладів, а й для системи вищої освіти загалом.

Реформування державного управління вищою освітою здійснюється на підставі Конституція України, Законів України «Про освіту», «Про вищу освіту», «Про засади державної регіональної політики» та Націо-

нальної стратегії розвитку освіти в Україні. Реформування в першу чергу має бути направлено на зменшене впливу держави та збільшення впливу громадськості на управління вищою освітою.

Повноваження з управління вищими навчальними закладами, що здійснюють інші центральні органи виконавчої влади має бути передано до компетенції Міністерства освіти та науки України.

Реалізуючи принцип децентралізації влади, у Міністерства освіти і науки України мають залишитись лише стратегічні повноваження, інші повноваження мають бути передані регіональним органам влади, громадським організаціям та безпосередньо вищим навчальним закладам.

<sup>1</sup> Про вищу освіту: Закон України від 01 липня 2014 р. № 1556-VII: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1556-18>

<sup>2</sup> Державна національна програма «Освіта» («Україна XXI століття»): Постанова Кабінету Міністрів України від 3 листопада 1993 р. № 896: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/896-93-%D0%BF>

<sup>3</sup> Про Національну доктрину розвитку освіти: Указ Президента України від 17 квітня 2002 р. № 347/2002 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 16. – Ст. 860.

<sup>4</sup> Про Національну стратегію розвитку освіти в Україні на період до 2021 року: Указ Президента України від 25 червня 2013 р. № 344/2013 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 50. – Ст. 1783.

<sup>5</sup> Основні показники діяльності вищих навчальних закладів України на початок 2015/16 навчального року: статистичний бюлетень / Державна служба статистики України / Відп. за вип. О. О. Кармазіна. – К., 2016. – С. 10 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukrstat.gov.ua>

<sup>6</sup> Бюджетний кодекс України: Закон України від 08 липня 2010 р. № 2456-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2456-17/page>

<sup>7</sup> Основні показники діяльності вищих навчальних закладів України на початок 2015/16 навчального року: статистичний бюлетень / Державна служба статистики України / Відп. за вип. О. О. Кармазіна. – К., 2016. – С. 20 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukrstat.gov.ua>

<sup>8</sup> Батечко Н. Г. Державне управління сферою вищої освіти України: суперечності сучасного розвитку / Н. Г. Батечко // Наукові праці Чорноморського державного університету імені Петра Могили (серія: педагогіка). – 2012. – Вип. 197. – Т. 209. – С. 12.

<sup>9</sup> Про внесення змін до законів України «Про вищу освіту» та «Про освіту» (щодо мережі розпорядників бюджетних коштів – навчальних закладів державної форми власності): проект Закону від 09 січня 2013 р. № 1221: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=45397](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=45397)

<sup>10</sup> Левківський К. М. Якісна освіта – запорука самореалізації особистості / К. М. Левківський // Вища школа. – 2010. – № 1. – С. 6.

<sup>11</sup> Шаповал Р. В. Освітня діяльність в Україні: проблеми та перспективи розвитку / Р. В. Шаповал // Європейські перспективи. – 2010. – № 4. – С. 37.

<sup>12</sup> Про внесення змін до деяких законів України щодо діяльності вищих навчальних закладів, наукових установ, переміщених з тимчасово окупованої території та з населених пунктів, на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження: Закон України від 03 листопада 2016 р. № 1731-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1731-19>

### Резюме

#### **Уложенко В. М. Правові аспекти модернізації державного управління вищими навчальними закладами в Україні.**

У статті досліджено правові засади державного управління в Україні, що базується на Національній доктрині розвитку освіти та Законів України «Про освіту» та «Про вищу освіту». Зокрема, наголошується на необхідності децентралізації управління вищою освітою, шляхом чіткого розмежування функцій центральних і регіональних органів державної влади та передачу частини повноважень від перших до останніх. Розглянуто проблемні аспекти системи управління вищою освітою, що гальмують її розвиток та модернізацію. Зокрема, переважно використання інструментів прямого впливу (державне замовлення, ліцензування, акредитація, контроль за якістю вищої освіти, встановлення стандартів, нормативів тощо); наявність вищих навчальних закладів, державного управління якими здійснює не Міністерство освіти і науки України, а інші центральні органи виконавчої влади.

**Ключові слова:** вища освіта, вищі навчальні заклади, державне управління вищими навчальними закладами, автономія вищого навчального закладу, державно-громадське управління вищою освітою, децентралізація управління у сфері вищої освіти, якість вищої освіти, Закон України «Про вищу освіту», Кабінет Міністрів України, Міністерство освіти і науки України.

### Резюме

#### **Уложенко В. Н. Правовые аспекты модернизации государственного управления высшим учебным заведением в Украине.**

В статье исследованы правовые аспекты государственного управления в Украине, основанные на Национальной доктрине развития образования и Законах Украины «Об образовании» и «О высшем образовании». Отмечается необходимость децентрализации управления высшим образованием, путем четкого разграничения функций центральных и региональных органов государственной власти и передачи части полномочий от первых к последним. Рассмотрены проблемные аспекты системы управления высшим образованием, которые тормозят ее развитие и модернизацию. Преимущественное использование инструментов прямого воздействия (государственный заказ, лицензирование, аккредитация, установление стандартов, нормативов и т.д.); наличие высших учебных заведений, государственного управления которыми осуществляет не Министерство образования и науки Украины, а другие центральные органы исполнительной власти.

**Ключевые слова:** высшее образование, высшие учебные заведения, государственное управление высшими учебными заведениями, автономия высшего учебного заведения, государственно-общественное управление высшим образованием,

децентрализація управління в сфері вищого образования, качество высшего образования, Закон Украины «О высшем образовании», Кабинет Министров Украины Министерство образования и науки Украины.

### Summary

#### **Ulozhenko V. Legal aspects of modernization of public administration universities in Ukraine.**

The paper research the legal principles of public administration in Ukraine, based on the National Doctrine of Education and the Law of Ukraine “On education” and “higher education”. In particular, there is the need for decentralization of higher education through a clear separation of functions of central and regional authorities and the transfer of powers from the first to the last. Considered problematic aspects of the system of higher education that hinder its development and modernization. In particular, the predominant use of instruments of direct impact (public procurement, licensing, accreditation, quality control of higher education, setting standards, regulations, etc.); availability of higher education, public administration which does not implement by Ministry of Education and Science of Ukraine and other central executive authorities.

**Key words:** higher education, higher education, public administration, universities, autonomy of the university, state and public administration of higher education, decentralization of governance in higher education, quality of higher education, the Law of Ukraine “On education”, the Cabinet of Ministers of Ukraine Ministry of education and Science of Ukraine.

УДК 341.233.111

### **Я. В. ШАШЕНОК**

*Ярослав Валерійович Шашенок, аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

## **ПОНЯТТЯ ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ**

Будь-які суспільні відносини, як відомо, перебувають у постійному розвитку, що, у свою чергу, обумовлює модифікацію сталих категорій і трансформацію їх в нові поняття. Одним з таких понять є «фінансовий контроль» та «державний фінансовий контроль». У вітчизняній і зарубіжній економічній та фінансово-правовій науці існують відповідні дослідження вказаних понять. Однак проблематика змісту видів, форм, методологічних засад організації фінансового контролю і державного фінансового контролю в Україні в умовах формування ринкової економіки обумовлюється необхідністю подальшого дослідження. Крім того, публічний характер фінансових правовідносин розкриває зміст фінансового контролю в нових аспектах, що, у свою чергу, впливає як на розуміння державного фінансового контролю, так і його межі. На даний час чинне законодавство України не містить однозначного визначення понять «фінансовий контроль» і «державний фінансовий контроль», чітко не визначена система органів контролю, відсутні норми, які б забезпечили ефективне проведення контрольних заходів тощо.

Основою у змісті понять «фінансовий контроль» та «державний фінансовий контроль» є термін «контроль». У науковій літературі обґрунтовується теза, що контроль належить до найважливішої функції держави<sup>1</sup>; він є основним засобом забезпечення законності та дисципліни в різних галузях народного господарства<sup>2</sup>. У зв'язку з цим у низці наукових праць акцентується увага щодо подвійної природи контролю. З одного боку, – це функція управління<sup>3</sup>, а з іншого, – форма зворотного зв'язку, що дає змогу встановити точність додержання параметрів визначених для системи, виявити відхилення та визначити шляхи подолання наявних перешкод для ефективного функціонування всієї системи<sup>4</sup>.

Подвійна природа поняття «контролю» простежується в його етимології. З французької мови *controle* перекладається як зворотній, вторинний запис з метою перевірки першого запису, нагляд. В англійській мові *control* використовується в іншому значенні – влада, панування, насильство<sup>5</sup>.

Отже, при з'ясуванні сутності контролю необхідно враховувати його подвійну природу: у першому випадку контроль – це діяльність системи уповноважених контролюючих суб'єктів, що спрямована на перевірку та оцінку діяльності, результатів підконтрольних об'єктів. В іншому – контроль виступає невід'ємним елементом управління відповідним об'єктом, що здійснюється з метою забезпечення законності, раціональності, ефективності й достовірності діяльності та її результатів. З огляду на ці обставини контроль існує в якості зовнішньої системи нагляду за підконтрольними об'єктами, який здійснюється уповноваженими суб'єктами загальної та спеціальної компетенції, а також і внутрішньої, оскільки система контролю, виступає одним із елементів організації управління з боку задіяних учасників. Виокремлення елементів зовнішнього та внутрішнього контролю також простежується і в системі органів державного фінансового контролю, яка функціонує з урахування специфіки фінансових правовідносин. Таким чином, зовнішній державний фінансовий контроль передбачає існування незалежного вищого органу фінансового контролю, завданням якого є перевірка ефективності внутрішнього контролю. Натомість, система органів внутрішнього держав-

ного фінансового контролю сформована як один з елементів системи управління для перевірки внутрішньої діяльності.

Кінцевим призначенням фінансових ресурсів, як відомо, є забезпечення розширеного відтворення і задоволення суспільних інтересів та потреб, де кожний громадянин і держава в цілому безпосередньо заінтересовані в їх ефективному використанні. Звідси об'єктивно виникає потреба в управлінні фінансовими ресурсами, а, відтак, і в фінансовому контролі<sup>6</sup>.

У фінансовому праві України інститут фінансового контролю позиціонується по-різному, а саме: як комплексна система, що складається з контролюючих органів державного і недержавного секторів економіки, діяльність яких спрямована на забезпечення економічної безпеки держави та інтересів суспільства; у зв'язку з публічним характером фінансових правовідносин фінансовий контроль є втіленням державного фінансового контролю без врахування особливостей природи поняття «державний контроль», подвійної природи поняття «контроль», категорії «фінанси». Неоднаковий підхід до розуміння «фінансового контролю» пов'язаний з його дослідженням представниками економічної науки як комплексного інструменту та представниками фінансово-правової науки, що вказують на публічну складову фінансового контролю зі всіма його похідними результатами: фінанси виключно виступають державними фінансами і переважно у формі грошей, фінансовий контроль ідентифікується як перевірка, фінансовий контроль є функцією управління, в результаті чого недостатньо аналізується система органів контролю.

При дослідженні фінансового контролю та державного фінансового контролю І. Б. Стефанюк обгрунтовано зауважує, що це – два різні поняття. Фінансовий контроль є суто науковою дисципліною, а державний фінансовий контроль – вид діяльності певної групи суб'єктів контролю. Причому йдеться не про конкретно-го суб'єкта контролю, оскільки фінансовий контроль як вид діяльності сам по собі не існує, говорити про його розвиток можна лише за умови, що він має ознаки виконавця. Кожен суб'єкт фінансового контролю трансформує його для власних потреб. Таким чином формується нова цінність – підвид державного фінансового контролю, який слід поглиблено досліджувати<sup>7</sup>. З огляду на динамічний розвиток суспільних відносин фінансовий контроль зі всіма його особливостями не може розглядатися виключно як наукова дисципліна, оскільки державний фінансовий контроль, що є його складовою, характеризується видом діяльності певної групи суб'єктів.

Існуюча в науковій літературі позиція щодо розмежування змісту понять «фінансовий контроль» і «державний фінансовий контроль» (Н. С. Вітвицький, І. Ю. Чумакова, Т. М. Коцурпатий, Т. М. Фенченко) ґрунтується на тому, що державний фінансовий контроль є однією з важливих функцій державного управління, яка полягає у сприянні реалізації фінансової політики держави і є різновидом фінансового контролю, що здійснюється відповідними органами державного фінансового контролю<sup>8</sup>.

Фінансовий контроль, на наш погляд, повинен аналізуватися в різних аспектах управління, всебічно, без переваги якогось одного аспекту або елемента управлінської діяльності, оскільки такий розгляд звужує його сутність до суто управлінських дій, що, безумно, має величезне значення для організації внутрішнього контролю у будь-якій галузі, але є недостатнім для організації системи контролю і потребує зовнішнього спостереження за фінансовою сферою<sup>9</sup>.

П. К. Германчук, І. Б. Стефанюк, Н. І. Рубан слушно зазначають, що «...зміни реалій останнього десятиліття, впродовж якого єдина державна власність замінена державною, колективною і приватною, призвели до посилення ролі державного фінансового контролю, який є невід'ємним і важливим складником державного регулювання економіки, оскільки покликаний забезпечити цей процес достовірною інформацією...<sup>10</sup>».

Досліджуючи дану проблематику, В. П. Нагребельний обгрунтовано вважає, що державний фінансовий контроль – це вид фінансової діяльності держави щодо перевірки застосування встановлених законодавством методів контрольної діяльності, законності та раціональності дій суб'єктів господарювання в процесі створення, розподілу та використання грошових фондів держави<sup>11</sup>.

У науковій літературі також висловлюються точки зору про те, що державний фінансовий контроль являє собою систему цілеспрямованих контрольних-перевіркових заходів, які здійснюються уповноваженими органами фінансового контролю з метою реалізації державної фінансової політики у таких формах і такими методами, що дають змогу виявляти відхилення від норм законності й доцільності, а також резерви підвищення економічної ефективності діяльності контрольованих суб'єктів з подальшим вжиттям до них превентивних заходів<sup>12</sup>; контроль, який здійснюється для забезпечення реалізації фінансової політики держави через систему законодавчих, організаційних, адміністративних, правоохоронних та інших заходів<sup>13</sup>.

У Лімській декларації керівних принципів аудиту державних фінансів, яка була прийнята на IX Конгресі Міжнародної організації вищих органів фінансового контролю (INTOSAI), наголошується, що контроль державних фінансів не є самоціллю, а виступає обов'язковим елементом регуляторної системи, мета якої полягає у своєчасному виявленні відхилень від прийнятих стандартів, порушень принципів законності, ефективності, доцільності й економності управління фінансовими ресурсами, що давало б змогу в кожному конкретному випадку внести відповідні корективи, посилити відповідальність уповноважених осіб, отримати відшкодування збитків та перешкодити або, принаймні, ускладнити повторення виявлених порушень у майбутньому<sup>14</sup>.

Нині правова система України не містить спеціального законодавчого акта з регулювання фінансового контролю та державного фінансового контролю. Натомість, свого часу були здійснені дві спроби з метою правового врегулювання відносин у сфері фінансового контролю і державного фінансового контролю на



рівні закону. Зокрема, до Верховної Ради України були внесені проекти законів України «Про систему державного фінансового контролю в Україні» від 3 червня 2002 р. № 1131<sup>15</sup> та «Про державний фінансовий контроль» від 8 лютого 2008 р. № 2020<sup>16</sup>.

При аналізі цих законопроектів варто зважати на їх актуальність і нині, оскільки, як зазначалось вище, досі не існує єдиної системи фінансового контролю України, а діюча система характеризується наявністю відособлених елементів без об'єднання їх загальними принципами, що на практиці породжує дублювання повноважень контролюючих суб'єктів, неузгодженість контрольно-перевіркових заходів та зниження ефективності фінансового контролю в цілому. Вказані законопроекти містили визначення поняття і змісту фінансового контролю, розмежування державного фінансового контролю на внутрішній та зовнішній відповідно до міжнародних стандартів, встановлення принципів організації та здійснення фінансового контролю, визначення системи органів державного фінансового контролю тощо.

Позитивним аспектом законопроекту № 1131, на наш погляд, можна вважати спробу запровадження сучасного понятійно-категоріального апарату державного фінансового контролю, видів, функцій та завдань суб'єктів фінансового контролю.

У законопроекті № 1131 зазначалось, що державний фінансовий контроль є різновидом фінансового контролю, який здійснюється відповідними органами державного фінансового контролю і полягає у встановленні фактичного стану справ щодо дотримання вимог чинного законодавства на підконтрольному об'єкті, спрямований на забезпечення законності, фінансової дисципліни і раціональності в ході формування, розподілу, володіння, використання та відчуження активів, які належать державі, а також використання коштів, що залишаються у суб'єкта фінансових правовідносин у зв'язку з наданими пільгами за платежами до бюджетів чи державних позабюджетних фондів та кредитів, отриманих під гарантії Кабінету Міністрів України.

Законопроектом № 2020 державний фінансовий контроль визначений як комплекс цілеспрямованих заходів органів, їх підрозділів чи службових осіб, які здійснюють державний фінансовий контроль у межах повноважень, встановлених законодавством України, з метою упередження, виявлення та припинення фінансових правопорушень на підконтрольному об'єкті щодо його фінансово-господарської діяльності, а також забезпечення законності, фінансової дисципліни та ефективності формування і витрачання коштів, у тому числі бюджетних, та інших активів у процесі володіння, розпорядження, використання і відчуження державного майна, відшкодування збитків та встановлення міри відповідальності у разі порушення фінансового, у тому числі бюджетного, законодавства. Запропоноване авторами законопроекту № 2020 визначення «державного фінансового контролю» містить ознаки фінансового контролю, а не державного фінансового контролю, оскільки надається загальне бачення суб'єктів з виконання цілеспрямованих заходів. Вищезгадані заходи здійснюються також з метою забезпечення законності, фінансової дисципліни та ефективності формування не лише державних активів.

Варто зазначити, що в обох вищенаведених визначеннях містяться основоположні елементи державного фінансового контролю: система уповноважених органів; контрольна діяльність, що спрямована на забезпечення фінансової дисципліни; об'єктом виступають відносини у зв'язку з використанням фінансових ресурсів, які належать державі через відповідні фонди; предметом державного фінансового контролю є державні кошти.

Чинне законодавство України, як зазначалося вище, не містить визначення державного фінансового контролю. Натомість у ряді нормативно-правових актів передбачено види фінансового контролю залежно від групи відносин, які цими актами регулюються. Наприклад, у Законі України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» від 26 січня 1993 р. № 2939 – XII закріплено перелік головних завдань для Державної аудиторської служби України і встановлено, що державний фінансовий контроль забезпечується шляхом проведення державного фінансового аудиту, перевірки державних закупівель та інспектування<sup>17</sup>.

Нормами Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI визначено мету контролю за бюджетним законодавством, надано роз'яснення внутрішньому контролю та аудиту в бюджетних установах<sup>18</sup>.

Згідно з ч. 61.1 ст. 61 Податкового кодексу України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI під податковий контроль являє собою комплекс заходів, які здійснюються відповідними органами з метою контролю правильності нарахування, повноти і своєчасності сплати податків і зборів, а також дотримання законодавства з питань регулювання обігу готівки, проведення розрахункових та касових операцій, патентування, ліцензування та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи<sup>19</sup>.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 р. № 679-XIV банківським наглядом є система контролю та активних впорядкованих дій Національного банку України, спрямованих на забезпечення дотримання банками та іншими особами, стосовно яких Національний банк України здійснює наглядову діяльність щодо дотримання банківського законодавства України і встановлених нормативів, з метою забезпечення стабільності банківської системи та захисту інтересів вкладників і кредиторів банку. Також до компетенції Національного банку України входить здійснення валютного контролю, що у вказаному вище законі одночасно реалізується з валютним регулюванням<sup>20</sup>.

У процесі підготовки й прийняття спеціального законодавчого акта з регулювання фінансового контролю та державного фінансового контролю в Україні, на наш погляд, можна використати зарубіжний досвід регулювання аналогічних відносин. Наприклад, у Російській Федерації свого часу був підготовлений законопроект з регулювання державного фінансового контролю. У ч. 1 ст. 1 проекту Федерального закону «Про

державний фінансовий контроль» визначено, що державний фінансовий контроль є перевіркою дотримання органами державної влади та місцевого самоврядування, юридичним і фізичними особами фінансового законодавства Російської Федерації та суб'єктів Російської Федерації, раціональності й ефективності використання державних фінансів та матеріальних ресурсів<sup>21</sup>.

У правовій системі Республіки Білорусія відсутній спеціалізований законодавчий акт з регулювання відносин у сфері державного фінансового контролю. Натомість у ст. 129 Конституції Республіки Білорусь визначено, що державний контроль здійснюється за виконанням республіканського бюджету, використанням державної власності, виконанням актів президента, парламенту, уряду та інших державних органів, які визначають засади регулювання відносин державної власності, господарських, фінансових та податкових відносин, здійснюються Комітетом державного контролю<sup>22</sup>. На конституційному рівні сформований об'єкт державного фінансового контролю, організаційні та правові засади діяльності вказаного комітету визначені в Законі Республіки Білорусь «Про Комітет державного контролю Республіки Білорусія та його територіальних органів» від 1 червня 2010 р. № 142-3<sup>23</sup>.

Широка сфера застосування фінансового контролю дає змогу істотно впливати на економічний процес, стежити за дотриманням фінансової дисципліни, досягненням фінансової самодостатності регіонів, секторів і галузей економіки, збалансованості державного та місцевих бюджетів, захищеністю фінансово-економічних інтересів громадян і суспільства. Раціональна організація і ефективне функціонування фінансового контролю сприяє забезпеченню національних економічних інтересів держави, поліпшенню керованості фінансовими ресурсами, розвитку ринкової економіки<sup>24</sup>.

Підсумовуючи викладене, можна констатувати, що фінансовий контроль є комплексним поняттям, основу якого становлять відносини з приводу руху фінансових ресурсів фізичних та юридичних осіб; державний фінансовий контроль як складовий елемент фінансового контролю, спрямований на упорядкування відносин, пов'язаних з фінансовими ресурсами держави. Основне розмежування між відповідними поняттями полягає в суб'єктах, які здійснюють фінансовий контроль та суб'єктах, щодо яких реалізується відповідний контроль і обсягу фінансових ресурсів.

При дослідженні державного фінансового контролю необхідно усвідомлювати, що він виступає складовою фінансового контролю. У свою чергу фінансовий контроль – це комплекс основоположних форм та методів зі здійснення контролю над потоками фінансових ресурсів юридичних та фізичних осіб, що формуються з сукупного суспільного доходу та/або національного багатства і надходять до централізованих та децентралізованих фондів для забезпечення економічної безпеки держави та розвитку держави й суспільства.

Під державним фінансовим контролем слід розуміти систему законодавчо встановлених форм та методів, метою якої є захист фінансово-кредитної системи держави в аспекті дотримання фінансової дисципліни, спрямованої на раціональне, ефективне, цільове, економічне використання фінансових ресурсів держави.

<sup>1</sup> *Гаращук В. М.* Стандарти державного контролю: погляд на проблему / В. Гаращук // *Право України*. – 2002. – № 8. – С. 88–90.

<sup>2</sup> *Савченко Л. А.* Правові проблеми фінансового контролю в Україні [Текст] : дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.07 / Савченко Леся Анатоліївна ; Академія держ. податкової служби України. – Ірпінь, 2002. – 455 с.

<sup>3</sup> *Гаращук В. М.* Вказана праця.

<sup>4</sup> *Андрійко О. Ф.* Державний контроль в Україні: організаційно-правові засади [Текст] / О. Ф. Андрійко; НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – К. : Наукова думка, 2004. – 304 с.

<sup>5</sup> *Гетманець О. П.* Бюджетний контроль: організаційно-правові засади : моногр. – Х. : Екограф, 2008. – 308 с. – С. 11–12.

<sup>6</sup> *Шутов М. І.* Державний фінансовий контроль в Україні [Текст] : теорія та практика / М. І. Шутов [та ін.] ; Одеська національна юридична академія. – О. : Юридична література, 2004. – 131 с. – С. 10.

<sup>7</sup> *Стефанюк І. Б.* Державний фінансовий контроль: проблеми ідентифікації й визначення системи / І. Б. Стефанюк // *Фінанси України*. – 2009. – № 11. – С. 13.

<sup>8</sup> Державний фінансовий контроль: навч.-метод. посіб. для самост. вивч. дисц. / Н. С. Вітвицька, І. Ю. Чумакова, М. М. Коцурпатий, Т. М. Фенченко. – К.: КНЕУ, 2004 – 408 с. – С. 18.

<sup>9</sup> *Гетманець О. П.* Вказана праця. – С. 30.

<sup>10</sup> *Германчук П. К.* Державний фінансовий контроль: ревізія та аудит / П. К. Германчук, І. Б. Стефанюк та ін. – К.: АВТ, 2004. – 424 с. – С. 17.

<sup>11</sup> *Нагребельний В. П.* Фінансове право України. Загальна частина: Навчальний посібник / В. П. Нагребельний, В. Д. Чернадчук, В. В. Сухонос ; за заг. ред. члена-кор. АПРН України В. П. Нагребельного. – Суми : ВТД «Університетська книга», 2004. – 320 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://libr.org.ua/books/102.html>

<sup>12</sup> *Івашова Л. М.* Фінансовий контроль і аудит: реалії та перспективи розвитку : моногр. / Л. М. Івашова, О. М. Гнезділова, Н. Г. Волик. – Запоріжжя : Вид-во КПУ, 2012. – 260 с. – С. 15.

<sup>13</sup> *Грінчук М. С.* Реформування системи державного фінансового контролю / М. С. Грінчук // *Вісник ЧТЕІ*. – 2008. – № 4. – С. 317–322. – С. 318.

<sup>14</sup> Лімська декларація керівних принципів аудиту державних фінансів : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ac-rada.gov.ua/control/main/uk/publish/article/140217?cat\\_id=32836](http://www.ac-rada.gov.ua/control/main/uk/publish/article/140217?cat_id=32836)

<sup>15</sup> Проект закону «Про систему державного фінансового контролю в Україні» від 3 червня 2002 р. № 1131 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_2?id=&pf3516=1131&skl=5](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=1131&skl=5)

<sup>16</sup> Проект закону «Про державний фінансовий контроль» від 8 лютого 2008 р. № 2020 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=31663](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=31663)

<sup>17</sup> Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні : Закон України від 26 січня 1993 р. № 2939-ХІІ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2939-12>

<sup>18</sup> Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2456-17>

<sup>19</sup> Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>

<sup>20</sup> Закон України «Про Національний банк України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/679-14>

<sup>21</sup> Проект федерального закона «О государственном финансовом контроле» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://old.nasledie.ru/schetpal/15\\_14/15\\_14\\_16/article.php?art=2](http://old.nasledie.ru/schetpal/15_14/15_14_16/article.php?art=2)

<sup>22</sup> Конституция Республики Беларусь : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnye-dokumenty/konstitutsiya-respubliki-belarus>

<sup>23</sup> Закон Республики Беларусь «О Комитете государственного контроля Республики Беларусь и его территориальных органах» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravo.by/document/?guid=3871&p0=H11000142>

<sup>24</sup> Гетманець О. П. Вказана праця.

#### Резюме

##### **Шашенок Я. В. Поняття державного фінансового контролю в законодавстві України.**

У статті розглядаються позиції представників фінансово-правової та економічної науки щодо проблем пізнання понять «державний фінансовий контроль», «фінансовий контроль» і подвійної природи терміна «контроль». Наводяться приклади законодавчих спроб із встановлення понятійно-категоріального апарату державного фінансового контролю в нормативно-правовій системі України. Також вказуються приклади закордонних правових актів з регулювання державного фінансового контролю.

**Ключові слова:** контроль, фінансовий контроль, державний фінансовий контроль.

#### Резюме

##### **Шашенок Я. В. Понятие государственного финансового контроля в законодательстве Украины.**

В статье рассматриваются позиции ученых финансово-правовой и экономической науки относительно проблем познания понятий «государственный финансовый контроль», «финансовый контроль» и двойственной природы термина «контроль». Приводятся примеры законодательных попыток по установлению понятийно-категориального аппарата государственного финансового контроля в нормативно-правовой системе Украины. Также указываются примеры зарубежных правовых актов по регулированию государственного финансового контроля.

**Ключевые слова:** контроль, финансовый контроль, государственный финансовый контроль.

#### Summary

##### **Shashenok J. Concept of state financial control in legislation of Ukraine.**

The article examines how scientists from financial law and legal field of knowledge interpret concepts of «state financial control», «financial control» and dual nature of term “control”. There are examples of legislative attempts to establish conceptual-categorical tools of state financial control in the legal system of Ukraine. Also, indicated foreign examples of legal acts on regulation of financial control.

**Key words:** control, financial control, state financial control.

УДК 347.73

### **М. Л. ШОСТАКОВСЬКИЙ**

*Михайло Леонідович Шостаковський, аспірант  
Київського університету права НАН України*

## **ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ОСНОВНИХ ЗАВДАНЬ ОРГАНІВ УПРАВЛІННЯ ФІНАНСОВОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ В УКРАЇНІ**

Фінансова система та фінансова діяльність є досить складним механізмом, який поєднує в собі значну кількість різноманітних елементів управління, взаємодія та налагоджена робота яких є необхідною умовою для ефективного функціонування фінансової системи країни. Важливе значення у цьому механізмі відведено саме органам, до компетенції яких віднесено визначення основних напрямів фінансової діяльності та її безпосередня реалізація у суспільне та державне життя. Державні органи, органи місцевого самоврядування, їх посадові та службові особи у межах своєї компетенції та повноважень визначають дії щодо планування й подальшого розподілу, перерозподілу фінансових ресурсів, їх використання, контролю за цільовим призначенням та правильністю використання фінансів. Метою такої діяльності є підвищення рівня добробуту та життя населення, формування сприятливого клімату для залучення іноземних інвестицій у державу та провідні галузі суспільного виробництва, підвищення рівня економічного розвитку країни.

© М. Л. Шостаковський, 2016

Проблемні питання функціонування фінансової діяльності держави, в тому числі і органів управління фінансовою діяльністю, були предметом дослідження багатьох науковців, таких як: М. Г. Білопольський, Т. О. Губанова, О. П. Кириленко, Л. Л. Кінашук, С. М. Клімова, Н. І. Коваленко, Ю. О. Костенко, М. П. Кучерявенко, Л. О. Миргородська, А. Б. Мокрицька, В. І. Оспіщев, О. Г. Остапенко, І. О. Панов, С. М. Попова, В. Ф. Роль, Л. А. Савченко, В. В. Сергієнко, І. Є. Чуркіна та ін. Проте не достатньо вивченими залишаються завдання, які стоять перед органами управління фінансовою діяльністю держави, оскільки, на сьогодні немає єдності наукових думок та позицій з цього питання.

**Мета статті** полягає у визначенні та характеристиці основних завдань, які стоять перед органами управління фінансовою діяльністю в Україні. Для досягнення цього у статті розв'язується низка важливих завдань: досліджується система органів управління фінансовою діяльністю, розглядаються наукові позиції вчених щодо визначення основних завдань управління фінансовою діяльністю у державі, проводиться їх аналіз.

Перш ніж перейти до розгляду завдань органів управління фінансовою діяльністю в Україні варто коротко охарактеризувати систему цих органів. Взагалі управління фінансовою діяльністю у державі, як і управління іншими видами діяльності, здійснюється державними органами, що згідно зі своїми повноваженнями приймають конкретні рішення та здійснюють реалізацію державної політики у відповідній сфері. Зазначимо, що у науковій літературі досить поширеною є класифікація органів державної влади на загальні та спеціальні. Загальні органи у сфері фінансової діяльності – це ті органи, для яких фінансова діяльність не є основним напрямом роботи, вони визначають лише найбільш загальні засади функціонування фінансової діяльності у державі. Ці органи характеризуються тим, що здійснюють управління та мають широкі повноваження у всіх без винятку суспільних відносинах, притаманних державі, тобто фінансова діяльність для цих органів не є пріоритетною та ключовою. До таких органів слід віднести Верховну Раду України, Президента України, Кабінет Міністрів України, які визначають основні правові положення щодо формування та подальшої реалізації фінансової політики у державі.

Суттєва роль при реалізації фінансової політики у державі відведена спеціальним органам управління, під якими розуміють ті органи, до повноважень яких безпосередньо віднесено визначення, здійснення та реалізацію фінансової політики. До таких органів у юридичній літературі віднесено Міністерство фінансів України, Рахункову палату України, Державне казначейство України тощо. В свою чергу, як вважає М. П. Кучерявенко, органи управління спеціальної (галузевої, міжгалузевої) компетенції включають дві підгрупи: а) органи, що здійснюють фінансову діяльність поряд зі своїми основними функціями (міністерства, відомства, за винятком Міністерства фінансів України); б) органи, для яких фінансова діяльність є основною (Міністерство фінансів України, Державна фіскальна служба України та ін.). Ці органи створено спеціально для здійснення фінансової діяльності<sup>1</sup>. Спеціальні повноваження у сфері фінансового контролю покладено на органи Державної фіскальної служби та Контрольно-ревізійної служби України. Окреме місце у цій системі посідає Рахункова палата України – вищий контрольний орган для публічного контролю бюджету.

При розгляді завдань органів, які здійснюють фінансову діяльність, не можна недооцінювати роль та значення органів місцевого самоврядування, оскільки саме вони здійснюють реалізацію фінансової політики та проводять фінансову діяльність у конкретно визначеній адміністративно-територіальній одиниці. Досліджуючи завдання органів місцевого самоврядування у фінансовій діяльності, С. В. Березовська виділяє контрольні повноваження органів місцевого самоврядування, суть яких зводиться до наступного: 1) дотриманням вимог чинного законодавства органами місцевого самоврядування при ухваленні ними фінансових рішень; 2) забезпечення раціонального, цільового та ефективного використання фінансових ресурсів органами місцевого самоврядування; 3) попередження і виявлення фактів використання фінансових ресурсів із порушенням встановлених правил; 4) виявлення можливих резервів розширення ресурсної бази місцевого самоврядування; 5) забезпечення достовірності інформації про фінансову діяльність органів місцевого самоврядування<sup>2</sup>. З огляду на наведене органи місцевого самоврядування здійснюють не тільки реалізацію фінансової політики на підпорядкованій їм території, а й мають значні контрольні повноваження у сфері використання фінансових ресурсів, здійснюють заходи щодо збільшення фінансових ресурсів у межах підпорядкованих адміністративно-територіальних одиниць.

Визначаючи основну мету та завдання органів управління фінансовою діяльністю, зазначимо, що органи загальної та спеціальної компетенції мають одну загальну мету – ефективне використання фінансових ресурсів у державі, забезпечення стабільності фінансових правовідносин, їх належного розподілу і використання централізованих та децентралізованих грошових коштів, здійснення контролю за їх рухом та використанням. Проте у науковій літературі досить по-різному визначається мета та завдання органів, що здійснюють управління фінансовою діяльністю.

Так, наприклад, мету та завдання діяльності органів управління фінансовими ресурсами деякі вчені розглядають кризь призму визначення фінансової діяльності. До такої категорії науковців варто віднести Е. Д. Соколова, який зазначає, що фінансова діяльність держави – це особливий вид державної діяльності, що виражається в здійсненні органами держави всіх трьох гілок влади організаційних, юридичних і фактичних дій, спрямованих на створення, розподіл (перерозподіл) і використання фондів грошових коштів, як централізованих, так і децентралізованих, необхідних в умовах ринку для фінансового забезпечення життєдіяльності суспільства і держави. Розкриваючи сутність фінансової діяльності держави, науковець вважає, що

в умовах дії ринкових відносин фінансова діяльність держави спрямована не тільки на публічні фінанси (державні і муніципальні), а й поширюється на процеси створення, розподілу і, в певній частині, використання фондів грошових коштів господарюючих суб'єктів, діючих на праві приватної власності<sup>3</sup>. Характеризуючи дане визначення, можна із впевненістю зазначити, що автор виділяє наступне завдання органів законодавчої, виконавчої та судової гілки влади – фінансове забезпечення життєдіяльності суспільства і держави. Вважаємо, що така мета є досить загальною та не розкриває у повному обсязі тих завдань, які ставить перед собою кожний із органів для належного функціонування фінансової діяльності в державі.

У підручнику О. Д. Днілова та Д. М. Серебрянського до основних цілей (завдань) управління державними фінансами віднесено забезпечення: відносного балансу влади економічних інститутів держави, юридичних і фізичних осіб; бездефіцитного державного бюджету; стійкості національної валюти як основоположного елементу у фінансових відносинах; суспільного добробуту населення<sup>4</sup>. Дещо ширший перелік завдань державного управління фінансовою діяльністю називає Д. А. Пешенцев, який до них пропонує віднести: забезпечення стабільності фінансової системи; забезпечення адекватного зростання державних доходів; забезпечення ефективності використання державних фінансових коштів; мобілізацію фінансової системи на розв'язання тих, що стоять перед державою економічних і політичних завдань; організацію грошового звернення в країні<sup>5</sup>. Ми погоджуємося із наведеними вище думками науковців щодо визначення завдань, які стоять перед органами, які здійснюють управління фінансовою діяльністю, проте вважаємо, що даний перелік розкриває завдання управління виключно з економічної точки зору. На нашу думку, завдання та цілі органів управління фінансовою діяльністю варто розкривати й крізь призму розв'язання політичних та соціальних завдань, які стоять перед органами, до компетенції яких віднесено управління фінансовими ресурсами та реалізацію фінансової політики держави. Це пов'язано з тим, що діяльність уповноважених органів держави повинна бути спрямована не тільки на стабільність фінансової системи та її нормальне функціонування, а й на соціальний захист населення та політичну стабільність і нейтральність у суспільстві, а тому наведений вище перелік завдань доцільно розширити.

З цього приводу слушною є позиція Д. А. Лисицина, який завдання органів управління фінансовою діяльністю в Україні розкриває через мету фінансової діяльності, яка спрямована на здійснення, збирання, розподіл та використання державних грошових фондів для задоволення потреб держави. Задачами фінансової діяльності держави, на думку науковця, є: 1) створення фінансової інфраструктури суспільства і забезпечення її нормального функціонування; 2) добування коштів для забезпечення самого себе і функціонування своєї діяльності; 3) дія за допомогою грошових важелів впливу на соціально-економічні процеси, що відбуваються у суспільстві<sup>6</sup>. Конструктивним з приводу визначення завдань органів управління фінансовою діяльністю є підхід, наданий О. П. Орлюк, яка стверджує, що в процесі публічної фінансової діяльності держава, органи місцевої влади, місцевого самоврядування розв'язують цілу низку завдань, серед яких визначальними є: 1) планування й розподіл публічних грошових фондів відповідно до визначених законодавством цілей і завдань; 2) економічне стимулювання суспільного виробництва з метою його розвитку, інтенсифікації, запровадження національної інноваційної моделі; 3) контроль за законним та доцільним збиранням, розподілом і використанням грошових, матеріальних ресурсів<sup>7</sup>.

Цікавим щодо визначення завдань органів управління фінансовою діяльністю є й позиція, висловлена В. М. Опаріним, який наголошує, що управління фінансами включає дві головні складові: органи управління та форми і методи управлінської діяльності. Він вважає, що основним завданням органів управління фінансовою системою є забезпечення злагодженості у функціонуванні окремих сфер і ланок фінансових відносин, що досягається чітким розмежуванням функцій і повноважень між фінансовими органами та інститутами<sup>8</sup>. Ми підтримуємо думку науковця, оскільки, дійсно, управління передбачає певне впорядкування як суспільних відносин у конкретній сфері, такі і упорядкування різноманітних органів між собою, чіткого визначення їх компетенції та повноважень.

Таким чином, проаналізувавши наукові підходи до розуміння завдань органів управління фінансовою діяльністю в Україні, пропонуємо віднести до них такі:

- 1) упорядкування суспільних відносин у сфері фінансування, розподілу, перерозподілу та використання фінансових ресурсів держави;
- 2) запровадження заходів щодо належного та злагодженого функціонування всіх структурних елементів, які здійснюють реалізацію фінансової політики держави;
- 3) забезпечення цільового використання фінансових ресурсів у державі та належної реалізації державних цільових програм у сфері фінансової політики;
- 4) стимулювання фінансової політики щодо підвищення соціально-економічних процесів, пов'язаних із використанням фінансів у державі;
- 5) забезпечення стабільності грошової, економічної політики держави;
- 6) розвиток нових економічних та фінансових процесів у державі на основі чіткого й неупередженого розподілу фінансових повноважень між суб'єктами фінансової діяльності;
- 7) економічне стимулювання розвитку нових процесів у сфері фінансових правовідносин з метою підвищення рівня соціального життя населення та розвитку нових економічних процесів у державі;
- 8) формування сприятливого фінансового клімату для залучення іноземних інвестицій у державу;
- 9) пошук ефективних шляхів для розвитку фінансової діяльності у державі, нових форм та методів виявлення фінансових ресурсів, їх відтворення;

10) досягнення рівноваги та взаємозв'язку органів державної влади, органів місцевого самоврядування із фінансовою діяльністю інших суб'єктів фінансових правовідносин: підприємствами, установами, організаціями, юридичними та фізичними особами;

11) здійснення різноманітних контрольних повноважень за раціональним, ефективним, цільовим використанням фінансових ресурсів держави.

Як висновок зазначимо, що управління фінансами та фінансовою діяльністю є досить складним і багатогранним процесом, здійснюється різноманітними державними органами, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами. Управління фінансовою діяльністю спрямоване на ефективне та цільове використання фінансових ресурсів у державі, забезпечення стабільності фінансової політики, налагодження взаємодії як у самій системі, так і у взаємовідносинах із іншими зовнішніми елементами у державі та, як наслідок, забезпечення соціального добробуту населення держави, стабілізації економіки, подальшого активного розвитку ринкових механізмів і ринкових відносин у державі.

<sup>1</sup> Фінансове право України : підруч. / Г. В. Бех, О. О. Дмитрик, І. Є. Криницький; за ред. М. П. Кучерявенка. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 320 с. – С. 17.

<sup>2</sup> Березовська С. В. Контрольні повноваження рахункової палати України у сфері фінансової діяльності органів місцевого самоврядування / С. В. Березовська // Наше право. – 2014. – № 1. – С. 160–164.

<sup>3</sup> Соколова Э. Д. Теоретические аспекты правового регулирования финансовой деятельности государства и муниципальных образований : дисс. ... доктора юрид. наук : спец. 12.00.14 «Административное право, финансовое право, информационное право» / Эльвира Дмитриевна Соколова. – М. : Московская государственная юрид. академия, 2008. – 401 с. – С. 219.

<sup>4</sup> Фінанси у запитаннях і відповідях : навч. посіб. / О. Д. Данілов, Д. М. Серебрянський. – 2-е вид., перероб. та доп. ; Національний університет державної податкової служби України. – К., 2008. – 535 с. – С. 84–85.

<sup>5</sup> Пешенцев Д. А. Реформирование финансовой системы России в XIX веке / Д. А. Пешенцев // Современное право. – 2005. – № 4. – С. 67–72. – С. 69.

<sup>6</sup> Лисицын Д. А. Финансовая деятельность государства: содержание, методы осуществления : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 «Административное право, финансовое право, информационное право» / Лисицын Денис Анатольевич. – Челябинск, 2004. – 27 с. – С. 18.

<sup>7</sup> Орлюк О. П. Фінансове право. Академічний курс : підруч. / О. П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 808 с. – С. 46.

<sup>8</sup> Опарін В. М. Фінанси (Загальна теорія): навч. посіб. / В. М. Опарін ; Київський національний економічний ун-т. – К. : КНЕУ, 1999. – 164 с. – С.38.

#### Резюме

##### **Шостаковський М. Л. Щодо визначення основних завдань органів управління фінансовою діяльністю в Україні.**

У статті розглянуто систему органів управління фінансовою діяльністю держави, досліджено завдання загальних та спеціальних органів управління фінансовою діяльністю, проаналізовано наукові позиції вчених щодо визначення основних завдань та цілей цих органів, проведено їх аналіз, а також надано власне розуміння завдань органів управління фінансовою діяльністю в Україні.

**Ключові слова:** фінанси, фінансова діяльність, управління, органи влади, завдання.

#### Резюме

##### **Шостаковський М. Л. Об определении основных задач органов управления финансовой деятельностью в Украине.**

В статье рассмотрена система органов управления финансовой деятельностью государства, исследованы задачи общих и специальных органов управления финансовой деятельностью, проанализированы научные позиции ученых по определению основных задач и целей этих органов, проведен их анализ, а также предоставлено собственное понимание задач органов управления финансовой деятельностью в Украине.

**Ключевые слова:** финансы, финансовая деятельность, управление, органы власти, задачи.

#### Summary

##### **Shostakovskyy M. Main tasks bodies of management financial activities in Ukraine.**

In the article the system of financial management of the state investigated the task of general and special of financial management, analyzed academic position researchers to identify the main objectives and goals of these bodies conducted their analysis, and given the proper understanding of the problems of the financial activities in Ukraine.

**Key words:** finance, financial activities, management, authorities, task.

УДК 347.252

**М. М. ДЯКОВИЧ**

*Мирослава Михайлієна Дякович, доктор юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

### **ДОГОВІР ЯК ПІДСТАВА НАБУТТЯ СУПЕРФІЦІЮ**

Дослідження інституту права забудови були предметом як вітчизняних, так і закордонних цивілістів, а саме: Л. Ю. Василевської, А. Г. Гойхбарга, І. А. Ємелькіна, Н. В. Ільків, О. В. Копилова, О. О. Михайленко, С. О. Мічуріна, В. І. Нагнибіди, Е. О. Суханова, В. В. Цюри, Д. М. Яценко та ін.

Вичерпний перелік підстав виникнення суперфіцію (права користування земельною ділянкою, наданою для забудови) встановлений частиною 1 статті 413 Цивільного кодексу України і ними є договір або заповіт.

Необхідно розрізняти підстави виникнення суперфіцію від підстав переходу права суперфіцію до нового суб'єкта. Оскільки стосовно підстав виникнення суперфіцію законодавець дає вичерпний перелік (договір і заповіт), то відповідно до його переходу він означає не підстави, а лише порядок, зокрема шляхом відчуження або передання прав суперфіцію (ч. 2 ст. 413 ЦК України).

Власне відчуження означає, що суперфіцій як окреме речове право може бути переданий особою, якій він належить (суперфіціарієм) іншій особі за будь-яким цивільно-правовим договором. Суперфіціарій не зобов'язаний повідомляти власника земельної ділянки про наступне відчуження суперфіцію, оскільки у Цивільному кодексі України не закріплене за ним право переважної його купівлі. Власник ділянки зобов'язаний зберігати той характер відносин з новим суперфіціарієм, який існував з його попередником та відповідно до тих умов, які були встановлені у договорі суперфіцію.

Суперфіцій також може переходити до спадкоємців у порядку спадкування, як за заповітом, так і за законом.

Досліджуючи підстави виникнення суперфіцію, напрашується висновок, що цією підставою може бути лише договір. При цьому важливу роль відіграє конструкція речового договору при аналізі правовідносин, які виникатимуть в області речового права на чуже майно, зокрема права користування чужою земельною ділянкою для забудови (за ЦК України – це суперфіцій).

Слід відзначити, що право користування чужою земельною ділянкою для забудови відноситься до тих прав, що належать особі, яка не є їх власником. Мова йде про так зване «обмежене» право власності. У цьому контексті в українській цивілістиці доволі активно ведеться дискусія щодо співвідношення понять «обмеження» та «обмежені речові права». Так, Є. О. Мічурін стверджує, що, «якщо обмежене речове право надає права його володільцю, то власник, навпаки, через обмеження стримується у відповідних діях стосовно до володільця права і не може перешкоджати останньому (не вправі засіяти доріжку при встановленні сервітуту для проходу; засипати колодязь, якщо в іншого є сервітут на водокористування тощо)<sup>1</sup>. І далі, продовжує автор, слід підкреслити, що сучасні дослідники, які розрізняють обмеження прав та обмежені речові права, відносять обмежені речові права до обтяжень права власності. На це вказують, наприклад, В. О. Мікрюков і Т. А. Мечетіна. А. В. Кожаринова також підкреслює речово-правову, але не обмежувальну природу права обмеженого користування чужим нерухомим майном, тим самим вказуючи на неохоплення якоюсь із цих категорій іншої. Такі погляди підтверджують цілковиту самостійність категорій «обмеження» та «обмежені речові права», кожна з яких має свій зміст<sup>2</sup>.

Це підтверджується ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Адже відповідно до ч. 1 ст. 4 обов'язковій реєстрації підлягають речові права та обтяження на нерухоме майно, розміщене на території України, а саме:

- 1) право власності;
- 2) речові права, похідні від права власності:  
право користування (сервітут);

право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис);  
право забудови земельної ділянки (суперфіцій);  
право господарського відання;  
право оперативного управління;  
право постійного користування та право оренди (суборенди) земельної ділянки;  
право користування (найму, оренди) будівлею або іншою капітальною спорудою (їх окремою частиною), що виникає на підставі договору найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремою частиною), укладеного на строк не менш як три роки;  
іпотека;  
право довірчої власності;  
інші речові права відповідно до закону;  
3) право власності на об'єкт незавершеного будівництва;  
4) заборона відчуження та арешт нерухомого майна, податкова застава, предметом якої є нерухоме майно, та інші обтяження.

Отже, речові права, визначені п. 2 ч. 1 ст. 4 коментованого закону, є похідними від права власності.

Договір, який є підставою виникнення права користування чужою земельною ділянкою для забудови, укладається відповідно до ЦК України з урахуванням вимог Земельного Кодексу України.

За визначенням Л. Ю. Василевської, якщо зобов'язальний договір виступає підставою виникнення, зміни і припинення правовідношення, то речовий договір є підставою виникнення, зміни і припинення речового правовідношення<sup>3</sup>. Отже, предметом речового договору є право на об'єкт, а предметом зобов'язального договору, зокрема про передачу майна у власність, є об'єкт речового права, тобто майно. Однак, слід відзначити, що речовий договір за своєю правовою природою – це все-таки більш абстрактне поняття, оскільки ми не можемо його характеризувати такими поняттями як договори «консенсуальний» – «реальний», «односторонній» – «двосторонній» і т. ін.

За визначенням ч. 1 ст. 413 ЦК України, власник земельної ділянки має право надати її в користування іншій особі для будівництва промислових, побутових, соціально-культурних, житлових та інших споруд і будівель на підставі договору. Предмет договору, умови, права та обов'язки сторін, припинення, наслідки його припинення визначаються ЦК України. Характерними ознаками суперфіцію (права користування земельною ділянкою для забудови) є його довгостроковість, відчужуваність, успадковуваність та цільове призначення.

Сторонами договору можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, зокрема, власник земельної ділянки та особа, яка має право на використання земельної ділянки для забудови (суперфіціарій).

Предметом договору, на підставі якого виникає право користування земельною ділянкою, є земельна ділянка, що перебуває у власності в особи з цільовим призначенням для будівництва промислових, побутових, соціально-культурних, житлових та інших споруд і будівель. При передаванні земельної ділянки в користування суперфіціарію цільове призначення земельної ділянки має бути збережене.

Договір суперфіцію може бути укладений на визначений або на невизначений строк. Однак, строк користування земельною ділянкою державної чи комунальної власності для забудови не може перевищувати 50 років (ч.ч. 4, 5 ст. 413 ЦК України).

У договорі необхідно визначити права та обов'язки власника земельної ділянки, наданої для забудови (ст. 414 ЦК України) і права та обов'язки землекористувача (ст. 415 ЦК України). Слід наголосити, що договір суперфіцію не обмежує повноваження власника щодо розпорядження земельною ділянкою.

Укладення договору суперфіцію, який є підставою для виникнення права користування земельною ділянкою для забудови, не припиняє права власності на неї. Власник земельної ділянки вправі нею розпоряджатися, а саме відчужувати або передавати її в порядку спадкування. Землекористувач (забудовник або суперфіціарій) за договором набуває речові права на майно, а саме: на земельну ділянку виникає «обмежене» за змістом і обсягом речове право, яке означене за ЦК України як речове право на чуже майно та право власності на зведену ним будівлю (споруду). На думку Н. В. Ільків, визнаючи будівлю нерухомим майном і наділяючи забудовника правом власності на цю будівлю, законодавець порушує права та інтереси власника земельної ділянки. Адже, визнаючи право власності забудовника на будівлю як об'єкт нерухомості, фактично визнається за забудовником право, рівнозначне праву власності на земельну ділянку, оскільки будівля тісно з нею пов'язана і становить єдине ціле, а власник земельної ділянки стає фактично лише її номінальним власником<sup>4</sup>. Законодавець також передбачив це у ч. 2 ст. 417 ЦК України, відповідно до якої у випадку, якщо знесення будівлі (споруди), що розміщена на земельній ділянці, заборонено законом (житлові будинки, пам'ятки культурної спадщини тощо) або є недоцільним у зв'язку з явним перевищенням вартості будівлі (споруди) порівняно з вартістю земельної ділянки, суд може з урахуванням підстав припинення права користування земельною ділянкою постановити рішення про викуп власником будівлі (споруди) земельної ділянки, на якій вона розміщена, або про викуп власником земельної ділянки будівлі (споруди), або визначити умови користування земельною ділянкою власником будівлі (споруди) на новий строк.

Договір суперфіцію є юридичним фактом, який породжує речові права на чуже майно, а не обмеження або обтяження земельної ділянки, як це дискутується серед науковців. Історичний досвід показує, що речове право забудови (суперфіцію) було інструментом для забезпечення гарантій права власності на будівлю (споруду), що знаходилася на чужій земельній ділянці.



За заповітом, як ще однією підставою виникнення суперфіцію за законодавством України, зокрема ч. 1 ст. 1238 ЦК України, суперфіцій не встановлюється безпосередньо заповітом, як це має місце щодо сервітуту (ст. 402 ЦК України). У цій правовій нормі законодавець закріпив правову конструкцію заповідального відказу як юридичного оформлення суперфіцію.

Це означає, що власник земельної ділянки покладає на спадкоємця, якому заповідає її, обов'язок надати суперфіцій відказодержувачеві. Отже, можна дійти висновку, що заповітом може бути встановлено не право забудови земельної ділянки, а обов'язок спадкоємця встановити таке право. Спадкоємець же може встановити право забудови (суперфіцій) лише уклавши договір. Таким чином, єдиною підставою встановлення права забудови земельної ділянки є договір між власником земельної ділянки і майбутнім забудовником про встановлення суперфіцію.

Як зазначає В. І. Нагнибіда, договір про встановлення права забудови земельної ділянки (суперфіцію) необхідно визначити як суто юридичний факт, що породжує речове право, а не зобов'язальні (договірні) відносини між сторонами<sup>5</sup>.

Таким чином, «обмежене» речове право, а саме право на користування земельною ділянкою для забудови виникає на підставі юридичного факту – договору про надання права (суперфіціарію) користування земельною ділянкою для забудови, яке обов'язково підлягає державній реєстрації в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Отже, мова йде не про реєстрацію договору, а про реєстрацію права.

<sup>1</sup> Мічурін С. О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект): Монографія. – Х.: Юрсвіт, НДІ Приватного права та підприємництва АПрН України, 2008. – С. 147.

<sup>2</sup> Там само. – С. 148.

<sup>3</sup> Василевская Л. Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. – М.: Статут, 2004. – С. 100.

<sup>4</sup> Льюк Н. В. Суперфіцій як альтернативний спосіб набуття права на забудову земельної ділянки // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2010. – № 2. – С. 122.

<sup>5</sup> Нагнибіда В. І. Підстави виникнення прав користування чужими речами: зарубіжний досвід // Приватне право і підприємництво. – 2010 – № 9. – С. 157.

#### Резюме

##### **Дякович М. М. Договір як підстава набуття суперфіцію.**

У статті проаналізовано правові підстави виникнення суперфіцію (права користування земельною ділянкою, наданою для забудови) як окремого речового права, похідного від права власності. Запропонований науково-обґрунтований висновок, що єдиною підставою виникнення суперфіцію може бути лише договір, як юридичний факт, що породжує речове право.

**Ключові слова:** суперфіцій; речове право, похідне від права власності; юридичний факт; право користування земельною ділянкою, наданою для забудови.

#### Резюме

##### **Дякович М. М. Договор как основание приобретения суперфиция.**

В статье проанализированы правовые основания возникновения суперфиция (права пользования земельным участком, предоставленным для застройки) как отдельного вещного права, производного от права собственности. Предложен научно-обоснованный вывод, что единственным основанием возникновения суперфиция может быть только договор, как юридический факт, порождающий вещное право.

**Ключевые слова:** суперфиций; вещное право, производное от права собственности; юридический факт; право пользования земельным участком, предоставленным для застройки.

#### Summary

##### **Dyakovych M. Contract as a ground of superficies.**

The article represents analyze of the legal grounds of superficies (the right to use the land plot, given for building) as separate real right, originated from property right. A scientifically substantiated conclusion has been represented, that the only ground of superficies can be a legal contract, as juridical fact, which generated real right.

**Key words:** superficies; real right, originated from property right; juridical fact; the right to use the land plot, given for building.

**С. І. ЗАПАРА, М. В. ВИГЛАЗОВА, І. С. КОЛОМІЄЦЬ**

*Світлана Іванівна Запара, доктор юридичних наук, професор Сумського національного аграрного університету*

*Марина Володимирівна Виглазова, студентка III курсу юридичного факультету Сумського національного аграрного університету*

*Ірина Сергіївна Коломієць, студентка III курсу юридичного факультету Сумського національного аграрного університету*

**СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ**

Сьогодні тема медіації досить активно обговорюється в українських правових колах. Метод альтернативного врегулювання спорів (Alternative dispute resolution, ADR) усе частіше опиняється в центрі уваги як науковців, так і практиків, адже інститут медіації надає громадянам реальну можливість обирати інші, позасудові засоби для вирішення їх спорів при збереженні судової системи як основного механізму вирішення спорів у суспільстві, активізувати громадян України для задоволення потреб та інтересів, звужити сферу впливу держави на суспільство, замінити його механізмами саморегуляції, виробленими самим суспільством, та суттєво знизити рівень бюджетного споживання судової системи через зменшення навантаження на суди в цілому.

У медіації використовуються інноваційні технології переговорів, які спрямовані на прийняття креативних рішень сторонами і не концентруються тільки на їх правових та інших позиціях, максимально задовольняючи реальні інтереси та потреби всіх сторін. Важливим є те, що сторони самі знаходять шлях вирішення спору, а медіатор тільки організовує процес переговорів, знімає емоційне напруження, перефокусує увагу сторін із позицій на інтереси, знімає психологічні, структурні та інші бар'єри, які перешкоджають прийняттю спільного рішення сторонами, сприяє налагодженню діалогу та встановленню партнерських відносин між сторонами<sup>1</sup>.

**Мета** представленої статті полягає в дослідженні інституту «медіації», зокрема і з позиції аналізу результатів соціологічного опитування суддів судів різних інстанцій м. Суми.

Обсяг виконаного дослідження дозволив проаналізувати найбільш відомі праці, присвячені проблемам медіації у світі та Україні, серед яких на особливу увагу заслуговують дослідження Б. Бобрович, С. Васильєва, З. Герасимової, Д. Давиденко, Н. Дараганової, В. Комарова, І. Зарецької, В. Землянської, К. Ковач, Т. Кисельова, С. Калашнікової, Ю. Притики, А. Рау, Ц. Шамлікашвілі та багатьох інших авторів, що зробили свій внесок у розвиток інституту медіації в Україні та світі.

Медіація – це процедура, де медіатор поступово сприяє комунікації між сторонами конфлікту або спору для досягнення взаємоприйняттого розв'язання конфлікту або вирішення спору. До того ж медіатор діє на засадах нейтральності та конфіденційності щодо сутності спору. На відміну від судового розгляду, який є суворо врегульованим, формалізованим та зосередженим на сутності позову, медіація створює можливість гнучкого підходу до вирішення спору, урахування всіх аспектів спірної ситуації, незалежно від їх юридичного чи правового значення. Саме тому медіація належить до альтернативних методів вирішення спорів.

Про розвиток теми медіації свідчать і два законопроекти про медіацію, подані С. В. Ківаловим, В. А. Бондиком та Я. П. Федорчуком<sup>2</sup>. Першим був проект Закону України «Про медіацію» № 2425а від 26.06.2013, у якому медіація (примирення) визначена як процедура альтернативного, добровільного врегулювання спорів, вирішення конфліктів шляхом ведення переговорів між сторонами конфлікту (спору) за допомогою одного або декількох медіаторів (посередників) з метою досягнення сторонами взаємоприйняттого рішення про врегулювання конфлікту (спору) або усунення спричиненої конфліктом (спором) шкоди. Згодом, 03.07.2013 до Верховної Ради України надійшов черговий проект Закону України «Про медіацію» № 2425а-1. Автори законопроекту визначили медіацію як позасудову процедуру врегулювання конфлікту шляхом переговорів за допомогою одного або декількох посередників (медіаторів).

Термін «медіація» походить від грецького терміна «medos» (нейтральний, незалежний від сторони), а також від таких латинських термінів, як «mediatio» (посередництво) та «mediare» (бути посередником у спорі). Виділяють позасудову та судову медіацію. Якщо до позасудової медіації у юридичній спільноті сформувалося стійке позитивне ставлення, то судова медіація викликає жваву дискусію.

Судова медіація (court-related, court-connected, court-annexed mediation у дослівному перекладі «медіація, приєднана до суду») є самостійним видом медіації, інтегрованим у судову систему, інтенсивний розвиток якої

пов'язують із доповіддю професора Ф. Сандера на «Конференції Паунда» в 1976 р., суть якої зводилася до того, що підвищення ефективності захисту прав громадян та доступності правосуддя необхідно забезпечувати відповідністю порядку вирішення спору характеру даного спору («fitting the forum to the fuss»)<sup>3</sup>.

Численні експерименти у світовій судовій практиці виробили кілька підходів щодо запровадження інституту судової медіації до процесуальної системи вирішення спорів. Зазначені підходи передбачають можливість проведення медіації власне суддею або працівниками суду та залучення сторонніх фахівців, які спеціалізуються в наданні такого роду послуг. Наприклад, ст. 578 Австрійського Статуту цивільного судочинства містить положення, яке передбачає, що посадові особи судового відомства не мають права брати на себе обов'язки посередника<sup>4</sup>. Очевидно, це пов'язано з тим, що організація та проведення примирних процедур вимагає відповідної компетенції, якої судді можуть і не мати.

Як це не дивно, але в більшості європейських країн застосування судової медіації здійснюється в інтересах судової системи, а не в інтересах учасників процесу. Це продиктовано необхідністю вирішення наступних завдань: зменшення кількості справ, що розглядаються по суті в судах; урегулювання спорів на більш ранніх стадіях процесу; підвищення ефективної діяльності судів; скорочення строків розгляду справи; покращення виконання судових актів; зниження витрат на утримання суддів та адміністрації тощо. Лише в окремих країнах (Фінляндія та Нідерланди) завдання судової медіації наближено до забезпечення самостійності учасників спірних правовідносин<sup>5</sup>.

Світовою спільнотою вироблені міжнародні стандарти медіаційної процедури, викладені зокрема у: Рекомендації Res (1998) ІЕ Комітету міністрів державам – членам Ради Європи щодо медіації в сімейних справах від 21.01.98, Рекомендація Res (2001)9 Комітету міністрів державам-членам Ради Європи щодо альтернативного судового розгляду спорів між адміністративними органами і сторонами – приватними особами (адміністративні справи) від 05.09.2001, Рекомендація Res (2001)10 Комітету міністрів державам-членам Ради Європи щодо медіації в цивільних справах від 18.09.2002, Типовий закон «Про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру», прийнятий комісією ООН по праву міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) 2002 р., Європейський кодекс поведінки медіатора (European Code of Conduct for Mediators), прийнятий на конференції, організованій Директоратом Європейської комісії з питань юстиції 02.07.2004 у м. Брюссель, директива 2008/52/ЄС Європейського парламенту та ради від 21.05.2008 «Про деякі аспекти медіації у цивільних та комерційних справах».

У 2014 р. Україна підписала Угоду про Асоціацію з Європейським Союзом. Відповідно до ст. 1 Угоди Україна та ЄС мають збільшувати співпрацю у сфері правосуддя, свободи та безпеки з метою забезпечення верховенства права і поваги до прав людини та основоположних свобод. Країни Європейського Союзу стверджують, що забезпечення верховенства права та кращого доступу до правосуддя має включати доступ як до судових, так і до позасудових методів врегулювання спорів. Європейська Рада на засіданні в Тампере 15.10.1999 закликала держави-члени до застосування альтернативних позасудових процедур, серед яких медіація є основним методом. Для цього в 2008 р. Європейським Союзом було прийнято Директиву 2008/52/ЄС Європейського Парламенту та Ради з певних аспектів медіації в цивільних та комерційних справах і низку рекомендацій та керівних принципів. Директива 2008/52/ЄС поширюється на міжнародні спори, але відповідно до п. 8 Преамбули «ніщо не повинно заважати застосовувати ці положення також у внутрішніх медіаційних процесах». Підписання Україною Угоди про Асоціацію з Європейським Союзом надає Україні унікальну можливість для запровадження європейського досвіду медіації і приєднання до європейської спільноти медіаторів. Угода про Асоціацію з Європейським Союзом створює передумови для розробки та прийняття національного законодавства про медіацію. Слід зауважити, що крім Директиви 2008/52/ЄС існує низка міжнародно-правових актів та актів рекомендаційного характеру, норми яких слід імплементувати Законом «Про медіацію». Зокрема, це Модельний Закон ЮНСІТРАЛ про міжнародну примирну процедуру 2002 р., який був взятий за основу для національного законодавства щодо медіації 26 країнами світу, та «Принципи для організацій, які забезпечують проведення медіації», які були створені у 2002 р. світовими лідерами у сфері медіації і відтворюють найкращу світову практику в цій галузі (Principles for ADR Provider Organizations)<sup>6</sup>.

Інститут медіації отримав законодавче закріплення в наших сусідів із «близького зарубіжжя» – Росії, Молдови та Білорусії (зокрема, у Законі РФ «Про альтернативну процедуру врегулювання спорів за участю посередника (процедура медіації)» від 27.07.2010 р., у главі 17 Господарського процесуального кодексу Республіки Білорусії та в Законі «Про медіацію» від 14.06.2007 р. Республіки Молдова).

На даний момент в Україні інститут судової медіації нормативно не закріплений, хоча, як зазначалося вище, існують окремі спроби його запровадити. Зауважимо, що результат спору в трудових правовідносинах здебільшого залежить від реалізації можливості врегулювання спору до розгляду справи по суті. Сьогодні суддя має можливість сприяти примиренню сторін під час розгляду спору, проте щодо залучення додаткового примирного органу чи особи, то можливості суду є обмеженими. На нашу думку, окрім наявних завдань, що виникають під час провадження у справі до судового розгляду, зокрема врегулювання спору до судового розгляду та підготовки справи до судового розгляду, суддя в разі необхідності повинен мати можливість залучити медіатора для примирення сторін спору. Зауважимо, що укладення мирової угоди, як і відмова від позову, або визнання позову є одним із можливих результатів провадження у справі до судового розгляду. Підставою для прийняття такого рішення може бути встановлений факт відсутності попередніх переговорів між сторонами та випадок, коли на думку судді, характер спору вимагає запровадити примирні процедури.

Залучення медіатора до вирішення справи може відбуватися за трьома можливими варіантами:

- 1) обов'язкова медіація в певних категоріях спорів;
- 2) залучення медіатора за ініціативою суду;
- 3) залученням медіатора за клопотанням однієї зі сторін або обох сторін трудового спору.

Розглянемо більш детально запропоновані варіанти. Перший варіант пов'язаний із застосуванням обов'язкової медіації в певних категоріях спорів. У цьому контексті викликає інтерес експериментальний англійський досвід запровадження судової медіації. Так, у звіті Міністерства юстиції Англії і Уельса<sup>7</sup>, опублікованому в 2007 р., наведено порівняльний аналіз двох програм судової медіації, реалізованих на базі Центрального Лондонського суду графства:

– програми добровільної медіації, що діє з 1996 р. (VOL), та

– експериментальної програми «квазіобов'язкової» медіації (ARM), яка проводилася в суді з квітня 2004 р. по березень 2005 року.

Програма добровільної медіації полягала в тому, що після подання позовної заяви всім указаним у ній сторонам надсилалася інформація про медіацію із пропозицією взяти участь у примирній процедурі. У разі згоди сторони сплачували 100 фунтів за примирення та отримували можливість проведення медіаційних процедур, що проходили приблизно протягом трьох годин у спеціально відведеному в суді кабінеті.

Обов'язкова медіація передбачала автоматичне спрямування судом сторін до медіації на підставі випадкової вибірки 100 справ на місяць. Сторони зберігали за собою право відмовитися від медіації. У такому разі справа поверталася на розгляд суду. Проте у випадку необґрунтованої відмови від медіації суд міг стягнути судові витрати зі сторони, що виграла справу.

У результаті аналізу даних цього експерименту були зроблені висновки, головний серед яких полягає в тому, що обов'язкова медіація менш ефективна, ніж добровільна. Поділяючи цей висновок, вважаємо, що примусова медіація є не виправданою для застосування, адже один із головних принципів вирішення спорів є принцип постійного діалогу, що передбачає добровільність примирення.

Другий варіант передбачає залучення медіатора за ініціативою суду. Адже суд на попередньому судовому засіданні може встановити, що сторони не проводили попередніх переговорів, а предмет спору дозволяє застосувати медіаційні процедури. Проте, навіть у такому випадку слід врахувати фактор можливості самостійного визначення сторонами необхідності медіації, оскільки суд лише повинен постановити ухвалу про відкладення розгляду справи, призначення медіатора та направлення справи до попередньої зустрічі медіатора зі сторонами спору. Вірогідним може бути наступний варіант. Якщо за результатами попередньої зустрічі сторони спору погодяться на медіацію, суд постановляє ухвалу про призупинення розгляду справи. Якщо сторони спору не висловлять бажання підписати медіаційну угоду та проходити процедуру примирення, то за клопотанням сторін суд повинен відновити провадження.

Третій варіант передбачає можливість ініціювання медіації сторонами спору. На нашу думку, у такому випадку суд повинен в обов'язковому порядку призначити медіатора за клопотанням однієї або обох сторін спору. При цьому сам вибір медіатора теж може передбачати волевиявлення сторін трудового спору.

З огляду на вищенаведене, на нашу думку, у тих категоріях спорів, які можуть передбачати процедуру медіації, попереднє судове засідання за участю сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, повинно набути обов'язкового характеру.

На засіданні першої експертної комісії Міжнародної Асоціації Суддів у Монтевідео 21–24 листопада 2005 р. був прийнятий документ під назвою «Висновки “Економіка, юрисдикція та незалежність”», у якому професійні судді зазначили, що «альтернативні засоби вирішення спорів теж можуть бути ефективним способом пошуку виходу із суперечок. Такі засоби краще застосовувати за обопільною згодою сторін. У деяких категоріях справ це також відіграє роль у зниженні навантаження на суддів. Важливо, щоб такі заходи пропонувалися сторонам до початку розгляду справи в судді, щоб сторони могли їх відкинути, оскільки в іншому випадку порушується принцип доступу до правосуддя»<sup>8</sup>. Вважаємо, що запровадження практики залучення медіаторів для вирішення трудових спорів може не лише зменшити судове навантаження, а й сприяти оперативному вирішенню справи по суті в найкращий спосіб, адже сторони зможуть отримати перспективу примирення. Залучення з цією метою досвідчених медіаторів, фахівців своєї справи є виправданим підходом.

Система взаємодії інституту медіації і судової системи реалізована в багатьох зарубіжних країнах (зокрема, в окремих землях Німеччини, в Австралії, Канаді, Нідерландах та інших). Наприклад, в Америці та Австралії у програмах судової медіації примирні процедури проводять приватні посередники, яких сторони самостійно обирають зі спеціально підготовлених списків, сформованих у судах. В Австрії аналогічні списки укладає Міністерство юстиції, у Нідерландах – Нідерландський інститут посередництва<sup>9</sup>.

Незважаючи на суттєві переваги запровадження медіації в національну правову систему, робити це слід виважено. Під час проведення даного наукового дослідження була розроблена анкета для з'ясування позицій суддів щодо медіації. В опитуванні брали участь представники суддівського корпусу всіх судів м. Суми, а саме Зарічного, Ковпаківського, Апеляційного, Адміністративного окружного, Господарського судів. Суддям було запропоновано відповісти на п'ять питань, які допомогли зрозуміти позицію суддів щодо запровадження альтернативного способу вирішення спорів.

Всього в анкетуванні брало участь 35 суддів, позиції яких розподілилися наступним чином. На питання, чи доцільним є впровадження медіації як альтернативного способу вирішення спорів, 23 судді відповіли

позитивно, 12 висловилися негативно. При цьому більшість суддів із Апеляційного суду та Ковпаківського висловилися «за» медіацію, решта суддівського корпусу з інших судів м. Суми не мають такої одностайності.

На друге питання «Чи доцільно з Вашої точки зору запровадження медіації під час судового розгляду окремих справ?» більшість суддів відповіли позитивно (22 особи). Тринадцять респондентів не вважають за необхідне запроваджувати медіацію під час судового розгляду навіть окремих справ.

На питання щодо найдоцільнішої стадії запровадження медіації переважна кількість респондентів відповіли, що медіацію доцільно застосовувати на позасудовій (досудовій) стадії вирішення спору. Якщо справа дійшла до суду – значна кількість суддів (10) вважають можливим запровадження медіації до розгляду справи по суті. Проте є позиції, згідно з якими можливим є запровадження медіації і на будь-якій стадії розгляду справи (1), або на будь-якій стадії, але до судових дебатів (1).

Щодо застосування медіації в окремих категоріях справ – результати анкетування наступні. Більшість суддів вважають, що медіація є доцільною під час розгляду сімейних (11), трудових (8), інших категорій цивільних (8) справ. Окремі судді звертали увагу на адміністративні (3), господарські (5), земельні (2), кримінальні (2) та інші справи.

Останнє запитання підтвердило загальне ставлення суддів до медіації як явища, здатного позитивно вплинути на здійснення правосуддя. Більшість суддів (24 судді) схвально ставляться до медіації.

Слушним зауваженням є те, що позиції суддів щодо медіації та процесу її запровадження є досить різними, проте важливими для підтвердження/спростування отриманих висновків. З огляду на вищенаведене, можна зауважити, що медіація, навіть на думку представників найсуворішої, але найпрофесійнішої частини юридичної професії, має перспективу в правореалізації, передусім у позасудовому вимірі та із можливістю застосування в сімейних, трудових та інших категоріях спорів.

Відповідно до вищенаведеного дослідження питань правового регулювання медіації дозволяє зробити наступні висновки.

1. Переважна більшість спорів в Україні розглядаються саме судами, але останні новації щодо збільшення розмірів судового збору, розмірів витрат державного виконавчого провадження суттєво обмежують доступ до правосуддя переважно малозабезпечених громадян. Національна правова система не пропонує своїм громадянам ефективних позасудових способів урегулювання спорів. Порівняно із судовим або третейським процесом, де рішення приймаються суддею або третейським суддею, медіація має суттєві переваги, а саме: економія часу та коштів, мінімум формальних чинників та впливу держави, досягнення виключно самими сторонами взаємоприйняттого рішення, добровільність і неупередженість процедури, велика ймовірність добровільного виконання сторонами домовленостей, збереження партнерських взаємовідносин між сторонами. Завдяки застосуванню процедури медіації *створюється реальна можливість звільнення судів від навантаження у зв'язку із розглядом справ невеликої тяжкості, зосередження на більш серйозних справах і підвищення ефективності системи правосуддя в цілому.*

2. Медіація є ефективним інструментом вирішення спорів переважно *позасудового* характеру. Зазначений висновок було зроблено з урахуванням позицій суддів, що брали участь в анкетуванні, присвяченому проблемі правозастосування медіації. Більшість суддів вважають, що медіація може мати практичне втілення до початку розгляду справи по суті та матиме більшу практичну цінність при застосуванні у категоріях справ, які виникають із сімейних, цивільних та трудових спорів. Можливість використання суб'єктами правовідносин досудового врегулювання спорів може бути додатковим засобом правового захисту, що не суперечить принципу здійснення правосуддя виключно судом.

3. У разі, якщо сторони спору звертаються до суду (переважно з сімейних, житлових та трудових спорів), у них має залишатись можливість застосування медіації і під час цивільно-процесуального провадження.

4. З метою створення більш широких можливостей для примирення сторін окремих категорій спорів (переважно з сімейних, житлових та трудових спорів) провадження у справі досудового розгляду як процесуальна форма підготовки справи повинна включати в обов'язковому порядку попереднє судове засідання та у випадках, визначених законом, передбачати можливість зупинення провадження та одночасне залучення медіатора (посередника).

5. На разі в Україні процедура медіації не регламентована на законодавчому рівні, що значно ускладнює її застосування на практиці. Тому прийняття закону про медіацію створить законодавче підґрунтя для успішного розвитку медіації як правового і соціального інституту в Україні.

<sup>1</sup> Про медіацію [Електронний ресурс]: проект Закону від 17.12.2015 № 3665. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/JH2TT00A.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JH2TT00A.html) – Назва з екрану.

<sup>2</sup> Проект закону про медіацію [Електронний ресурс]: від 19.04.2012 р. № 10301-1. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=43208](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=43208). – Назва з екрану.

<sup>3</sup> Калашикова С. І. Медіація в сфері гражданської юрисдикції / С. І. Калашикова. – М.: Інфоропик Медиа, 2011. – С. 136.

<sup>4</sup> Австрійський Статут цивільного судочинства (витяг) [Електронний ресурс] // Матеріали з навчального предмету «Історія держави і права». – Режим доступу: <http://textbooks.net.ua/content/view/978/17> – Назва з екрану.

<sup>5</sup> Калашикова С. І. Вказана праця. – С. 137.

<sup>6</sup> Про медіацію [Електронний ресурс]: проект Закону від 17.12.2015 № 3665. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/JH2TT00A.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JH2TT00A.html) – Назва з екрану.

<sup>7</sup> Twisting arms: court referred and court linked mediation under judicial pressure [Електронний ресурс] / D. H. Genn, P. Fenn, M. Mason, A. Lane, N. Bechai, L. Gray, D. Vencappa. – Режим доступу: [http://www.researchgate.net/publication/32894907\\_Twisting\\_arms\\_court\\_referred\\_and\\_court\\_linked\\_mediation\\_under\\_judicial\\_pressure](http://www.researchgate.net/publication/32894907_Twisting_arms_court_referred_and_court_linked_mediation_under_judicial_pressure) – Назва з екрану.

<sup>8</sup> Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : Істина, 2010. – 488 с.

<sup>9</sup> *Калашиникова С. И.* Вказана праця. – С. 138–139.

#### Резюме

*Запара С. І., Выглазова М. В., Коломієць І. С.* Становлення інституту медіації в Україні.

Стаття присвячена дослідженню інституту «медіації», зокрема з позиції аналізу соціологічного опитування суддів судів різних інстанцій м. Суми.

**Ключові слова:** медіація, суд, судді, примирення.

#### Резюме

*Запара С. И., Выглазова М. В., Коломиец И. С.* Становление института медиации в Украине.

Статья посвящена исследованию института медиации в Украине, в том числе с позиции анализа социологического опроса судей судов разных инстанций г. Сумы.

**Ключевые слова:** медиация, суд, судьи, примирение.

#### Summary

*Zapara S., Vyglazova M., Kolomiets I.* Formation of the mediation institute in Ukraine.

The article investigates the mediation institute in Ukraine, including analysis of sociological interviews of judges belonging to courts of different instances in Sumy.

**Key words:** mediation, court, judge, reconciliation.

УДК 347.1

### **Р. Б. ШИШКА**

*Роман Богданович Шишка, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Київського університету права НАН України*

## **МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕНЬ ЗА СПЕЦІАЛЬНІСТЮ 12.00.03**

Потреба обговорення методології досліджень у сфері приватного права та цивільного права спричинена багатозначністю терміна «цивільне право» і особливо назріла по мірі того, як:

1) стрімко зросла кількість виконуваних та захищених щорічно дисертаційних робіт, наукових підрозділів, в яких вони виконуються, і спеціалізованих рад;

2) керувати науковими роботами з цивільного права взялися фахівці інших наукових спеціальностей, не завжди докторського рівня і академічного звання, чи ті, які нещодавно захистились, але наважились вже керувати роботами інших здобувачів;

3) стали зловживати обраними методами, частина яких не може в принципі забезпечити вирішення заявленого у назві підрозділу дослідницького завдання, наприклад статистичний для встановлення рівня нормативно-правового забезпечення чи регулювання взятого для дослідження правового інституту;

4) сама спеціальність 12.00.03 охоплює не тільки цивільне право, а й сімейне право як його підгалузь, а також цивільних процес та міжнародне приватне право. У цивільному процесі основою має бути не стан науки, а стан цивільного судочинства й ті прикладні проблеми, які виникають перед учасниками цивільного процесу при розгляді конкретних категорій справ, що інколи ігноруються, як і колізійні методи в дослідженнях із міжнародного приватного права;

5) появились нові методи, що ігноруються дослідниками;

6) вказані у авторефераті методи не прив'язані до розв'язання дослідницьких завдань;

7) при концепції адаптації національного законодавства до законодавства країн ЄС ігноруються порівняльно-правовий метод;

8) завдання дослідження підміняється методом (проаналізувати, дослідити тощо) – до 80 відсотків авторефератів;

9) пізнання методології досліджень значної частини здобувачів наукових ступенів, навіть ступеня доктора наук, далекі від їх претензій чи амбіцій;

10) частина навчальних планів із підготовки магістрів та аспірантів не передбачають логічно виправданої обов'язкової, на наш погляд, дисципліни Методологія досліджень у сфері права чи навіть його окремої

галузі, або така підготовка зведена до формальностей, насамперед у частині відпрацювання тем перед допуском до іспиту за спеціальністю.

Гносеологічно методологія походить від терміна «метод» (грецьк. *metodos*) як шляху до чогось, та спосіб пізнання соціальної діяльності чи соціальної практики взагалі. У філософії поняття методологія тлумачиться як: 1) система способів, заходів і операцій, що застосовують у науці та інших сферах діяльності; 2) вчення про систему, теорія методу. Методологія передбачає забезпечення системного підходу до пізнання об'єкта дослідження, що інколи ігнорується, коли переключасться увага з об'єкта на знання про нього. У найгіршій версії це зводиться до наведення уявлень попередніх дослідників, що у 82 випадках йменується «думками»\*, навіть без аналізу їх сильних та слабких сторін, наслідків верифікації часом і суспільною практикою, відображення в законодавстві тощо. Інколи при тому проявляється елементарне невігластво. Так, у одній із робіт з посиланням на професора О. В. Дзеру наведено наступне: «О. В. Дзера вважає, що право власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб». Ігнорується, що професор лише навів статтю, на яку авторське право не поширюється в силу п. 1 ст. 434 ЦК України, йому приписане авторство; допущена наукова некоректність чи порушена наукова етика, проігноровано рівень першоджерела – посібник, який складно здебільшого назвати науковим твором за його завданням – розкрити дію інститутів позитивного права.

Основне призначення методології – забезпечити критичне ставлення до наукових результатів у темпоральному та просторовому аспектах: те, що було аксіомою в радянській цивілістиці з ігнорування рівності учасників цивільних правовідносин та організаційним впливом держави мало придатне для правового суспільства. За великим рахунком йдеться про науково виважене розв'язання конкретного наукового завдання: а) прикладного спрямування для кандидатських дисертацій; б) доктринального – для докторських із можливим виділенням його прикладних проявів.

Як вважав німецький філософ Іммануїл Кант, перед методологією стоїть завдання не просто описувати пізнавальний процес, а визначити можливість здобуття нового знання. Саме він сформулював те, що має методологічне значення і в сучасних умовах: «як можливе теоретичне природознавство?»; «як можливе загальне і необхідне знання?»; «які умови реалізації наступництва у пізнанні?». Головне у цьому – спрямованість методології наукового пізнання на отримання нового знання. Тож очевидно, що методологія тому не може бути дескриптивною (описовою) або нормативною (пропонованою), її завдання полягає в тому, щоб з позицій минулого досвіду наукового знання, його рівня та гносеології формувати аналізувати сучасний стан наукового пізнання і на цій підставі прогнозувати дальший розвиток, усвідомлюючи, що будь-яке таке прогнозування має суто ймовірний і евристичний характер. При тому не варто осучаснювати історію і приписувати розвитку права того, чого тодішні правники не торкались чи не мали про це уявлення, наприклад, про принципи спадкового права у римському приватному праві чи Руській правді.

Сучасна методологія уникає крайніх оцінок методологічних програм або абсолютизації будь-якої з них. Відповідно, більшість дослідників дотримуються методологічного плюралізму, тобто використовують різні методологічні підходи. Головне полягає в тому, щоб обраний метод відповідав заявленому дослідницькому завданню, використаному емпіричному підґрунню, а не був штучно підігнаний під уявний чи потрібний результат, як це трапляється у значній частині авторефератів: не можуть види типових порушень суб'єктивних прав бути вирішені іншими методами, окрім статистичного. Також, як свідчить зміст окремих авторефератів, метод обирається лише на етапі складання автореферату і не прив'язаний ні до самого дослідження, якщо воно є, ні до тексту рукопису автореферату. Запобігти цьому можна встановленням імперативу для дослідників: на початку кожного підрозділу чітко встановлювати дослідницьке завдання та методи його вирішення.

У науці приватного права встановилась багаторівнева концепція методології, що охоплює діалектику (від грецьк. – веду розмову, сперечаюсь) – вчення про загальні закони розвитку природи, суспільства і пізнання, метафізику (те, що йде після фізики); на відміну від старої метафізики, нова визнає загальний зв'язок явищ і займається пошуками оптимальних засобів тлумачення розвитку. Водночас частина рукописів досліджень не мають і натяку на критику окремих наукових положень, а зводяться лише до констатації написаних робіт та висловлених наукових положень без зазначення їх позитивів, підтвердження чи впровадження на практиці, а особливо – недоліків.

Досить часто ігноруються принцип соціальної обумовленості пізнання, соціокультурний детермінізм, тобто наука розглядається як підсистема культури, ураховуються суб'єктивні параметри пізнавального процесу, редуccionізм (відсовування назад), еволюціонізм, синергетика та ін. Якщо виходити із того, що значна частина інститутів цивільного права дійсно започаткована римськими юристами, то для деяких із них, що з'явилися завдяки науково-технічній революції, зростанню ролі інформації, це не стосується. Звідси такий глибокий історико-правовий екскурс незрозумілий.

Не завжди враховуються складові синергетики: системність, цілісність світу і наукового знання про світ, спільність закономірностей розвитку матеріальної і духовної організації, нелінійність (багатоваріантність і необоротність), глибинні взаємозв'язки хаосу і порядку, новий образ світу, безперервно виникаючого

\* Принагідно зауважимо: це тлумачиться як дія розуму, кінцевий або проміжний продукт мислення, а частіше – висловлене або виражене певним чином припущення, міркування, гіпотеза, передбачення. Проте у такому аспекті вона мала б бути визнана як частина твору об'єктом авторського права, чого не сталося, навіть якщо це було у свій час автором обґрунтовано.

тощо. Наприклад, при чинній концепції та державній політиці адаптації національного законодавства до законодавства країн ЄС не досить зрозумілим є використання законодавства та практики його застосування в РФ. І це не русофобство. Як тут не погодитися із професором А. С. Довгертом про табу на використання російських емпіричних даних та особливо їх досліджень окремих інститутів цивільного права і не тому, що вони погані чи заідеологізовані, а тому, що краще виходити із загальної мети руху держави до ЄС, використання першоджерел, а не їх тлумачення. Йдеться про чотири знаменитих інтеграційних рухи та потребу їх одноманітного забезпечення в ЄС.

У приватноправових дослідженнях широко використовують методи: системний (досліджує об'єкти як системи, навіть якщо такої системи немає); структурно-функціональний (пізнає об'єкти структурно як роздроблені цілісні, де елементи структури заповнюють певні функції); компаративістичний, коли за основу береться досвід регулювання досліджуваних правовідносин у інших країнах. Приватнонаукові методи, що торкаються пізнання, є системою способів, принципів пізнання, процедур, заходів, за допомогою яких осягається істина та розв'язується конкретне дослідницьке завдання. Розрізняють також методи міжгалузевого дослідження: ряд синергетичних, інтегративних способів, що виникли в результаті сполучення елементів рівнів методології, зокрема при дослідженні правового становища суб'єктів господарювання та їх договорів, насамперед господарських, може використаний комплексний підхід.

Окремо йдеться про загальнологічні методи і заходи наукового мислення, як аналіз і синтез: аналіз – метод мислення, коли відбувається розклад досліджуваного об'єкта на складові частини і блоки, а синтез – навпаки, раніш виділені частини об'єднуються в єдине ціле.

Використовується також: абстрагування – процес уявного вироблення властивостей, що цікавлять вченого, або відносин конкретної речі<sup>\*</sup>; ідеалізація – уявна процедура, результатом якої є поняття (дефініція); індукція – рух думки від одиничного до загального; дедукція – процес пізнання від загального до одиничного; аналогія – коли на основі подібності об'єктів за певними властивостями і відносинами речі висувають припущення про подібність в інших відносинах; моделювання – метод дослідження, за яким об'єкт, що цікавить дослідника, замінюється іншим об'єктом, наближеним до першого об'єкта.

Методами емпіричного дослідження приватноправових інститутів є: спостереження – цілеспрямоване вивчення правовідносин за їх складовими, їх властивостей і відносин; порівняння, де пізнання відбувається при активному втручанні суб'єкта.

Окремо слід сказати про методологічну підготовку дослідників у сфері цивільного права, яка потребує кращого і негайно. Про методіку дослідження слід думати на його початку, а не в кінці при укладанні автореферату і лише тому, що передбачена вимога. Відповідно, заняття з методології досліджень повинні бути обов'язковими у програмі аспірантської підготовки таких дослідників.

### Резюме

#### **Шишка Р. Б. Методологія досліджень за спеціальністю 12.00.03.**

У статті розглядаються вимоги, що пред'являються до наукової мови в сфері приватного права як частина професійного розуміння і єдності правового забезпечення, його ефективності. Автор виходить із загальних факторів формування наукового апарату, явища, властивості і закономірності об'єкта наукового знання в якості гарантії його істинності і можливість зробити його позитивним.

**Ключові слова:** мова, наука, стиль, структура.

### Резюме

#### **Шишка Р. Б. Методология исследований по специальности 12.00.03.**

В статье рассматриваются требования, предъявляемые к научному языку в сфере частного права как часть профессионального понимания и единства правового обеспечения, его эффективности. Автор исходит из общих факторов формирования научного аппарата, явления, свойства и закономерности объекта научного знания в качестве гарантии его истинности и возможность сделать его положительным.

**Ключевые слова:** язык, наука, стиль, структура.

### Summary

#### **Shyshka R. Research methodology specialty 12.00.03.**

The article deals with the requirements to the scientific language in the sphere of private law as a part of the professional understanding and unity of the legal enforcement, its efficiency. The author proceeds from the general factors of forming scientific apparatus, phenomena, properties and laws of the object of scientific knowledge as a guarantee of its truth and the possibility of making its positive.

**Key words:** language, science, style, structure.

<sup>\*</sup> Інколи це є викривленим: дослідник при використанні норм права чи їх складових посилається не на нормативні акти в їх динаміці, а на коментарі чи їх відтворення іншими дослідниками, що неприпустимо. Типовими є підміни об'єктів дослідження: чи інститут у законодавстві, коли назва дисертації містить уточнення «за законодавством України», що передбачає скрупульозний аналіз самого законодавства і умов його прийняття, а насправді текст рукопису побудовано виключно на основі доктринальних положень; чи навпаки, у назві правовий інститут у цивільному праві, а в тексті рукопису він звужений до законодавства і доктрину цілеспрямовано не прослідковано.



**В. К. АНТОШКІНА**

*Валерія Костянтинівна Антошкіна, кандидат юридичних наук, доцент ДВНЗ «Університет банківської справи»*

**ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА СУДОВИХ ІНТЕРПРЕТАЦІЙНИХ АКТІВ**

Непоодинокі випадки, коли реалізація цивільно-правових норм відбувається судами. Судова практика виступає найважливішою формою правозастосовної діяльності, у ході якої порушені й виборені права та інтереси учасників громадських стосунків, що охороняються законом, отримують юрисдикційний захист<sup>1</sup>. Застосування ж права неможливе без виявлення дійсного сенсу юридичних норм. У свою чергу, результати тлумачення законодавства знаходять відображення в судових актах, стаючи доступними для сприйняття і запозичення при вирішенні аналогічних справ. Цим зумовлюється доцільність узагальнення судової практики й надання виробленому таким чином однакового тлумачення права обов'язкової сили. Практика показує, що діяльність судових органів із роз'яснення правових норм має дуже великі обсяги.

Дане питання досліджувалось такими авторами, як С. С. Алексєєв, М. М. Вопленко, П. О. Недбайло, О. Ф. Черданцев, П. М. Рабінович, Р. А. Майданик, Г. О. Христова, Л. Г. Матвєєва та ін. Проте й досі правова природа судових інтерпретаційних актів на вирішена однозначно, тривають дискусії щодо їх функціонального призначення в судовому тлумаченні. Даними аспектами зумовлена актуальність тематики дослідження.

Об'єктом дослідження обрано судові інтерпретаційні акти з позиції їх ролі в судовому тлумаченні.

Ми погоджуємося з думкою К. Карашук, що порівнянно з іншими видами тлумачення судове дозволяє оперативно реагувати на невизначеності, які виникають при вирішенні різних ситуацій<sup>2</sup>.

Судові акти залежно від основного призначення в правовому регулюванні діляться на судові правозастосовні акти й судові інтерпретаційні акти.

Судові інтерпретаційні акти в аспекті тематики дослідження пропонуються розуміти як акти судового тлумачення, що приймаються виключно і безпосередньо з метою роз'яснення сенсу правових приписів, тобто роз'яснення їх змісту і дії. Вони видаються на основі аналізу й узагальнення судової практики з метою однакового тлумачення й застосування НПА, правильної юридичної кваліфікації фактів, роз'яснення питань, що виникли в процесі застосування цивільно-правових норм. Також акти казуального тлумачення видаються під час відміни рішення нижчестоящих судів у порядку апеляції, касації або перегляду судових рішень Верховним судом, а Конституційний суд наділений винятковим правом тлумачення конституційних норм.

Автор доповнив визначення, дане С. Палешником: інтерпретаційні акти в судовій практиці – це письмові акти-документи, що приймаються судами загальної юрисдикції вищого рівня або Конституційним Судом, яким характерні своя специфічна структура, зміст та форма, завдяки яким вони виконують допоміжну роль у механізмі правого регулювання суспільних відносин<sup>3</sup>.

Ми також підтримуємо думку Е. Шайхутдінова, що інтерпретаційні акти є самостійним різновидом правових актів, вони об'єктивують теоретично і практично значиму діяльність компетентних органів публічної влади по роз'ясненню сенсу і змісту правових норм, сприяють вдосконаленню чинного законодавства, впливають на зміст правозастосовної діяльності<sup>4</sup>.

Правова природа судових інтерпретаційних актів виступала темою досліджень ще з радянських часів, проте до нині не визначена однозначно.

Застосовуючи широкий підхід, у цілому всі ці погляди можна поділити на три групи:

- акти судового тлумачення визнаються джерелами права<sup>5</sup>;
- не є актами нормативного тлумачення<sup>6</sup>;
- є джерелами права в певних випадках<sup>7</sup>.

Найвагоміший аргумент на підтримку першої точки зору наводиться при дослідженні питання подолання прогалин у праві за допомогою аналогії права. Суддя, що використовує аналогію права для вирішення конкретної справи, засновує свої висновки на загальних принципах і сенсі права. Як відомо, цей спосіб подолання прогалин можливий лише за ситуації, коли відсутня норма, що регулює схожий випадок. У вказаній ситуації суддя, застосовуючи логічні прийоми, зв'язує юридичний казус з принципами права. У результаті такого зіставлення конструється правило, на основі якого і буде вирішено справу, що розглядається ним. У разі надання такому правилу властивостей загальнообов'язковості, що можливо в разі нормативного роз'яснення правової прогалини пленумом вищої судової інстанції, воно набуває характеру юридичної норми. Проте, наведений приклад не дає достатніх підстав для визнання інтерпретаційних актів судових органів джерелом права, передусім, з тієї причини, що прогалини в праві – явище виняткове, тимчасове й усувається тільки одним способом – законотворчим. Відмітимо, що акт тлумачення судового органу прогалини в праві не усуває, а долає її і те не в усіх випадках, проте більше поширений у галузі цивільного права, оскільки аналогічне вирішення справ неможливе в кримінальному й адміністративному судочинстві<sup>8</sup>.

Правотворчі функції Верховного Суду обґрунтував свого часу М. Ісаєв, який стверджував, що не лише при роз'ясненнях, як застосовувати аналогію права, а й у випадках розширювального і обмежувального тлумачення закону створюються нові норми Верховним судом СРСР<sup>9</sup>. Таким чином, судові тлумачення і практика стають, на думку багатьох дослідників, джерелом права незалежно від того, визнаються або не визнаються вони офіційно в якості такої<sup>10</sup>. Так, французькі учені вважають, що їх суди в цілому творять право, а в адміністративному праві найважливіші норми були встановлені суддями в процесі тлумачення закону<sup>11</sup>. Вони є правовим феноменом, що виходить за межі повноважень судів із тлумачення нормативних правових актів, оскільки результатом тлумачення не може бути створення нової норми.

Водночас, не визнаючи судові інтерпретаційні акти в якості джерел права, не можна погодитися з думкою, згідно з якою ці акти мають рекомендаційний характер і служать лише орієнтиром для правильного і однакового застосування закону.

По-перше, інтерпретаційні акти судових органів є дуже поширеним видом актів тлумачення. Якщо припустити, що вони не мають обов'язкового значення для суб'єктів, яким вони адресовані, то необхідно також констатувати факт відсутності нормативного тлумачення як такого, що явно суперечить правовій доктрині.

По-друге, у законодавчому порядку закріплено обов'язковість роз'яснень вищих судових інстанцій з питань судової практики, які даються з метою забезпечення правильного і однакового застосування закону.

Більш критичний в цьому напрямі А. Черданцев, який вважає, що не можна діяльність вищих судових інстанцій визнавати нормотворчістю, а акти тлумачення джерелами права, тому що судові органи не наділені правотворчими функціями. Він обґрунтовує ці висновки тим, що Пленуми вищих судових інстанцій дають роз'яснення за результатами оцінки практики застосування законів судами, а не на підставі безпосередньо законів, не мають на меті встановлювати, скасовувати, змінювати правові норми, їх головна мета – забезпечення єдиних підходів до тлумачення, а не створення нових норм<sup>12</sup>.

Отже, можна дійти висновку, що дані акти не мають законодавчої сили, повинні слугувати орієнтирами для судів при вирішенні конкретної справи щодо застосування та тлумачення відповідних цивільно-правових норм.

У той же час неправильне застосування судами норм матеріального або процесуального права може привести до відміни рішення суду, його зміни або ухвалення нового рішення. Якщо не брати до уваги роз'яснення вищих судових органів, то буде зруйнована їх функціональна доцільність як засобу забезпечення єдиного розуміння законів.

В українському правовому полі можна визначити дві протилежні позиції:

– визнання інтерпретаційних актів джерелами права;

– заперечення нормативного характеру інтерпретаційних актів та обов'язкової сили для судів нижчого рівня.

Так, Р. Майданик пропонує до похідних (вторинних) джерел цивільного права відносити судові прецеденти (національні й міжнародні судові рішення)<sup>13</sup>.

Таким чином, судовий акт як юридичний документ – форма зовнішнього вираження результату судової діяльності, дій, процесів, що відбуваються при правозастосуванні і тлумаченні та, на думку Л. Курилової, яку ми цілком підтримуємо, – і правотворчості<sup>14</sup>.

Відповідно до ст. 147 Конституції України органом, якому делеговане право давати офіційне тлумачення Конституції та законів, є Конституційний Суд України, який виступає суб'єктом тлумачення і в галузі цивільного права. Також суб'єктами інтерпретаційної діяльності в галузі цивільного права виступають Верховний суд (Постанови Пленуму суду) і зокрема Касаційний цивільний суд у його складі, Вищий господарський суд (Постанови Пленуму суду, які залишаються чинними) – у подальшому Касаційний господарський суд, Вищий спеціалізований суд (роз'яснення суду).

Апеляційний суд «надає місцевим судам методичну допомогу в застосуванні законодавства» (ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII ст. 27 абз. 3) – теж є суб'єктом у процесі судового тлумачення. Крім того, до інтерпретаційних актів також належать роз'яснення обласних і місцевих судів.

Як слушно зазначає С. Палешник, судові акти казуального тлумачення можуть утворюватись і в процесі узагальнення судової практики. Також вони можуть виникати у формі вказівок, рекомендацій, інформаційних листів, що видаються судовими органами вищого рівня. У таких актах вказується, як суди нижчого рівня повинні вирішувати ту чи іншу конкретну категорію справ<sup>15</sup>.

Так, постанови і роз'яснення з питань судової практики Верховного Суду України є обов'язковим для судів (нормативне тлумачення). Казуальне (індивідуальне), що розраховане лише на той випадок застосування норми права, з приводу якого роз'яснюється її зміст. А тлумачення цивільно-правових норм, яке містить судові рішення, обов'язкове до виконання лише учасниками відповідного судового процесу КУ ст. 124 ч. 5. У зв'язку з тим, що в Україні прецедент не визнається джерелом права, то таке роз'яснення не має обов'язкового характеру для інших судових органів при вирішенні аналогічних справ.

На підставі вищевикладеного ми погоджуємося з думкою Н. Нестерової, що інтерпретаційні акти вищих судових інстанцій мають велику міру державності для усіх судових інстанцій і інших суб'єктів права, що ріднить інтерпретаційні акти найвищих судових органів по юридичній силі з роз'яснюваними правовими нормами<sup>16</sup>.

На підставі проведеного дослідження нами виділено наступні ознаки судових інтерпретаційних актів (табл. 1).

**Основні ознаки судових інтерпретаційних актів**

<b>Основні ознаки</b>	
мають форму, ідентичну іншим актам судових органів, що видаються в процесі правозастосовної діяльності (форма рішень, вироків, визначень, постанов)	чинять безпосередньо регулятивну дію на цивільно-правові відносини, на систему законодавства містять правила як розуміти та застосовувати норми права
акти, не будучи складовою частиною норми права, водночас мають допоміжний характер	юридичним змістом актів виступає роз'яснення, уточнення, конкретизація вживаної правової норми (чи її окремого елемента)
застосовуються тільки у зв'язку з реалізацією роз'яснювальної норми і можуть бути використані в якості аргументу того або іншого її розуміння	мають загальнообов'язковий характер, ігнорування цих роз'яснень нижчестоящими судами призводить до відміни прийнятих ними рішень (у касаційному або наглядовому порядку)
обов'язкові для нижчестоящих судів	
мають характер офіційного документу	мають правотворчий характер і служать джерелами права
постанови Конституційного Суду, в яких міститься роз'яснення правових норм, завжди є актами нормативного тлумачення	є різновидом індивідуальних актів, оскільки поширюються тільки на даний, конкретний випадок
особливий різновид актів офіційного тлумачення, оскільки тлумачення правових норм здійснюється особливими державними органами – судами	акти, де-юре адресовані нижчестоящим інстанціям, де-факто враховуються у своїй діяльності і іншими суб'єктами, що реалізують тлумачені норми
враховуються правотворчими органами при оновленні законодавства	тлумачення може не братися до уваги у разі наведення судом аргументації щодо невідповідності такого тлумачення самому закону

Отже, судові інтерпретаційні акти виконують велике функціональне навантаження, сприяючи впорядкуванню й підвищенню ефективності процесу правового регулювання, вдосконаленню системи цивільного законодавства, приймаються безпосередньо з метою роз'яснення сенсу правових приписів.

Таким чином, залежно від призначення в правовому регулюванні судові акти діляться на судові правозастосовні й судові інтерпретаційні акти. Судові інтерпретаційні акти як результати інтерпретаційної діяльності є важливим видом актів тлумачення, оскільки в науковій і державній доктрині визначено, що усі цивільно-правові суперечки вирішуються в судовому порядку.

Проведений аналіз свідчить про особливу якісну характеристику таких судових роз'яснень, які можна розглядати як сукупність законодавчих інтерпретаційних норм, що посідають особливе місце в ієрархії нормативних правових актів, які конкретизують цивільно-правові норми. Отже, центральним суб'єктом правозастосовної роботи стає судовий орган, від уміння якого грамотно, професійно, на науковій основі здійснити тлумачення цивільно-правових норм, залежить режим законності, захист прав, свобод і інтересів фізичних і юридичних осіб.

<sup>1</sup> Груздев В. Гражданско-правовая защита имущественных интересов личности. Книга 1. Общие положения. – М.: Юстицинформ, 2012. – С. 4.

<sup>2</sup> Карацук К. Деякі аспекти тлумачення норм права // Вісник національної академії прокуратури України. – 2008. – № 4. – С. 118.

<sup>3</sup> Палешник С. Інтерпретаційні акти в судовій практиці // Вісник Національної академії правових наук України. – 2013. – № 4 (75). – С. 261.

<sup>4</sup> Шайхутдинов Е. М. Интерпретационные акты // Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Красноярск, 2004. – С. 3.

<sup>5</sup> Христова Г. О. Юридична природа актів Конституційного Суду України // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Х: Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого, 2004. – С. 8.

<sup>6</sup> Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні: Монографія. – К.: Реферат, 2007. – С. 212.

<sup>7</sup> Палешник С. Інтерпретаційні акти в судовій практиці // Вісник Національної академії правових наук України. – 2013. – № 4 (75). – С. 261.

<sup>8</sup> Проблемы теории государства и права. Под ред. Сырых В. М. – М.: Эксмо, 2008. – С. 381.

<sup>9</sup> Исаев С. Судебная практика Пленума Верховного суда СССР как источник советского уголовного права. Ученые записки ВИЮН. – М., 1947. – Вып. 5. – С. 84.

<sup>10</sup> Никеров Г. И. Судебная власть в правовом государстве (опыт сравнительного исследования) // Государство и право. – 2001. – № 3. – С. 18.

<sup>11</sup> Ведель Ж. Административное право Франции. – М.: Прогресс, 1973. – С. 56.

<sup>12</sup> Черданцев А. Ф. Толкование права и договора. – М.: Юнити-Дана, 2003. – С. 298.

<sup>13</sup> Майданик Р. А. Джерела цивільного права України: поняття, система, види // Право України. – 2013. – Вип. 5. – С. 295.

<sup>14</sup> Курилова Л. А. Типологизация судебных правоприменительных и интерпретационных актов // Журнал научных публикаций аспирантов и докторантов: Юридические науки. – 2008. – № 8. – Режим доступа: <http://www.jurnal.org/articles/2008/uri37>

<sup>15</sup> Палешник С. Інтерпретаційні акти в судовій практиці // Вісник Національної академії правових наук України. – 2013. – № 4 (75). – С. 261.

<sup>16</sup> Нестерова Н. В. Интерпретационные акты судебных органов и их основные признаки [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.rusnauka.com/23\\_NTP\\_2013/Pravo/9\\_143297](http://www.rusnauka.com/23_NTP_2013/Pravo/9_143297)

#### Резюме

**Антошкіна В. К. Поняття та правова природа судових інтерпретаційних актів.**

Визначена правова природа судових інтерпретаційних актів. Дано визначення судового акту як юридичного документу. Наведено основні ознаки судових інтерпретаційних актів. Встановлено значення та функціональне навантаження судових інтерпретаційних актів у судовому тлумаченні.

**Ключові слова:** судовий акт, інтерпретаційний акт, судове тлумачення, нормативне тлумачення, джерела права.

#### Резюме

**Антошкина В. К. Понятие и правовая природа судебных интерпретационных актов.**

Определена правовая природа судебных интерпретационных актов. Дано определение судебного акта как юридического документа. Приведены основные признаки судебных интерпретационных актов. Установлено значение и функциональное назначение судебных интерпретационных актов в судебном толковании.

**Ключевые слова:** судебный акт, интерпретационный акт, судебное толкование, нормативное толкование, источники права.

#### Summary

**Antoshkina V. The concept and legal nature of judicial interpretational acts.**

The work contains a definition of the legal nature of judicial interpretational acts. The notion of judicial act as a legal document. The article describes the main features of judicial interpretational acts. The author describes the importance and functional load judicial interpretational acts in a judicial interpretation.

**Key words:** judicial act, interpretative act, legal nature, judicial interpretation, statutory interpretation, the sources of law.

УДК 347.129:340.5

### **М. М. ВЕЛИКАНОВА**

*Марина Миколаївна Великанова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету культури і мистецтв*

## **ОКРЕМІ ЕТАПИ РОЗВИТКУ ВЧЕНЬ ПРО РИЗИК**

Проблематика ризику досить давно стала предметом досліджень різноманітних галузей науки. Складність та неоднозначність цього поняття породили надзвичайний інтерес до нього, що обернувся величезною кількістю досліджень, метою яких, у переважній більшості, було напрацювання найоптимальніших моделей управління ризиками.

Дослідження ризику здійснювалося як вітчизняними, так і зарубіжними науковцями. Зокрема, проблеми поняття ризику, розподілу його наслідків, впливу на відповідальність порушувалися в працях Р. А. Майданика, Н. І. Майданик, С. В. Михайлова, В. А. Ойгензіхта, А. І. Омельченка, В. Д. Примака, С. В. Резніченка, В. О. Заросила, Д. О. Беззубова, О. В. Дудника, В. М. Тімашової та інших науковців. Серед зарубіжних учених це: С. Годеме, Л. Жюльіо де ла Моранд'єр, Р. Кантільйон, І. Тонер, В. Варкалло та інші не менш видатні вчені. Проте поряд із означеним виникає необхідність аналізу розвитку вчень про ризик. І хоча ця проблематика вже порушувалась науковцями, все ж вона потребує узагальнення й осмислення етапів становлення вчень про ризик та виникнення теорій ризику.

У зв'язку з цим **метою** цієї публікації є аналіз та узагальнення окремих етапів розвитку вчень про ризик і виділення домінуючих теорій ризику.

Ризик як явище, що так чи інакше впливає на людське життя, був усвідомленим ще із виникненням цивілізації. При цьому мало місце не лише сприйняття негативних чи позитивних аспектів поняття ризику, а й вживалися спроби мінімізації його негативних проявів та розподілу збитків. Проте, незважаючи на особливе місце ризику та його вплив на прийняття рішень, досить тривалий період ризик не викликає серйозного інтересу серед дослідників. Перші важливі дослідження проблематики ризику з'являються лише в епоху Відродження.

Варто зазначити, що проблематика ризику була цікавою математикам, філософам, політологам, економістам, соціологам. У юристів інтерес до цієї категорії виник порівняно недавно, а тому і комплексних наукових досліджень ризику та його юридичних наслідків небагато. З огляду на зазначене аналіз концепцій

ризик у правовій доктрині доцільно здійснювати паралельно із дослідженням поглядів представників різних галузей науки на ризик у певний період часу.

Як зазначалося вище, категорія ризику була відомою людству вже давно. Першими носіями поняття «ризик» були жерці, завданням яких було знизити можливості втрат від стихій<sup>1</sup>. Загалом, у той час ризик розумівся як незалежні від людини обставини, що можуть спричинити збитки. Такі обставини пов'язувалися із волею богів, а тому були поза межами розуміння людей, і тим більше можливості впливу на них.

Не змінилася ситуація і з поширенням основних релігій. У період Середньовіччя, коли домінувало божественне сприйняття світу, все, що відбувалося, пояснювалося або божою ласкою, або божим гнівом. У будь-якому випадку, майбутнє людини було в руках Бога. Тому в людей і не виникало потреби аналізувати свою поведінку й прогнозувати майбутнє, якщо таке майбутнє від них не залежало. Єдине, що піддавалося контролю в тогочасному суспільстві – це обставини, які можуть спровокувати прихильне, або, навпаки, осудливе ставлення Бога (наприклад, гріх). У цьому контексті управління ризиками в тогочасну епоху зводилося до виявлення таких обставин (по можливості) і прийняття відповідного рішення з їх врахуванням. Варто зазначити, що в епоху середньовіччя у центрі світобудови був Бог, тому все в картині світу було обожненим і рівною мірою сходило до Творця.

Зрозуміло, що такий специфічний світогляд не сприяв зародженню, і тим більше, розвитку концепцій ризику. Хоча навіть у період абсолютної влади церкви, проблематика вибору, свободи, фатуму все ж таки порушувалася. Зокрема, Аврелій Августин у своїй праці «Про свободу волі» зазначає, що сама справедливість призначається для засудження гріхів і шанування праведних вчинків, а тому, можливо, було б благом, якби людина була позбавлена свободи волевиявлення. Адже те, що не зроблено добровільно, не було б ні гріхом, ні праведним вчинком, звідси, і покарання, і нагорода були б несправедливі, якби людина не володіла свободою волі. Однак і в покаранні, і в нагороді повинна бути справедливість, оскільки це одне з благ, які походять від Бога. І тому філософ робить висновок, що Бог повинен був дати людині вільну волю<sup>2</sup>.

Фома Аквінський також розмірковував над категоріями свободи та вибору. На його думку, людина – істота розумна, яка наділена вільною волею, при цьому розум (інтелектуальні здібності) є коренем будь-якої свободи. Свобода людської волі проявляється саме в можливості вести себе самостійно до мети. Свобода в нього постає як діяння, що відповідає усвідомленій необхідності, таке, що впливає із божественного статусу, характеру та мети порядку світобудови<sup>3</sup>.

Як видно, роздуми середньовічних філософів про свободу, вибір, долю не суперечать світосприйняттю того часу і підтверджують тезу про відсутність можливості в людини самостійно впливати на своє майбутнє.

Що стосується праворозуміння середньовічних юристів, то так чи інакше воно базувалося на положеннях римського права та ідей римських юристів. При цьому розуміння ідей справедливості та свободи коливалося від виведення їх у верховний критерій будь-якого права, до підпорядкування позитивним нормам закону. Проте навіть найпрогресивніші на той час ідеї загальної свободи та рівності всіх перед законом, висловлені юристами-легістами, все ж не приводять до появи концепцій ризику, хоча і закладають підґрунтя для формування вчень у наступні епохи.

Зміна концепції та ієрархічного уявлення про світобудову в епоху Відродження створили передумови для зародження та розвитку вчень про ризики. Ідея антропоцентризму, за якою людина є центром Всесвіту й метою усіх подій, проголошує прагнення людини не пристосовуватися до середовища, а змінювати його відповідно до своїх потреб. Тепер людство прагнуло самостійно впливати на своє майбутнє, що породжувало не тільки необхідність оволодіння навичками прогнозування, а й можливість впливу на розвиток подій.

Вперше заінтересованість ризиком виникла у вчених-математиків, яких він спонукав на дослідження ймовірностей за допомогою різноманітних математичних розрахунків. І хоча це спочатку здійснювалося з метою винайдення формули для виграву, проте такий інтерес до обчислень ймовірних вигравів чи програшів поклав початок серйозним науковим дослідженням феномену ризику.

Як відомо, у 1654 р. шевальє де Мере звернувся із пропозицією до Паскаля вирішити питання розподілу між двома гравцями банку в незакінченій азартній грі, коли один із них виграє. Паскаль за допомогою адвоката і математика П'єра де Ферма розробили теорію, яка не тільки дозволила розподілити банк між гравцями, а й привела до відкриття теорії ймовірності, що стала математичною основою теорії ризику.

Загалом, відкриття теорії ймовірності є логічним досягненням того часу. Епоха Ренесансу характеризується великою кількістю географічних відкриттів, розвитком культури, науки, медицини, економіки. Як уже зазначалося, переосмислюються роль і місце людини в суспільстві, закладається розуміння людства як єдиної спільноти. І, як наслідок, з'являється потреба в мінімізації негативних проявів такої діяльності – ризиків. А тому поява теорій, що допомагають вирахувати такі ризики та визначити найоптимальніші варіанти поведінки в умовах ризику, є вже викликом, потребою часу. І не дивно, що теорія ймовірності із забаганки гравців перетворюється на потужний інструмент обробки, інтерпретації та використання інформації<sup>4</sup>.

У подальшому пошуки науковців привели до виникнення таких теорій, як теорема Байєса, яка пояснює можливість підвищення якості рішень на підставі математичної обробки поєднання нової і старої інформації; Закону великих чисел, за яким відмінність між середніми значеннями величин, що спостерігаються у вибірці, і істинним середнім значенням по всій сукупності буде зменшуватися при збільшенні обсягу вибірки тощо.

З середини XVIII ст. ризик набуває позитивного відтінку і розглядається як набір можливостей, відкритих для вибору. Таке введене Д. Бернуллі поняття корисності в подальшому було покладено в основу проце-

су прийняття рішень і теорії вибору, що дало змогу системно розглядати категорію ризику. На думку Пітера Л. Бернштейна, Д. Бернуллі запропонував стандарт для оцінки розумності поведінки людини<sup>5</sup>.

Суть теорії Д. Бернуллі зводиться до наступного. Виходячи із тези, що корисність благ зворотно пропорційна їх наявній кількості, учений вважав, що рішення, які приймаються людьми, мають визначену й передбачувану структуру. Так, якщо задоволення, отримане від кожного наступного прирощення багатства менше, ніж від першого, то й збиток від програшу буде завжди перевищувати корисність від рівного за розміром виграшу. А в силу того, що більшість людей не схильні до ризику, то й логічно, що передбачуваним рішенням у цій ситуації буде відмова від такої діяльності<sup>6</sup>. Разом із тим варто підкреслити: Д. Бернуллі виходив із того, що при прийнятті рішень розумна людина має оцінювати корисність за будь-яких обставин і на підставі такої оцінки приймати рішення. При цьому, на його думку, оцінка обставин і прийняття рішень базуються на фактах, які є об'єктивними і одними й тими ж для всіх. І хоча він і зазначав, що не останню роль у прийнятті рішень відіграє досвід, така його позиція в подальшому була піддана критиці. Проте, не вдаючись до дискусії про доведеність гіпотези Д. Бернуллі, варто віддати належне його вченню про ризик, адже він був першим, хто звернув увагу на вольову складову ризику. Це поклато початок дослідженню ризику психологами та появи нових концепцій ризику.

У подальшому так чи інакше категорія ризику стала предметом досліджень багатьох науковців. Зокрема, Р. Прайс, який вважається основоположником страхової статистики як комплексу ймовірнісних методів, застосовуваних нині усіма страховими компаніями як основа обчислення зборів і виплат, намагаючись розв'язати задачу, поставлену Т. Байесом, застосував підхід, що полягав у використанні нової інформації для уточнення ймовірності, заснованої на старій інформації<sup>7</sup>.

К. Ф. Гаусс, який хоча і не цікавився управлінням ризиком, розвинув положення теорії ймовірності, теорії великих чисел та теорії вибірки Я. Бернуллі, А. де Муавра та Т. Байеса, заклавши основу сучасних методів контролю ризику. Учений виходив із аналізу дзвоноподібної кривої, проте за мету ставив не встановлення точного значення, а оцінку помилок, намагаючись виділити середнє від середнього. Такий нормальний розподіл на сьогодні і є основним елементом більшості систем управління ризиком. Разом із тим напрацювання К. Ф. Гаусса спонукали інших учених до дослідження поняття «нормального розподілу». Саме цій проблемі і були присвячені роботи Ф. Гальтона, який вивів загальний принцип сходження до середнього (регресію), суть якого полягає у тому, що всі процеси і явища, незалежно від того, де б вони не знаходилися на дзвоноподібній кривій, перетворюючись, тяжіють до середніх значень. При цьому не має значення, наскільки малою чи великою є група таких процесів чи явищ. Такий підхід Ф. Гальтона в подальшому привів до поняття кореляції.

Історичні зміни, що відбулися в суспільстві (Перша світова війна, Велика депресія), породили інші підходи до розуміння сутності ризику та управління ним. Стали піддаватися сумнівам попередні методи вирахування ризику: трикутник Паскаля, дзвоноподібна крива, сходження до середнього. Розпочався пошук методів систематичного аналізу випадковостей.

Ф. Найт у своїй роботі «Ризик, невизначеність і прибуток» розмежовує такі поняття, як ризик і невизначеність. На його думку, ризик є невизначеністю, яка може бути виміряна, а тому по суті взагалі не є невизначеністю. Автор зазначає, що невизначеність, яку можна будь-яким способом звести до об'єктивної кількісно визначної ймовірності, можна шляхом групування випадків звести і до повної визначеності. Практична відмінність між категоріями ризику та невизначеності полягає в тому, що, коли йдеться про ризик, розподіл результатів у групі випадків відомий або завдяки апріорним розрахункам, або зі статистичних даних минулого досвіду, тоді як в умовах невизначеності це не так з тієї загальної причини, що ситуація, з якою доводиться мати справу, досить унікальна, і немає можливості сформувати будь-яку групу випадків. Тобто, основу невизначеності становлять неповторювані події і, як наслідок, вона не може бути визначена жодною статистикою. Механізмами, які можуть сприяти зменшенню невизначеності, є: страхування; збір інформації про ділову кон'юнктуру; одержання детальних інструкцій, призначених для безпосереднього керівництва цілеспрямованою поведінкою (продаж подібного роду інструкцій здійснюється юристами, проповідниками, викладачами, всілякими експертами і консультантами); розподіл невизначеності між різними альтернативами<sup>8</sup>.

Паралельно з Ф. Найтом над проблемою ризику та невизначеності працював і Д. М. Кейнс. Поеднувало цих двох учених те, що і Ф. Найт, і Д. М. Кейнс відходили від методики екстраполяції з минулого, тобто прийняття рішень, базуючись на частоті подій у минулому. Зокрема, Д. М. Кейнс пропонував здійснювати прогнозування не на підставі подій, а на підставі припущень, виходячи з того, що якщо схожі події неодноразово спостерігались у минулому, то це не створює підстави вважати, що вони повторяться у майбутньому. Критикуючи теорію ймовірності, учений намагався довести, що у світі панує невизначеність, а не математична ймовірність. Одним із підтверджень цього є прагнення мінімізувати ризики за рахунок контрактів, що мають юридичну силу<sup>9</sup>.

Таким чином, аналіз учень про ризики допомагає виділити наступі теорії ризику.

Теорія корисності, основоположником якої справедливо вважають Д. Бернуллі, в кінці XVIII ст. була доопрацьована І. Бентамом. Як уже зазначалося, в основі поведінки людини лежить корисність. Приймаючи рішення, люди віддають перевагу тому, що є найбільш бажаним. Проте приймаючи рішення в умовах невизначеності, необхідно керуватися вимірами та розсудливістю. Люди розумні завжди приймають рішення на підставі об'єктивної оцінки інформації. І якщо такі рішення призводять до помилок, то це скоріше є випадковим. І Д. Бернуллі, і його послідовники не брали до уваги поняття програшу. Тобто, вибір полягав у тому, щоб визначити, яка із можливостей є кращою, ціннішою, скоріше приведе до збільшення блага. Можливість

збитків взагалі не розглядалася. До речі, ця теорія була в подальшому використана у формулюванні закону попиту та пропозиції: ціна повністю залежить від корисності, яка, своєю чергою, зумовлена кількістю предметів споживання, що нам належать.

Теорія причинно-наслідкового зв'язку, представниками якої були П.-С. Лаплас, Ж. А. Пуанкаре, виходить з того, що будь-яка подія завжди має певну причину. Навіть в тих ситуаціях, коли подія видається випадковою, вона все ж зумовлена якоюсь причиною, нехай, навіть, поки що невідомою. Виходячи з цього, стає можливим управління ризиком, і, навпаки, визнаючи залежність подій від випадку, ми тим самим позбавляємося можливості управляти ризиком. При цьому сутність управління ризиком полягає в максимізації набору обставин, що піддаються контролю, та мінімізації набору змінних умов, які контролювати не вдається і в рамках яких зв'язок причини і наслідку прихований<sup>10</sup>. Досить схематично суть теорії зводиться до того, що знання причини допомагає передбачити наслідок. Проблема полягає лише в тому, що ніхто й ніколи не може заволодіти усією інформацією, необхідною для прийняття рішення. Крім того, якість уже зібраної інформації не завжди є однозначно встановленою. Це і призводить до того, що будь-яка діяльність здійснюється в умовах невизначеності і є певною мірою ризикованою.

У ХХ ст. з'являється теорія ризику як усвідомленої форми мистецтва життя, засновником якої вважається нобелівський лауреат К. Ерроу. В основі цієї теорії лежить теорія причинно-наслідкового зв'язку, яка допомогла авторові створити концепцію управління ризиком як мистецтвом життя. Суть цієї концепції досить проста: не можна досягти абсолютної впевненості, оскільки більшість інформації є або неточною, або неповною, а тому людина завжди перебуває в певному невіданні. У цьому стані перед людиною стоїть вибір лише відмовитися чи не відмовитися від гіпотези. Вибору між відмовитися та прийняти гіпотезу немає, оскільки прийняти можна лише те твердження, щодо якого не виникає жодних сумнівів. Таким чином, здійснюючи вибір в умовах невизначеності, значення має тільки готовність особи прийняти на себе наслідки такого вибору, тобто наскільки малою чи великою є ймовірність помилки, щоб не відмовитися чи відмовитися від гіпотези. І якщо особа доходить висновку, що ймовірність помилки є малою, вона не відмовляється від гіпотези, хоча і стверджувати, що гіпотеза є достовірною, не може.

Дуже близькою до теорії причинно-наслідкового зв'язку є теорія хаосу, яка зводиться до того, що явища, які на перший погляд здаються хаотичним набором випадковостей, є проявом прихованого порядку. А тому найменші зміни в ньому стають причиною як злетів, так і падінь.

Теорія стратегічних ігор (засновник – Джон фон Нейман), на відміну від теорії корисності, передбачала участь у прийнятті рішення не однієї особи, а кількох, які намагаються максимізувати свої вигоди одночасно, знаючи про мету, вигоду й можливі дії інших учасників<sup>11</sup>. У цій теорії надається нове значення невизначеності. На відміну від попередніх теорій, які просто сприймали невизначеність як об'єктивно існуючу обставину, у теорії ігор невизначеність досліджується та встановлюється її джерело – наміри інших осіб. А тому прийняття рішень базується на мінімізації невизначеності, що досягається за рахунок переговорів та домовленостей між учасниками відносин, які за своєю суттю є компромісом.

Ще однією із теорій ризику є теорія спрощення, яка, зокрема, пов'язана з професійним ризиком. Головною ідеєю цієї теорії є принцип покладення відповідальності за заподіяння шкоди на особу, яка таку шкоду завдала. Залежно від того, що є підставою для відшкодування такої шкоди, в межах теорії спрощення виділяються наступні підходи.

Підставою відшкодування завданої шкоди є сам факт спричинення такої шкоди. У цьому випадку, на думку представників такої теорії, суб'єктивна умова цивільно-правової відповідальності – вина – не має враховуватися при притягненні до відповідальності особи, яка завдала таку шкоду. А тому й нівелюється така умова відповідальності, як протиправність порушення суб'єктивних цивільних прав, адже з точки зору цієї теорії не має значення, як діяв суб'єкт, завдаючи шкоду. І хоча італійські представники цього підходу зазначали, що факт спричинення шкоди необхідно розглядати з точки зору його шкідливості для суспільства, проте вони також підтримували ідею відповідальності за вчинене діяння. Цей підхід одержав назву теорії інтегрального ризику.

Інший підхід був застосований представниками історичної школи, на думку яких не можна покласти шкоду тільки на тих осіб, які таку шкоду завдали. Іншими словами, відшкодування спричиненої шкоди ставиться у залежність від того, як діяла особа – обережно чи ні. При цьому все ж таки визнається, що не будь-яке діяння спричиняє відшкодування шкоди, а лише те, яке приносить вигоду її заподіювачеві.

Євгеній Годеме, наводячи декілька теорій ризику, підтримує ідею невиконання, за яке боржник не відповідає<sup>12</sup>. Він указує на традиційні схеми розподілу ризику при випадковій неможливості виконання (ризик випадкової загибелі речі несе її власник, і ризик лежить на кредиторі). На думку автора, тягар ризику виконання зобов'язання також переноситься і на кредитора.

Існує й теорія виробничого ризику, згідно з якою ризик розподіляється між учасниками залежно від сфер їх діяльності (теорія сфер). У силу того, що ті чи інші особи беруть участь у певному виді діяльності, яка завдає шкоди, то й розподіл завданої шкоди здійснюється між ними пропорційно ступеню ризику.

Теорія прийняття ризику (або теорія добровільного ризику) заснована на тій ідеї, що оскільки особа, здійснюючи певну діяльність, знає про ймовірні негативні наслідки такої діяльності, це вказує на добровільне прийняття ризику, а тому така особа не може вимагати відшкодування завданої шкоди при відсутності вини її заподіювача. Водночас зазначається, що не варто ототожнювати добровільне прийняття ризику з добровільним прийняттям шкоди, заподіяної з вини або помилки особи.

В. А. Ойгензіхт розглядає ризик у двох аспектах: 1) як підставу відповідальності при випадкових, але протиправних обставинах, пов'язаних із діями особи, що спричинила збитки, по відношенню до якої презюмується допущення нею можливості таких наслідків; 2) як підставу розподілу збитків, у тому випадку, коли немає протиправності при об'єктивно випадкових чи об'єктивно неможливих обставинах, або коли збитки спричинені правомірними діями суб'єкта<sup>13</sup>. При цьому автор вказує, що відповідальність за принципом завдання шкоди хоча й існувала у радянській правовій доктрині, проте чинне на той час законодавство все ж таки принцип спричинення шкоди розглядало як винятковий, застосування якого допускалося лише в певних випадках. Тому, на його думку, намагання підмінити принципом спричинення шкоди принцип вини є не виправданим, оскільки він ігнорує будь-який прояв волі суб'єктів, будь-яке усвідомлення ними можливих наслідків та відповідальності за них. Таким чином, автор підтримує ідею винної відповідальності.

Отже, хоча ризик, як категорія об'єктивної дійсності, був усвідомленим ще з виникненням людської цивілізації, його цілеспрямоване дослідження науковцями розпочинається лише в епоху Відродження. Зміна світосприйняття людьми, економічні перетворення в суспільстві, політичні трансформації здійснюють вплив на розуміння сутності ризику та підходів до управління ним, спричиняючи появу різноманітних теорій ризику. Виникаючи на конкретному етапі розвитку людства, кожна теорія, з одного боку, віддзеркалює сприйняття ризику суспільством, а з іншого, – закладає підґрунтя для подальшого дослідження сутності, видів ризику та розподілу його наслідків.

<sup>1</sup> Юридичний ризик та юридична безпека : моногр. / В. О. Заросило, Д. О. Беззубов, О. В. Дудник, В. М. Тімашова. – К. : Український державний університет фінансів та міжнародної торгівлі, 2012. – С. 17.

<sup>2</sup> *Аврелій Августин*. О свободе воли / Аврелий Августин. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://lib.ru/HRISTIAN/AWRELIJ/swoboda.txt\\_with-big-pictures.html#](http://lib.ru/HRISTIAN/AWRELIJ/swoboda.txt_with-big-pictures.html#) (дата звернення: 01.12.2016).

<sup>3</sup> *Нерсесянц В. С.* Философия права : учеб. для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. / В. С. Нерсесянц. – М. : Норма, 2006. – С. 540.

<sup>4</sup> *Бернстайн Питер Л.* Против богов: Укрощение риска / Бернстайн Питер Л. ; пер. с англ. – М., 2000. – С. 11.

<sup>5</sup> Там само. – С. 75.

<sup>6</sup> *Даниил Бернулли*. Галерея экономистов / Даниил Бернулли URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://gallery.economicus.ru/cgi-bin/frame\\_rightn.pl?type=in&links=./in/bernoulli/biogr/bernoulli\\_b2.txt&name=bernoulli&img=brief.gif](http://gallery.economicus.ru/cgi-bin/frame_rightn.pl?type=in&links=./in/bernoulli/biogr/bernoulli_b2.txt&name=bernoulli&img=brief.gif) (дата звернення: 11.01.2017).

<sup>7</sup> *Бернстайн Питер Л.* Вказана праця. – С. 89.

<sup>8</sup> *Найт Ф. Х.* Риск, неопределенность и прибыль / Ф. Х. Найт ; пер. с англ. – М. : Дело, 2003. – С. 257.

<sup>9</sup> *Бернстайн Питер Л.* Вказана праця. – С. 146–148.

<sup>10</sup> Там само. – С. 128.

<sup>11</sup> Там само. – С. 150.

<sup>12</sup> *Годэмэ Евгений*. Общая теория обязательств / Евгений Годэмэ ; пер. с фр. И. Б. Новицкого. – М. : Юрид. изд-во, 1948. – С. 380–387.

<sup>13</sup> *Ойгензіхт В. А.* Проблема риска в гражданском праве (Часть общая) / В. А. Ойгензіхт. – Душанбе : Ирфон, 1972. – С. 216.

### Резюме

#### **Великанова М. М. Окремі етапи розвитку вчень про ризик.**

У статті досліджується розвиток як загальних, так і правових вчень про ризик. Робиться висновок, що розуміння сутності ризику та підходів до управління ним зумовлене зміною світосприйняття людей, економічними перетвореннями та політичними трансформаціями. Це породжує виникнення різноманітних теорій ризику.

**Ключові слова:** ризик, алеаторні ризики, майнові ризики, неалеаторні ризики, теорії ризику.

### Резюме

#### **Великанова М. Н. Отдельные этапы развития учений о риске.**

В статье исследуется развитие как общих, так и правовых учений о риске. Делается вывод, что понимание сущности риска и подходов к управлению им обусловлено изменением мировосприятия людей, экономическими преобразованиями и политическими трансформациями. Это порождает возникновение различных теорий риска.

**Ключевые слова:** риск, алеаторные риски, имущественные риски, неалеаторные риски, теории риска.

### Summary

#### **Velykanova M. Some stages of the doctrines of risk.**

The development of both general and legal doctrines of risk is examined in the article. In connection with the research the article concludes that understanding the nature of risk and approaches to the management of it is depended from outlook of people, economic changes and political transformations. This gives rise to the emergence of various theories of risk.

**Key words:** risk, aleatory risks, property risks, risks not aleatory, theories of risk.



**О. М. ГОНЧАРЕНКО**

*Олена Миколаївна Гончаренко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного торговельно-економічного університету*

**ЩОДО СПІВСТАВНОГО АНАЛІЗУ САМОРЕГУЛЮВАННЯ  
ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ**

Актуалізація дослідження проблематики саморегулювання господарської діяльності спрямована насамперед на пошук ефективної моделі правового регулювання господарської діяльності в Україні. Разом із тим науковцями пропонуються різні категорії, конструкції, дефініції, які певним чином пов'язуються із саморегулюванням та, можливо, мають певні спільні риси. Специфіка змісту саморегулювання господарської діяльності, під яким у переважній більшості розуміють створення та реалізацію певних правил самими учасниками, приводить до потреби визначення співвідношення з іншими юридичними категоріями, які застосовуються поряд із саморегулюванням та недостатньо вивчені у співвідношенні і взаємодії із саморегулюванням господарської діяльності.

Тому **метою** цієї статті є зіставний аналіз поняття «саморегулювання господарської діяльності» із іншими дефініціями, які застосовуються при визначенні особливостей правового регулювання у господарській діяльності.

Питання саморегулювання у господарському праві досліджували такі вчені: О. Бакалінська, О. Беяневич, В. Добровольська, О. Кологойда, В. Мілаш, В. Полюхович, В. Щербина та ін. Акцентувалася увага на особливостях саморегулювання у різних сферах економічної діяльності. Поряд із висвітленою проблематикою, що стосується договірного саморегулювання, приватноправового регулювання не розкритими залишаються аспекти співвідношення понять у загальній системі правового регулювання господарської діяльності.

У юридичній науці можна зустріти різні споріднені дефініції із «саморегулюванням», які не є синонімічними: договірне регулювання<sup>1</sup>, внутрішнє регулювання<sup>2</sup>, «м'яке право»<sup>3</sup>, індивідуальне регулювання<sup>4</sup>, локальне регулювання<sup>5</sup>, автономне регулювання<sup>6</sup>, недержавне регулювання<sup>7</sup>, приватноправове регулювання<sup>8</sup>, децентралізоване, диспозитивне правове регулювання<sup>9</sup> тощо. Усі ці терміни за своєю деонтологічною особливістю не збігаються, однак містять загальні системні поняття для опису та визначення сутності досліджуваної категорії. Деякі з них, зокрема «локальне регулювання», є складовими елементами саморегулювання, інші ж описують ознакові особливості («автономне регулювання», «внутрішнє регулювання»), треті виступають описовою ознакою суб'єкту саморегулювання («індивідуальне регулювання»), четверті є властивостями саморегулювальних актів («м'яке право»), п'яті – загальним системним поняттям, а саморегулювання – його різновидом («недержавне регулювання») та застосовуються як тотожні за змістом поняття («приватне регулювання»). В. С. Мілаш використовує термін «свідоме саморегулювання», протиставляючи його стихійній ринковій саморегуляції<sup>10</sup>.

В українській науці теорії права, яка є засадничою галуззю щодо виробництва правових конструкцій, категорій, концепцій, що в подальшому розвитку використовуються іншими юридичними науками, недостатньо розроблена проблематика саморегулювання як теоретичної правової конструкції, механізму саморегулювання, його засобів, однак акцентовано на окремих засобах саморегулювання<sup>11</sup>, особливостях функціонування правової системи в синергетичному аспекті<sup>12</sup> тощо.

Деякі вчені під саморегулюванням розуміють договірне регулювання: «Договірне регулювання (саморегулювання). Суб'єктами цього регулювання виступають учасники договорів, угод, контрактів»<sup>13</sup> та відносять його до окремого виду правового регулювання – піднормативного (індивідуального) правового регулювання. Це регулювання конкретних суспільних відносин, що ґрунтується на нормативному регулюванні, яке не вичерпане нормотворцем і допускає додаткове регулювання стосовно персонально визначених осіб і конкретних діянь<sup>14</sup>. Однак виходячи із сутності поняття саморегулювання його не можна віднести до піднормативного регулювання, оскільки самі суб'єкти саморегулювання можуть встановлювати певні правила, які не заборонені законом у сфері приватноправових відносин.

Крім того, відповідно до Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (2010), вони повинні застосовуватись, коли сторони дійшли згоди про те, що їхній договір буде регулюватись цими Принципами<sup>15</sup>. Принципи УНІДРУА є «автономним» правопорядком, а не піднормативним регулюванням. Тому саморегулювання не вичерпується тільки індивідуальним (договірним) регулюванням в аспекті визначення додаткових до основних умов договору, а допускає вибір правопорядку, правової системи, системи норм для врегулювання договірних відносин. Крім того, не слід забувати про певні стандарти у професійній діяльності суб'єктів господарської діяльності, які теж важко назвати піднормативними або додатковими, адже суб'єктами господарської діяльності відбувається створення норм саморегулювання як окремої системи норм відмінної від системи норм, що створюються державою (звичайно у межах визначених імперативними нормами держави). Тому

запропонований науковцем рівень піднормативного регулювання не визначає саморегулювання. Більш прийнятною є позиція М. М. Сібільова, який виділяє дві базові моделі правового регулювання договірних відносин: зовнішнє (імперативне, державне регулювання) та внутрішнє регулювання (саморегулювання)<sup>16</sup>.

Саморегулювання не слід ототожнювати із приватноправовим регулюванням. Приватноправове регулювання здійснюється за допомогою норм приватного права, спільним із саморегулюванням є застосування засобів (договір, звичай торгового, ділового обороту). Наприклад, фахівці з приводу правил, які розроблені не самими суб'єктами та які можуть регулювати поведінку третіх осіб, зазначають: «Коли правила не є правилами самої компанії, коли політичні цілі цих правил не є цілями компанії, коли компанія не регулює себе, такий процес не має нічого спільного з «саморегулюванням» і його скоріше варто описувати як «підтримка правопорядку приватними силами». Багато проблем, що виникають при розробці політики в цій галузі, є наслідком того, що політики не бачать цю важливу відмінність»<sup>17</sup>. Тому саморегулювання – це спосіб, у який може здійснюватися приватноправове регулювання.

Саморегулювання господарської діяльності пов'язують із дією «м'якого» права, системи норм. Фактично «м'яке» право – це система засобів (інструментів), які використовуються при саморегулюванні господарської діяльності. Так, суб'єкти господарської діяльності можуть розробляти певні стандарти, етичні кодекси поведінки, систему норм або ж кодифікувати звичай ділового обороту тощо. «М'яке» право не має загальнообов'язкового юридичного характеру для усіх суб'єктів господарювання, не забезпечується примусом з боку держави, однак може набути рис «твердого» права у разі домовленості між учасниками конкретних правовідносин. Водночас помилково «м'яке» право ототожнювати з діяльністю виключно суб'єктів приватноправових або ж економічних відносин.

До актів «м'якого права» традиційно відносять юридично необов'язкові рішення міжнародних організацій та наддержавних органів, включаючи рекомендації, прийняті на міжнародних конференціях. Слід також назвати декларативні, рекомендаційні, інформаційні та інтерпретаційні акти міжнародних неурядових організацій, а також рішення міжнародних судів і трибуналів<sup>18</sup>. Можна сказати, що засоби саморегулювання господарської діяльності являють собою окрему групу «м'якого» права, яку слід поділити на дві підгрупи: акти *Lex mercatoria* (позанаціонального торгового права) (наприклад, Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, акти Міжнародної торгової палати тощо); локальні акти суб'єктів господарювання (наприклад, транснаціональних корпорацій, торгових палат). Отже, при саморегулюванні господарської діяльності застосовуються інструменти «м'якого» права.

В юридичній науці саморегулювання часом пов'язують, а іноді ототожнюють із індивідуальним регулюванням. Слід погодитися з В. С. Мілаш, яка зазначає, що в правовій науці відсутній єдиний погляд на сутність і зміст індивідуального регулювання як такого. Одні дослідники вважають, що на вказаному рівні правового регулювання відбувається реалізація норм права шляхом перетворення юридичних ідеальних моделей на дійову систему суспільних відносин; другі визначають його як вид правомірної діяльності суб'єктів права, яка пов'язана з вирішенням юридично значущих питань і результатом якої є індивідуальний правовий акт (судове рішення, адміністративний акт тощо); треті репрезентують названий рівень індивідуальними нормами, а не актами реалізації прав та обов'язків, які є похідними від них<sup>19</sup>. Крім того, науковець підкреслює, що уся сукупність індивідуальних норм (мікронорм) утворює індивідуальний рівень правової регламентації ринкових відносин, який безпосередньо сформувався у межах господарської діяльності не як воля державної влади, а як воля самих учасників ринкових відносин<sup>20</sup>. Отже, виходячи із зазначеного мікронорми презентують та визначають конкретну життєву ситуацію, тому їх не можна ототожнювати із саморегулювальною нормою, яка хоч і встановлюється самостійно суб'єктами правозастосування, але може застосовуватися щодо невизначеного кола суб'єктів та до певних сфер правовідносин.

Індивідуальне регулювання пов'язують із прийняттям індивідуальних рішень щодо конкретної життєвої ситуації в межах, визначених нормативно-правовими актами (індивідуальне регулювання – це впорядкування поведінки людей за допомогою правозастосовних актів, тобто індивідуальних рішень, розрахованих на одну конкретну життєву ситуацію, одну особу). При правозастосовній конкретизації відбувається переведення нормативного припису в індивідуальний<sup>21</sup>. Таке визначення важко поєднати із саморегулюванням, адже чітко прослідковується імперативна складова «правозастосовний акт» навіть на рівні індивідуального регулювання.

Дехто, визначаючи обов'язкові та факультативні ознаки індивідуального регулювання, до останніх відносять: можливість суб'єкта діяти на власний розсуд; виконання функції правозаповнення (заповнення прогалів у нормативно-правовому регулюванні); можливість у процесі індивідуального правового регулювання визначити його процедуру<sup>22</sup>.

Досліджуючи питання саморегулювання (індивідуального регулювання) у сфері комерційних договорів, В. С. Мілаш зазначає, що мікронорми є другим «шаблем» регламентації суспільних відносин, коли етап прямого регулювання від імені держави на локальному рівні замінюється етапом саморегуляції<sup>23</sup>. Однак, на нашу думку, такий порядок регламентації суспільних відносин більш притаманний для публічно-правової сфери, а не для приватноправової, у тому числі для саморегулювання господарської діяльності. Адже суб'єкт саморегулювання намагається спочатку самостійно унормувати ту чи іншу поведінку, узгоджуючи певні її моменти з контрагентом, сформувати ті положення, які відповідають спільному баченню, після цього на основі власного праворозуміння, правосвідомості та культури відбувається формалізація у виді чи то господарського договору, чи інших засобів саморегулювання, і лише після цього суб'єкти переходять до другого «шабля» регламентації – зіставлення узгоджених положень із нормами визначеними законодавством. Іноді

цього етапу у правовідносинах не відбувається. Такі приклади досить розповсюджені у випадку не дотримання норм законодавства, невідповідності публічному порядку, імперативним нормам (визнання договору нікчемним тощо). Отже, на нашу думку, при саморегулюванні первинним шаблоном є саморегулювні норми (мікронорми (В. С. Мілаш)), а вже другим шаблоном – законодавчі норми (державне регулювання).

Водночас науковець стверджує, що сам індивідуальний рівень правового регулювання ринкових відносин не слід розглядати як другорядний, похідний від законодавчого. Індивідуальне впорядкування за своїм впливом на ринкові відносини ширше від нормативно-законодавчого, оскільки останнє здатне лише регламентувати їх, а не організовувати<sup>24</sup>. Погоджуючись з позицією автора щодо надання належного місця індивідуальному регулюванню (саморегулюванню) та відходу від його другорядного статусу, усе ж таки слід зазначити, що нормативно-законодавче регулювання також здатне організовувати ринкові відносини, особливо, коли це стосується застосування імперативних норм. Тому думка про те, що індивідуальне впорядкування є ширшим за своїм впливом на ринкові відносини від нормативно-законодавчого є передчасною, можливо, дещо перспективною для України як напрям подальших пошуків чи один із аспектів модернізації законодавства.

Саморегулювання – це ширше поняття і співвідноситься із індивідуальним регулюванням як загальне й часткове. Індивідуальне регулювання відбувається на рівні окремих суб'єктів, що створюють норми лише для себе (локально), у той же час саморегулювання може набувати загального характеру шляхом створення «м'яких норм» у певних сферах господарської діяльності.

Проведений аналіз наукових поглядів з приводу індивідуального регулювання приводить до висновку: саморегулювання та індивідуальне регулювання не є тотожними поняттями, однак деякі їх властивості збігаються у випадку врегулювання конкретних життєвих ситуацій між конкретними суб'єктами (договірне регулювання, заповнення нормативних прогалів). Разом із тим саморегулювання може відбуватися і щодо невизначеного (індивідуально неконкретизованого) кола осіб, які здійснюють певний вид діяльності (саморегулювні організації, які розробляють певні кодекси поведінки).

Крім того, за рівнем юридичних засобів, що застосовуються у правовому регулюванні, науковці розрізняють регулювання субординаційне, координаційне, автономне (допоміжне щодо субординаційного і координаційного) – передбачає самостійне визначення особою власного варіанта законотворчої поведінки у сфері, не врегульованій правом, без порушення прав інших осіб, без вступу з ними у безпосередні стосунки<sup>25</sup>. Виходячи з позиції науковця, автономне регулювання слід віднести до саморегулювання, тобто саморегулювання виступає як юридичний засіб правового регулювання. Як бачимо, О. Ф. Скакун під саморегулюванням розуміє додаткове до нормативного регулювання, таке що доповнює останнє, а не повністю є відділеним від нормативного регулювання. Окрім того, автор під саморегулювання розуміє лише договірне регулювання, що значно звужує поняття саморегулювання.

Однак немає однаковості із приводу визначення автономного регулювання. Так, М. М. Сібілов зазначає, що на відміну від саморегулювання автономне регулювання відбувається хоча й за волею суб'єктів, але лише у випадках наявності на це волі публічної влади, яка в диспозитивній нормі визначає не тільки випадки, коли здійснення його є можливим, а й встановлює його чіткі межі (глибину). Це пов'язано з тим, що автономне (піднормативне) регулювання відбувається у межах зовнішнього державного регулювання<sup>26</sup>. З приводу вказаного хотілося б зазначити, що вибір належної поведінки в межах диспозитивних норм також є саморегулюванням, адже надає суб'єкту право вибору, тобто доповнює та збагачує правові моделі вибору поведінки, визначення норм, якими б врегулювалися певні правовідносини (наприклад, договір міжнародної купівлі-продажу товарів). Свобода дій у суспільстві не може бути безмежною, право – це здобуток суспільства, яким також цілком закономірно визначаються межі поведінки суб'єкта, що теж повинні бути встановлені на основі верховенства права.

У юридичній науці зустрічається бачення з приводу пов'язаності саморегулювання господарської діяльності та децентралізації. Децентралізоване, диспозитивне правове регулювання (метод координації) визначається активністю учасників регульованих суспільних відносин<sup>27</sup>. Насамперед децентралізований погляд на право виражається в локальному регулюванні господарської діяльності. Так, В. В. Форманюк зазначає: «... локальне регулювання здійснюється колективом і слугує правовою формою самоорганізації цього колективу і відповідно самостійного регулювання ним внутрішньоорганізаційних відносин, що складаються в рамках конкретної організації... локальне регулювання характеризується набагато більшим динамізмом, ніж, наприклад, централізоване. Локальні нормативно-правові акти приймаються там, де вони й застосовуються, часто одними і тими ж суб'єктами»<sup>28</sup>. М. П. Руденко вказує: «Локальне регулювання має цільовим призначенням реалізацію приватноправових інтересів господарюючого суб'єкта. Локальне регулювання за своєю сутністю є саморегулюванням, оскільки правові норми, що містяться в локальних нормативних актах суб'єктів господарювання, приймаються самими учасниками внутрішньогосподарських відносин та поширюють дію на останніх»<sup>29</sup>. Проведений аналіз приводить до висновку про відсутність однаковості поглядів науковців із приводу локального регулювання та співвідношення його із саморегулюванням господарської діяльності. У той же час слід акцентувати на необхідності подальшого зазначеного наукового дослідження.

Саморегулювання господарської діяльності є одним із способів правового регулювання, тому певні його ознакові властивості можна спостерігати при описі інших різновидів правового регулювання. Недостатність наукових розробок з приводу місця саморегулювання господарської діяльності в правовій системі України визначає потребу всебічного вивчення цієї проблематики, у тому числі в аспекті пошуку та ідентифікації дефініцій, пов'язаних із ним.

- <sup>1</sup> Скакун О. Ф. Теорія права і держави / О. Ф. Скакун. – К. : Правова єдність, 2010. – 525 с.
- <sup>2</sup> Сібільов М. М. Співвідношення актів цивільного законодавства і договору та базові моделі регулювання договірних відносин за чинним Цивільним кодексом України / М. М. Сібільов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – № 4. – С. 56–61: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap\\_2004\\_4\\_10](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2004_4_10); Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. / С. О. Погрібний; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2009. – С. 178; Погрібний С. О. Регулювання договірних відносин у цивільному праві України: співвідношення їх внутрішнього (саморегулювання) і зовнішнього (державного) регулювання / С. О. Погрібний // Право України. – 2012. – № 9. – С. 35.
- <sup>3</sup> Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, В. В. Задорожній. – К. : Либідь, 2002. – 608 с.; Коломацька С. П. Транснаціональне торгове право : навч. посіб. / С. П. Коломацька. – К. : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2015. – 204 с.; Мережко А. А. Транснаціональне торгове право (Lex mercatoria) / А. А. Мережко. – К. : Таксон, 2002. – 463 с.; Шалінська І. В. Ознаки та види актів «м'якого права» / І. В. Шалінська // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2013. – Вип. 23. – Ч. 1.– Т. 1. – С. 104–107. – (Серія «Право»); Peters A. Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective / A. Peters, I. Pagotto // NEWGOV: New Modes of Governance. – 2006. – P. 7. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ssrn.com/abstract=1668531>; Somma A. Some Like it Soft. Soft Law and Hard Law in the Shaping of European Contract Law / The Politics of The Draft Common Frame of Reference / Ed. by A. Somma. Alphen aan der Rijn, 2009. – P. 51; Goldmann M. We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law / M. Goldmann // Leiden Journal of International Law. – 2012. – Vol. 25. – № 2. – P. 3; Guzman A. T. International Soft Law / A. T. Guzman, T. L. Meyer // The Journal of Legal Analysis. – 2011. – Vol. 2. – № 1. – P. 221, 222.
- <sup>4</sup> Мілаш В. С. Приватно-правові підвалини господарського правопорядку: сучасний стан і перспективи модернізації / В. С. Мілаш // Теорія і практика правознавства. – 2014. – Вип. 1 (5). – С. 1–21; Григорьев А. С. Механізм індивідуального правового регулювання общественных отношений : моногр. / А. С. Григорьев. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 144 с.
- <sup>5</sup> Руденко М. П. Локальне регулювання внутрішньогосподарських відносин: сутність та принципи / М. П. Руденко // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2016. – № 38. – Т. 1. – С. 108–111. – (Серія «Право»); Тичкова О. Ю. Локальні корпоративні норми у цивільно-правовому регулюванні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О. Ю. Тичкова; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2009. – 20 с.
- <sup>6</sup> Загальна теорія держави і права : підруч. 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 М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – С. 219–220.
- <sup>7</sup> Бакалініська О. О. Правове забезпечення добросовісної конкуренції в Україні: проблеми теорії і практики : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.04 / О. О. Бакалініська; НДІ приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака. – К., 2016. – 536 с.; Кибенко Е. Р. Корпоративное право Великобритании: Законодательство. Прецеденты. Комментарии / Е. Р. Кибенко. – К. : Юстиниан, 2003. – С. 57–58.
- <sup>8</sup> Махінчук В. М. Приватноправове регулювання підприємницьких відносин в Україні / В. М. Махінчук. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – 320 с.
- <sup>9</sup> Алексеев С. С. Право: азбука – теория-философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 1999; Загальна теорія держави і права : підруч. 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 М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – С. 219; Непомнящий О. М. Децентралізація державного регулювання будівельної діяльності: закордонний досвід для України / О. М. Непомнящий // Державне будівництво. – 2014. – № 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeBu\\_2014\\_1\\_30](http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeBu_2014_1_30)
- <sup>10</sup> Мілаш В. С. Приватно-правові підвалини господарського правопорядку: сучасний стан і перспективи модернізації / В. С. Мілаш // Теорія і практика правознавства. – 2014. – Вип. 1 (5). – С. 5.
- <sup>11</sup> Бриль К. І. Правозастосовний акт як особливий вид індивідуальних правових актів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / К. І. Бриль; Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2008. – 20 с.; Васянович О. А. Правовий звичай як форма права у сучасних правових системах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / О. А. Васянович; Нац. пед. ун-т ім. М. П. Драгоманова. – К., 2010. – 18 с.; Павлов С. С. Правові традиції України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / С. С. Павлов; Одес. нац. юрид. акад. – Одеса, 2010. – 20 с.; Томашевська М. О. Корпоративні акти в системі джерел права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / М. О. Томашевська; Ін-т законодавства Верхов. Ради України. – К., 2005. – 19 с.; Пархоменко Н. М. Договір у системі права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Н. М. Пархоменко; НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 1998. – 16 с.; Юдін З. М. Тлумачення договору : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / З. М. Юдін; Одес. нац. юрид. акад. – Одеса, 2004. – 19 с.
- <sup>12</sup> Кривцова І. С. Методологічна роль синергетики у порівняльно-правовому пізнанні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / І. С. Кривцова; Одес. нац. юрид. акад. – Одеса, 2008. – 20 с.
- <sup>13</sup> Скакун О. Ф. Теорія права і держави. – К. : Правова єдність, 2010. – С. 235.
- <sup>14</sup> Там само.
- <sup>15</sup> Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (2010) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-ukrainian.pdf>
- <sup>16</sup> Сібільов М. М. Співвідношення актів цивільного законодавства і договору та базові моделі регулювання договірних відносин за чинним Цивільним кодексом України / М. М. Сібільов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – № 4. – С. 58.
- <sup>17</sup> Путеводитель по саморегулированию сетевых СМИ Вена, 2013. – С. 61 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.osce.org/ru/fom/99561?download=true>
- <sup>18</sup> Guzman A. T. International Soft Law / A. T. Guzman, T. L. Meyer // The Journal of Legal Analysis. 2011. – Vol. 2. – № 1. – P. 221, 222.
- <sup>19</sup> Мілаш В. С. Приватно-правові підвалини господарського правопорядку: сучасний стан і перспективи модернізації / В. С. Мілаш // Теорія і практика правознавства. – 2014. – Вип. 1 (5). – С. 2–3.
- <sup>20</sup> Мілаш В. С. Комерційний договір у господарському праві: теоретичні проблеми становлення та розвитку : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.04 / В. С. Мілаш; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2008. – С. 230.

- <sup>21</sup> Гіда Є. О. Теорія держави та права : підруч. / Є. О. Гіда, Є. В. Білозьоров, А. М. Завальний. – К. : ФОП О. С. Ліпкан, 2011. – С. 276.
- <sup>22</sup> Григорьев А. С. Механизм индивидуального правового регулирования общественных отношений : моногр. / А. С. Григорьев. – М. : Юрлитинформ, 2012. – С. 18–20.
- <sup>23</sup> Мілаш В. С. Вказана праця. – С. 228.
- <sup>24</sup> Там само. – С. 230.
- <sup>25</sup> Скакун О. Ф. Теорія права і держави. – К. : Правова єдність, 2010. – С. 236.
- <sup>26</sup> Сібільов М. М. Цивільно-правовий договір як регулятор суспільних відносин / М. М. Сібільов // Право України. – 2014. – № 2. – С. 40.
- <sup>27</sup> Алексеев С. С. Право: азбука – теория-философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – С. 370–372.
- <sup>28</sup> Форманюк В. В. Реалізація локальних нормативно-правових актів / В. В. Форманюк // Актуальні проблеми держави і права. – 2012. – Вип. 68. – С. 187.
- <sup>29</sup> Руденко М. П. Локальне регулювання внутрішньогосподарських відносин: сутність та принципи / М. П. Руденко // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2016. – № 38. – Т. 1. – С. 109. – (Серія «Право»).

#### Резюме

##### **Гончаренко О. М. Щодо співставного аналізу саморегулювання господарської діяльності.**

У статті проведено співставний аналіз поняття «саморегулювання господарської діяльності» із іншими дефініціями, які застосовуються при визначенні особливостей правового регулювання у господарській діяльності: договірне регулювання, внутрішнє регулювання, «м'яке право», індивідуальне регулювання, локальне регулювання, автономне регулювання, недержавне регулювання, приватноправове регулювання, децентралізоване, диспозитивне правове регулювання.

**Ключові слова:** саморегулювання господарської діяльності, внутрішнє регулювання, «м'яке право», індивідуальне регулювання, локальне регулювання, автономне регулювання, приватноправове регулювання.

#### Резюме

##### **Гончаренко Е. Н. Относительно сопоставительного анализа саморегулирования хозяйственной деятельности.**

В статье проведен сопоставимый анализ понятия «саморегулирование хозяйственной деятельности» с другими дефинициями, которые применяются при определении особенностей правового регулирования в хозяйственной деятельности: договорное регулирование, внутреннее регулирование, «мягкое право», индивидуальное регулирование, локальное регулирование, автономное регулирование, негосударственное регулирование, частноправовое регулирование, децентрализованное, диспозитивные правовое регулирование.

**Ключевые слова:** саморегулирование хозяйственной деятельности, внутреннее регулирование, «мягкое право», индивидуальное регулирование, локальное регулирование, автономное регулирование, частноправовое регулирование.

#### Summary

##### **Goncharenko O. Comparative analysis of self-regulation of economic activity.**

In the article the comparative analysis the concept of «self-regulation of economic activity» with other definitions that are used in determining the characteristics of legal regulation of economic activity: contractual regulation, internal regulation, «soft law», individual regulation, local regulations, autonomous regulations, non-state regulation, regulation of private, decentralized, discretionary regulation.

**Key words:** self-regulation of economic activities, internal regulation «soft law», individual regulation, local regulation, self-regulation of private regulation.

УДК 346.14

#### **М. В. ГРИГОРЧУК**

*Мирослав Васильович Григорчук, кандидат юридичних наук, здобувач Інституту економіко-правових досліджень НАН України*

### **ЗНАЧЕННЯ СУДОВОГО ЗАХИСТУ В УТВЕРДЖЕННІ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАСАД ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТАМИ ГОСПОДАРЮВАННЯ**

Конституцією України визначено основоположний принцип політики держави в сфері забезпечення прав людини і громадянина, згідно з яким людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави<sup>1</sup>.

Закріплення в Конституції України соціального і правового принципів держави передбачає всю повноту політичних, соціально-економічних, культурних та інших прав і свобод людини і громадянина. Відтак,

© М. В. Григорчук, 2016

метою сучасного розвитку українського суспільства є утвердження прав людини і громадянина, забезпечення умов для їх повної реалізації<sup>2</sup>.

Проблеми, пов'язані з визначенням права на судовий захист, були предметом дослідження багатьох вчених-науковців, зокрема О. І. Антонюка, В. Ф. Бойка, В. П. Грибанова, П. Ф. Єлісейкіна, А. Г. Жуковського, А. М. Колодія, В. Т. Маляренка, П. М. Рабиновича, Г. П. Тимченко, Ю. М. Тодици, М. І. Хавронюка та інших.

**Метою** статті є оцінка значення судового захисту в утвердженні конституційних засад під час здійснення діяльності суб'єктами господарювання. Завданням є з'ясування сутності судового захисту як основної форми забезпечення відновлення порушених прав і охоронюваних законом інтересів учасників господарських правовідносин.

Для конституційних прав і свобод є характерною власна система та ознаки, що відрізняє їх від інших прав і свобод. Це означає, що права і свободи людини і громадянина наділені верховенством, оскільки всі інші права і свободи повинні відповідати їм. Вони також є правовою базою для прийняття всіх інших прав і свобод, що деталізують їх. Права і свободи є нормами прямої дії і мають гарантований захист<sup>3</sup>.

Як видно з наведеного судження вченого, права і свободи людини і громадянина визначаються як базис для всіх інших прав і свобод і повинні відповідати їм. Разом із тим науковець зазначає, що права і свободи є нормами прямої дії і мають гарантований захист.

Погоджуючись з другою частиною висловленого судження, а саме з тим, що законом дійсно встановлено відповідальність за порушення прав і свобод людини і громадянина, дискусійним видається ототожнення прав і свобод з нормами Конституції. Так, якщо судження В. Ф. Погорілка з цих питань вважати істинним, то мусимо визнати, що будь-яке право чи свобода, перелік яких згідно з Конституцією невичерпний, автоматично виступає нормою Конституції і водночас отримує статус верховенства щодо всіх законодавчих і підзаконних актів. Це не зовсім коректне судження, оскільки лише нормами Конституції визначаються права і свободи, тому саме поняття прав і свобод не може визнаватися нормами прямої дії.

Залишаючи за лаштунками всю багатоаспектність у плані розуміння сутності прав і свобод людини і громадянина, виникає потреба зосередитися на вивченні проблем, пов'язаних з якісною стороною утвердження конституційних засад під час здійснення судового захисту прав і охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання.

Нормативним підґрунтям регулювання господарських відносин є встановлені Конституцією України основні засади правопорядку у сфері господарювання. Про це йдеться в Преамбулі Господарського кодексу України, де зазначено, що Господарський кодекс України встановлює відповідно до Конституції України правові основи господарської діяльності (господарювання), яка базується на різноманітності суб'єктів господарювання різних форм власності<sup>4</sup>.

Крім того, конституційні основи правопорядку у сфері господарювання закріплено в однойменній статті Господарського кодексу України (ст. 5).

Згідно з положеннями цієї статті правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів. Визначено також конституційні основи правового господарського порядку в Україні.

В умовах наближення до європейських соціальних і правових стандартів правова система України введена в стан перманентної реформи з метою утвердження принципів демократичної, соціальної та правової держави. Головним органом, що забезпечує захист гарантованих Конституцією та законами України прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави, є суд. На забезпечення ефективного захисту прав та свобод людини спрямовано норми Конституції про розповсюдження юрисдикції судів на всі правовідносини, які виникають у державі.

Запроваджуючи і підтримуючи інструменти для підвищення рівня заінтересованості суб'єктів господарювання у результатах своєї діяльності, держава в особі її органів одержує можливість суттєво детінізувати господарські процеси, які донині здійснюються за непрозорими схемами і є основними джерелами незаконного збагачення. У випадку усунення вказаних чинників відбудеться утвердження по вертикалі і по горизонталі конституційного економічного порядку, який врегульовано положеннями Основного Закону, Господарського, Господарського процесуального кодексів України, а також іншими законодавчими актами з врегулювання цієї сфери.

Забезпечення конституційного економічного порядку в Україні є необхідною умовою для встановлення партнерських стосунків між державою та учасниками господарських відносин. Дотримання такого державного курсу в черговий раз засвідчує незмінність конституційно встановлених основ господарювання в суспільстві на ґрунті розширення демократичних правових засад.

З проголошенням України незалежною державою право кожного на судовий захист стало одним із фундаментальних прав людини, гарантованих у конституційному порядку. Право на правосуддя відображається в основних засадах судочинства. Тому зміст цього права складається з наступних елементів: доступність правосуддя; право на апеляційне та касаційне оскарження судового рішення; незалежність і неупередженість суду; рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; право на захист; публічність судового розгляду; розгляд справи в найкоротший строк, що передбачений законом<sup>5</sup>.

Існують різні наукові точки зору щодо можливих напрямів і форм розвитку відносин «суб'єкт господарювання – держава», однак на сучасному етапі відбувається невинувато категоричне відмежування держа-

ви від контролю за результатами роботи учасників як малого, так середнього і великого бізнесу щодо повноти й прозорості ведення ними обліку своєї фінансово-виробничої діяльності, а отже, і повноти сплати податків від її результатів. Черговим кроком щодо «загравання з народом» в особі учасників господарських відносин, а тому й популістським жестом назустріч неконтрольованим інфляційним процесам, є прийнята 22 вересня 2016 р. Кабінетом Міністрів України постанова «Про реалізацію пілотного проекту щодо тимчасового обмеження застосування постанови Кабінету Міністрів України від 25 грудня 1996 р. № 1548 та постанови Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2007 р. № 1222»<sup>6</sup>.

Декларованою сутністю цього рішення є зниження адміністративного тиску на бізнес, усунення надмірного втручання держави в економічні процеси, розвиток конкуренції та дебіюрократизація (дерегуляція) у сфері ціноутворення.

Безперечно, що при належному рівні контролю з боку держави за діяльністю малого і середнього бізнесу щодо повноти сплати їх представниками податків та зборів від результатів підприємницької діяльності таке рішення було би виправданим і економічно доцільним. Відтак, в умовах українських економічних реалій для юридично оформленого відсторонення держави, яка в цьому сегменті де-факто практично ні на що не впливала, від хоча б формального контролю за стримуванням непомірного розвитку інфляції на ґрунті неконтрольованого валютного курсу, таке рішення є, як мінімум, не на часі.

З огляду на значну частку популістської складової у процесі провадження соціально-економічної політики в державі потрібно зазначити низку негативних наслідків, які є очевидними на цей час, і в майбутньому неодмінно зумовлять ще вищий рівень тінізації економічних процесів у разі відсутності контролю з боку компетентних органів першочергово за готівковим обігом.

Як бачимо з проведеного аналізу, однією з основних причин, які відверто перешкоджають утвердженню конституційних економічних основ в Україні, є некоректний курс на дерегулювання економіки, що через намагання окремих політичних сил заробити для себе дивіденди фактично позбавило державу можливості здійснювати ряд функцій, пов'язаних з контролем за діяльністю суб'єктів господарювання в бюджетоутворюючих і стратегічно важливих галузях економіки.

Наступним дестабілізуючим фактором, який мінімізує вплив держави на формування економічних результатів від діяльності учасників економічного змагання, є системне обмеження прав представників контролюючих органів щодо виконання ними своїх повноважень, не виправдане скорочення їх чисельності, ліквідація під виглядом реорганізації, а також вчинення інших популістських дій з боку керівництва країни, що здебільшого суперечать Конституції і законам України.

Водночас, навіть з огляду на пролонгований стан виведення малого і середнього бізнесу з-під державного контролю, ігнорування з боку вищих посадових осіб держави об'єктивних процесів, які засвідчують тотальне ухилення суб'єктів господарювання від повного обліку результатів їх господарської діяльності, були і залишаються не вирішеними питання забезпечення судового захисту законних прав і охоронюваних законом інтересів господарських правовідносин.

Проведений аналіз кількості звернень до господарських судів за вирішенням господарських спорів протягом 2011–2016 рр. засвідчує, що ставлення до господарського суду і довіра до прийнятих ними рішень досягли певного рівня і впродовж аналізованого періоду залишаються стабільними.

Так, наприклад, згідно з даними Державної судової адміністрації у 2011 р. до господарського суду надійшло 86701 позовних вимог, з яких понад половину (48430) було оскаржено в апеляційному порядку.

У 2012 р. господарюючі суб'єкти 114604 рази звернулися до господарського суду (39938 оскаржено), у 2013 р. – 143408 (37169), у 2014 р. – 142694 (32023), у 2015 р. – 140831 (30704)<sup>7</sup>.

Як бачимо, з прийнятих судами першої інстанції рішень оскаржується в апеляційному порядку лише їх четверта частина. Тобто 75 відсотків тих суб'єктів господарювання, які звернулися до господарського суду з позовами про захист свого порушеного, невизнаного, оспорюваного права чи охоронюваного законом інтересу, були задоволені результатами вирішення господарських спорів і не поставили під сумнів законність та обґрунтованість прийнятих рішень.

Отже, згідно з офіційно оприлюдненими статистичними відомостями найбільш запитуваною з точки зору дієвості і авторитетності серед суб'єктів господарювання під час вирішення господарських спорів є судова форма, а порівняно незначна кількість звернень до апеляційної інстанції за переглядом рішень місцевих судів засвідчує про бажання сторін спору отримати судові рішення, забезпечене державним примушуванням. У даному випадку можна вести мову про те, що судовий захист прав і охоронюваних інтересів суб'єктів господарювання набув статусу основного інструмента для врегулювання господарського спору. При цьому необхідно зазначити, що йдеться про рішення судів першої інстанції, адже правом на апеляційне оскарження наділені всі учасники процесу. Тому задоволеність рішеннями місцевих судів явно позитивно впливає на їх імідж в умовах реформування судової системи України.

З моменту отримання Україною незалежності право кожної особи на судовий захист стало одним із основних прав людини і громадянина, яке гарантовано в конституційному порядку. Це право міститься в конституціях більшості розвинутих країн світу, воно посідає провідне місце в структурі конституційно-правового статусу людини. Разом із тим, з огляду на досить нетривалий період існування в умовах суверенності й самостійності, вітчизняне законодавство у руслі європейських стандартів напрацьовує власні легітимні інструменти для найбільш ефективного функціонування системи судового захисту, зміцнення довіри суб'єктів господарювання до українського господарського правосуддя.

Вітчизняне законодавство не містить прямого посилання на забезпечення осіб правом на справедливий судовий розгляд. Більш традиційними для чинного процесуального законодавства є пов'язані зі справедливістю поняття «законність», а також «всебічний, повний та об'єктивний розгляд справи». Законність як одна з основних засад судочинства закріплена у п. 1 ч. 3 ст. 129 Конституції України, ст. 8 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК), ст. 4 Господарського процесуального кодексу України, ст. 9 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС), відповідно до яких суд зобов'язаний розглядати й вирішувати судові справи на підставі закону з урахуванням його цілей та у встановленому ним порядку. При застосуванні правових актів суд повинен враховувати їхнє місце в ієрархії національного законодавства, тобто юридичну силу<sup>8</sup>.

Оскільки звернення до суду за захистом суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів учасників економічних відносин гарантоване і охороняється державою (угода про відмову від права на звернення до господарського суду є недійсною), то одним із основних завдань держави у цій сфері повинно бути вирішення проблем, пов'язаних з врегулюванням всієї сфери господарських правовідносин, а також вчинення дій щодо забезпечення неухильного дотримання законів при розгляді господарських спорів на всіх стадіях господарського процесу.

Виокремимо наступні ознаки права на судовий захист як самостійного суб'єктивного права, завдяки яким можливо надати йому визначення:

- суб'єктний склад права на судовий захист не обмежується фактом громадянства. Нарівні з громадянами України, цим правом користуються також і іноземці, і особи без громадянства. Слід також зауважити, що вказане право може належати не тільки фізичним особам, а й колективним суб'єктам, зокрема, юридичним особам;

- праву особи звернутися за захистом до суду кореспондує обов'язок незалежного і неупередженого суду розглянути відповідну справу;

- захисту підлягають не тільки права та свободи, проголошені в українському законодавстві, а й ті, що містяться в міжнародних нормативних актах, на обов'язковість дії яких дала згоду Верховна Рада України і які, відповідно, стали частиною українського законодавства;

- право на судовий захист охоплює не лише право на судовий захист порушених чи позбавлених прав, відновлення порушених прав, установлення і визнання права особи, вирішення конфліктної ситуації (спору), а також і право на оскарження самого судового рішення з підстав його незаконності та/або необґрунтованості;

- вирішення судових справ повинно здійснюватися упродовж розумного строку<sup>9</sup>.

Судовий захист прав і інтересів суб'єктів підприємництва займає особливе місце серед інших форм захисту. З одного боку, це пов'язано з високим рівнем ризиків при здійсненні підприємницької діяльності. З іншого – з наявністю у судових органів великого обсягу повноважень для такого захисту, забезпеченості виконання рішень судів державним примушенням; можливістю застосовувати превентивні заходи щодо захисту від можливих порушень прав суб'єктів підприємництва у майбутньому<sup>10</sup>.

Проголошуючи і забезпечуючи, насамперед засобами судового захисту, свободу підприємницької діяльності, законодавець прийнятими законодавчими і підзаконними актами обмежує, а в деяких випадках і встановлює заборону, суб'єктам господарювання здійснювати окремі види підприємництва.

У даному конкретному випадку йдеться про систему правосуддя, яку потрібно розуміти в її класичному значенні. Так, метою правосуддя є вирішення конфліктів шляхом розгляду на судових засіданнях конституційних, цивільних, кримінальних, господарських та адміністративних справ з додержанням встановленої законом процесуальної форми<sup>11</sup>.

Слідуючи положенням даного судження, можемо дійти висновку, що обсяг поняття «захист судом прав і охоронюваних законом інтересів» для будь-якого учасника правовідносин, у тому числі й суб'єктів господарювання, фактично дорівнює обсягу поняття «правосуддя», оскільки включає в себе практично всі основні елементи формалізованого процесуальним законом способу вирішення спору. Саме з цієї точки зору потрібно оцінювати значення судового захисту для суб'єктів господарської діяльності при відновленні їх порушеного, оспорюваного, невизнаного права чи охоронюваного законом інтересу.

Крім того, право, напевно, не мало б особливо важливого значення для суспільства та особи, якби не було забезпечене можливістю примусового здійснення, тобто реалізації права. Сутність судового захисту полягає у забезпеченні реальності правовідносин у суспільстві та наданні їм сили державного примусу. Безпосередньо сам судовий захист являє собою компетентне і безспірне визнання законності вимоги правового характеру, як правило, за допомогою державно-владного примусу відповідних осіб до реального виконання їх юридичних обов'язків<sup>12</sup>.

Разом із тим для коректного розуміння значення судового захисту під час реалізації учасниками господарських правовідносин належного їм права щодо забезпечення законності необхідно врахувати положення міжнародно-правових актів, якими обґрунтовується право на справедливий судовий розгляд. Так, на думку М. Л. Ентіна, з вміщених у ст. 6 Конвенції елементів можна виокремити чотири групи прав: органічні, інституціональні, процесуальні та спеціальні. До органічних належать елементи, що забезпечують ефективне користування цим правом та його реалізацію (доступ до правосуддя та виконання судових рішень). Інституціональні елементи – критерії, яким має відповідати як судова система держави в цілому, так і кожний національний судовий орган окремо (незалежний, неупереджений, створений на підставі закону). Процесуальні елементи права на справедливий судовий розгляд передбачають реальну участь особи або її представника в



розгляді справи, змагальність сторін під час процесу, рівність сторін на всіх стадіях судового розгляду та розумні строки розгляду. До спеціальних елементів вчений відносить додаткові гарантії, визначені в пунктах 2 і 3 ст. 6 Конвенції, що забезпечують дотримання універсальних вимог справедливого правосуддя з урахуванням особливостей кримінального процесу<sup>13</sup>.

Отже, виходячи з наведеного вище, можна зробити узагальнення про те, що судовий захист є загально-доступним і найбільш дієвим інструментом, який може бути використаний згідно з волевиявленням не тільки фізичної особи, а й суб'єкта господарювання незалежно від форми власності, для відстоювання свого порушеного, оспорюваного, невизнаного права чи охоронюваного законом інтересу.

<sup>1</sup> Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>

<sup>2</sup> Зміст конституційного права людини і громадянина на судовий захист : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://old.minjust.gov.ua/8158>

<sup>3</sup> Погорілко В. Ф. Проблеми реалізації Конституції України: теорія і практика (Нормативні документи та коментарі) : моногр. / В. Ф. Погорілко. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України : А.С.К., 2003. – С. 652.

<sup>4</sup> Господарський кодекс : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

<sup>5</sup> Аракелян М. Забезпечення конституційного права людини на захист прав і свобод судом // Право України. – 2006. – № 3. – С. 19–21.

<sup>6</sup> Правительственный портал : [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.kmu.gov.ua/control/ru/cardnpd?docid=249354164>

<sup>7</sup> Судова статистика / Звітність : [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://court.gov.ua/sudova\\_statystyka/32013](http://court.gov.ua/sudova_statystyka/32013)

<sup>8</sup> Прокопенко О. Б. Проблеми становлення справедливої судової влади / О. Б. Прокопенко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/>

<sup>9</sup> Полянський Я. Г. Правові гарантії правосуддя: проблеми забезпечення безпристрасності та об'єктивності судового розгляду / Я. Г. Полянський // Правова держава: зб. наук. пр. Ін-ту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К, 1997. – Вип. 13. – С. 149–152.

<sup>10</sup> Белоусов Е. Н. Договор страхования хозяйственных рисков: дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 «Хозяйственное право, хозяйственно-процессуальное право» / Е. Н. Белоусов. – Х. : Нац. юрид. акад. Украины им. Ярослава Мудрого, 1997. – 163 с.

<sup>11</sup> Зміст конституційного права людини і громадянина на судовий захист : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://old.minjust.gov.ua/8158>

<sup>12</sup> Сульженко Ю. Реалізація права на судовий захист у суді першої інстанції / Ю. Сульженко // Право України. – 2005. – № 7. – С. 89–94.

<sup>13</sup> Энтин М. Справедливое судебное разбирательство по праву Совета Европы и Европейского Союза / М. Энтин // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. – 2003. – № 3 (44). – С. 85–97.

#### Резюме

**Григорчук М. В. Значення судового захисту в утвердженні конституційних засад під час здійснення діяльності суб'єктами господарювання.**

У даній статті проаналізовано природу і сутність судового захисту як основного легітимного інструменту примушування іменем держави на напрямі забезпечення дотримання конституційного порядку господарювання учасниками господарських правовідносин.

**Ключові слова:** суб'єкт господарської діяльності, судовий захист, господарський процес, конституційний порядок господарювання, господарська діяльність.

#### Резюме

**Григорчук М. В. Значение судебной защиты в утверждении конституционных основ в ходе осуществления деятельности субъектами хозяйствования.**

В данной статье проанализированы природа и сущность судебной защиты как основные легитимные инструменты принуждения именем государства на направлении обеспечения соблюдения конституционного порядка хозяйствования участниками хозяйственных правоотношений.

**Ключевые слова:** субъект хозяйственной деятельности, судебная защита, хозяйственный процесс, конституционный порядок хозяйствования, хозяйственная деятельность.

#### Summary

**Hryhorchuk M. The value in strengthening judicial protection of constitutional principles in the performance of the entity.**

This article analyzes the nature and essence of judicial protection as the main legitimate instrument of coercion in the name of the state towards ensuring respect for constitutional order management participants of economic relations.

**Key words:** business entity, legal defense, commercial litigation, constitutional order management, economic activity.

**І. С. ДЕМЧЕНКО**

*Іван Сергійович Демченко, кандидат юридичних наук, докторант Інституту законодавства Верховної Ради України*

**НАЙКРАЩІ ІНТЕРЕСИ ДИТИНИ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я:  
УКРАЇНСЬКИЙ ПІДХІД**

Приймаючи ті чи інші рішення у сфері охорони здоров'я стосовно дитини, врахування її найкращих інтересів не викликає сумніву ні у батьків, лікарів чи будь-яких інших осіб. Проте яким чином реалізувати ідею «найкращих інтересів дитини» на практиці, застосовуючи наявний правовий інструментарій? Дане питання викликає дискурс серед різнопрофільних фахівців, які беруть участь у лікувальному процесі.

Рішення, що приймаються з урахуванням найкращих інтересів дитини, мають неабияке значення як у момент прийняття такого рішення, так і у майбутньому. Особливість правовідносин у сфері охорони здоров'я та делікатність ряду питань стосовно участі у них дитини зумовлює необхідність детального дослідження категорії «найкращі інтереси дитини» у сфері охорони здоров'я із позицій теорії права.

**Мета статті**, по-перше, дослідити, що являє собою категорія «найкращі інтереси дитини у сфері охорони здоров'я» з позиції теорії права та положень вітчизняного законодавства України. По-друге, оцінити вплив та взаємозв'язок правоздатності дитини та її найкращих інтересів. По-третє, визначити ситуації, у яких категорія найкращих інтересів дитини у сфері охорони здоров'я відіграє ключову роль при застосуванні у медичній практиці.

Проблематиці прав дитини загалом та прав дитини у сфері охорони здоров'я присвячено значну кількість досліджень. Зокрема, слід відмітити роботи Н. Карпачової, Н. Крестовської, З. Ромовської, Л. Міщика Н. Оніщенко, С. Сунегіна. Зазначені вчені зробили значний внесок у розвиток проблематики прав дитини на міжнародному та національному рівнях.

Окремо звертаємо увагу на роботи науковців, які досліджували права дитини у сфері охорони здоров'я та частково розглядали питання найкращих інтересів дитини у сфері охорони. Зокрема, це: С. Єллістон, Г. Миронова, М. Самофал. Однак проблематика найкращих інтересів дитини у сфері охорони здоров'я не була предметом самостійного дослідження.

Найкращі інтереси дитини у сфері охорони здоров'я: визначення.

Слід зазначити, що найкращі інтереси дитини визнаються як принцип прав дитини<sup>1</sup> та як певний універсальний стандарт. У всіх діях щодо дітей, незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, ... першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини<sup>2</sup> (ч. 1, ст. 3).

Відповідно до законодавства України *реалізація прав дитини на життя, охорону здоров'я ... ґрунтується на забезпеченні найкращих інтересів дитини*<sup>3</sup> (преам.). При цьому забезпечення найкращих інтересів дитини – дії та рішення, що спрямовані на задоволення індивідуальних потреб дитини відповідно до її віку, статі, стану здоров'я, особливостей розвитку, життєвого досвіду, родинної, культурної та етнічної належності та враховують думку дитини, якщо вона досягла такого віку і рівня розвитку, що може її висловити<sup>4</sup> (ст. 1).

М. Самофал пропонує визначати *найкращі інтереси дитини як дискреційний правовий критерій визначення потреб дитини, задоволення яких допоможе забезпечити її здоровий і нормальний фізичний, розумовий, моральний, духовний і соціальний розвиток в умовах свободи і достоїнства*<sup>5</sup>. Найкращі інтереси дитини – це певний підхід, відповідно до якого благополуччя дитини, її інтереси стоять вище прав інших заінтересованих осіб. Найкращі інтереси дитини – насамперед критерій, який застосовується судом. Однак, на наш погляд, – сфера застосування цього критерію може бути розширена на сферу охорони здоров'я.

Говорячи власне про найкращі інтереси дитини у сфері охорони здоров'я, то пріоритетність цього принципу закріплена у документах міжнародного м'якого права, зокрема – *найкращі інтереси дитини мають бути основним фактором при наданні медичної допомоги*<sup>6</sup> (п. а, ст. 3). Оскільки ми говоримо передусім про сферу охорони здоров'я, то можемо певним чином уточнити та конкретизувати наведені підходи. На наш погляд, стан здоров'я (фізичного та психічного) та його покращення є ключовим найкращим інтересом дитини у сфері охорони здоров'я.

Однак за результатом проведених групою науковців досліджень<sup>7</sup> найкращі інтереси дитини можуть проявлятися і в іншому. Так, на початку лікування дитини батьки та лікарі мають спільний погляд на найкращі інтереси дитини – виживання. У процесі лікування відбувається певне зміщення пріоритетів. Для батьків розуміння найкращих інтересів дитини розширюється за межі власне медичних міркувань, включаючи можливість вести нормальний спосіб життя, мати контроль над деякими аспектами лікування та підтримувати власну ідентичність (у тому числі – релігійну).

Але які саме інтереси дитини є найкращими та яким чином (за яких критеріїв) вони можуть бути визначені – це питання, що в кожній юрисдикції вирішується по-різному. При цьому критерії можуть бути як загальні, так і спеціальні. До загальних критеріїв зазвичай відносять: вік дитини, зрілість, потреби дитини, інколи стать тощо. До спеціальних – потенційна користь для дитини, переважання потенційної користі від можливого ризику, моральні, духовні та культурні цінності родини дитини.

Наведене дає нам змогу зробити лише таке узагальнення, що найкращі інтереси дитини у сфері охорони здоров'я – це принцип прав дитини, водночас і правовий критерій, що полягає в задоволенні її індивідуальних інтересів, який застосовується в медичній практиці, з урахуванням думки дитини.

Вплив та взаємозв'язок правоздатності дитини та її найкращих інтереси.

Відповідно до ст. 1 Конвенції про права дитини *дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку; якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше*<sup>8</sup>.

Особливістю правоздатності у сфері охорони здоров'я є те, що говорячи про правоздатність дитини, ми маємо зважати, що рівень правоздатності дитини відрізняється залежно від віку дитини.

Відповідно до Зауваження загального порядку № 12 «Право дитини бути почутою» – діти, включаючи малолітніх дітей, мають бути долучені до процесу прийняття рішень, щоб це відповідало їх здібностям, що розвиваються (п. 100). Фактично йдеться про певну зрілість дитини. У сфері охорони здоров'я прикладами можуть бути: випадки домашнього насильства, доступ до інформації щодо власного здоров'я, доступ до послуг репродуктивного здоров'я, доступ до послуг у сфері охорони попри конфлікти з батьками. На думку Комітету ООН з прав дитини, право на консультації та поради (лікарів – прим. авт.) відрізняється від права надавати медичну згоду та не повинно піддаватись будь-яким віковим обмеженням (п. 101).

У межах правового простору Ради Європи була прийнята Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину (Україна підписала дану Конвенцію у 2002 р., однак допоки ще не ратифікувала). Дана Конвенція стосується спеціальних питань – біології і медицини та їх співвідношення з правами й свободами людини. Згідно з абз. 2 ст. 6 думка неповнолітньої особи враховується як визначальний чинник, важливість якого збільшується пропорційно віку та ступеню зрілості цієї особи.

У наведених міжнародних документах окрім віку особи, наголос ставиться і на такій категорії, як «зрілість». Застосування категорії «зрілості», яка виступає суто оціночним поняттям, може викликати суттєві труднощі. Вважаємо, що врахувати аспект зрілості можливо через принцип «забезпечення найкращих інтересів дитини». Забезпечення найкращих інтересів дитини залежить від її віку, статі, стану здоров'я, особливостей розвитку, життєвого досвіду, родинної, культурної та етнічної належності. Всі зазначені фактори, на наш погляд, і визначають ступінь зрілості дитини<sup>9</sup>. У цьому аспекті зростає роль лікарів та інших фахівців сфери охорони здоров'я, які можуть оцінити рівень зрілості малолітньої дитини щодо можливості виражати свої думки та погляди.

Як вже зазначалося, у законодавстві України застосовується словосполучення «рівень розвитку», що для цілей даної статті може вважатися синонімом. Слід підкреслити, що незважаючи на закріплення ідеї «зрілості» у статті Закону України «Про охорону дитинства» щодо визначення термінів – подальшого розвитку даної ідеї фактично не має. Ані ст. 6 (право на життя та охорону здоров'я), ані ст. 9 (право дитини на вільне висловлювання думки та отримання інформації) не містять жодних положень щодо зрілості або рівня розвитку дитини. Визначальним критерієм залишається вік.

В Україні правосуб'єктність дитини залежить безпосередньо від її віку. Загальні положення щодо цивільної правоздатності розрізняють часткову (до 14 років), неповну (від 14 до 18 років) та повну дієздатність. Цивільний кодекс (ст. 284) та Основи законодавства у сфері охорони здоров'я вже встановлюють спеціальне регулювання щодо відносин із надання медичної допомоги – з 14 років, фізична особа має право на вибір лікаря та вибір методів лікування; право згоди на/відмови від медичного втручання. Однак залишається питання щодо дітей віком до 14 років. Чи можливо наголошувати на необхідності знижувати віковий поріг для відносин з надання допомоги, скажімо, до 12 чи навіть 10 років?

Знижувати віковий поріг, все ж таки, на наш погляд, є передчасним. Однак до позиції дитини потрібно прислухатись у будь-якому разі. І саме це – встановлення обов'язку прислухатися до позиції дитини – може стати ціллю для нормативного урегулювання. Хоча буває важко врахувати позицію дитини у питаннях, пов'язаних із медичною діяльністю. Можемо лише припустити, що саме на лікаря, який приймає рішення щодо здійснення того чи іншого медичного втручання, покладається певний обов'язок враховувати найкращі інтереси дитини. Лікар може дізнатися більше про стан здоров'я дитини, який у даному випадку є найвищим імперативом. Коли йдеться про дитину молодшу за 14 років, батьки чи опікуни повинні приймати рішення стосовно їхньої дитини. При цьому, на наш погляд, лікар має мати можливість не погодитися із позицією батьків чи опікунів – і прийняти відповідне рішення, базуючись саме на принципі найкращих інтересів дитини. Завданням законодавця – забезпечити таку можливість за допомогою тих чи інших засобів правового регулювання.

У ст. 24 Конвенції про права дитини акцентується увага на забезпеченні права дитини на користування послугами системи охорони здоров'я та засобами лікування хвороб і відновлення здоров'я, права на доступ до таких послуг. Окрім універсального права на доступ до охорони здоров'я, забезпечення найкращих інтересів дитини у сфері охорони здоров'я – це питання, що вирішується на національному рівні, враховуючи соціальні, історичні, культурні, релігійні фактори.

Розглянемо особливості реалізації принципу найкращих інтересів на прикладі законодавства України.  
Найкращі інтереси дитини у медичній практиці.

Перше, це фактично, ключове право у сфері охорони здоров'я – право на медичну допомогу, на звернення до лікаря чи закладу охорони здоров'я.

Відповідно до національного законодавства України дитина з 14 років має право на вибір лікаря та вибір методів лікування. Звертаємо увагу, що не можна поєднувати право на медичну допомогу та право на вибір лікаря/методів лікування. Як зазначається у ст. 284 Цивільного кодексу України, фізична особа має право на надання їй медичної допомоги. Іншими словами – право на медичну допомогу не залежить від віку.

Стосовно дітей віком до 14 років, то відповідно до національного законодавства України батьки ... є законними представниками своїх малолітніх ... дітей<sup>10</sup> (ст. 242). Батьки зобов'язані піклуватися про здоров'я дитини<sup>11</sup> (ч. 2 ст. 150). В Україні право дитини на належне батьківське виховання забезпечується системою державного контролю, що встановлена законом<sup>12</sup> (ст. 152). Сімейне законодавство України (ст. 141 Сімейного кодексу України) передбачає рівні права батьків – дане означає й необхідність згоди обох на прийняття дитиною рішень у сфері охорони здоров'я.

Батьки можуть самостійно визначати, що є найкращими інтересами для їх дитини. Зокрема, у Сімейному кодексі України закріплено положення, що батьківські права не можуть здійснюватися всупереч інтересам дитини<sup>13</sup> (ч. 2 ст. 155).

Заслуговує на увагу питання про те, яким чином можливо реалізувати право на медичну допомогу, насамперед малолітній дитині віком до 14 років.

Можуть виникнути випадки, коли дитина віком до 14 років має звернутися за медичною допомогою, наприклад – коли вона стала жертвою насильства, батьки неналежним чином виховують дитину, приділяють неналежну увагу достатньому харчуванню, безвідповідально ставляться до її здоров'я. У цьому аспекті дитина має відповідне право на захист, яке реалізується через звернення до органів опіки та піклування, служби у справах дітей, соціальних служб та інших органів за захистом своїх прав, свобод і законних інтересів.

Так, низка науковців висловлює думку, що існує потреба у виокремленні окремого права малолітньої особи на захист порушених прав та охоронюваних законом інтересів.

Можливо навести й іншу ситуацію. Наприклад – із небажаною вагітністю малолітньої чи неповнолітньої дитини. Відмовити дитині у зверненні за медичною допомогою неможливо. Також неможливо провести процедуру штучного переривання вагітності дитині до 14 років (у даному випадку – те саме і для дітей старше 14 років) без згоди її законних представників.

У такій ситуації, при зверненні дитини до лікаря (насамперед – акушер-гінеколога), необхідно враховувати й інший аспект – чи не була вагітність результатом насильства. У такому випадку вже спрацьовують інші міжнародні та національні правозахисні механізми.

Друге, це питання щодо згоди на медичне втручання дитини. У межах даного питання можливий конфлікт між позицією батьків та власне інтересами дитини, на що ми також звернемо увагу.

Традиційно батьки/опікуни та лікарі приймають рішення щодо згоди на медичне втручання стосовно дитини. Однак слід зважати, що оскільки концепція інформованої згоди на медичне втручання щодо повнолітніх осіб докорінно змінилась протягом останніх 30–50 років, то й щодо малолітніх осіб відбуваються певні зрушення. При цьому застосувати до згоди на медичне втручання малолітніх аналогічні моделі, притаманні для повнолітніх осіб, не видається можливим принаймні з двох причин. По-перше, це презумпція певної автономності у прийнятті рішень. По-друге, це питання правоздатності та зрілості, про які йшлося вище.

Вирішити, чи може дитина самостійно прийняти рішення щодо згоди на медичне втручання – є питанням складним та дискусійним. Можемо навести у якості прикладу фактори, які мають бути взяті до уваги для прийняття рішення щодо згоди на медичне втручання (т.зв. тест компетентності Гілліка)<sup>14</sup>. Зокрема, це: сприйняття та інтелект дитини; її хронологічний, психічний та емоційний вік; інтелектуальний розвиток та зрілість; її здатність самостійно приймати рішення; її здатність розуміти повною мірою суть медичного втручання; суть, наслідки та можливі ускладнення від пропонованого лікування; потенційні ризики для здоров'я та емоційний вплив від згоди чи відмови від медичного втручання; будь-які моральні та сімейні питання, що можуть виникнути.

Це лише один із прикладів можливих алгоритмів щодо відповіді на питання, чи може дитина самостійно прийняти рішення щодо згоди на медичне втручання. Існують й інші алгоритми з більш-менш схожими факторами. Вважаємо, що застосовувати даний тест у якості самостійного стандарту можливо, однак не у якості імперативу. У даному тесті відсутній фактор найкращих інтересів дитини, який, на наш погляд є визначальним.

Звернемося до національного законодавства України. Так, дитині до 14 років медичне втручання здійснюється за згодою її законних представників (батьки, опікуни); дитина з 14 років має право згоди на медичне втручання (однак при участі батьків/опікунів).

Ми вже зазначали, що на рівні права Ради Європи дискутується питання врахування думки дитини віком до 14 років. На наш погляд, говорячи про згоду на медичне втручання дитини у контексті найкращих інтересів дитини, слід зважати на наступне:

– встановити єдиний, прийнятний стандарт щодо згоди на медичне втручання дитини (насамперед віком до 14 років) не видається можливим, оскільки занадто різним є рівень зрілості дитини;

– рішення щодо згоди на медичне втручання (дітей до 14 років) приймають батьки/опікуни. Однак можливість приймати рішення батьків/опікунів не може бути абсолютною;

– враховуючи загальний поступ до переважання критерію зрілості над критерієм віку – позиції дитини має приділятися належна увага. При цьому ключовою є роль лікаря, який у силу своєї професійної підготовки, досвіду може запропонувати найкраще рішення з точки зору забезпечення здоров'я дитини, а отже, і забезпечення найкращих інтересів дитини.

Щодо можливого конфлікту між правом батьків/опікунів приймати рішення про згоду на медичне втручання та найкращими інтересами дитини. Класичним є приклад відмови батьків/опікунів від необхідного дитині медичного втручання (наприклад, справи у Європейському суді із захисту прав людини щодо свідків Іегови).

В Україні подібна ситуація відмови батьків/опікунів від необхідного дитині медичного втручання вирішується у наступному порядку<sup>15</sup> (ст. 43): 1) лікар зобов'язаний пояснити, що відсутність згоди може призвести до тяжких наслідків для дитини (взяти відповідні підтвердження); 2) якщо все ж таки батьки/опікуни не змінили своєї позиції, і їх відмова може мати тяжкі наслідки – лікар повинен повідомити про це органи опіки та піклування.

Дослідивши національну судову практику, М. Самофал зазначає, що більшість проаналізованих відмов законних представників від медичного втручання зумовлюється не ідейними переконаннями останніх, а неналежним виконанням їх батьківських обов'язків і частіше трапляється у так званих «неблагополучних сім'ях». У таких випадках суди найчастіше приймають рішення про відібрання дитини без позбавлення батьківських прав чи про позбавлення батьківських прав і направлення дитини на лікування. При вирішенні таких спірних ситуацій перед судом стоїть завдання визначення співвідношення права на свободу совісті та релігійних переконань законних представників та їх обов'язку діяти в найкращих інтересах дитини<sup>16</sup> (с. 320). Вважаємо, що нормативне закріплення принципу «найкращі інтереси дитини» може слугувати додатковим важелем на користь прийняття судом рішень про подолання відмов батьків/опікунів.

Трете, хотіли би звернути увагу на питання щодо можливих інтересів у ще ненародженій дитини.

Дана ситуація пов'язана із питанням моменту виникнення життя. Існують різні підходи до того, що вважати моментом виникнення життя (ембріональна, натусіальна, момент формування нервової системи тощо). Детально зупинятися на них ми не будемо.

Усвідомлюємо прогресивні підходи, при яких забезпечуються немайнові інтереси плоду (та інколи ембріону), однак вважаємо, що застосовувати та просувати такі ідеї на практиці необхідно з великою обачністю. Основним немайновим інтересом у такій ситуації виступає право плоду/ембріону на життя. У цьому аспекті звертаємо увагу на позицію ЄСПЛ з приводу права плоду/ембріону на життя. *Кожна людина – і контекст, у якому це поняття вживається, підтверджує думку про те, що поняття, яке цей термін означає, не охоплює ненароджених*<sup>17</sup> (п. 9) та ... «життя» плоду тісно пов'язане з життям вагітної жінки і не може тлумачитись окремо від нього. Якщо б стаття 2 (Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод – прим. авт.) охоплювала плід і якщо його захист ... вважався абсолютним, то аборт вважався б забороненим, навіть якщо продовження вагітності становить серйозну загрозу для життя вагітної жінки...<sup>18</sup> (п. 19). Певним винятком із даної позиції є справа Во проти Франції, у якій ЄСПЛ все ж таки розглянув питання щодо моменту виникнення життя, однак і не надав відповіді на дане питання<sup>19</sup> (п. 85). Додатково, у справі Еванс проти Сполученого королівства<sup>20</sup> (п. 54), ЄСПЛ зазначив, що питання про те, коли виникає право на життя у людської істоти, належить до сфери оцінювання держави.

Зважаємо на положення національного законодавства, відповідно до якого *кожна дитина має право на життя з моменту визначення її живонародженою та життєздатною за критеріями Всесвітньої організації охорони здоров'я*<sup>21</sup> (ч. 1, ст. 6). Дане положення не означає, що у плоду/ембріону не може бути певних інтересів (наприклад, відносини спадкування – ст.ст. 1222 та 1298 Цивільного кодексу України).

Можливий і інший підхід. Як підкреслює О. Пунда, ембріон (плід) є носієм суб'єктивного правового інтересу (підкреслено нами – авт.), а, отже, і суб'єктивних цивільних прав. Це пояснюється тим, що блага життя та здоров'я виникають з моменту запліднення<sup>22</sup> (с. 57). За такого підходу інтерес та право є різними категоріями. Визнаємо, що враховуючи розвиток біології, генетики, репродуктивної медицини, ембріології питання щодо зміни існуючого підходу до питання виникнення, а, отже, і захисту інтересів плоду (ембріону) може змінитись. Однак допоки що ми говоримо про найкращі інтереси дитини – тобто фізичної особи, яка володіє правосуб'єктністю.

Отже, можемо зробити висновки, що принцип найкращих інтересів дитини текстуально закріплений у національному законодавстві України – преамбулі Закону України «Про охорону дитинства» – лише з лютого 2016 року. Усіляко вітаючи дане закріплення, ми переконані, що застосування принципу найкращих інтересів дитини можливе й у сфері охорони здоров'я.

Оскільки національне законодавство не містить фактично жодних положень щодо принципу найкращих інтересів дитини у сфері охорони здоров'я, зокрема, видається доцільним доповнити національне законодавство України наступними положеннями: ст. 44 Основ законодавства України про охорону здоров'я доповнити ч. 3 наступного змісту: найкращі інтереси дитини мають бути основним фактором при застосуванні методів профілактики, діагностики, лікування, реабілітації та лікарських засобів. Відповідно, нинішня ч. 3 стане частиною 4.

Найкращі інтереси дитини у сфері охорони здоров'я – це принцип прав дитини, водночас і правовий критерій, що полягає у задоволенні її індивідуальних інтересів, який застосовується у медичній практиці, з урахуванням думки дитини. Враховуючи загальний поступ до переважання критерію зрілості над критерієм віку, позиції дитини має приділятися належна увага. При цьому ключовою є роль лікаря, який у силу своєї професійної підготовки, досвіду може запропонувати найкраще рішення з точки зору забезпечення здоров'я

дитини, а отже, і забезпечення найкращих інтересів дитини. До того ж нормативне закріплення принципу «найкращих інтересів дитини» може слугувати додатковим важелем на користь прийняття судом рішень про подолання відмов батьків/опікунів.

- <sup>1</sup> Декларация прав ребенка: Резолюция 1386 (XIV) Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1959 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_384](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_384)
- <sup>2</sup> Конвенция про права дитини: ООН, Конвенція від 20 листопада 1989 р. (зі змінами): [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_021](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_021)
- <sup>3</sup> Про охорону дитинства: Закон України № 2402-III від 26 квітня 2001 р. (зі змінами) // Офіційний вісник України. – 2001. – № 22. – С. 4. – Ст. 981, код акту 18992/2001.
- <sup>4</sup> Про охорону дитинства : Закон України від 26 квітня 2001 р. № 2402-III (зі змінами). – Там само.
- <sup>5</sup> Самофал М. М. Особливості процесу прийняття медичних рішень щодо дитини: пропозиції до законодавства [Текст] / М. М. Самофал // Науковий вісник Ужгородського національного університету / гол. ред. Ю. М. Бисага. – Ужгород : Гельветика, 2013. – Вип. 21. – Т. 1. – № Ч. 2. – С. 266–268. – С. 268. – (Серія «Право»).
- <sup>6</sup> WMA Declaration of Ottawa on Child Health: Adopted by the 50-th World Medical Assembly, Ottawa, Canada, October 1998 (with amendments) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/c4/>
- <sup>7</sup> de Vries M. C. et al. What constitutes the best interest of a child? Views of parents, children, and physicians in a pediatric oncology setting / de Vries, M. C., Bresters, D., Kaspers, G. J., Houtlosser, M., Wit, J. M., Engberts, D. P., & van Leeuwen, E. // *AJOB Primary Research*. – 2013. – Т. 4. – №. 2. – С. 1–10.
- <sup>8</sup> Конвенция про права дитини: ООН, Конвенція від 20 листопада 1989 р. (зі змінами) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_021](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_021)
- <sup>9</sup> Демченко І. Права малолітньої дитини у сфері охорони здоров'я: *Lex Specialis?* / І. Демченко // Місце дитини в українському суспільстві : зб. матеріалів Міждисциплінарної конференції. – К. : МП «Леся», 2016. – 80 с. – С. 19–20.
- <sup>10</sup> Цивільний кодекс України : Закон України № 435-IV від 16 січня 2003 р. (зі змінами) № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
- <sup>11</sup> Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 р. (зі змінами) № 2947-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002 р., № 21 від 31.05.2002, стаття 135.
- <sup>12</sup> Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 р. (зі змінами) № 2947-III. – Там само.
- <sup>13</sup> Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 р. (зі змінами) № 2947-III. – Там само.
- <sup>14</sup> Kennedy I., Grubb A. Principles of medical law / I. Kennedy, A. Grubb. – Oxford University Press, 1998. – 925 p. – P. 208.
- <sup>15</sup> Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII (із змінами) // Голос України. – 1992. – 15 грудня.
- <sup>16</sup> Самофал М. М. Відмова від медичного втручання при наданні медичних послуг дітям: проблеми законодавства і практики / М. М. Самофал // Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. / редкол. : С. В. Ківалов (голов. ред.), Л. І. Кормич (заст. голов. ред.), Ю. П. Аленін [та ін.] ; МОНмолодьспорт України ; НУ ОЮА. – Одеса : Фенікс, 2012. – Вип. 45. – С. 317–322.
- <sup>17</sup> Патон проти Сполученого Королівства : Заява № 8416/78 // Медичне право. – 2009. – № 4(II). – С. 85–93.
- <sup>18</sup> Патон проти Сполученого Королівства : Заява №8416/78. – Там само.
- <sup>19</sup> Vo v. France: Application no 53924/00. Judgement of 8 July 2004 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61887>
- <sup>20</sup> Evans v. The United Kingdom: Application no 6339/05. Judgement of 10 april 2007: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046>
- <sup>21</sup> Про охорону дитинства : Закон України від 26 квітня 2001 р. (зі змінами) № 2402. – Там само.
- <sup>22</sup> Пунда О. О. Поняття та проблеми здійснення особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування людини : моногр. / О. О. Пунда ; НДІ фін. права. – Хмельницьк.; К. : Вид-во С. Пантюка, 2005. – 435 с.

### Резюме

#### **Демченко І. С. Найкращі інтереси дитини у сфері охорони здоров'я: український підхід.**

У даній статті розглядається принцип найкращих інтересів дитини у сфері охорони здоров'я. Розглядаються вплив та взаємозв'язок правоздатності дитини на її найкращі інтереси. На основі законодавства України досліджується вплив принципу найкращих інтересів дитини на право на медичну допомогу, право на згоду на медичне втручання. Особливо розглядається питання інтересів ненародженої дитини.

**Ключові слова:** права дитини, охорона здоров'я, найкращі інтереси, права малолітніх.

### Резюме

#### **Демченко І. С. Наилучшие интересы ребенка в сфере здравоохранения: украинский подход.**

В данной статье рассматривается принцип наилучших интересов ребенка в сфере здравоохранения. Рассматриваются влияние и взаимосвязь правоспособности ребенка на его наилучшие интересы. На основе законодательства Украины исследуется влияние принципа наилучших интересов ребенка на право на медицинскую помощь, право на согласие на медицинское вмешательство. Отдельно рассматривается вопрос интересов не родившегося ребенка.

**Ключевые слова:** права ребенка, здравоохранение, наилучшие интересы, права малолетних.

### Summary

#### **Demchenko I. Best interest of the child at healthcare: Ukrainian approach.**

This article discusses the principle of the child's best interests at healthcare. Influence and the relationship between child's capacity and child's best interests is scrutinized. On the basis of the Ukrainian legislation the impact of the principle of the best interests of

the child on the right to health care, the right to consent to medical intervention were examined. Separately, problem of unborn child interests was discussed.

**Key words:** children's rights, health care, best interests, the rights of minors.

УДК 346.12

**А. М. ЗАХАРЧЕНКО**

*Андрій Миколайович Захарченко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Донецького національного університету імені Василя Стуса*

## **ГОСПОДАРСЬКІ ВІДНОСИНИ У СФЕРІ УПРАВЛІННЯ ОБ'ЄКТАМИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ ЯК СКЛADOVA ПРЕДМЕТУ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА**

Здійснення управління об'єктами державної власності як діяльності, що опосередковує реалізацію належних державі прав і обов'язків власника певних майнових об'єктів та засновника (учасника) державних підприємств, установ, організацій та господарських товариств, супроводжується виникненням майнових та інших відносин, що мають різну правову природу. До кола зазначених відносин входять й ті, що виникають за участю суб'єктів господарювання у зв'язку із залученням об'єктів державної власності в господарський оборот та їх використанням в господарській діяльності, що дає підстави для розгляду цих відносин як таких, що належать до предмета регулювання господарського права.

Теоретичне підґрунтя для дослідження окремих відносин у сфері управління об'єктами державної власності як складової предмета господарського права закладено в наукових працях О. А. Беляневич, О. П. Віхрова, В. М. Ковалю, І. М. Кравець, В. С. Мілаш, В. С. Щербини та інших представників відповідної галузі юридичної науки. Разом із тим, окремого опрацювання цього питання в науці господарського права не проводилося, і низка проблемних аспектів, які стосуються з'ясування приналежності цих відносин до тієї чи іншої групи господарських відносин, що вважаються предметом регулювання господарського права, не одержали однозначного вирішення. Вказане свідчить про актуальність порушеного питання та доцільність його дослідження.

**Метою** цієї статті є конкретизація наукових положень щодо кола господарських відносин у сфері управління об'єктами державної власності як складової предмета господарського права.

Аналіз змісту діяльності, що позначається в законодавстві й науковій літературі як «управління об'єктами державної власності», вказує на те, що ця діяльність охоплює, серед іншого, наступні напрями, які виявляються у відносинах її суб'єктів (визначених законодавством органів державної влади, НАН України, галузевих академій наук, окремих уповноважених державних господарських організацій) із суб'єктами господарювання: 1) створення господарських організацій на базі об'єктів державної власності, участь в управлінні діяльністю таких організацій та їх припинення; 2) надання об'єктів державної власності в оренду суб'єктам господарювання; 3) забезпечення створення (модернізації) і використання об'єктів державної власності на засадах державно-приватного партнерства; 4) приватизація об'єктів державної власності за участю суб'єктів господарювання; 5) продаж окремих об'єктів державної власності суб'єктам господарювання іншими способами; 6) забезпечення збереження об'єктів державної власності, які не увійшли до статутних капіталів і перебувають на балансі господарських товариств, створених у процесі приватизації та корпоратизації (ст.ст. 1–11 Закону України «Про управління об'єктами державної власності»<sup>1</sup>).

Співставлення наведених положень із положеннями Господарського кодексу України (далі – ГК України)<sup>2</sup>, в яких опосередковано дається зазначення на сукупність відносин, що утворюють предмет регулювання господарського права (господарсько-виробничі, організаційно-господарські, внутрішньогосподарські), дає підстави вважати, що частина відносин, котрі виникають при здійсненні управління об'єктами державної власності за вищевказаними напрямками, належать до кола організаційно-господарських. Насамперед, це стосується тих відносин, що виникають між суб'єктами управління об'єктами державної власності та державними господарськими організаціями, майно яких перебуває в державній власності, коли суб'єкти управління беруть участь в управлінні діяльністю таких господарських організацій, а в разі потреби – забезпечують припинення цих організацій на основі реалізації щодо них повноважень засновника, а також повноважень власника щодо закріпленого за ними майна. На підтвердження цього судження можна навести, зокрема, положення ч. 2 ст. 176 ГК України, якими передбачено, що організаційно-господарські зобов'язання можуть виникати, між суб'єктом господарювання та власником, який є засновником даного суб'єкта, або органом державної влади, наділений господарською компетенцією щодо цього суб'єкта.

Прямої відповіді на питання про видову належність відносин, що виникають між господарським товариством та його учасником, ГК України не дає, але оскільки ці відносини мають багато спільних рис із відносинами, що виникають між господарською організацією унітарного типу та її засновником, за аналогією можна дійти висновку, що зазначені відносини за участю господарських товариств також належать до організаційно-

господарських. Цей висновок поширюється і на відносини, що виникають між суб'єктами управління об'єктами державної власності та господарськими товариствами, у статутних капіталах яких є державна частка.

Разом із тим доцільно звернути увагу на те, що відносини, які виникають між господарськими організаціями та їх засновниками (учасниками), охоплюють як організаційні, так і майнові елементи, а ГК України поряд із організаційно-господарськими зобов'язаннями виокремлює й такий вид господарських зобов'язань як майново-господарські зобов'язання (ч. 2 ст. 173, ст. 175). Враховуючи це, окремі дослідники не вважають організаційно-господарськими ті відносини між господарськими організаціями та їх засновниками (учасниками), у яких відбувається переміщення майна (у тому числі грошей).

Зокрема, характеризуючи корпоративні відносини (у тому числі й ті, які виникають між учасниками господарського товариства і товариством), В. С. Щербина не погоджується із думкою О. М. Переверзева про те, що корпоративні відносини є різновидом передбачених ГК України організаційно-господарських відносин, що складаються між суб'єктами господарювання і суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю<sup>3</sup>. Натомість вчений зробив висновок, що за своєю правовою природою корпоративні відносини є поєднанням взаємопов'язаних і взаємозумовлених організаційно-господарських та майново-господарських відносин, що існують у нерозривній єдності<sup>4</sup>. Така наукова позиція пізніше була підтримана й у дисертаційному дослідженні І. В. Лукач<sup>5</sup>.

Беручи до уваги вищенаведене, варто зазначити, що ст. 3 ГК України не виокремлює такий вид господарських відносин як майново-господарські відносини, а спроба такого виокремлення не вкладатиметься в концепцію цієї та низки інших статей Кодексу, які не передбачають розмежування суто майнових та немайнових (організаційних) господарських відносин, а базуються на визнанні наявності в господарських відносинах одного виду (зокрема, виробничо-господарських) і майнового, і організаційного елементу. З урахуванням цього, для забезпечення послідовного утвердження такого підходу доцільним є чітке відображення у ГК України позиції тих науковців (О. П. Віхров<sup>6</sup>, В. М. Коваль<sup>7</sup> і ін.), які визнають, що організаційно-господарським відносинам притаманний організаційно-майновий характер, вони охоплюють собою весь спектр фактичних (організаційних і майнових) і правових зв'язків між суб'єктами господарювання та суб'єктами, які є стосовно цих суб'єктів господарювання засновниками, співзасновниками, учасниками. Дотримуючись такої позиції, В. М. Коваль пропонує доповнити ч. 6 ст. 3, ч. 1 ст. 176 ГК України зазначенням на те, що організаційно-господарські відносини охоплюють і майнові відносини між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень, а в межах організаційно-господарських зобов'язань можуть здійснюватись дії щодо передання майна<sup>8</sup>. Така пропозиція заслуговує підтримки, при цьому для уникнення різного тлумачення положень ГК України щодо кола організаційно-господарських відносин, ці положення доцільно конкретизувати, визначивши, що організаційно-господарськими відносинами є, зокрема, майнові та інші відносини, які виникають між господарськими організаціями та їх засновниками (учасниками) або уповноваженими ними органами. Відповідно, таке формулювання охоплюватиме й відносини між суб'єктами управління об'єктами державної власності та державними господарськими організаціями унітарного типу, а також господарськими товариствами, учасником (акціонером) яких є держава.

У контексті розгляду порушеного питання також викликають інтерес судження науковців-господарників про видову приналежність відносин, які виникають у сфері господарювання у зв'язку зі створенням господарських організацій. Так, за висновком О. П. Віхрова, при утворенні суб'єкта господарювання його власники (засновники) реалізують належні їм права через абсолютні організаційно-господарські правовідносини. З подачею документів для державної реєстрації суб'єктів господарювання ці правовідносини перетворюються у відносини<sup>9</sup>. Між тим В. С. Мілаш зазначає, що відносини, які виникають на стадії заснування господарських організацій, коли останні ще не набули статусу суб'єкта права (суб'єкта господарювання як такого ще немає), не вкладаються у законодавче визначення поняття організаційно-господарських відносин. У зв'язку з цим дослідниця пропонує розрізнити організаційно-господарські та управлінсько-господарські відносини, виклавши для цього ч. 6 ст. 3 ГК України в новій редакції, яка б передбачала, що організаційно-господарськими є відносини, які виникають з приводу заснування господарських організацій (об'єднань), а також у зв'язку із встановленням інших організаційних зв'язків у сфері господарювання. Управлінсько-господарськими є відносини, які виникають між учасниками відносин у сфері господарювання та органами державної влади, місцевого самоврядування у процесі управління господарською діяльністю<sup>10</sup>.

Ідея В. С. Мілаш щодо уточнення положень ст. 3 ГК України у запропонованому напрямі заслуговує на увагу і безпосередньо стосується й управління об'єктами державної власності, оскільки в ході його здійснення відбувається створення на базі цих об'єктів нових господарських організацій, які набувають відповідний статус лише після їх державної реєстрації як юридичних осіб. Однак відокремлення організаційно-господарських та управлінсько-господарських відносин навряд чи є доцільним, оскільки реалізація такого підходу означатиме відмову від більш усталеної в науці господарського права позиції, згідно з якою поняття «організація господарської діяльності» та «управління господарською діяльністю» розглядаються як родові та видові (зокрема, така позиція прослідковується у працях О. А. Беляневич<sup>11</sup>, О. П. Віхрова<sup>12</sup>, І. М. Кравець<sup>13</sup>, і ін.). З урахуванням цього, можна запропонувати дещо інший варіант вирішення порушеного питання, який полягає у розширенні законодавчого визначення організаційно-господарських відносин із віднесенням до їх кола тих відносин, що виникають з приводу створення господарських організацій.

Ще одним дискусійним питанням є питання видової належності відносин, що виникають між органами державної влади та суб'єктами господарювання у зв'язку з придбанням останніми на підставі договорів у



власність або в користування об'єктів державної власності, у тому числі відносини приватизації, оренди, концесії. Розглядаючи це питання, О. П. Віхров дотримується позиції, згідно з якою концесійні угоди, угоди приватизації та оренди державного майна є договірними організаційно-господарськими зобов'язаннями. Така позиція базується на запропонованому науковцем широкому розумінні поняття управління господарською діяльністю (господарського управління)<sup>14</sup>.

Разом із тим, така теоретична позиція поділяється не всіма представниками науки господарського права. Так, характеризуючи договір оренди державного майна і договір концесії, О. А. Беляневич підкреслює, що зобов'язання передати державне майно у володіння та користування з метою господарського використання має майново-господарський характер, і не може бути віднесено до організаційно-господарських зобов'язань. Хоч такі договори і містять елементи організаційного характеру, але вони не є організаційними (господарсько-управлінськими договорами)<sup>15</sup>. З цього випливає, що в договірних відносинах, які виникають у зв'язку з орендою і концесією об'єктів державної власності, дослідниця не вбачає наявності господарсько-управління і не вважає ці відносини організаційно-господарськими. Таку ж точку зору має В. М. Коваль, вказуючи, що зобов'язання оренди державного майна, концесії є звичайними майново-господарськими зобов'язаннями, а сама ідея поділити зобов'язання оренди на два види залежно від того, хто є власником майна, що передається в оренду, є неприйнятною. Публічно-правовий вплив на зобов'язання оренди, концесії, купівлі-продажу об'єктів приватизації має місце, але він не змінює природи цих зобов'язань як майново-господарських<sup>16</sup>.

Позиція, висловлена О. А. Беляневич та В. М. Ковалем, присутня й у практиці роботи господарських судів, котрі розглядають зазначені зобов'язання за участю суб'єктів управління об'єктами державної власності саме як майново-господарські, застосовуючи при цьому відповідні статті ГК України<sup>17</sup>. З урахуванням цього, є підстави визнати, що «горизонтальні» майнові відносини, які виникають між суб'єктами управління об'єктами державної власності та суб'єктами господарювання у зв'язку з передачею останнім вказаних об'єктів на основі договорів оренди, концесії, купівлі-продажу, не є проявом управління господарською діяльністю зазначених суб'єктів господарювання, а отже, такі відносини не можна вважати організаційно-господарськими у визначенні цього поняття, закріпленому ч. 6 ст. 3 ГК України. Не можна їх вважати й господарсько-виробничими відносинами, оскільки органи державної влади, що укладають вказані договори, не є суб'єктами господарювання. Водночас стверджувати, що такі відносини взагалі не є господарськими і не підлягають регулюванню нормами господарського права було б не виправданим, оскільки низка статей ГК України (ст. 146, § 5 гл. 30, гл. 40) та судова практика вказують на протилежне. Показовою в цьому плані є, наприклад, постанова Вищого господарського суду України від 29 квітня 2010 р. № 32/688, при винесенні якої судова колегія не погодилась з доводами відповідача з приводу того, що у відносинах з питань приватизації державного майна Фонд державного майна України не є органом державної влади, наділеним господарською компетенцією, а тому не є учасником господарських відносин. Натомість визначено, що відносини щодо приватизації державного майна є майновими відносинами у сфері господарювання<sup>18</sup>.

З урахуванням зазначеного, обґрунтованою є думка В. М. Ковалю, котрий вважає, що ст.ст. 1-3 ГК України потребують приведення у відповідність із змістом цього Кодексу шляхом розширення визначення предмета ГК України. У розвиток цієї тези науковець звертає увагу на те, що відповідно до ч. 2 ст. 175 ГК України суб'єктами майново-господарських зобов'язань можуть бути не тільки суб'єкти господарювання, а й негосподарюючі суб'єкти-юридичні особи. У зв'язку з цим автор запропонував уточнити положення ст.ст. 1, 3, 173, 175 ГК України, визначивши, що до господарських відносин (поряд із господарсько-виробничими, організаційно-господарськими та внутрішньогосподарськими) належать і відносини, в яких суб'єкт господарювання отримує за плату у власність або в користування товари від негосподарюючих суб'єктів-юридичних осіб. На думку В. М. Ковалю, таке формулювання охопить й ті відносини, що виникають між органами державної влади і суб'єктами господарювання у зв'язку з орендою та приватизацією державного майна<sup>19</sup>.

Основна ідея, закладена у таких пропозиціях, заслуговує підтримки, оскільки її реалізація дала б можливість усунути наявні суперечності в науці й законодавстві щодо низки відносин, які фактично є предметом регулювання господарського права, але не вкладаються у чинні законодавчі визначення господарсько-виробничих та організаційно-господарських відносин. Разом із тим окремі аспекти, висловлені у пропозиціях В. М. Ковалю, доцільно уточнити. По-перше, доречно взяти до уваги, що у відносинах оренди, концесії, приватизації державного майна органи державної влади виступають не як негосподарюючі суб'єкти-юридичні особи, а як представники держави. Ця теза підтверджується змістом ч. 2 ст. 175 ГК України, згідно з якою негосподарюючі суб'єкти-юридичні особи та органи державної влади і органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, виділено як різних суб'єктів майново-господарських зобов'язань. По-друге, поряд із відносинами, в яких суб'єкти господарювання отримують за плату державне майно від органів державної влади, виникають й інші відносини, в яких органи державної влади, навпаки, самі виступають замовниками певних товарів (робіт, послуг), що реалізуються суб'єктами господарювання на договірній основі. Зокрема, при здійсненні управління об'єктами державної власності уповноважені органи державної влади укладають із суб'єктами господарювання договори на проведення оцінки майна, договори про надання послуг виконавця аукціону з продажу об'єктів приватизації і ін. Такі відносини між вказаними органами та суб'єктами господарювання також мають господарсько-правову природу, і заперечувати їх приналежність до кола господарських відносин немає підстав. По-третє, потребує чіткого законодавчого вирішення і питання галузевої приналежності тих відносин, що передують безпосередньому укладенню всіх вищезгаданих договорів між

зазначеними органами та суб'єктами господарювання, і виникають, зокрема, у процесі визначення серед суб'єктів господарювання майбутніх контрагентів за такими договорами на конкурентних засадах. У зв'язку з цим при внесенні до ст. 3 ГК України доповнень щодо кола господарських відносин, які регулюються цим Кодексом, пропонується конкретизувати, що крім господарсько-виробничих, організаційно-господарських та внутрішньогосподарських відносин господарськими також є відносини, що виникають у зв'язку з укладанням та виконанням господарських договорів між суб'єктами господарювання та органами державної влади або органами місцевого самоврядування, наділеними господарською компетенцією.

У сукупності відносин, в яких проявляється управління об'єктами державної власності, помітне місце нині також належить відносинам, що виникають між суб'єктами управління та створеними у процесі приватизації і корпоратизації господарськими товариствами, на балансі яких перебуває державне майно, що не увійшло до їх статутних капіталів. Зміст цих відносин полягає в тому, що господарські товариства зобов'язані забезпечити утримання та збереження такого майна до прийняття уповноваженими суб'єктами управління рішень щодо його подальшого використання чи продажу, а вказані суб'єкти до прийняття відповідного рішення забезпечують проведення інвентаризації цього майна і здійснюють контроль за його збереженням (п. 11, 16–16-2 ч. 1 ст. 6 Закону «Про управління об'єктами державної власності»). Такі відносини поєднують в собі організаційні й майнові елементи, і в окремих випадках між їх учасниками відбувається укладання договорів зберігання державного майна та договорів про списання державного майна.

З урахуванням суб'єктного складу і змісту вказаних відносин, є підстави визнати, що за своєю природою вони є господарськими, але виходять за межі «горизонтальних» договірних відносин (оскільки вищевказані договори опосередковують лише частину дій, що вчиняються у цих відносинах) та організаційно-господарських відносин (оскільки управління господарською діяльністю відповідних господарських товариств у цих відносинах не здійснюється).

Таким чином, узагальнення вищевикладеного дозволяє умовно виокремити такі групи господарських відносин, що виникають при здійсненні управління об'єктами державної власності та належать до предмету регулювання господарського права:

1) організаційно-господарські відносини, в яких суб'єкти управління об'єктами державної власності створюють унітарні й корпоративні господарські організації, беруть участь в управлінні діяльністю таких організацій, та забезпечують їх припинення;

2) відносини, які виникають у зв'язку з укладанням та виконанням господарських договорів між суб'єктами управління об'єктами державної власності та суб'єктами господарювання;

3) інші відносини організаційно-майнового характеру, які виникають між суб'єктами управління об'єктами державної власності та суб'єктами господарювання з приводу володіння і використання вказаних об'єктів.

Наведені висновки можуть бути враховані при доопрацюванні положень ГК України, що вказують на коло господарських відносин, які охоплюються предметом регулювання цього та інших актів господарського законодавства. Поряд із цим питання господарських відносин у сфері управління об'єктами державної власності потребує подальших наукових досліджень.

<sup>1</sup> Про управління об'єктами державної власності: Закон України від 21 вересня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 46. – Ст. 456.

<sup>2</sup> Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 18–22. – Ст. 144.

<sup>3</sup> *Переверзев О. М.* Господарсько-правове забезпечення корпоративного контролю в акціонерних товариствах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / НАН України. Ін-т екон.-прав. дослідж. – Донецьк, 2004. – С. 12.

<sup>4</sup> *Щербина В. С.* Правова природа корпоративних відносин // Українське комерційне право. – 2006. – № 7. – С. 12–14.

<sup>5</sup> *Лукач І. В.* Господарсько-правове регулювання корпоративних відносин в Україні: теоретичні проблеми: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.04 / Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. – К., 2016. – С. 186.

<sup>6</sup> *Віхров О. П.* Організаційно-господарські правовідносини: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.04 / Ін-т екон.-прав. дослідж. НАН України. – Донецьк, 2009. – С. 15.

<sup>7</sup> *Коваль В. М.* Організаційно-господарські відносини і зобов'язання // Економіка та право. – 2011. – № 3. – С. 62.

<sup>8</sup> Там само. – С. 60.

<sup>9</sup> *Віхров О. П.* Вказана праця. – С. 17–18.

<sup>10</sup> *Мілаш В. С.* Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання: монографія / В. С. Мілаш; Харк. нац. ун-т міськ. госп-ва О. М. Бекетова. – Х.: ХНУМГ, 2014. – С. 44–45.

<sup>11</sup> *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України: теоретичні аспекти: Монографія. – Юрінком Інтер. – 2006. – С. 413.

<sup>12</sup> *Віхров О. П.* Вказана праця. – С. 11–12.

<sup>13</sup> *Кравець І. М.* Правове становище суб'єктів організаційно-господарських повноважень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Київський нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2008. – С. 7–8.

<sup>14</sup> *Віхров О. П.* Вказана праця. – С. 11, 16, 19–20.

<sup>15</sup> *Беляневич О. А.* Вказана праця. – С. 416–417.

<sup>16</sup> *Коваль В. М.* Вказана праця. – С. 61.

<sup>17</sup> Рішення господарського суду Дніпропетровської області від 16 жовтня 2014 р. у справі № 904/6377/14 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40975341>

<sup>18</sup> Постанова Вищого господарського суду України від 29 квітня 2010 р. № 32/688 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10257635>

<sup>19</sup> Коваль В. М. Відносини, що виникають у процесі здійснення господарської діяльності, як предмет господарського права // Університетські наукові записки. – 2011. – № 3 (39). – С. 126–128.

#### Резюме

**Захарченко А. М. Господарські відносини у сфері управління об'єктами державної власності як складова предмету господарського права.**

У статті проаналізовано коло господарських відносин, що виникають у сфері управління об'єктами державної власності і охоплюються предметом регулювання господарського права. Виокремлено основні групи таких відносин та обґрунтовано пропозиції щодо внесення відповідних уточнень до Господарського кодексу України.

**Ключові слова:** управління об'єктами державної власності, господарські відносини, господарське право.

#### Резюме

**Захарченко А. Н. Хозяйственные отношения в сфере управления объектами государственной собственности как составяющая предмета хозяйственного права.**

В статье проанализирован круг хозяйственных отношений, которые возникают в сфере управления объектами государственной собственности и охватываются предметом регулирования хозяйственного права. Выделены основные группы таких отношений и обоснованы предложения по внесению соответствующих уточнений в Хозяйственный кодекс Украины.

**Ключевые слова:** управление объектами государственной собственности, хозяйственные отношения, хозяйственное право.

#### Summary

**Zakharchenko A. Economic relations in sphere of state property management as a part of the subject of economic law.**

The article analyzes the range of economic relations which arise in the sphere of state property management and are covered by the subject of regulation of economic law. The main groups of such relations are selected and proposals about entering appropriate clarifications to Economic Code of Ukraine are justified.

**Key words:** state property management, economic relations, economic law.

УДК 347.12-053

### В. О. КОЖЕВНИКОВА

*Вікторія Олександрівна Кожевникова, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

## МЕЖІ ЗДІЙСНЕННЯ СУБ'ЄКТИВНИХ СІМЕЙНИХ ПРАВ

Правові норми ч. 1 ст. 13 Цивільного кодексу України чітко визначають межі здійснення цивільних прав та проголошують, що цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. Однак межі здійснення сімейних прав на сьогодні залишаються позбавленими чіткого законодавчого визначення. Проблемою нині залишається відсутність у Сімейному кодексі України правових норм, які б установлювали межі здійснення прав суб'єктів сімейних відносин. Невирішеним та досить актуальним є питання ймовірності застосування правової категорії межі, яка застосовується у цивільному законодавстві до суб'єктів сімейних відносин.

Наявність певних закріплених законодавцем меж допоможе суб'єктам сімейних відносин формулювати свою поведінку в чітко визначеному правовому полі.

З правомірного здійснення прав суб'єктами сімейних відносин важливим залишається встановлення загальних, визначених орієнтирів, керуючись якими особа могла б здійснювати свої права в межах закону, не порушуючи при цьому права інших.

Зокрема, вагомий внесок у розробку доктрини «правова категорія межі здійснення прав» зробили: Є. О. Мічурін («Обмеження майнових прав фізичних осіб»)<sup>1</sup>, М. О. Стефанчук («Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав»)<sup>2</sup>, П. М. Рабінович<sup>3</sup> досліджував «загальнотеоретичний аспект меж здійснення прав людини», Л. В. Красицька присвятила цьому монографічну працю «Проблеми здійснення та захисту особистих немайнових та майнових прав батьків і дітей»<sup>4</sup>, О. В. Сінегубов<sup>5</sup> спробував визначити проблематику та методологію «Здійснення особистих немайнових прав малолітніх та неповнолітніх осіб».

**Мета статті** – на підставі розробленої цивільно-правової доктрини, присвяченої проблемам меж здійснення прав фізичних осіб, установити сутність правової категорії межі здійснення прав суб'єктів сімейних відносин, визначити її правову природу та нормативні підстави встановлення.

Права суб'єктів сімейних відносин, їх обсяг, правові підстави здійснення та захисту є особливою цінністю сучасного громадського суспільства. Права суб'єктів сімейних правовідносин належать кожній людині від народження та окреслюють відповідне правове поле для реалізації своїх потреб. Положення Конституції України (ст.ст. 21–22) проголошують, що всі люди є вільними та рівними у своїй гідності та правах. Права та свободи людини є невідчужуваними й непорушними. Права людини є невичерпними. Конституційні права і свободи гарантуються та не можуть бути скасовані. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Як вказує О. В. Сінегубов, цінність будь-якого суб'єктивного права полягає не просто в можливості його здійснення, а в можливості його здійснення в певних межах<sup>6</sup>.

Звідси й здійснення шлюбно-сімейних відносин – відносин між чоловіком та дружиною, батьками та дітьми, між близькими родичами – є особливою формою суспільних відносин. Вони зумовлюються у своєму формуванні, розвитку та проявленні базисом, тобто економічним ладом суспільства на відповідному етапі його розвитку й становлення. Відповідно до цього у кожному соціально-економічному ладі існують свої специфічні шлюбно-сімейні відносини, визначений тип сім'ї.

Чинний СК України визначає порядок та особливості здійснення особистих немайнових прав подружжя, батька, матері, дитини та інших членів сім'ї. Як слушно зазначає Л. В. Красицька: «Здійснення сімейних прав відбувається під впливом певних чинників, визначених законом чи договором, завдяки чому й досягається правовий результат, на який розраховувала управомочена особа – носій суб'єктивних прав»<sup>7</sup>. Тому виникає потреба в дослідженні правових чинників та з'ясуванні сутності поняття межі здійснення прав суб'єктами сімейних правовідносин.

Правова категорія межі здійснення прав у цивілістичній науці є більш розробленою порівняно з наукою сімейного права. Сімейно-правова доктрина на основі цивілістичних розробок має удосконалювати правову категорію здійснення та межі здійснення, яка б застосовувалась до необмеженого кола суб'єктів сімейних правовідносин.

У цивілістиці межі здійснення суб'єктивного права розглядають у тісному зв'язку з межами суб'єктивного цивільного права<sup>8</sup>.

Як зазначає В. І. Смельянов, здійснення суб'єктивного права – це здійснення особою реальних дій, що відповідають сутності права та не виходять за межі дозволеного, тобто межю права<sup>9</sup>. Звідси випливає, що в процесі реалізації суб'єктивного права виникає проблема меж його здійснення.

Оскільки суб'єктивному праву приналежні певні межі, у рамках яких таке право функціонує, то разом із правом існує й внутрішня обмеженість як невід'ємна складова межі дозволеної поведінки та свободи особи. Тому «суб'єктивне право є влада, не лише забезпечення, однак і обмеження»<sup>10</sup>. Отже, межі є основною складовою частиною будь-якого суб'єктивного права суб'єкта цивільних (сімейних) правовідносин, оскільки за відсутності меж право перестає існувати та здійснювати свій вплив на суспільні відносини. Межі суб'єктивного права застосовують дію механізму правового регулювання, відповідно до якого для окремих прав визначаються обмеження, які не впливають на можливість здійснення суб'єктивного права як такого, однак здатні ускладнювати здійснення особою суб'єктивного права<sup>11</sup>. Тому встановлення меж здійснення суб'єктивного цивільного права не є обмеженням саме цих прав, а лише закріпленням принципу про рівність усіх людей у своїх правах. Усім повинна надаватися рівна можливість для здійснення своїх прав. Межі права не включають окремих правомочностей, а лише стимулюють управомочену особу в здійсненні свого суб'єктивного права, стримують у часі, місці, просторі та за деякими іншими ознаками. Водночас наявність певних закріплених законодавцем меж свідчить про те, що особа не може здійснювати своє суб'єктивне право абсолютно вільно, вона повинна діяти в межах, які окреслив їй законодавець, формулювати свою поведінку у «легітимно визначеному полі»<sup>12</sup>.

Н. С. Кузнецова з цього приводу стверджує, що законом встановлюються лише межі можливості особи діяти на свій розсуд і там, де вони не заважають здійсненню інтересів інших осіб<sup>13</sup>. Межа суб'єктивного права є встановленою мірою поведінки. Тобто, суб'єкти в межах, встановлених актами чинного законодавства, здійснюють свої особисті немайнові та майнові права та виконують пов'язані з цим обов'язки. Дослідник В. М. Коссак справедливо стверджує, що «водночас надаючи можливість уповноваженій особі вчиняти суб'єктивні цивільні права, закон визначає межі їх здійснення. Межі суб'єктивного цивільного права визначаються законом і встановлюють міру можливої поведінки уповноваженої особи у правовідносинах»<sup>14</sup>. Уваги потребує й інша точка зору, яку повною мірою обґрунтовано в правових нормах ст. 13 ЦК України, що визначає загальні межі здійснення цивільних прав. Цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. Слід зазначити, що особа також здійснює свої суб'єктивні права в межах, встановлених судом при винесенні конкретного рішення. У сімейному праві «при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватись від дій, які могли б порушувати права інших осіб завдавати шкоду довікільно або культурній спадщині. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. При здійсненні цивільних прав особа має додержуватись моральних засад суспільства»<sup>15</sup>, звичай українського народу та релігійних переконань.

У доктрині цивільного права найбільш розробленим вважається підхід професора В. П. Грибанова щодо меж у сфері здійснення прав. Оскільки здійснення суб'єктивного права являє собою реалізацію можливостей, покладених у зміст права, автор дійшов висновку, що сутність суб'єктивного права включає в себе лише можливу поведінку управомоченої особи, а відмінність здійснення права від суб'єктивного права поля-

гає в тому, що здійснення права являє собою вчинення реальних конкретних дій, пов'язаних з втіленням цієї можливості в дійсність<sup>16</sup>. А. Н. Труба з цього приводу стверджує: «Співвідношення між поведінкою, яка складає зміст суб'єктивного права та поведінкою, яка складає зміст здійснення права, вбачається перш за все як співвідношення між можливістю та дійсністю. Як наслідок, поведінка, що є складовим змістом суб'єктивного права, і поведінка, що є складовим змістом процесу його здійснення, співвідносяться як об'єктивне та суб'єктивне»<sup>17</sup>. Зміст суб'єктивного цивільного права охарактеризовано як загальний вид можливої поведінки уповноваженої особи, санкціонований об'єктивним правом, на відміну від чого зміст процесу його здійснення зводиться до здійснення уповноваженою особою реальних, конкретних дій, в яких відображено як волю самої уповноваженої особи, так і специфічні особливості даного конкретного випадку<sup>18</sup>. Тобто, слід відрізнити межі суб'єктивного права від меж його здійснення.

Професор В. П. Грибанов у своїх працях визначає наступні межі здійснення суб'єктивних прав:

- суб'єктивні межі, визначені рамками цивільної дієздатності;
- часові межі, що являють собою встановлені законом строки здійснення цивільних прав;
- вимоги здійснення права відповідно до його визначення<sup>19</sup>.

Не викликає сумнівів правильність такого підходу автора, адже дійсно, суб'єктивні межі здійснення особистих немайнових та майнових прав визначені рамками цивільної дієздатності особи, разом із тим – певними часовими межами, в рамках яких особа має змогу здійснювати права та виконувати пов'язані з цим обов'язки. Причому суб'єкти цивільних правовідносин мають здійснювати свої права не лише для задоволення власних потреб, такі права мають бути співзвучними із суспільними правами та інтересами в цілому.

Керуючись положенням ст. 8 СК України, яка дозволяє застосовувати до регулювання сімейних відносин ЦК України, якщо правовідносини (сімейні) не врегульовані повною мірою актами сімейного законодавства. Тому на підставі цього вбачається за доцільне (з метою вдосконалення існуючих підходів до меж здійснення особистих немайнових та майнових прав суб'єктів сімейних відносин) використати правові конструкції меж здійснення, розроблених у цивільному праві, та на підставі цього визначити і розробити правовий підхід до меж здійснення прав суб'єктів сімейних відносин.

Щодо меж здійснення особистих немайнових та майнових прав суб'єктів сімейних правовідносин, то в сімейному праві, так само як і в цивільному, суб'єктивні межі здійснення права визначаються кордонами (рамками) дієздатності особи.

Отже, в сімейному праві України можна встановити ті ж самі межі здійснення прав суб'єктами сімейних правовідносин:

*Суб'єктивні межі здійснення сімейних прав визначені рамками цивільної дієздатності.* Так, дитина здійснює свої суб'єктивні права лише в тих межах, які дозволені їй залежно від віку, якого наразі дитина досягла. Дитина, яка не досягла чотирнадцяти років (малолітня особа), має право самостійно вчиняти дрібні побутові правочини та здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняється законом (ст. 31 ЦК України). Тобто, від імені малолітньої дитини майнові права здійснюють її батьки, задовольняючи інтереси своєї дитини.

Неповнолітня дитина (від чотирнадцяти до вісімнадцяти років) має значно ширші межі здійснення своїх особистих немайнових та майнових прав. Крім вчинення дрібних побутових правочинів, передбачених ст. 31 ЦК України, така дитина має право самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами; самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом; бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи; самостійно укладати договір банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку).

Усі ж інші правочини неповнолітня дитина здійснює за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників (ст. 32 ЦК України). Отже, аналіз положень цивільного, сімейного законодавства, який установлює дієздатність особи, свідчить про те, що суб'єктивні межі здійснення прав визначені рамками цивільної дієздатності, оскільки дитині, залежно від її віку, законодавець установлює певні межі здійснення суб'єктивних прав.

Однак не всі сучасні науковці розділяють такий підхід. Так, Л. В. Красицька з цього приводу зазначає, що недоцільно визначати суб'єктивні межі здійснення суб'єктивних прав та межі здійснення суб'єктивних цивільних прав залежно від способу здійснення, зважаючи на те, що саме суб'єкт і визначає межі здійснення права. Суб'єкт, як носій суб'єктивного права, маючи певний обсяг дієздатності, здійснює свої права в певних межах певними способами, які він обирає самостійно, тобто вчиняє фактичні чи юридичні дії з реалізації правомочностей, що становлять зміст суб'єктивного права. Засоби примусового здійснення чи захисту належного особі суб'єктивного права більше спрямовані не на визначення певних вимог, меж для здійснення суб'єктивних прав, а на забезпечення можливості здійснення суб'єктивних прав. Вони реалізуються в охоронних правовідносинах, а не в регулятивних, в яких і визначаються межі здійснення суб'єктивних прав<sup>20</sup>. Спірною вбачається така позиція науковця, оскільки дитина самостійно не може визначати межі здійснення права, межі здійснення права визначає закон (акти цивільного, сімейного законодавства). У разі відсутності повної цивільної дієздатності малолітня, неповнолітня дитина не може повною мірою здійснювати свої майнові права та обирати при цьому способи здійснення таких прав самостійно. Тому досить логічним видається застосування розроблених у цивілістиці визначених рамок цивільної дієздатності як суб'єктивної межі здійснення прав та використання їх у науці сімейного права, причому такий підхід має відповідне нормативне закріплення в чинному законодавстві.

*Часові межі здійснення прав.* Не виникає сумнівів, що часові межі, тобто встановлені актами сімейного законодавства строки здійснення сімейних прав, мають місце в сімейному законодавстві України. Здійснення суб'єктивного сімейного права є обмеженим часовими межами. Так, за договором про патронат орган опіки та піклування передає дитину-сироту або дитину, позбавлену батьківського піклування, на виховання у сім'ю іншої особи (патронатного вихователя) до досягнення дитиною повноліття (ст. 252 СК України). Тобто, за загальним правилом, дитина вважається приналежною до сім'ї патронатного вихователя, і такий вихователь виконує, по суті, батьківські функції до того часу, доки вона не досягла повноліття. З моменту досягнення повної цивільної дієздатності договір патронату припиняє (втрачає) свою юридичну дію. Те ж саме можна сказати і про виховання дитини у прийомній сім'ї та виховання дитини в дитячому будинку сімейного типу. Права й обов'язки батьків та дітей (третіх осіб у вигляді органу опіки та піклування) діють у певних часових межах, упродовж відповідного проміжку часу, протягом якого дитина має право виховуватись у такій сім'ї.

Стосовно межі здійснення особистих і майнових прав батьків та дітей необхідно зазначити, що права дитини можуть бути здійснені лише протягом певного часу, коли людина має статус дитини – до досягнення нею повноліття<sup>21</sup>. Тому, виходячи з цього, і батьківські права мають триваючий характер, проте тимчасовий. Тобто, і батьки здійснюють свої права щодо дитини впродовж певного проміжку часу. Так, ч. 4 ст. 136 СК України чітко встановлює, що оспорювання батьківства можливе лише після народження дитини та до досягнення нею повноліття. Тим самим законодавцем чітко встановлено часові рамки, в межах яких батько (мати), які записані в свідоцтві про народження батьком (матір'ю) дитини, можуть оспорювати своє батьківство (материнство). Якщо ж такий строк пропущено, особа позбавляється (обмежується) такого права.

Часові межі здійснення права за своєю правовою природою являють собою найбільший інтерес та разом з тим найбільшу складність їх застосування. Такий стан, у свою чергу, свідчить і про найбільше практичне значення за умов сьогодення.

Разом з тим конструкцію часових меж здійснення суб'єктивних прав можна застосовувати не лише до батьків та дітей, а й до інших суб'єктів сімейних правовідносин. Зокрема, сурогатне материнство є різновидом сімейних правовідносин<sup>22</sup>. Права та обов'язки сторони договору також здійснюють упродовж певних часових меж.

Так, Р. А. Майданик договір сурогатного материнства визначає як договір, де одна сторона (подружжя або окрема особа, які не здатні мати власну дитину) передає свій генетичний матеріал для її народження іншій стороні – сурогатній матері, яка зобов'язується виносити, народити дитину, зачату методом екстракорпорального запліднення<sup>23</sup> і передати її після народження першій стороні, яка зобов'язується забрати дитину і компенсувати витрати сурогатної матері на умовах цього договору<sup>24</sup>. Тобто, після успішного завершення процедури імплантації ембріона та у випадку настання вагітності особа-замовник і сурогатна мати вступають у достатньо тривалий період, протягом якого вони є сторонами договору та зобов'язуються виконувати низку пов'язаних з цим зобов'язань один стосовно одного. Однак із моменту народження дитини та передання її стороні договору – батькам-замовникам, сімейно-правові відносини між сторонами договору сурогатного материнства припиняються. Отже, сурогатна мати та батьки замовники (батько-замовник) здійснюють свої особисті немайнові та майнові права один стосовно одного виключно протягом строку дії договірних відносин. Тому вищевказані суб'єкти сімейного права також здійснюють свої права в певних часових межах.

*Вимоги здійснення права відповідно до його призначення,* як відомо, вітчизняний законодавець відносить до меж здійснення цивільних прав. Проте такий підхід є досить дискусійним у цивілістичній науці й тому залишається не прийнятим сучасними розробниками сімейно-правової доктрини.

Так, Й. О. Покровський зазначав, що здійснення права з метою завдати іншому шкоди має назву зловживання правом<sup>25</sup>. М. М. Агарков писав, що дії, які називають зловживанням правом, здійснюються за межами права<sup>26</sup>. Тобто, згідно з думкою автора, межі здійснення сімейного права визначають належну, законну поведінку суб'єкта правовідносин і ступінь захисту таких прав. Дія суб'єкта в межах певних прав користується юридичною захищеністю, а дія, яку особа вчиняє поза межами права, не підлягає юридичному захисту.

Розробник доктрини сімейного права Л. В. Красицька також є прихильником вищевказаних цивілістичних підходів і з цього приводу зазначає, що здійснення права з метою завдати шкоди іншій особі є порушенням меж здійснення суб'єктивного права, тому проблему зловживання правом доцільно розглядати окремо від меж здійснення права<sup>27</sup>. Проте, на наш погляд, така позиція авторитетних вчених залишається досить суперечливою.

Вимоги здійснення права відповідно до його призначення слід відносити до меж здійснення цивільних прав<sup>28</sup>. Ще ЦК УРСР передбачав ряд положень, які надавали можливість захисту уповноваженою особою належних їй суб'єктивних прав. Можливість суб'єктів захищати належне їм суб'єктивне право прямо передбачено і в чинному ЦК та СК України (так, особа має право на самозахист своїх прав від їх порушень, ч. 1 ст. 18 ЦК України). Аналіз вказаної норми свідчить про те, що термін «самозахист» включає в себе як вчинення фактичних дій, так і застосування заходів оперативного впливу для захисту суб'єктивного права.

В. В. Луць справедливо вважає обґрунтованою позицію В. П. Грибанова, відповідно до якої зміст права на захист включає можливість уповноваженої особи самостійно здійснювати захист порушеного суб'єктивного права власними діями з дотриманням норм права<sup>29</sup>. До захисних дій можуть належати й дії, що вчиняються уповноваженою особою до ненастання порушення суб'єктивного цивільного права<sup>30</sup>. Не варто заперечувати факту існування в особі права вчиняти дії, спрямовані на недопущення порушень права та вчинення відповідних дій, які з цього права випливають. Таке право є не складовою права на захист, а самостійним

суб'єктивним цивільним правом. Дії щодо його реалізації є звичайним здійсненням цього права<sup>31</sup>. Вказаний підхід підтримується й національним сімейним законодавством України, яке не допускає дії особи, що вчиняється з наміром завдати шкоди іншій особі, крім того, не допускається будь-яке зловживання правом, яке може існувати в інших формах (ч. 3 ст. 13 ЦК України).

Безумовно, в сімейному праві також існує заборона щодо вчинення протиправних дій. Так, при здійсненні прав батьків та дітей не допускається вчинення дій з наміром завдати шкоди іншій особі<sup>32</sup>. Тому можна стверджувати, що вчинення активних дій з метою недопущення порушення права суб'єктів сімейних відносин є самостійним здійсненням цього права та існує поза межами зловживання права.

У сімейно-правовій доктрині під поняттям «межі права» слід насамперед розуміти реалізацію суб'єктом сімейних відносин певної можливості, яку суб'єкт здатний для себе набувати у зв'язку з нормативним закріпленням її прав. Тому під межами здійснення сімейних прав варто розуміти міру можливої поведінки особи при здійсненні нею будь-якого суб'єктивного сімейного права, встановленого для віх суб'єктів правовідносин.

Отже, можемо зробити висновок, що межі є основною складовою частиною будь-якого суб'єктивного права, оскільки за відсутності меж право перестає існувати та впливати на суспільні (сімейні) відносини.

У сімейному праві України суб'єктивні межі здійснення особистих немайнових та майнових прав визначені рамками цивільної дієздатності особи та разом з тим певними часовими межами, в рамках яких особа має змогу здійснювати права та виконувати пов'язані з цим обов'язки. Причому суб'єкти цивільних правовідносин мають здійснювати свої права не лише для задоволення власних потреб. Такі права мають бути співзвучні суспільним правам та інтересам у цілому.

До меж здійснення сімейних прав слід віднести вимогу, що не допускає дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншим суб'єктам. Таке право є не складовою права на захист (зловживанням права), а самостійним суб'єктивним цивільним правом. Дії щодо його реалізації є звичайним здійсненням цього права.

Під межами здійснення сімейних прав варто розуміти міру можливої поведінки особи при здійсненні нею будь-якого суб'єктивного сімейного права, встановленого для віх суб'єктів правовідносин.

<sup>1</sup> Мичурин Е. О. Осуществление и ограничение вещных прав : моногр. / Е. О. Мичурин. – М. : Юрист, 2011. – 340 с.

<sup>2</sup> Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав / М. О. Стефанчук. – К. : КНТ, 2008. – 184 с.

<sup>3</sup> Рабінович П. М. Межі здійснення прав людини (загальнотеоретичний аспект) / П. М. Рабінович // Вісник Академії правових наук України. – 1996. – № 6. – С. 8.

<sup>4</sup> Красицька Л. В. Проблеми здійснення та захисту особистих немайнових та майнових прав батьків і дітей : моногр. / Л. В. Красицька. – Донецьк, 2014. – С. 492.

<sup>5</sup> Сінегузов О. В. Здійснення особистих немайнових прав осіб, що не досягли повноліття : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. / О. В. Сінегузов. – К., 2015. – 39 с.

<sup>6</sup> Там само.

<sup>7</sup> Красицька Л. В. Вказана праця. – С. 111.

<sup>8</sup> Горбась Д. В. Здійснення суб'єктивних цивільних прав фізичних осіб: поняття, способи, межі : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Д. В. Горбась. – К., 2008. – С. 104.

<sup>9</sup> Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами / В. И. Емельянов. – М. : Лекс-книга, 2002. – С. 39.

<sup>10</sup> Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. – М. : Издание бр. Башмаковых, 1912. – С. 610.

<sup>11</sup> Мичурин Е. О. Вказана праця.

<sup>12</sup> Стефанчук М. О. Вказана праця. – 184 с.

<sup>13</sup> Кузнецова Н. С. Общетеоретические проблемы личных неимущественных прав / Н. С. Кузнецова // Личные неимущественные права: проблемы теории практики применения : сб. статей и иных материалов / под. ред. Р. А. Стефанчука. – К. : Юринком Интер, 2010. – С. 48.

<sup>14</sup> Цивільне право України : підруч. : у 2-х кн. / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова. – К. : Юринком Интер, 2002. – Кн. 1. – С. 208–209.

<sup>15</sup> Проблеми здійснення та захисту особистих немайнових та майнових прав батьків і дітей : моногр. / Л. В. Красицька. – Донецьк, 2014. – С. 195.

<sup>16</sup> Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав / В. П. Грибанов // Осуществление и защита гражданских прав. – М. : Статут, 2000. – С. 145.

<sup>17</sup> Труба А. Н. Субъективное право, удержание и пределы его осуществления : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. Н. Труба. – Тюмень, 2006. – С. 144.

<sup>18</sup> Грибанов В. П. Вказана праця.

<sup>19</sup> Там само. – С. 146.

<sup>20</sup> Красицька Л. В. Проблеми здійснення та захисту особистих немайнових та майнових прав батьків і дітей : моногр. / Л. В. Красицька. – Донецьк, 2014. – С. 195.

<sup>21</sup> Там само. – С. 196.

<sup>22</sup> Коренга Ю. В. Договір сурогатного материнства в сімейному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Ю. В. Коренга. – Луцьк, 2014. – С. 11. – 195 с.

<sup>23</sup> Екстракорпоральне запліднення – процес, у ході якого яйцеклітини запліднюються спермою поза межами організму. Назва цієї медичної технології походить від двох латинських слів extra – зовні і corpus – тіло. Також має назву запліднення in vitro «у пробірці», англ. IVF – In vitro fertilization.

<sup>24</sup> Майданик Р. А. Репродуктивні права. Сурогатне материнство / Р. А. Майданик. – К. : Алерта, 2013. – С. 19.

<sup>25</sup> Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – 4-е изд., испр. – М. : Статут, 2003. – С. 118.

<sup>26</sup> Агарков М. М. Проблемы злоупотребления правом в советском гражданском праве / М. М. Агарков // Цивилистическая практика. – 2002. – № 3. – С. 99.

<sup>27</sup> Красицька Л. В. Вказана праця. – С. 203.

<sup>28</sup> Грибанов В. П. Вказана праця. – С. 44.

<sup>29</sup> Особливості здійснення суб'єктивних прав учасниками цивільних відносин : моногр. / за заг. ред. академіка НАПрН України В. В. Луця. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 37 с.

<sup>30</sup> Гражданское право : учеб. : в 2 т. / В. С. Ем, И. А. Зенин, Н. И. Коваленко и др. ; отв. ред. Е. А. Суханов. – М. : БЕК, 2002. – Т. 1. – С. 413.

<sup>31</sup> Особливості здійснення суб'єктивних прав учасниками цивільних відносин : моногр. / за заг. ред. академіка НАПрН України В. В. Луця. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 42 с.

<sup>32</sup> Красицька Л. В. Проблеми здійснення та захисту особистих немайнових та майнових прав батьків і дітей : моногр. / Л. В. Красицька. – Донецьк, 2014. – С. 203.

### Резюме

#### **Кожевникова В. О. Межі здійснення суб'єктивних сімейних прав.**

Стаття присвячена аналізу доктринальних підходів до правової категорії «межі здійснення прав». Виявлено низку меж здійснення прав суб'єктів сімейних відносин. Обґрунтовано позицію, згідно з якою межі здійснення прав в сімейних відносинах слід поділяти на: суб'єктивні, часові межі здійснення прав та вимоги здійснення права відповідно до його визначення.

**Ключові слова:** суб'єкт, сімейні відносини, суб'єктивні межі, часові межі, право вимоги, здійснення суб'єктивних прав, особисті немайнові права, майнові права.

### Резюме

#### **Кожевникова В. А. Пределы осуществления субъективных семейных прав.**

Статья посвящена анализу доктринальных подходов к правовой категории «граница осуществления прав». Установлен ряд границ осуществления прав субъектов семейных отношений. Аргументировано позицию, согласно которой границы осуществления прав в семейных отношениях нужно разделять на: субъективные, часовые границы осуществления прав и требование осуществления прав в соответствии с его определением.

**Ключевые слова:** субъект, семейные отношения, субъективные границы, часовые границы, право требования, осуществление субъективных прав, личные неимущественные права, имущественные права.

### Summary

#### **Kozhevnikova V. The sequence of limits of using rights by the subjects of family law.**

The statement of principle is intended for analyze of fundamental access of legal category “limits of using rights”. Was found the sequence of limits of using rights by the subjects of family law. So was proved that limits of using rights in family law we should split on: subject limits, time limits in according with it's definition.

**Key words:** subject, family relations, subjective limits, time limits, claim, usage of subjective rights, individual moral rights, property rights.

УДК 347.9

### О. О. КОТ

*Олексій Олександрович Кот, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

## ПОНЯТТЯ ЗАХИСТУ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Проблема захисту суб'єктивних цивільних прав традиційно є об'єктом пильної уваги дослідників. У вітчизняній науці цивільного права ця проблематика також завжди була і залишається актуальною: вона досліджувалась, зокрема, в монографіях «Охорона і захист прав та інтересів фізичних та юридичних осіб у цивільних правовідносинах»<sup>1</sup>, «Особливості захисту суб'єктивних цивільних прав»<sup>2</sup> тощо, стала предметом системних досліджень у галузі цивільного права України.

Кодифікація цивільного законодавства вже за часів незалежної України, сутнісно змінила місце інституту захисту приватних прав у системі сучасного цивільного права, навіть порівняно з цивільними кодексами інших пострадянських держав. Так, якщо в Цивільному кодексі Російської Федерації питанням захисту присвячені окремі статті у главі, яка регулює виникнення цивільних прав та обов'язків, здійснення та захист цивільних прав, то у ЦК України відповідні норми були виведені в окрему Главу 3 «Захист цивільних прав та інтересів» (ст.ст. 15–23 Кодексу).



Новий ЦК України 2004 р., на відміну від попередніх кодифікацій цивільного законодавства України, надав достатньо детальну регламентацію інституту здійснення та захисту цивільних прав. Відтак є підстави стверджувати, що норми нового ЦК (окремі з яких були на час його прийняття якщо не революційними, то, як мінімум, дуже прогресивними для пострадянського суспільства) дали суттєвий поштовх розвитку фундаментальних цивілістичних досліджень в Україні, зокрема, й вченню про захист суб'єктивних цивільних прав.

Разом з тим можна погодитись із відзначеною Т. І. Ілларіоною тенденцією, коли у науковій літературі найчастіше замість визначення захисту даються дефініції права на захист чи безпосередньо засобів захисту<sup>3</sup>. Така ситуація не рідкість і для сучасної цивілістичної літератури. Проте очевидно, що право на захист перебуває у нерозривному зв'язку із захистом цивільних прав, є його передумовою, але не повинне отожднюватись із останнім. Наведений підхід затіює питання про сутність та правову природу захисту цивільних прав, підмінюючи його дослідженням права на захист, що, на нашу думку, є недостатньо обґрунтованим.

Суб'єктивне право за його сутністю розуміється вченими як свобода<sup>4</sup> чи як влада<sup>5</sup>. Свобода свого часу була влучно окреслена італійським філософом права Б. Леоні як можливість особи примусити інших не примушувати її до чого-небудь<sup>6</sup>. І дійсно, суб'єктивне право надає особі свободу діяти певним чином, за власною волею та на власний розсуд. Тим не менш, не завжди можливість діяти трансформується у фактичні дії. Причиною такого розриву між моделлю поведінки та фактичною поведінкою можуть слугувати фактичні або ж юридичні перешкоди, що виникають на шляху уповноваженої особи з волі інших осіб. У такій ситуації більш адекватним і вдалим є розуміння суб'єктивного цивільного права як певної влади, що надана особі. Поняття влади передбачає наділення певної особи можливістю вимагати підкорення від інших, незалежно від того, чи готові вони розглядати цю конкретну вимогу в якості прийнятної або бажаної для себе, чи ні<sup>7</sup>.

Таким чином, сама сутність суб'єктивного права передбачає можливість уповноваженої особи підкоряти своїй волі у цій визначеній сфері життя поведінку інших осіб. Звичайно, за винятком передбачених у законі випадків (самозахист і т.п.), для того, щоб досягти поведінки інших, відповідної волі уповноваженого, зазвичай необхідно звернутись до уповноваженого суб'єкта – держави. Однак держава у цьому випадку лише здійснює «фактичне підкорення», а підстава таких дій лежить виключно в наявності суб'єктивного права в уповноваженої особи і наявності її волі на досягнення відповідної поведінки зобов'язаної особи. Відтак, захист права іманентно пов'язаний і притаманний відповідному суб'єктивному праву.

Погоджуючись із висловленою в літературі думкою про те, що «правове регулювання будь-яких суспільних відносин, пов'язане із процесом трансформації правових приписів в площину фактичних суспільних відносин, передбачає, що кожне суб'єктивне право в разі його порушення гарантовано забезпечується можливістю його примусового відновлення або захисту»<sup>8</sup>, особливо підкреслимо, що можливість захисту виступає гарантією самого суб'єктивного права.

Нерозривний функціональний зв'язок між суб'єктивним правом та його захистом підтверджується також відомими особливостями формування та змісту з часів римського права. Як відомо, римські юристи не розробляли вчення про суб'єктивні права. Керуючись практичною метою, вони звертали більшу увагу на допомогу, яку необхідно було надати безпосередньо у випадку порушення, аніж на абстрактне право, що рухається своїм мирним та спокійним кроком<sup>9</sup>. Відповідно римській доктрині лише судовий захист існуючого права давав йому справжню цінність і завершеність. Але цей захист не пов'язувався у римлян нерозривно із самим матеріальним правом. Тільки у тих випадках, коли орган держави встановлював можливість пред'явлення позову, можна було казати про право, яке захищається державою. У цьому сенсі римське право називають не системою прав, а системою позовів. Й. О. Покровський, розглянувши так звані *actio in factum* щодо спірних ситуацій, не передбачених едиктом, взагалі дійшов висновку про те, що позов тут виступає не звичайним здійсненням права, а значно більшим – творцем і корінням суб'єктивного права. Не буде даного позову, і в руках того, хто звертається, не залишиться нічого, навіть *nudum jus* (голого права. – О.К.), адже зовні позову правовідношення не існує взагалі<sup>10</sup>. Однак наведені особливості побудови римського права були б неможливими, якщо б захист не був би невід'ємною властивістю суб'єктивного права як такого.

З урахуванням наведеного необхідно підходити й до визначення поняття захисту суб'єктивних цивільних прав – питання, яке до сьогодні не отримало у цивілістичній доктрині остаточного вирішення.

В узагальненому вигляді, як правило, виділяють три основних концептуальних підходи до розуміння поняття «захист цивільних прав».

Перший підхід, який можна умовно іменувати теорією функції, полягає кваліфікації захисту права як функції права, що виражається в охоронюваному впливі норм, який має на меті відновити право, компенсувати порушений інтерес, припинити протиправні дії, що перешкоджають здійсненню права чи забезпеченню правопорядку. Ця точка зору послідовно відстоювалася Т. І. Ілларіоною<sup>11</sup> та була сприйнята іншими дослідниками<sup>12</sup>.

Друга концепція зводиться до визначення захисту цивільних прав через категорію «заходи». Так, Я. М. Шевченко, посилаючись на позицію Ю. Г. Басіна, розглядає захист права як передбачену законом для боротьби із правопорушеннями систему заходів, що спираються на державний примус та спрямовані на забезпечення недоторканності права та ліквідацію наслідків його порушення<sup>13</sup>. Крім Я. М. Шевченко та Ю. Г. Басіна<sup>14</sup> цей підхід має й інші прихильників<sup>15</sup>, він знайшов своє втілення і в учбовій літературі з цивільного права<sup>16</sup>.

Насамкінець, третьою є теорія діяльності, в межах якої під захистом цивільних прав розуміють правозастосовну діяльність, що здійснюється компетентним органом або безпосередньо уповноваженою особою у випадках, визначених законом, з метою відновлення порушеного, невизнаного чи оспорюваного суб'єктив-

ного права та інтересу<sup>17</sup>. На думку Ю. Д. Притики, традиційне визначення поняття захисту прав можна дещо модифікувати, поклавши в його основу категорію діяльності, що допоможе повніше відобразити притаманні цьому правовому явищу якості. У зв'язку із цим захист прав може бути визначений як юридична діяльність, спрямована на усунення перешкод на шляху здійснення суб'єктами своїх прав та припинення правопорушення, відновлення положення, що існувало до правопорушення<sup>18</sup>. І ця теорія має своїх прихильників<sup>19</sup> і також знайшла своє відображення в учбовій цивілістичній літературі<sup>20</sup>.

Наведена класифікація до певної міри може вважатися умовною, оскільки нерідко виникають труднощі з тим, щоб визначитися, яку саме теорію підтримує той чи інший дослідник. Так, В. О. Тархов пропонував визначати захист як *міру дозволеної поведінки* уповноваженої особи, виражену у можливості самостійно чи за допомогою юрисдикційних органів застосувати до зобов'язаної особи *заходи державно-примусового характеру* з метою усунення перешкод у здійсненні суб'єктивного права, відновлення його в первісне положення чи покарання за порушення<sup>21</sup> (курсив наш. – О.К.). Інші дослідники підтримують розуміння захисту як *функції*, яка здійснюється шляхом застосування компетентними органами цивільно-правових санкцій, але одразу ж зазначають, що таке розуміння захисту надає суб'єктам захисту характер *активних дій* з реалізації права на захист<sup>22</sup> (курсив наш. – О.К.).

На наш погляд, ця ситуація обумовлена тим, що наведені теорії характеризують різні ознаки та властивості захисту цивільних прав як багатогранного явища. Більш точно з огляду сутності явища захисту цивільних прав розкривається через категорію заходів. Водночас і характеристику захисту через вказівку на дієвий елемент не можна вважати зайвою чи, навіть, помилковою.

Зауважимо, що згідно з ч. 1 ст. 16 ЦК України кожна особа має право *звернутися до суду за захистом* свого особистого немайнового або майнового права та інтересу (курсив наш. – О.К.). Вочевидь, у даному випадку йдеться не про звернення за «заходом», а про звернене до суду прохання вжити (застосувати) конкретний захід. Відтак, ця норма більше спирається на розуміння захисту як акту (дії), тим більше, що і формулюванням способів захисту у ст. 16 ЦК України підкреслюється, що захист цивільних прав відбувається *шляхом застосування* відповідних способів: *визнання права, визнання правочину недійсним, припинення дії, яка порушує право, відновлення становища, яке існувало до порушення, та інших*.

Разом із тим навряд чи можна визнати вдалим зроблені в науковій літературі та судовій практиці спроби вийти за межі вказаних теорій при характеристиці захисту цивільних прав. Зокрема, не є безспірною позиція, висловлена свого часу Г. Я. Стоякіним, який стверджував, що правовий захист включає в себе і видання норм, які встановлюють права та обов'язки, визначають їх здійснення та захисту і загрожують застосуванням санкцій, і діяльність суб'єктів із здійснення своїх прав та захисту суб'єктивних прав, і попереджувальну діяльність державних і громадських організацій, і діяльність з реалізації правових санкцій. У даному випадку, певно, відбувається змішування різних елементів механізму цивільно-правового регулювання.

Також не є обґрунтованим змішування категорій захисту цивільних прав та способів захисту чи способів охорони. Зокрема, в цій частині потребує коригування позиція Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, яка під захистом цивільних прав розглядає передбачені законом способи охорони цивільних прав у разі їхнього порушення чи реальної небезпеки такого порушення<sup>23</sup>.

Водночас наведена позиція суду касаційної інстанції актуалізує іншу наукову і практичну проблему, яка у загальних рисах може бути охарактеризована наступним чином. Суб'єкт правозастосовної діяльності недвозначно висловився стосовно того, що потреба у захисті цивільних прав виникає не тільки у випадку порушення цих прав, а й у разі настання реальної небезпеки (загрози) їх порушення. Проте в об'єктивному праві закріплений до певної міри непослідовний підхід до можливості захисту прав осіб за таких обставин.

Згідно з ч. 1 ст. 15 ЦК України кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Відповідно до ст. 1 ЦПК України завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. До того ж, за змістом ч. 1 ст. 3 ЦПК України кожна особа має право в порядку, встановленому ЦПК, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів.

Водночас у господарському процесуальному законодавстві міститься норма, яка сформульована не настільки категорично. Зокрема, в силу ч. 1 ст. 1 ГПК України підприємства, установи, організації, інші юридичні особи, громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності, мають право звертатися до господарського суду згідно з встановленою підвідомчістю господарських справ за захистом своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів, а *також для вжиття передбачених цим Кодексом заходів, спрямованих на запобігання правопорушень* (курсив наш. – О.К.).

Крім цього, і цивільне законодавство містить норми, спрямовані на захист цивільних прав ще до настання моменту їх порушення. Так, у ч. 2 ст. 386 ЦК України встановлено, що власник, який має підстави передбачати можливість порушення свого права власності іншою особою, може звернутися до суду з вимогою про заборону вчинення нею дій, які можуть порушити його право, або з вимогою про вчинення певних дій для запобігання такому порушенню.

Наведене дає підстави для наступних висновків: 1) за загальним правилом, вітчизняне цивільне законодавство виходить з того, що захисту підлягає лише право, яке порушене, не визнається або оспорюється; але 2) у певних випадках закон допускає звернення особи до суду з метою попередження порушення його права,

яке ще не сталося. Вочевидь, між цими двома позиціями існує певна неузгодженість, причиною якої можна визнати зіткнення прагнень законодавця надати учасникам приватних правовідносин можливість попереджувати порушення своїх прав із традиційним вченням про захист права.

У цьому контексті додаткової актуальності набирає питання про співвідношення категорій «охорона прав» та «захист прав», яке стало предметом широкої дискусії в юридичній літературі.

Найбільш поширеною є точка зору, згідно з якою поняття правової охорони є ширшим за поняття захисту права. Історично таку думку тривалий час підтримували представники науки процесуального права, якими право на захист сприймалося винятково як дії компетентних державних органів, спрямовані на захист порушеного права. Серед сучасних вітчизняних цивілістів М. В. Сидоренко стверджує, що охороняються права й інтереси постійно, а захищаються тільки тоді, коли порушуються, тому захист є моментом охорони, одна з її форм<sup>24</sup>. На думку Я. В. П'янової, про охорону прав слід говорити як про правовий засіб, що попереджує порушення, а про захист – як про такий, що настає за порушенням і тягне за собою відновлення відповідного суб'єктивного права<sup>25</sup>. Цю точку зору поділяють також інші вітчизняні науковці. Проте запропоноване розмежування понять «захист прав» та «охорона прав» не узгоджується із наведеними вище висновками про можливість превентивного захисту суб'єктивних цивільних прав.

По-іншому обґрунтовує співвідношення вказаних цивілістичних категорій Я. М. Шевченко, яка вважає, що поняття охорони включає в себе поряд із заходами економічного, політичного, ідеологічного характеру, що забезпечують нормальне регулювання суспільних відносин, попередження правопорушень, усунення причин, які їх породжують (регулятивні норми), також і заходи, спрямовані на поновлення чи визнання прав у випадку їх порушення чи оспорювання, а саме: захист (охоронні норми)<sup>26</sup>. У схожому ключі характеризує охорону прав в рамках її співвідношення із захистом прав також М. К. Сулейменов, у цілому характеризуючи охорону як сукупність заходів, що забезпечують нормальний процес реалізації прав<sup>27</sup>.

Л. О. Красавчикова розглядає захист як різновид охорони, що використовується в разі існуючого правопорушення, а охорону – як вид стосовно категорії правового регулювання в цілому. При цьому автор стверджує, що охорона за своєю структурою диференціюється на три ланки: регулятивну, забезпечувальну і захисну. У контексті охорони приватного життя, на думку вченої, регулятивна ланка передбачала заходи, які окреслюють межі свободи особистого життя і регламентують поведінку третіх осіб. Забезпечувальна ланка має своєю функцією гарантію реальності цивільно-правової охорони в цілому, оскільки одного надання прав, як і наділення обов'язками, недостатньо. Необхідно юридично забезпечити належне виконання цих обов'язків і реалізацію свободи, закладеної в інституті. До числа заходів забезпечення належать різні матеріальні і процесуальні гарантії, що забезпечують реалізацію заходів регулятивної та захисної ланки. А ця остання ланка охорони включає в себе заходи захисту і заходи відповідальності<sup>28</sup>.

Таким чином, Я. М. Шевченко, М. К. Сулейменов та Л. О. Красавчикова розглядають правову охорону як більш широку категорію, ніж правовий захист, яка включає в себе останню. Утім, ці дослідники не проводять розмежування між зазначеними категоріями залежно від моменту вчинення правопорушення зобов'язаною особою. Відтак, даний підхід може бути узгоджений із висновками про можливість превентивного захисту цивільних прав.

Водночас зазначена позиція може бути розвинута в наступному напрямі. Навряд чи можна заперечувати дисциплінуючу та забезпечувальну роль впливу правових норм і юридичних гарантій на поведінку учасників цивільних правовідносин. Також є очевидним, що правові норми та гарантії, з одного боку, та заходи захисту прав, з іншого, – є категоріями різного порядку. Норми та гарантії (у наведеному значенні) є абстрактними за дією, натомість заходи захисту завжди є прикладними, застосовуються в межах конкретних правовідносин і щодо конкретних прав. Таким чином, хоча й вбачаються дискусійними доводи Н. П. Бондар про відмінності в методах реалізації охорони й захисту, однак можна погодитися з нею в тому, що на відміну від абстрактного об'єкта охорони об'єкт захисту завжди конкретний<sup>29</sup>.

У будь-якому разі, право на захист необхідно відокремлювати від реальних дій, безпосередньо спрямованих на захист порушеного права. У такому контексті право на захист можна розглядати як передбачену законом можливість застосувати встановлені законом або договором примусові заходи, спрямовані на припинення правопорушення та відновлення порушеного права або, у разі неможливості його відновлення, на компенсацію заподіяних правопорушенням збитків та моральної шкоди. Водночас захистом прав є дії управомоченої особи, спрямовані на досягнення зазначеної мети.

<sup>1</sup> Охорона і захист прав та інтересів фізичних та юридичних осіб в цивільних правовідносинах / за заг. ред. академіка НАПрН України Я. М. Шевченко. – Х. : Харків юридичний, 2011. – 528 с.

<sup>2</sup> Особливості захисту суб'єктивних цивільних прав : моногр. / за заг. ред. академіків НАПрН України О. Д. Крупчана та В. В. Луця. – К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – 400 с.

<sup>3</sup> *Илларионова Т. И.* Проблема охранительных функций гражданского права / Т. И. Илларионова // Илларионова Т. И. Избранные труды. – Екатеринбург : Изд-во Уральского университета, 2005. – С. 253.

<sup>4</sup> *Зубчик Ю.* Щодо сутності суб'єктивного права / Ю. Зубчик // Юридична Україна. – 2012. – № 2. – С. 18. – С. 14–18 ; *Трубецкой Е. Н.* Лекции по энциклопедии права / Е. Н. Трубецкой. – М. : Т-во типографии А. И. Мамонтова, 1917. – 227 с. – С. 157.

<sup>5</sup> *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права / Л. Эннекцерус. – М. : Изд-во иностранной литературы, 1949. – Т. 1: Введение и общая часть. Полумом 1. – 436 с. – С. 240.

- <sup>6</sup> Леони Б. Свобода и закон / Бруно Леони ; пер. с англ. В. Кошкина под ред. А. Куряева. – М. : ИРИСЭН, 2008. – 308 с. – С. 64.
- <sup>7</sup> Ллойд Д. Идея права / Деннис Ллойд ; пер. с англ. М. А. Юмашева, Ю. М. Юмашев. – М. : ЮГОНА, 2002. – 416 с. – С. 30.
- <sup>8</sup> Кузнецова Н. С. Цивільно-правова відповідальність і захист цивільних прав / Н. С. Кузнецова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2009. – № 81. – С. 100–106. – С. 100.
- <sup>9</sup> Гудсмит Ж. Е. Курс пандектов. Общая часть / Ж. Е. Гудсмит ; пер. Я. К. Богачевич ; под ред. Л. Ф. Снегирева. – М. : Типография Л. Ф. Снегирева, 1881. – 386 с. – С. 258.
- <sup>10</sup> Покровский И. А. Право и факт в римском праве. Часть II. Генезис преторского права / И. А. Покровский. – К. : Типография Императорского Университета св. Владимира, 1902. – 209 с. – С. 188–189.
- <sup>11</sup> Илларионова Т. И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер : учеб. пособ. / Т. И. Илларионова. – Свердловск : Изд-во Уральского университета, 1980. – 76 с. – С. 39; Илларионова Т. И. Система гражданско-правовых охранительных мер / Т. И. Илларионова // Илларионова Т. И. Избранные труды. – Екатеринбург : Издательство Уральского университета, 2005. – С. 160.
- <sup>12</sup> Асланян Н. П. Основные проблемы разработки современного учения о защите гражданских прав / Н. П. Асланян // Защита частных прав : проблемы теории и практики : материалы междунар. науч.-практ. конф. (г. Иркутск, 20–12 апреля 2012 г.) / отв. ред. Н. П. Асланян. – Иркутск : Изд-во БГУЭП, 2012. – С. 7–12. – С. 10.
- <sup>13</sup> Шевченко Я. Н. Правовое регулирование ответственности несовершеннолетних / Я. Н. Шевченко // Шевченко Я. М. Вибрані праці (1964–2012 рр.) / вступне слово акад. Н. С. Кузнецова ; відп. ред. Р. О. Стефанчук. – К. : Асоціація цивілістів України ; Одеса : Центр дослідження права ім. Савиньї ; Кам'янець-Подільський : Друкарня «Рута», 2012. – С. 50–198. – С. 92.
- <sup>14</sup> Басин Ю. Г. Оперативные санкции как средство защиты гражданских прав / Ю. Г. Басин, А. Г. Диденко // Юрий Григорьевич Басин : Ученый, Учитель, Личность. – Алматы : Юридическая фирма «АЕQUITAS», 2013. – С. 256–265. – С. 258.
- <sup>15</sup> Сулейменов М. К. Защита гражданских прав / М. К. Сулейменов // Сулейменов М. К. Избранные труды по гражданскому праву. – М. : Статут, 2006. – С. 142–170. – С. 147.
- <sup>16</sup> Цивільне право України. Загальна частина : підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. – 3-те вид., перероб. і доп. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 176. – 976 с.; Гражданское право : учеб. : в 3 т. / Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев [и др.] ; отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. – 6-е изд., перераб. и доп. – М. : Велби, Проспект, 2006. – Т. 1. – 776 с. – С. 335.
- <sup>17</sup> Підлубна Т. М. Право на захист цивільних прав та інтересів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Т. М. Підлубна. – К. : [Б/в], 2009. – 209 с. – С. 10.
- <sup>18</sup> Притика Ю. Д. Поняття і диференціація способів захисту цивільних прав та інтересів / Ю. Д. Притика // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка, 2004. – Вип. 60–62. – С. 16–19. – С. 16–17 (Серія «Юридичні науки»).
- <sup>19</sup> Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : моногр. / Р. О. Стефанчук ; відп. ред. Я. М. Шевченко. – К. : КНТ, 2008. – 626 с. – С. 177; Арефьев Г. П. Понятие защиты субъективного права / Г. П. Арефьев // Процессуальные средства реализации конституционного права на судебную и арбитражную защиту: Межвузовский тематический сборник / отв. ред. Р. Е. Гукасян. – Калинин : Изд-во КГУ, 1982. – С. 19.
- <sup>20</sup> Ромовська З. Українське цивільне право : Загальна частина. Академічний курс : підруч. / Зорислава Ромовська. – К. : Атіка, 2005. – 560 с. – С. 480.
- <sup>21</sup> Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть. Курс лекций / В. А. Тархов. – Чебоксары : Чувашское книжное изд-во, 1997. – 331 с. – С. 269.
- <sup>22</sup> Андреев Ю. Н. Механизм гражданско-правовой защиты / Ю. Н. Андреев. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2010. – 464 с. – С. 34.
- <sup>23</sup> Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 березня 2014 р. у справі № 6-53660св13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38137970> ; Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 26 березня 2014 р. у справі № 6-50856св13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38139704>
- <sup>24</sup> Сидоренко М. В. Судовий захист цивільного права та інтересу як загальна засада цивільного законодавства України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / М. В. Сидоренко. – Одеса : [Б/м], 2012. – С. 89.
- <sup>25</sup> П'янова Я. В. Судовий захист майнових цивільних прав : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Я. В. П'янова. – 224 с. – С. 12.
- <sup>26</sup> Власник і право власності / Я. М. Шевченко, М. В. Венецька, І. М. Кучеренко ; за ред. Я. М. Шевченко. – К. : Наукова думка, 1994. – 163 с. – С. 130.
- <sup>27</sup> Сулейменов М. К. Защита гражданских прав / М. К. Сулейменов // Сулейменов М. К. Избранные труды по гражданскому праву. – М. : Статут, 2006. – С. 142–170. – С. 146.
- <sup>28</sup> Красавчикова Л. О. Гражданско-правовая охрана личной жизни советских граждан : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Л. О. Красавчикова. – Свердловск : [Б/м], 1979. – 15 с. – С. 7–8.
- <sup>29</sup> Бондар Н. П. Питання вдосконалення окремих елементів механізму захисту суб'єктивних цивільних прав / Н. П. Бондар // Вісник господарського судочинства. – 2010. – № 1. – С. 148–154. – С. 151.

### Резюме

#### **Кот О. О. Поняття захисту суб'єктивних цивільних прав.**

Стаття присвячена проблематиці такого інституту, як захист суб'єктивних цивільних прав. Автор, зокрема, приділяє значну увагу визначенню самого суб'єктивного права, його сутності як можливості уповноваженої особи підкоряти своїй волі у визначеній сфері життя поведінку інших осіб. У статті наголошується на нерозривному функціональному зв'язку між суб'єктивним правом та його захистом. Грунтуючись на аналізі існуючих в літературі підходів до визначення поняття захисту суб'єктивних цивільних прав, автор пропонує власний підхід до визначення захисту цивільних прав.

**Ключові слова:** суб'єктивне цивільне право, захист суб'єктивних цивільних прав, охорона прав.

### Резюме

**Кот А. А. Понятие защиты субъективных гражданских прав.**

Статья посвящена проблематике такого института, как защита субъективных гражданских прав. Автор, в частности, уделяет значительное внимание определению самого субъективного права, его сущности как возможности уполномоченного лица подчинять своей воле в определенной сфере жизни поведение других лиц. В статье подчеркивается неразрывная функциональная связь между субъективным правом и его защитой. Основываясь на анализе существующих в литературе подходов к определению понятия защиты субъективных гражданских прав, автор предлагает собственный подход к определению защиты гражданских прав.

**Ключевые слова:** субъективное гражданское право, защита субъективных гражданских прав, охрана прав.

### Summary

**Kot O. The concept of subjective civil rights protection.**

The article is devoted to the problems of such an institute as protection of subjective civil rights. The author in particular devotes considerable attention to the definition of the subjective right, its essence as a possibility of the authorized person to subordinate behaviour of others to his will in a certain area of life. The article emphasizes the inextricable functional connection between subjective right and its protection. Based on the analysis of existing in the literature approaches to the definition of the concept of subjective civil rights protection, the author offers his own approach to the definition of civil rights protection.

**Key words:** subjective civil law, subjective civil rights protection, protection of rights.

УДК 347.637

### **Б. К. ЛЕВКІВСЬКИЙ**

*Богдан Казимирович Левківський, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

## **СПОСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ДИТИНИ ВІД ЗЛОВЖИВАННЯ БАТЬКІВСЬКИМИ ПРАВАМИ**

З моменту проголошення Україною незалежності в нашій країні розпочалася діяльність щодо зміни внутрішнього законодавства з метою приведення його у відповідність до найвищих міжнародних принципів та стандартів. І хоча мета цих змін проголошується як необхідність забезпечення всім громадянам та особам, які не є громадянами України, але на законних підставах перебувають на території нашої держави, належних умов для реалізації й захисту прав та свобод за міжнародними стандартами, на практиці маємо протилежний результат. Значна частина норм матеріального права не узгоджена, прямо суперечить одна одній, що погіршує стан дотримання прав і свобод громадянина та людини в нашій країні. Такі негативні наслідки реформування чинного законодавства пов'язані передусім з тим, що його зміни, на жаль, не мають системного характеру. У силу низки причин, серед яких можна виділити основні, зокрема відсутність у реформаторів належної компетенції, нерозуміння суті правовідносин, відсутність загального бачення проблеми, дія заради дії (реформа заради реформи), тобто не спрямованість на досягнення результату або взагалі його непередбачуваність, і останнє: відсутність єдиного підходу, так би мовити, стандартів реформування, яких обов'язково мали б дотримуватися всі без винятку представники політичних сил та уряду незалежно від партійної приналежності.

На жаль, негативні наслідки непродуманого реформування останніх років не минули й сімейне законодавство України. Норми, які мають забезпечувати зміцнення сім'ї як соціального інституту і як союзу конкретних осіб, утверджувати почуття обов'язку перед батьками, дітьми та іншими членами родини, побудови сімейних відносин на паритетних засадах, на почуттях взаємної любові й поваги, взаємодопомоги і підтримки, забезпечення кожної дитини сімейним вихованням, можливістю духовного й фізичного розвитку в окремих випадках є декларативними, а деколи – позбавилися частини санкцій, які дозволяли ефективно здійснювати захист суб'єктів цих правовідносин.

Разом із тим слід зазначити, що в результаті аналізу динаміки розвитку та змін сімейного законодавства України за минуле століття можна зробити висновок про його, як правило, якісно-позитивні зміни. У другій половині ХХ ст. в сімейне законодавство України було впроваджено низку нормативних актів, що по-новому регулювали сімейні відносини.

За часів уже незалежної України було розроблено низку нормативних актів за останніми світовими стандартами, законопроекти, які пропонували механізми, спрямовані на забезпечення безперешкодної реалізації фізичними особами України своїх немайнових прав. Усі ці зміни стосувалися не тільки регулювання відносин між членами сім'ї, а й реформування державної системи влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, розвитку мережі соціальних закладів для дітей, захисту дітей від жорстоко-

го поведження, посилення відповідальності за торгівлю дітьми та сексуальну експлуатацію дітей, посилення відповідальності посадових осіб органів, які зобов'язані діяти в інтересах дитини та забезпечувати охорону її законних прав та інтересів.

З початку XXI ст. на шпальтах спеціалізованих наукових видань неодноразово висвітлювалися не тільки досягнення, а й прогалини чинного нині сімейного законодавства, недосконалість окремих норм та термінів, які не тільки не виконують своїх завдань, а в деяких випадках є настільки «штучними», що не відповідають сучасним відносинам, що існують у нашому суспільстві.

Погоджуючись з більшістю висновків науковців, котрі не припиняють до цього часу критично висловлюватися щодо норм нового Сімейного кодексу, слід все ж таки віддати належне його розробникам, оскільки завдяки їм сімейне законодавство незалежної України – одна із перших галузей, які врешті позбулися старого політичного забарвлення. Так, якщо порівняти два основні нормативні акти Сімейний кодекс України (далі – СК України) та Кодекс про шлюб та сім'ю України (далі – КпШС України), останній містив положення, котрі стосуються місця сім'ї, подружжя, дітей в соціалістичному суспільстві, положень, які втратили свою актуальність.

Позбувшись низки неактуальних норм та положень «старого» законодавства, СК України, на жаль, позбувся й низки прогресивних положень, відсутність яких у сучасному сімейному законодавстві не дає змоги здійснювати ефективний захист прав та інтересів дитини, зокрема у випадку зловживання батьками батьківськими правами.

Проблема зловживання батьківськими правами останнім часом набула в Україні загрозливих масштабів, у той час як чинне сімейне законодавство, на жаль, не містить відповідних прямих санкцій за таку поведінку, а в наукових колах не має єдиного підходу щодо належних та можливих реакцій з боку держави на таку поведінку батьків. Вирішуючи спірні питання між собою, намагаючись досягти власних цілей, особливо в кризовій сім'ї або під час розлучення та вирішення спорів, які супроводжують процес розлучення, батьки здебільшого не замислюючись нехтують правами та інтересами дитини, забуваючи, що дитина – не об'єкт, а суб'єкт правовідносин, який потребує турботи та уваги.

У науковій літературі питанню зловживання батьківськими правами присвячено низку праць, однак не зважаючи на таку увагу з боку науковців на сьогодні відсутні єдині погляди щодо необхідності та допустимості введення терміна «зловживання батьківськими правами» в сучасне законодавство України, введення відповідної санкції за зловживання батьківськими правами.

Питанню можливих та відповідних способів захисту від такої неправомірної поведінки уповноважених суб'єктів не приділено належної уваги ні у спеціалізованих наукових виданнях, ні в окремих комплексних дослідженнях із сімейного права\*.

Більшість існуючих наукових робіт присвячені або проблемам захисту прав суб'єктів сімейних правовідносин, без акцентування уваги на питанні обрання належного способу захисту, або присвячені захисту прав дітей в Україні, проблемам застосування санкцій, притягнення до відповідальності батьків за невиконання або неякісне виконання обов'язків щодо виховання дітей.

Така прогалина в наукових дослідженнях не відповідає завданням сучасної науки, що, зокрема, полягає в комплексному дослідженні будь-якого явища. Якщо у правовідносинах беруть участь два суб'єкти (батьки та діти), то завдання права, закону полягає в регулюванні цих відносин, з урахуванням їх суті, забезпеченні прав кожної зі сторін, створення можливості для задоволення їх інтересів з урахуванням розвитку суспільства, його моральних цінностей та прагнень. У свою чергу, наукові дослідження насамперед мають охоплювати проблематику, актуальну з точки зору кожного суб'єкту правовідношення на сьогоднішній день, а також пропонувати таку правову конструкцію, яка буде виконувати своє призначення якомога довше.

З огляду на зазначену вище актуальність проблеми зловживання батьківськими правами на сучасному етапі та відсутність у чинному законодавстві України дієвих механізмів протидії зловживанню батьками пра-

\* Останніми працями, в яких висвітлено проблему зловживання батьківськими правами, є, зокрема, такі: Колінчук Х. Г. Зловживання батьківськими правами в контексті інституту зловживання суб'єктивними цивільними правами [Текст] / Х. Г. Колінчук // Національний університет «Києво-Могилянська академія». Наукові записки. Юридичні науки – К. : Пульсари, 2009. – Т. 90; Логвінова М. В. Зловживання батьківськими правами: постановка проблеми [Текст] / М. В. Логвінова // Вдосконалення правового захисту прав та основних свобод людини і громадянина : матеріали всеукраїнської наук.-практ. конференції молодих вчених та аспірантів (23 квітня 2010 р.). – Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2010. – С. 82–86.

### Окремі питання зловживання батьківськими правами висвітлено в наукових роботах:

Левківський Б. К. Проблеми судебной защиты права ребёнка оставляют собственную страну и возвращаются в неё [Текст] / Б. К. Левковский // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 1; Левківський Б. К. Особенности реализации и защиты в Украине отдельных прав ребёнка [Текст] / Б. К. Левківський // Альманах цивилистики : сб. ст. – 2012. – Вып. 5; Труба В. І. Право ребёнка на выезд за пределы Украины [Текст] / В. І. Труба // Актуальные проблемы науки и практики гражданского, жилищного и семейного права : материалы Международной науч.-практ. конференции, посвященной 91-летию со дня рождения доктора юридических наук, профессора В. П. Маслова (г. Харьков, 15 февраля 2013 г.) / Национальный университет «Юридическая Академия Украины имени Ярослава Мудрого», Национальная академия правовых наук Украины [и др.]. – Х. : Право, 2013. – 400 с.; Кожевникова В. О. Проблематика обмежень особистих немайнових прав фізичних осіб у сімейному праві [Текст] / В. О. Кожевникова // Треті юридичні диспути з актуальних проблем приватного права» присвяченій пам'яті Є. В. Васильовського : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 17 травня 2013 р.) / упоряд. та відповід. ред. І. С. Канзафарова ; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечникова. – Одеса : Астропринт, 2013. – 460 с.

вами щодо дітей, вбачається необхідним у межах даної статті визначити загальні висновки щодо можливих та допустимих способів захисту прав та інтересів дітей від зловживання батьківськими правами. **Метою** даної роботи також є розробка пропозиції щодо удосконалення чинного сімейного законодавства України, зокрема щодо доповнення норм матеріального права відповідними санкціями за зловживання батьківськими правами.

Досліджуючи будь-яке явище, слід насамперед звернути увагу на те, що саме було закладено в основу того терміна, яким дане явище охоплюється та визначається. Отже, необхідно дослідити етимологічне значення терміна «зловживання». Так, у словнику С. І. Ожегова зловживання розтлумачується в двох значеннях: як вживання на зло, незаконно або недобросовісно, і як проступок, що утворюється внаслідок незаконного, злочинного використання своїх прав та можливостей<sup>1</sup>. З урахуванням даного тлумачення можна стверджувати, що закріплюючи в чинному законодавстві термін «зловживання», законодавцем було взято за основу зазначене вище тлумачення слова «зловживання».

У юридичній літературі міститься низка визначень терміна «зловживання правом». Достатньо навести окремі з них, зокрема:

1) зловживання правом визначено як заснована на корисливих спонуканнях поведінка уповноваженого суб'єкта, що суперечить природі суб'єктивного права, закріпленої в його нормах меті, або пов'язане з залученням неправових (незаконних) засобів для її досягнення. Зловживання правом пов'язано із залученням уповноваженою особою таких засобів, форм, способів для здійснення належного їй права, які виходять за межі обсягу даного права. Особливість зловживання правом проявляється в тому, що воно виникає в зв'язку зі здійсненням суб'єктивних прав; суб'єкт виходить за встановлені законом межі реалізації права; при вживанні права на зло завдається шкода інтересам суспільства, держави, правам і законним інтересам громадян. Що дуже важливо, при зловживанні правом зло, у кінцевому рахунку, звернуто і на самого правокористувача, оскільки така поведінка завжди викликає по відношенню до нього небажану правову реакцію<sup>2</sup>;

2) зловживання правом (суб'єктивним) – особливий вид юридично значущої поведінки, яка полягає в соціально шкідливих учинках суб'єкта права, у використанні недозволених конкретних форм у межах дозволеного законом загального типу поведінки, що суперечить цільовому призначенню права. Зловживання своїми правами полягає в недобросовісному їх здійсненні<sup>3</sup>.

Однак вбачається, що перше визначення більш вдале, ніж друге, оскільки друге визначення терміна «зловживання правом» не містить одного важливого елемента, за наявності або встановлення якого можна кваліфікувати дії уповноваженого суб'єкта як зловживання правом. Таким важливим елементом є мета, з якою уповноважений суб'єкт вчиняє або утримується від вчинення юридично необхідних (можливих) дій. Так, саме мета, оскільки якщо уповноважений суб'єкт діє (утримується від дій) не з метою завдати шкоди іншому суб'єкту або взагалі не допускає, що його дії (утримання від дій) можуть мати негативні наслідки для іншого суб'єкта, кваліфікувати дії уповноваженого суб'єкта як зловживання правом неможливо.

Водночас і перше визначення не є вдалим для застосування в нормі матеріального права, оскільки є занадто громіздким. Зазначене свідчить про необхідність розробки та закріплення більш вдалого поняття зловживання батьківськими правами.

У батьківському правовідношенні уповноваженим суб'єктом є батьки, які відповідно від чинного законодавства наділені певним обсягом прав та обов'язків щодо дитини. На жаль, відсутність у чинному СК України детальної регламентації прав дітей ускладнює захист їх прав та інтересів. Однак ця прогалина певною мірою компенсується можливістю застосування до правовідносин, які виникають між батьками та дітьми в Україні, норм міжнародних договорів (ст. 13 СК України), а також норм інших галузевих нормативних актів, зокрема Закону України «Про охорону дитинства», Закону України «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей» тощо.

Результати правового аналізу чинного сімейного законодавства України доводять, що на рівні норм СК України знайшла закріплення значна кількість особистих немайнових прав та обов'язків батьків щодо виховання дитини, відповідальність, санкції за невиконання або неякісне виконання батьківських обов'язків щодо дитини.

Так, чинним нині СК України закріплено принцип здійснення батьківських прав – здійснюючи свої права, батьки зобов'язані враховувати інтереси дитини. Це зокрема прямо передбачено в нормі ст. 155 СК України, здійснення батьками своїх прав та виконання обов'язків мають ґрунтуватися на повазі до прав дитини та її людської гідності. Батьківські права не можуть здійснюватися всупереч інтересам дитини.

Але, як було зазначено на початку даної статті, існують випадки, коли батьки в силу різних обставин порушують зазначений принцип здійснення батьківських прав, діють виключно з метою спричинення негативних наслідків для дитини, для того з батьків, з яким проживає дитина,

На жаль, у сучасному сімейному законодавстві України не закріплено не тільки визначення терміна «зловживання батьківськими правами», а й санкцій за такі дії. На відміну від СК України, у нормах КпШС України було передбачено санкцію за зловживання батьківськими правами. Так, відповідно до норми ст. 70 КпШС України була передбачена найсуворіша санкція за поведінку батьків, яка має ознаки зловживання батьківськими правами – позбавлення батьківських прав. У зазначеній нормі чітко було зазначено, що батьки або один з них можуть бути позбавлені батьківських прав, якщо буде встановлено, що вони зловживають своїми батьківськими правами.

У науковій літературі висловлювалася пропозиція, що з метою захисту прав та інтересів дитини необхідно внести зміни в чинне сімейне законодавство України, повернутися до норми, яка була закріплена в

КпШС України, відповідно до якої батьки або один з них можуть бути позбавлені батьківських прав, якщо буде встановлено, що вони зловживають своїми батьківськими правами<sup>4</sup>.

Слід зазначити, що чинний СК України повністю не відмовився від терміна «зловживання правом». У чинному нині СК України існує норма, яка передбачає право дитини на захист від зловживань з боку законного представника – опікуна або піклувальника (ст. 247). На жаль, передбачаючи право дитини на захист від зловживання правами опікуна або піклувальника, у СК України не міститься жодної санкції за порушення зазначеного права дитини.

Однак відповідно до норми ст. 250 СК України опіка піклування над дітьми припиняється у випадках, встановлених Цивільним кодексом України (далі – ЦК України), а в нормі ст. 75 ЦК України чітко зазначено, що за заявою органу опіки та піклування суд може звільнити від повноважень опікуна або піклувальника в разі невиконання ними своїх обов'язків, порушення прав підопічного. І хоча зазначену норму не можна назвати прямою санкцією, оскільки за своїм характером вона є диспозитивною, наділяє уповноваженого суб'єкта правом обрати один з можливих варіантів.

Як ми зазначали вище, у науковій літературі відсутня одностайна позиція щодо зловживання батьківськими правами в окремих випадках. Зокрема, досить характерним є питання безпідставної відмови одного з батьків надати дозвіл на виїзд дитини за межі України, оскільки одні автори вважають, що залежно від обставин та наслідків для дитини такі дії необхідно кваліфікувати як зловживання батьківськими правами, а інші не погоджуються з такими висновками.

Вбачається, що не можна погодитися з тими авторами, які стверджують, що безпідставна відмова одного з батьків надати дозвіл на виїзд дитини за межі України незалежно від обставин має кваліфікуватися як невиконання батьками своїх обов'язків щодо виховання дитини<sup>5</sup>. Необхідно ще раз наголосити, що кваліфікацію дій батьків у такому випадку слід здійснювати залежно від обставин та мети того з батьків, котрий безпідставно відмовив у наданні дозволу дитини на виїзд за межі України.

У випадку безпідставної відмови одного з батьків надати дозвіл на виїзд дитини за кордон його дії необхідно кваліфікувати як зловживання батьківськими правами. У науковій літературі висловлювалася пропозиція у цьому випадку застосовувати спосіб захисту, передбачений п. 3 ч. 2 ст. 18 СК України, однак у зв'язку з відсутністю прямої санкції здійснювати позбавлення батьківських прав за такі дії, залежно від характеру дій уповноваженого суб'єкта та наслідків для дитини. Залежно від обставин позбавлення батьківських прав можливе з підстав, зазначених у п. 2 ч. 1 ст. 164 СК (ухиляється від виконання батьківських обов'язків) або п. 3 ч. 1 ст. 164 СК (жорстоко поводить з дитиною)<sup>6</sup>.

За таких обставин можна говорити, що у випадку зловживання батьківськими правами, які не мають системного характеру, або не спричинили шкідливих для дитини наслідків, або рівень таких наслідків є незначним, рівень відповідальності батьків має бути значно м'якшим, ніж у випадку систематичного зловживання батьківськими правами або якщо таке зловживання спричинило негативні для дитини наслідки (для її здоров'я та життя).

Звичайно, що для забезпечення прав та інтересів дитини від зловживання батьківськими правами необхідно обирати належний спосіб захисту. Саме обрання належного способу захисту дасть змогу ефективно та своєчасно, навіть в умовах сучасного судочинства України, забезпечити дитині відповідні умови для реалізації її прав та досягнення інтересів.

На підставі вищезазначеного можна зробити висновок, що і науковці, і законодавець на різних етапах розвитку сімейного законодавства України, визначаючи зловживання правом як недопустиму поведінку уповноваженого суб'єкта, що може спричинити або спричинила шкоду іншому суб'єкту правовідношення, належними та допустимими способами захисту від такої поведінки передбачали припинення правовідношення, а також припинення дій, які порушують сімейні права.

Однак у чинному сімейному законодавстві, зокрема у СК України, не закріплено норми, відповідно до санкції якої за зловживання батьківськими правами винну особу можна притягти до сімейно-правової відповідальності, застосувати певні способи захисту.

З метою захисту прав та інтересів дітей від зловживання батьківськими правами слід закріпити в чинному СК України передусім термін «зловживання батьківськими правами», а також відповідні санкції за таку неправомірну поведінку, залежності від характеру якої та наслідків для дитини встановити і рівень відповідальності.

Щодо визначення зловживання батьківськими правами, то вбачається, що під зловживанням батьківськими правами слід розуміти поведінку батьків щодо дитини, яка виходить за встановлені законом межі реалізації батьківських прав з метою спричинення шкоди інтересам як самої дитини, так і інтересам другого з батьків.

Як зазначалося вище, вбачається правильним, що залежно від характеру дій уповноваженого суб'єкта, котрий зловживає своїми батьківськими правами, з урахуванням наслідків, які були спричинені в результаті таких дій, способи захисту можуть бути різними – це припинення дій, які порушують сімейні права, так і припинення правовідношення.

Що стосується такого способу захисту, як припинення дій, що порушують сімейні права, то застосовувати зазначений спосіб буде можливим у випадку зловживання батьківськими правами, які не мали системного характеру та суттєвих негативних наслідків. Доцільно закріпити відповідне положення в нормі ч. 2 ст. 155 СК України і додати речення такого змісту: «Зловживання батьківськими правами є протизаконним».



Також необхідно змінити норму ст. 152 СК України, яку доповнити частиною п'ятою такого змісту: «Орган опіки та піклування або суд, у десятиденний термін з моменту звернення, зобов'язаний ухвалити рішення про припинення батьками дій, які порушують сімейні права та інтереси дитини унаслідок зловживання батьківськими правами».

Якщо говорити про такий спосіб захисту, як припинення правовідношення, то вбачається доцільним закріпити його в п. 2 ч. 1 ст. 164 СК України, виклавши зазначений пункт у новій редакції, додавши після слів «по вихованню дитини» слова «неодноразово вдавалися до зловживання батьківськими правами або/та якщо таке зловживання мало значні негативні наслідки для дитини».

<sup>1</sup> Ожегов С. И. Словарь русского языка: 70 000 слов / С. И. Ожегов ; под ред. Н. Ю. Шведовой. – 21-е изд., перераб. и доп. – М. : Рус. яз., 1989. – 924 с. – С.234.

<sup>2</sup> Злоупотребление правом // Яндекс.Словари Элементарные начала общей теории права. – 2003 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://slovari.yandex.ru/~%D0%BA%D0%BD%D0%B8%D0%B3%D0%B8/%D0%AD%D0%BB%D0%B5%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D0%B0%D1%80%D0%BD%D1%8B%D0%B5%20%D0%BD%D0%B0%D1%87%D0%B0%D0%BB%D0%B0%20%D0%BE%D0%B1%D1%89%D0%B5%D0%B9%20%D1%82%D0%B5%D0%BE%D1%80%D0%B8%D0%B8%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0%D0%97%D0%BB%D0%BE%D1%83%D0%BF%D0%BE%D1%82%D1%80%D0%B5%D0%B1%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%BC/> (дата звернення: 10.11.13). – Назва з екрана.

<sup>3</sup> Зловживання правом / Л. І. Охрімчук, О. Є. Бурлай : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : [https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%97%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B6%D0%B8%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F\\_%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%BC](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%97%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B6%D0%B8%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F_%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%BC) (дата звернення: 14.12.16). – Назва з екрана.

<sup>4</sup> Колінчук Х. Г. Зловживання батьківськими правами в контексті інституту зловживання суб'єктивними цивільними правами [Текст] / Х. Г. Колінчук // Національний університет «Києво-Могилянська академія». Наукові записки. Юридичні науки. – К. : Пульсар, 2009. – Т. 90. – С. 72.

<sup>5</sup> Труба В. І. Право ребѣнка на выезд за пределы Украины [Текст] / В. І. Труба // Актуальные проблемы науки и практики гражданского, жилищного и семейного права : материалы Международной науч.-практ. конференции, посвященной 91-летию со дня рождения доктора юридических наук, профессора В. П. Маслова (г. Харьков, 15 февраля 2013 г.) / Национальный университет «Юридическая Академия Украины имени Ярослава Мудрого», Национальная академия правовых наук Украины [и др.]. – Х. : Право, 2013. – 400 с. – С. 52.

<sup>6</sup> Левківський Б. К. Проблеми судового захисту права дитини залишати власну країну та повертатися в неї [Текст] / Б. К. Левківський // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 1. – С. 198–201. – С. 200.

## Резюме

### **Левківський Б. К. Способи захисту прав та інтересів дитини від зловживання батьківськими правами.**

Статтю присвячено дослідженню питання належних та допустимих способів захисту прав та інтересів дитини від зловживання батьківськими правами. Автор розглядає способи захисту прав та інтересів дитини від зловживання батьківськими правами та пропонує внести відповідні зміни до чинного законодавства України, передбачивши певні санкції за зловживання батьківськими правами, з урахуванням обставин та наслідків такого зловживання для дитини.

**Ключові слова:** права та інтереси дитини, батьківські права, зловживання батьківськими правами, способи захисту, відповідальність батьків.

## Резюме

### **Левковський Б. К. Способы защиты прав и интересов ребенка от злоупотребления родительскими правами.**

Статья посвящена исследованию вопроса надлежащих и допустимых способов защиты прав и интересов ребенка от злоупотребления родительскими правами. Автор рассматривает способы защиты прав и интересов ребенка от злоупотребления родительскими правами и предлагает внести соответствующие изменения в действующее законодательство Украины, предусматривая определенные санкции за злоупотребление родительскими правами, с учетом обстоятельств и последствий такого злоупотребления для ребенка.

**Ключевые слова:** права и интересы ребенка, родительские права, злоупотребление родительскими правами, способы защиты, ответственность родителей.

## Summary

### **Levkivskiy B. Ways to protect the rights and interests of child abuse parental authority.**

The article studies the issue of appropriate and acceptable ways to protect the rights and interests of child abuse parental authority. The author considers ways to protect the rights and interests of child abuse parental authority, with offers to amend the current legislation of Ukraine, providing appropriate sanctions for abuse of parental rights, the circumstances and consequences of such abuse to the child.

**Key words:** the rights and interests of the child, parental rights, abuse of parental rights, how to protect, the responsibility of parents.

**Р. О. МАШУКОВ**

*Роман Олександрович Машуков, кандидат юридичних наук*

## **МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ЛЕГАЛЬНОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЗА УЧАСТЮ КООПЕРАТИВІВ**

В умовах проведення радикальних соціально-політичних та економічних реформ на території України особливої уваги заслуговує дослідження певних цивільних відносин. Залучення методологічних основ до пізнання є, на наш погляд, універсальною основою аналізу динаміки їх розвитку й науково-теоретичного удосконалення. Тож відносини за участю кооперативів у даному випадку не є винятком.

Загальновідомо, що методологія – це певна система методів, тож є справедливою позиція, згідно з якою методологія виступає дороговказом проведення наукового дослідження і своєрідним «лакмусовим папірцем» для його наукової оцінки<sup>1</sup>. Хоча окремі спеціалісти з філософії права стверджують, що методологія не є простою сумою теоретико-світоглядних концепцій, принципів або методів, засобів пізнання, які вироблені окремими галузями знань, але ж інтегральна основа цих компонентів<sup>2</sup>.

Правові питання окремих досліджень щодо методології певної галузі права або із залученням такої є популярними у сучасній правовій науці. Зокрема, йдеться про комплексні розробки у галузях науки кримінального процесу<sup>3</sup>, філософії права<sup>4</sup>, правової теорії тощо<sup>5</sup>. Цивілістика, у свою чергу, не становить винятку. Проте розгляду методологічних аспектів легального врегулювання відносин за участю кооперативів окремої уваги не приділялося.

Д. І. Степанов справедливо зазначає, що терміном «методологічний» у правовій доктрині визначають як феномени, які мають відношення до методології права, так і мало вивчені проблемні питання. Тож, на думку цього автора, потрібно виключити з поняття методології, зокрема, цивільного права, проблемні теми, безпосередньо пов'язані із тим чи іншим конкретним питанням<sup>6</sup>. Звідси, поділяючи цю позицію, з метою дослідження окремих правових питань щодо легального забезпечення відносин за участю кооперативів ми залучимо лише методологічні основи, а саме, окремі методи пізнання з метою їх розуміння та вирішення. Це й становить **мету** даної роботи.

Правове становище кооперативу як юридичної особи врегульоване загальними нормами цивільного законодавства. Водночас спеціальні норми, які передбачають специфіку цієї юридичної особи, порядок її організації, участь у її складі фізичних осіб, містяться у спеціальних нормах кооперативного законодавства.

Мета юридичної особи передбачає функціональні основи її діяльності та напрями забезпечення суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів її учасників. Так, відповідно до положень ч. 1 ст. 3 Закону України «Про кооперацію»<sup>7</sup> метою кооперації є задоволення економічних, соціальних та інших потреб членів кооперативних організацій на основі поєднання їх особистих та колективних інтересів, поділу між ними ризиків витрат і доходів, розвитку їх самоорганізації, самоуправління та самоконтролю. Тож кооператив як юридична особа має поліфункціональне значення як для окремого учасника цивільних відносин, так і для соціуму взагалі.

Положення ч. 2 ст. 6 Закону України «Про кооперацію» врегульовують типи кооперативів: виробничі, обслуговуючі та споживчі. За напрямками діяльності кооперативи можуть бути житлово-будівельними, садово-городніми, гаражними, торговельно-закупівельними, транспортними, освітніми, туристичними, медичними тощо. Звідси видається, що більшість організаційно-правових форм кооперативів на практиці формуються з функціонального призначення кооперативу, яке, у свою чергу, залежить від виду чи типу кооперативу.

Аналіз положень п. 2. ст. 2 та ч. 1 ст. 6 Закону України «Про кооперацію», де надано поняття кооперативу, свідчить про неоднокове визначення у ньому мети. Звідси виникає наступне питання: яке значення має мета при визначенні певної організаційно-правової форми кооперативу?

Проводячи комплексне дослідження організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права І. М. Кучеренко визначає кооператив, точніше, кооперативне товариство, як юридичну особу. Проте він робить зауваження, що ознаками організаційно-правової форми не можуть бути мета, вид (предмет) діяльності, способи їх здійснення, порядок формування та розпорядження майном. З цієї причин автор вважає, що підприємства, об'єднання підприємств, виробничі, обслуговуючі та банківські кооперативи, самоврядувальні організації, товарні біржі тощо не є самостійними організаційно-правовими формами юридичних осіб<sup>8</sup>.

Кооперативи завжди були поширеним видом юридичної особи. Це зумовлено історичними й економічними чинниками їх виникнення та становлення. Так, загальновідомо, що кооперація виникла у XIX ст. на території Європи. Економічним чинником цьому було те, що грошовий обіг поступово витіснив натуральне господарство. Індустріалізація зумовлювала неефективність ведення індивідуального господарства<sup>9</sup>.

На різних етапах свого становлення інститут кооперації зазнавав певних змін. Так, у статуті «Великої артілі», який було затверджено самими декабристами 2 березня 1831 р., значилося, що метою артілі є задо-

волення особистих потреб його членів за допомогою громадських коштів, щоб із більшою користю робити річні та строкові закупки й тим самим у будь-який час звільнити артіль і кожного з учасників від скрутного становища із коштами<sup>10</sup>. Отже, перші вітчизняні кооперативи, що були засновані на зарубіжній ідеології, мали «підприємницьке підгрунття». Підтвердження цьому дає дореволюційна цивілістика, у якій такі організації розглядалися у межах курсу торгового права як артільні товариства<sup>11</sup>.

Слід підкреслити, що значно вплинула на запровадження кооперативного руху, у тому числі відповідної організаційно-правової форми в Україні, Жовтнева революція 1917 р., унаслідок якої, за висновком О. М. Вінник, відбулося одержавлення кооперації<sup>12</sup>, та надало їй примусового характеру. У результаті, як зазначає М. І. Брагинський, у радянському суспільстві більшість основних фондів (90 %) належало державі, і в країні, якщо не враховувати кооперативи, залишався тільки один «підприємець» – держава<sup>13</sup>. Наведена позиція є лише відображенням деяких особливостей підприємницьких відносин у радянському суспільстві. Водночас вона достатньою мірою підкреслює правову сутність кооперації цілої епохи.

Виходячи з цього, можна припустити, що наразі більшість із існуючих кооперативів є своєрідною трансформованою формою підприємництва та виробництва, що існувала в демократичних капіталістичних державах, майже не схожою зі змістовим навантаженням, що властиве системі кооперації, яким у XVIII ст. її наділили ідеологи А. Сен-Сімон, Ш. Фур'є та інші. Радянські юристи запозичили закордонну, навіть історичну форму підприємницької діяльності та надали їй загальносоціального вигляду, для чого було використано найефективніші правничі конструкції й механізми, вагоме місце серед яких досі займає право власності. Так, наприклад, для того, щоб «обійти» не пріоритетний тоді вид приватної власності, було встановлено колективну власність як на основні фонди таких організацій, так і на прибуток<sup>14</sup>.

Загальновідомим є те, що основна різниця між підприємницькою та непідприємницькою юридичними особами полягає в тому, що в першій учасники мають право розподіляти між собою прибутки, які вони отримали в процесі її діяльності. Згідно з положеннями ч. 1 ст. 26 Закону України «Про кооперацію» кооперативні виплати – це частина доходу, що розподіляється за результатами фінансового року між членами кооперативу пропорційно їх участі в господарській діяльності кооперативу у порядку, визначеному рішенням вищого органу управління кооперативу. Отже, сучасний кооператив є підприємницькою юридичною особою.

Згідно до положень глави 10 ГК України кооперативи також є суб'єктами господарювання й віднесені до підприємств колективної власності, незважаючи на те, що така форма права власності вже не існує із прийняттям відповідного нормативно-правового акта<sup>15</sup>. У зв'язку з цим наведемо позицію Б. Г. Розовського, згідно з якою господарська діяльність у широкому розумінні образно прирівнюється до кооперації<sup>16</sup>. Вважаємо, що у даному випадку автор сублімує підприємницький характер досліджуваної юридичної особи, або навпаки – підприємницька її сутність визначає цілий самостійний вид юридичних осіб. Однак визнати цю позицію як остаточну заважає практичний аспект. Так, наразі існує значна кількість кооперативів, зокрема садівницьких, які створені без мети отримання прибутку, тож вони не мають прямого відношення до господарських товариств.

Відповідно до положень п. 1 ст. 1 Закону України «Про громадські об'єднання»<sup>17</sup> громадським об'єднанням є добровільне об'єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних потреб, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших інтересів. Хоча положення цього Закону України не визначають, що саме є юридичною особою приватного права, аналіз зазначеної норми свідчить, що за функціональним призначенням кооператив є ідентичним громадській організації. Тож учасники цивільних відносин можуть організувати громадське об'єднання, яке по суті буде виконувати функціональне призначення кооперативу як юридичної особи. Звісно, з урахуванням різниці щодо реєстрації таких юридичних осіб, прав та обов'язків їх учасників тощо.

Виходячи з наведеного видається, що в умовах ускладнення норм сучасного цивільного права, розвитку цивільного законодавства та реформування інституту юридичної особи, типи та види кооперативу, які є вирішальними при визначенні організаційно-правової форми кооперативу за чинним кооперативним законодавством, не здатні належним чином сформулювати у соціумі його функціональне призначення. Свідченням цьому є матеріали судової практики. Так, у 2012 р. Керченський міжрайонний природоохоронний прокурор в інтересах держави в особі Республіканського комітету по земельних ресурсах Автономної республіки Крим звернувся з позовом до Берегової сільської ради м. Феодосія, за участю третьої особи – обслуговуючого житлово-будівельного кооперативу «Остберг-Схід» про визнання недійсними п. 2 та 3 рішення Берегової сільської ради № 1161 від 21 жовтня 2008 року. В обґрунтуванні позовних вимог прокурор вказав на те, що обслуговуючий житлово-будівельний кооператив «Остберг-Схід» за організаційно-правовою формою не належить до житлово-будівельного кооперативу, оскільки його створено без дотримання вимог відповідного чинного законодавства. Тож позивач доходить висновку, що оспорюваним рішенням сільської ради, з посиланням на чинне земельне законодавство, було незаконно надане зазначеному кооперативу право власності на земельну ділянку загальною площею 9,54 га<sup>18</sup>.

Неналежне визначення на легальному рівні мети кооперативів також негативно впливає на визначення правового режиму їх майна. Іноді це приводить до необґрунтованого забезпечення суб'єктивного права одного учасника юридичної особи за рахунок інших. Так, у 2009 р. до Господарського суду Київської області надійшла позовна заява фізичної особи-підприємця (позивач) до гаражного кооперативу «Ентузіаст» (відповідач) про визнання права власності на самочинно збудовану нежитлову будівлю гараж-майстерню, загальною площею 378,1 кв. м, що розташована за певною адресою у Київській області. Відповідач визнав вимоги

позивача, тож суд задовольнив позов у повному обсязі<sup>19</sup>. Без урахування змісту статуту цього кооперативу, але ж застосовуючи мету та принципи кооперації визначені у положеннях ст. 3 Закону України «Про кооперацію» припускаємо, що на такій чималій площі можна було б розташувати багато гаражів для місцевого населення. Звідси можна припустити, що у даному випадку метою діяльності кооперативу є не задоволення колективного інтересу учасників цієї юридичної особи, але ж комерційного інтересу окремої фізичної особи-підприємця, яка його лобювала через представницькі органи кооперативу.

Неоднозначна визначеність з позиції законодавця у меті породжує й певний хаос на законодавчому рівні. Так, в умовах позитивної динаміки розвитку законодавства щодо врегулювання відносин за участю юридичних осіб приватного права з'являються, на наш погляд, цілком парадоксальні за своїм правовим значенням та правовою сутністю проекти нормативно-правових актів. Зокрема, йдеться про проект Закону України «Про сільськогосподарську обслуговуючу кооперацію»<sup>20</sup>. Наявність цього проекту свідчить про очевидну недосконалість кооперативних відносин на селі та про потребу їх поглибленого удосконалення. Проте такий шлях їх забезпечення вбачається хибним, адже сенс цього проекту Закону України, на наш погляд, зводиться до відокремлення функцій координації, матеріального забезпечення та реалізації виготовленої продукції від функції безпосереднього виробництва сільськогосподарської продукції. Тож видається, що сутність проблеми полягає у можливості обслуговуючого кооперативу, як некомерційної юридичної особи, займатись підприємницькою діяльністю, яку можна вирішити відповідною позначкою у статуті або залучивши до такої юридичної особи більш підходящу організаційно-правову форму господарського товариства з легально визначених. При цьому зауважимо, що існування певних сталих типів кооперації у звичайному вигляді на тлі сучасних реалій піддається критиці. Зокрема, І. В. Спасибо-Фатєєва зазначає, що в окремих законах вживаються різні назви організацій, статус яких визначається іншим чином. Як приклад автор наводить Закон України «Про споживчу кооперацію», яким регулюються споживчі товариства та їх спілки. Тобто, або родовим поняттям є кооператив, а не товариства і спілки, або споживчі товариства є кооперативами, а спілки – об'єднаннями цих кооперативів, або кооперативом є й кредитна спілка<sup>21</sup>.

За наявності досліджуваної проблематики певні питання існують і у доктрині. Так, в економічній теорії зазначається, що в умовах ведення конкуренції із крупними сільськогосподарськими товаровиробниками малі фермерські господарства не мають змоги поодинокі лобювати свої інтереси. Це негативно впливає на ціноутворення й на ефективність праці. На погляд автора, таку ситуацію могло б виправити розширення обслуговуючих кооперативів на селі, але ж повільність їх розповсюдження пов'язана із малою кількістю ініціативних консультантів, які б могли переконати селян в тому, що сільськогосподарські кооперативи є вигідними<sup>22</sup>. Звідси є очевидним, що спеціальні норми кооперативного законодавства не виконують інформативної й консультативної функції. Як наслідок, селяни та фермери самостійно не можуть оцінити переваги кооперації у вигляді обрання конкретної організаційно-правової форми на функціональній основі. Тож чинне кооперативне законодавство не полегшує практичну діяльність, зокрема, на селі, але породжує нераціональні пропозиції у економічній доктрині.

Вважаємо, що коренем системи зазначених проблем є методологічні неточності, які були припущені при вивченні соціального інституту кооперації, а потім – при проектуванні кооперативного законодавства.

Як слушно зазначає П. М. Рабінович, однією з методологічних аномалій є методологічні «зрівнялівки», тобто проголошення абсолютної рівноцінності усіх методів дослідження, заперечення будь-якої їх субординованості<sup>23</sup>. Тож при дослідженні певних відносин у межах конкретної галузі права є доцільним визначати пріоритетний метод або систему таких. Так, у науці конституційного права виділяють гносеологічний, логічний, евристичний, комунікативний та прогностичний методи<sup>24</sup>. Окремі цивілістичні дослідження визначають пріоритет діалектичного методу<sup>25</sup>. У зв'язку із цим наведемо позицію Д. І. Степанова, згідно з якою приватноправова доктрина вперто не бажає помічати того факту, що у багатьох інститутах право виступає як певний алгоритм, механізм, який потребує свого визначення, уособлення та налагодження. Такий механізм стає самовідновлюваним, самокорегуючим і самоконструюючим уособленням. Звідси, як зазначає автор, потрібно розвивати метод функціонального аналізу, оскільки певні правові побудови у галузях корпоративного, договірної права можуть бути описані із функції, після чого можливим є правотворчий процес у вигляді завдання відомої перемінної й отримання прогнозованого результату – раціональної правової норми<sup>26</sup>.

Таким чином, використовуючи зазначений метод і відповідаючи на поставлене на початку дослідження питання, зауважимо, що мета є досить широким методологічним засобом у формуванні спрямованості юридичної особи, її організаційно-правової форми тощо. У енциклопедичній літературі зазначається, що функцією (функціональне призначення) є явище, яке залежить від іншого, основного явища, та являє собою форму його вияву<sup>27</sup>. Тож вважаємо, що використання функції, як основи методу функціонального аналізу, здатне вирішити коло зазначених нами питань.

Виходячи із проведеного дослідження, видається можливим зробити висновок, що цивільне право, як соціальний регулятор суспільних відносин, не має шаблонної системи створення правових норм щодо певної суспільної галузі. Кожен інститут цієї галузі є унікальним. Тож кооперація не становить винятку. Вважаємо, що пізнання методологічної основи конкретних цивільних відносин безпосередньо залежить від пріоритетного застосування певного методу або системи таких. У свою чергу, визначення такого методу залежить від функціонального і правового значення окремого цивілістичного інституту або підгалузі права, темпоральних та ментальних особливостей його виникнення, становлення й існування. Тож відносини за участю кооперативів, на наш погляд, є яскравим прикладом цьому. Звідси випливає, що метод функціонального аналізу наразі є про-

відним при дослідженні особливостей легального врегулювання відносин за участю кооперативів, який і рекомендуємо активно залучати у сучасній законотворчій діяльності за цим напрямом та у правовій доктрині.

Враховуючи наведене, приєднуємося до підходу І. М. Кучеренко, згідно з яким кооперативи мають бути підприємницькими та не підприємницькими<sup>28</sup>. На наш погляд, це методологічно визначить їх функціональне призначення, правову та соціально-культурну сутність й усуне певні теоретичні та практичні проблеми щодо вибору організаційно-правової форми цієї юридичної особи при її організації на практиці. Виходячи з цього, пропонуємо доповнити положення ч. 1 ст. 3 Закону України «Про кооперацію» словами «з функцією отримання прибутку або без такої» після слова «самоконтролю» й викласти її у наступній редакції:

«Метою кооперації є задоволення економічних, соціальних та інших потреб членів кооперативних організацій на основі поєднання їх особистих та колективних інтересів, поділу між ними ризиків, витрат і доходів, розвитку їх самоорганізації, управління та самоконтролю з функцією отримання прибутку або без такої». Вважаємо, така пропозиція сприятиме більш ретельному та раціональному визначенню організаційно-правових форм та слугуватиме поштовхом до проведення окремих теоретичних досліджень щодо кооперації.

Перспектива подальших досліджень вбачається у визначенні методологічних питань приватного та цивільного права, методологічних аспектів формування цивілістичного понятійного апарату, системи правових методологічних питань науки цивільного права тощо.

<sup>1</sup> Берназюк Я. Питання методології проведення наукових досліджень у сфері конституційного права / Я. Берназюк // Право України. – 2014. – № 10. – С. 189.

<sup>2</sup> Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. – 2-е изд. / Д. А. Керимов. – М. : Аванта+, 2001. – С. 46.

<sup>3</sup> Гурджі Ю. О. Правовий захист особи в кримінальному процесі: теорія та методологія : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Юлія Олексівна Гурджі. – Одеса, 2007. – 40 с.

<sup>4</sup> Бренюков А. М. Юридична гемевітика як методологія здійснення правосуддя (філософсько-теоретичний аналіз) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 «Філософія права» / Анатолій Миколайович Бринюков. – Л., 2008. – 18 с.

<sup>5</sup> Меленко О. В. Методологія правознавства в науковій спадщині Б. Б. Кістяківського : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Оксана Володимирівна Меленко. – Одеса, 2008. – 19 с.

<sup>6</sup> Степанов Д. И. Вопросы методологии цивилистической доктрины / Д. И. Степанов // Актуальные проблемы гражданского права: сб. статей ; под ред. О. Ю. Шиловцова. – М. : Изд-во «НОРМА», 2003. – Вып. 6. – С. 4.

<sup>7</sup> Про кооперацію : Закон України від 10 липня 2003 р. № 1087-IV / Офіційний сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1087-15>

<sup>8</sup> Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : автореф. дис. ... доктора юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Ірина Миколаївна Кучеренко. – К., 2004. – С. 4.

<sup>9</sup> Давыдов А. Ю. Свободная кооперация в России до октября 1917 г. / А. Ю. Давыдов // Вопросы истории. – 1996. – № 1. – С. 25.

<sup>10</sup> Кооперация. Теория, история, практика: Избранные изречения, факты, материалы, комментарии / [авт.-сост. К. И. Вахитов]. – М. : Издательско-торговая корпорация «Дашков и К», 2005. – С. 357.

<sup>11</sup> Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права : в 2 т. / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Статут, 2003 – Т. 1: Введение. Торговые деятели, 2003. – С. 281–294.

<sup>12</sup> Вінник О. М. Господарські товариства і виробничі кооперативи: правове становище / О. М. Вінник. – К. : Товариство «Знання», КОО, 1998. – С. 239.

<sup>13</sup> Брагинский М. И. О месте гражданского права в системе «право публичное – право частное» / М. И. Брагинский // Проблемы современного гражданского права : сб. статей / отв. ред. Литовкин В. Н., Рахмилов В. А. – М. : Городец : Ин-т зава и сравн. правоведения при Правительстве РФ, 2000. – С. 58.

<sup>14</sup> Машуков Р. О. Право власності сівницького товариства та його членів : моногр. / Р. О. Машуков. – Луганськ : СПД Резніков В. С., 2011. – С. 45–46.

<sup>15</sup> Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям ЦК України : Закон України від 27 квітня 2007 р. № 997-V // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 33. – Ст. 440.

<sup>16</sup> Розовский Б. Г. Хозяйственное право: с эмоциями и без : моногр. / Б. Г. Розовский. – [1-е изд.]. – Луганск : Изд-во «Элтон-2», 2008. – С. 59.

<sup>17</sup> Про громадські об'єднання : Закон України від 22 березня 2012 р. № 4572-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4572-17/page>

<sup>18</sup> Рішення Господарського суду Автономної Республіки Крим від 12 липня 2012 р. за справою № 5002-23/3060.1-2011 за позовом Керченського мікррайонного природоохоронного прокурора, м. Керч в інтересах держави в особі Державну інспекцію сільського господарства в Автономній Республіці Крим, м. Севастополь, до Берегової сільської ради, с. Берегове, м. Феодосія / Офіційний сайт судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/25324082>

<sup>19</sup> Рішення Господарського суду Київської області від 16 листопада 2009 р. за справою № 13/226-09 за позовом фізичної особи-підприємця ОСОБА\_1, м. Біла Церква до гаражного кооперативу «Ентузіаст», м. Біла Церква / Офіційний сайт судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8538460>

<sup>20</sup> Про сільськогосподарську обслуговуючу кооперацію : проект Закону України від 29 липня 2010 р. № 7018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=38361](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=38361)

<sup>21</sup> Спасибо-Фатєєва І. Юридичні особи за цивільним кодексом України / І. Спасибо-Фатєєва // Право України. – 2014. – № 2. – С. 77.

<sup>22</sup> Бредун Н. В. Роль консультування у створенні та діяльності сільськогосподарських кооперативів / Н. В. Бредун : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.pdaa.edu.ua/sites/default/files/nppdaa/6.3/47.pdf>

<sup>23</sup> Рабінович П. М. Наука філософій права: до характеристики предмета та методології / П. М. Рабінович // Проблеми філософії права. – 2003. – Т. 1. – С. 25.

<sup>24</sup> Берназюк Я. Питання методології проведення наукових досліджень у сфері конституційного права / Я. Берназюк // Право України. – 2014. – № 10. – С. 187.

<sup>25</sup> Мічурін С. О. Застосування діалектичного методу у цивілістичних дослідженнях / С. О. Мічурін : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reallook.com.ua/4722/zastosuvannya-dialektichnogo-metodu-u-civilistichnix-doslidzhennyax/>; Ківалова Т. С. Діалектичний метод та системний підхід як методологічна основа наукових досліджень у галузі цивільного права (на прикладі деліктних зобов'язань) / Т. С. Ківалова : [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://naukovipraci.nuoua.od.ua/archiv/tom9/22.pdf>

<sup>26</sup> Степанов Д. И. Вопросы методологии цивилистической доктрины / Д. И. Степанов // Актуальные проблемы гражданского права: сб. статей ; под ред. О. Ю. Шиловостова. – М. : Изд-во «НОРМА», 2003. – Вып. 6. – С. 22.

<sup>27</sup> Івченко А. Тлумачний словник української мови ; 4 додатковий тираж / А. Івченко. – Х. : Фоліо, 2002. – С. 505.

<sup>28</sup> Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : моногр. / І. М. Кучеренко. – К. : ІДП, ДП «Юридичне видавництво «Аста», 2004. – С. 141–159.

#### Резюме

**Машуков Р. О. Методологічні аспекти легального врегулювання відносин за участю кооперативів.**

Статтю присвячено актуальним аспектам легального врегулювання відносин за участю кооперативів. Залучаючи до дослідження окремі методи наукового пізнання, автор наглядно демонструє проблеми, що існують у розглядуваній галузі та пропонує теоретичні й практичні шляхи їх вирішення.

**Ключові слова:** методологія, метод, мета, функціональне призначення, юридична особа, організаційно-правова форма, кооператив, громадське об'єднання.

#### Резюме

**Машуков Р. А. Методологические аспекты легального регулирования отношений при участии кооперативов.**

Статья посвящена актуальным аспектам легального регулирования отношений, участниками которых являются кооперативы. Привлекая к исследованию отдельные методы научного познания, автор наглядно демонстрирует существующие в этой отрасли проблемы и предлагает теоретические и практические пути их решения.

**Ключевые слова:** методология, метод, цель, функциональное назначение, юридическое лицо, организационно-правовая форма, кооператив, общественное объединение.

#### Summary

**Mashukov R. Methodological considerations of legal settlement of relations by cooperatives.**

The article is devoted to topical issues of legal settlement of the relations with the participation of cooperatives. Based on the methodological leverage of knowledge, the author reveals the legal nature and the importance of the modern cooperative and legal problems that exist in the theory of civil law, legislative practice and legal practice regarding the determination of a certain legal form of a cooperative.

**Key words:** methodology, method, goal, functional purpose, legal entity, legal form, cooperative, public association.

УДК 347.9:340.132

### О. В. ОПАНАСЕНКО

*Олена Володимирівна Опанасенко, кандидат юридичних наук, доцент Київської державної академії водного транспорту імені гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного*

## «ЗАКОННІ ОЧІКУВАННЯ» НА ПІЛЬГИ ЩОДО СПЛАТИ СУДОВОГО ЗБОРУ

У зв'язку з широким використанням Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) при вирішенні справ принципів «юридичної визначеності» та «захисту законних очікувань», а також враховуючи обов'язок України застосовувати відповідну судову практику в якості джерела права (згідно зі ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»), протягом останнього часу здійснюється активна науково-теоретична розробка зазначених правових принципів з метою створення належних передумов для їх впровадження в практику українських судів.

Зокрема, під час написання цієї статті були використані дослідження сутності та особливостей застосування названих правових концептів, здійснені Л. Л. Богачовою, Л. М. Дешко, В. М. Завгородньою, М. І. Козюрбою, М. В. Магрело, Ю. І. Матвеевою, О. М. Мусиченко, В. О. Панкратовою, С. П. Погребняком, А. М. Примаком, С. П. Рабіновичем та Б. А. Тоцьким.

Як слідує із наведених праць, науковці пояснюють принцип юридичної визначеності (правової певності) як засаду «чіткості підстав, цілей і змісту нормативних приписів, особливо тих із них, які адресовані без-

посередньо громадянам, які повинні мати можливість передбачати правові наслідки своєї поведінки»<sup>1</sup>. Виступаючи невід'ємною складовою принципу верховенства права, гарантією його ефективної реалізації, юридична визначеність втілюється в сукупності вимог до процесів правотворчості та правозастосування, покликаних забезпечити, з одного боку, – належну якість нормативно-правових актів, а з іншого – їх обов'язкове і одноманітне виконання<sup>2</sup>.

З принципом юридичної визначеності ЄСПЛ тісно пов'язує нову для українського права концепцію «захисту законних очікувань», яка є запорукою того, що «індивіди, діючи законно та покладаючись на установлену практику адміністративних установ, будуть захищені в частині досягнення результату, на який справедливо розраховують»<sup>3</sup>.

Розробляючи зазначену концепцію у площині вітчизняної юридичної науки, вчені пропонують різні підходи до розуміння правової природи поняття «законних очікувань».

Так, В. М. Завгородня називає захист легітимних очікувань одним із базових принципів європейського адміністративного права, що спрямований на реалізацію контролю за діяльністю публічної адміністрації<sup>4</sup>. С. П. Рабінович розглядає законні очікування в контексті можливості скасування владою власних рішень, але при цьому звертає увагу на окремі випадки застосування вказаного принципу в цивільному судочинстві<sup>5</sup>. О. А. Беляневич акцентує увагу на випадках захисту ЄСПЛ обґрунтованих очікувань в приватних зобов'язаннях<sup>6</sup>.

Власне «законні очікування» Л. Л. Богачова визначає як право особи у своїх діях розраховувати на сталість існуючого законодавства<sup>7</sup>. С. П. Рабінович вважає легітимні очікування приватної особи особливим різновидом охоронюваних інтересів, що стосуються певності, стабільності й незмінності її правового становища, яке виникає з актів публічної влади<sup>8</sup>. В. М. Завгородня зауважує про можливість зближення понять легітимних очікувань та законних інтересів<sup>9</sup>.

М. В. Магрело доходить висновку, що законне очікування – це очікування можливості (ефективного) здійснення певного права, як прямо гарантованого, так і опосередкованого (того, яке випливає з інших прав), у разі якщо особа прямо не виключена з кола тих, хто є носіями відповідного права. Автор переконана, що концепцію «законних очікувань» не можна поєднувати ані з поняттям «законного інтересу», ані з поняттям «юридичних прав», оскільки «для застосування наслідків законодавства не потрібні додаткові аргументи»<sup>10</sup>. Водночас, дослідниця відзначає, що в практиці ЄСПЛ принцип законних очікувань характерно застосовується у зв'язку з певним правом, гарантованим Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), та в переважній більшості випадків стосується ефективного здійснення права власності<sup>11</sup>.

Варто зазначити, що складність розуміння концепту «законних очікувань» пов'язана з відсутністю визначення відповідного поняття в законодавстві європейських країн та необхідністю його «введення» із судової практики ЄСПЛ, яка є доволі різноплановою. Водночас, здійснення постійного аналізу рішень ЄСПЛ у порівнянні з відповідними висновками українських судів, що становить основу більшості вітчизняних наукових праць, присвячених дослідженню принципу захисту законних очікувань, є позитивним поєднанням науки і практики.

Разом із тим, у цій роботі здійснена спроба дещо змінити напрямок науково пошуку та, базуючись на наявних науково-теоретичних напрацюваннях, проаналізувати можливість використання засад юридичної визначеності та захисту законних очікувань під час вирішення практичної правової проблеми.

**Метою статті** є дослідження можливості застосування принципів юридичної визначеності та захисту законних очікувань для правової оцінки ситуації, яка виникла у зв'язку з неоднозначністю законодавчого регулювання питання щодо сплати судового збору окремими категоріями фізичних осіб.

Приводом звернути увагу на відповідні правовідносини стала дискусія з питання «чи позбавлено споживачів пільг щодо сплати судового збору», яка виникла у практичній площині після набрання чинності Законом України від 22 травня 2015 р. № 484-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сплати судового збору».

Основні нормативні «складові» цієї дискусії такі.

1. Однією з гарантій забезпечення захисту прав споживачів відповідно до положень закону, що визначає особливості правового статусу цієї категорії осіб, є звільнення споживачів від сплати судового збору за позовами, що пов'язані з порушенням їх прав (ч. 3 ст. 22 Закону України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII «Про захист прав споживачів»).

2. Узгодженість правового регулювання у цьому питанні до недавнього часу забезпечувалася за рахунок існування аналогічної норми в спеціальному законі з питань сплати судового збору (п. 7 ч. 1 ст. 5 Закону України від 08 липня 2011 р. № 3674-VI «Про судовий збір»). Проте, з новою редакцією ст. 5 Закону України «Про судовий збір» (введеної в дію Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сплати судового збору») відповідне положення було виключене.

3. Оскільки внесення зазначених змін до Закону України «Про судовий збір» не супроводжувалося відповідним переглядом положень Закону України «Про захист прав споживачів», у правовому регулюванні питання щодо сплати судового збору споживачами при зверненні до суду за захистом своїх прав виникла колізія: спеціальним законом, який «встановлює права споживачів, а також визначає механізми їх захисту та основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів», передбачено звільнення споживачів від сплати судового збору, а спеціальним законом, який «визначає правові засади справляння судового збору, платників, об'єкти та розміри ставок судового збору, порядок сплати, звільнення від сплати та повернення судового збору», названі пільги не встановлені.

При цьому слід зазначити, що підставою дослідження питання щодо особливостей сплати судового збору окремими категоріями громадян з позицій застосування загальноправових принципів юридичної визначеності та захисту законних очікувань стала не лише наведена вище дискусія. Варто згадати, що справи про захист прав споживачів – це найбільш поширена, але не єдина категорія судових спорів, які підпадають під різне правове регулювання в питанні оплати судового збору.

Зокрема, ч. 2 ст. 22 Закону України від 22 жовтня 1993 року № 3551-ХІІ «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» передбачено, що ветерани війни та особи, на яких поширюється чинність цього Закону, звільняються від судових витрат, пов'язаних із розглядом питань щодо їх соціального захисту. Крім того, ст. 14 Закону України від 01 грудня 1994 р. № 266/94-ВР «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» встановлено, що сторони у справах про оскарження постанови про відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудового розслідування, чи прокуратури звільняються від сплати судових витрат. Водночас, аналогічні положення відсутні в ст. 5 Закону України «Про судовий збір», при тому, що наведений у ній перелік осіб, звільнених від сплати судового збору, сформульовано як вичерпний.

Характеризуючи наведену правову колізію в контексті застосування принципу юридичної визначеності, можна зробити висновок про її утворення в результаті недодержання на етапі правотворчості вимог зазначеного принципу стосовно чіткості, зрозумілості та несуперечливості нормативно-правових актів. При цьому, подолання створеної колізії можливе за рахунок реалізації інших вимог принципу юридичної визначеності, зокрема, щодо уточнення змісту чинного законодавства та його одноманітного застосування.

Спроба здійснити уточнення названих вище законодавчих положень з метою їх взаємоузгодження була здійснена в законопроекті № 4393 «Про внесення змін до статті 5 Закону України «Про судовий збір» (щодо доповнення переліку суб'єктів, які звільняються від сплати судового збору)», зареєстрованому у Верховній Раді України 12 квітня 2016 року. Зазначеним законопроектом пропонується усунути наявну правову колізію шляхом доповнення ст. 5 Закону України «Про судовий збір» положеннями, аналогічними ч. 2 ст. 22 Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту», ч. 3 ст. 22 Закону України «Про захист прав споживачів» та ст. 14 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду».

Проте, до цього часу законопроект № 4393 від 12 квітня 2016 р. не розглянутий і зазначена правова колізія продовжує існувати, що вимагає формування правил одноманітного застосування законодавства у питанні визначення кола осіб, звільнених від сплати судового збору.

Як відомо, забезпечення однакового правозастосування в Україні покладається на Верховний Суд України (далі – ВСУ) (п. 6 ч. 2 ст. 38 Закону України від 07 липня 2010 року № 2453-VI «Про судоустрій і статус суддів») та вищі спеціалізовані суди (п. 4 ч. 1 ст. 32 та п. 2 ч. 2 ст. 36 зазначеного Закону) в межах повноважень та у спосіб, визначений процесуальним законом.

ВСУ висловив однозначну позицію із зазначеного питання, яка ґрунтується на правилах співвідношення загального і спеціального законів та пріоритетності закону, прийнятого пізніше, і полягає в тому, що «Закон України «Про судовий збір» є основним спеціальним законом, положеннями якого визначено порядок справляння судового збору, зокрема його обчислення, сплата, а також звільнення осіб від його сплати», а тому в разі існування розбіжностей між нормами чинного законодавства у питанні наявності пільг щодо сплати судового збору, застосуванню підлягають положення Закону України «Про судовий збір» (ухвали від 16 січня 2016 р. № 6-3084ц15, від 03 лютого 2016 р. № 6-228ц16, від 09 лютого 2016 р. № 6-36ц16, від 01 березня 2016 р. № 6-484ц16, від 18 листопада 2016 р. у справі № 755/21163/15-ц тощо).

І хоча зазначені судові рішення ВСУ не є обов'язковими в розумінні ст. 360-7 Цивільного процесуального кодексу України, наведений вище висновок був сприйнятий в якості загального правила судами першої та апеляційної інстанцій (приміром, ухвали Апеляційного суду міста Києва від 10 листопада 2016 р. у справі № 755/11217/16-ц, Печерського районного суду м. Києва від 07 листопада 2016 р. у справі № 757/53997/16-ц, Дніпровського районного суду м. Києва від 08 листопада 2016 р. у справі № 755/16291/16-ц, Шевченківського районного суду м. Києва від 01 грудня 2016 р. у справі № 761/42205/16-ц тощо).

Водночас, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) висловив іншу правову позицію. Зокрема, після набрання чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сплати судового збору» пленум ВССУ 25 вересня 2015 р. переглянув власну постанову від 17 жовтня 2014 р. № 10 «Про застосування судами законодавства про судові витрати у цивільних справах» і за результатами перегляду залишив незмінним п. 7 цієї постанови, в якому закликав суди при визначенні пільг щодо сплати судового збору керуватися не лише ст. 5 Закону України «Про судовий збір», а й іншим законодавством України, зокрема, ст. 14 Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового слідства, прокуратури і суду», ст. 22 Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту», ст. 22 Закону України «Про захист прав споживачів».

Затверджена пленумом позиція висловлюється ВССУ в окремих (проте не у всіх, що стосуються цього питання) судових рішеннях, в яких, зокрема, суд наголошує, що «саме по собі незазначення споживачів у переліку осіб, які згідно зі ст. 5 Закону України «Про судовий збір» наділені пільгою щодо сплати судового



збору, не може свідчити про те, що споживачі такої пільги, встановленої відносно них спеціальним Законом, який гарантує захист їх прав, не мають» (ухвали ВССУ від 18 травня 2016 р. у справах № 405/7915/15-ц та № 565/1557/15-ц, від 20 липня 2016 р. у справах № 701/17443/15-ц та № 565/559/15-ц, від 14 вересня 2016 р. у справі № 759/18939/15-ц тощо).

Подібні висновки зробив і суддя Апеляційного суду Волинської області А. І. Грушицький, крім іншого відзначивши, що «питання особливо актуальне для суддів через можливу практику застосування ЄСПЛ не тільки норм ст. 6 Конвенції щодо «права на справедливий суд», а й ст. 1 Першого протоколу стосовно «права на мирне володіння майном», оскільки державні органи не вживають заходів щодо реалізації майнового права осіб, яке прямо встановлене в чинному законі й реалізація якого не стосується будь-яких обмежень, пов'язаних із наявністю фінансових можливостей держави»<sup>12</sup>.

Відзначаючи очевидну політичну волю в Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сплати судового збору» на скорочення переліку категорій осіб, звільнених від сплати судового збору, та наводячи обґрунтовані доводи на її підтримку, автор водночас наголошує, що реалізація зазначеного наміру можлива лише шляхом виключення відповідних пільг з інших актів чинного законодавства<sup>13</sup>.

Підсумовуючи викладене вище, варто констатувати, що:

1) у вітчизняному законодавстві існує різне правове регулювання питання щодо звільнення від сплати судового збору окремих категорій осіб;

2) неузгодженість між положеннями нормативних актів у цьому аспекті потребує визначення шляхів однакового правозастосування на підставі загальноправових принципів;

3) врахування тих чи інших правових концепцій під час формування правил правозастосування здатне по-різному визначати пріоритетність законодавчих норм в умовах колізії.

Зокрема, під час розгляду питання щодо наявності/відсутності у окремих категорій осіб (споживачів, ветеранів війни тощо) пільг зі сплати судового збору з позицій принципу верховенства права та його складових, видаються очевидними наступні аспекти.

Визначаючи механізми забезпечення прав окремих соціальних груп, недостатньо захищених у певних видах правовідносин, держава на законодавчому рівні передбачила для них додаткові гарантії у вигляді пільги зі сплати судового збору при зверненні до суду за захистом порушених прав. Зазначені гарантії на даний час є чинними, оскільки вони не змінені та не скасовані у встановленому законом порядку, а отже особа, яка підпадає під їх дію, має право розраховувати на їх використання.

Водночас суди, визначаючи в умовах правової колізії правила однакового застосування нового спеціального нормативного акта з питань справляння судового збору, позбавили зазначених осіб права на ці пільги.

Забезпечення судовими установами юридичної визначеності в наведений спосіб, тобто шляхом припинення в конкретних правовідносинах дії чинних законодавчих норм, які встановлюють додаткові права громадян, навряд чи можна охарактеризувати як втілення принципу верховенства права.

Вбачається, що зосередившись при визначенні умов застосування Закону України «Про судовий збір» на загальних колізійних принципах («lex specialis derogat generali», «lex posterior derogat priori»), судові органи лишили поза увагою іншу важливу складову верховенства права, а саме, правило про пріоритет норми з найбільш сприятливим для особи тлумаченням<sup>14</sup>, а також не оцінили зроблений в умовах правової колізії вибір на відповідність положенням Конституції України та закладеним у цьому документі правовим цінностям.

На переконання автора, здійснений ВСУ вибір правових принципів для вирішення законодавчої колізії у питанні щодо кола осіб, звільнених від сплати судового збору, є неправильним, оскільки він ґрунтується лише на формальних критеріях і не враховує змісту конкурентних правових норм.

Слід пам'ятати, що Україна є соціальною, правовою державою (ст. 1 Конституції України). Як зазначає О. В. Москалюк, визнання в Україні людини найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України), вже саме по собі зумовлює необхідність подолання колізій у правовідносинах держава – особа з максимальним захистом прав особи<sup>15</sup>.

В Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу юридичну силу (ст. 8 Конституції). Відповідно до Конституції права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3). Права і свободи людини є непогнурними (ст. 21). При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ст. 22).

Закони України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту», «Про захист прав споживачів» та «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду», визначаючи особливості правового статусу окремих категорій осіб, надають таким особам додаткові права, у тому числі, право на звільнення від сплати судового збору при зверненні до суду за захистом своїх прав.

Наявність зазначеного законного права передбачає обов'язок держави забезпечити відповідним особам можливість скористатися цим правом, а очікування цих осіб на ефективне здійснення названого права, є законними, легітимними та обґрунтованими, відповідно – потребують правового захисту в умовах колізії.

Дійсно, слід визнати, що відсутність чіткого доктринального тлумачення принципу «захисту законних очікувань» не дозволяє однозначно стверджувати про доречність його застосування при вирішенні питання щодо звільнення від сплати судового збору споживачів та інших категорій осіб. З одного боку, видається

можливим використовувати схожі з формулюваннями ЄСПЛ правові конструкції: «якщо законом встановлені певні правила, то особа має право розраховувати на те, що ці правила застосовуватимуться» (приміром, рішення ЄСПЛ у справі «Дія 97» проти України). Тим паче, що право на пільгу щодо сплати судового збору надає особі, для якої воно передбачено, «легітимні сподівання» на те, що їй не доведеться нести витрати під час звернення до суду, а отже, є майном у розумінні ЄСПЛ (подібний висновок було зроблено в рішенні ЄСПЛ у справі «Пономарьов проти України»).

Проте, з іншого боку, застосування такого додаткового інструменту, як механізм захисту законних очікувань, для забезпечення реалізації прямо встановлених законом прав видається надмірним. Крім того, слід зважати, що концепція «захисту законних очікувань» є автономним поняттям, тобто специфічним інструментом, яким користується ЄСПЛ. Цю концепцію вітчизняним судам необхідно враховувати, проте не обов'язково застосовувати у практиці з огляду на те, що «національне законодавство України містить достатню кількість чітких правових конструкцій для здійснення ефективного захисту прав особи»<sup>16</sup>.

Таким чином, проведене дослідження питання щодо наявності пільг зі сплати судового збору у споживачів, ветеранів війни та деяких інших категорій осіб доводить можливість його позитивного вирішення на підставі чітко сформульованих конституційних і законодавчих приписів, а також доцільність обрання саме такого підходу, враховуючи засади юридичної визначеності, захисту законних очікувань та верховенства права в цілому.

Тож, варто пропонувати вітчизняним судовим органам під час обрання того чи іншого «вектора» застосування закону звертати більшу увагу на сутність, дух європейських правових цінностей, не підходити формально до правозастосовного процесу, а формувати довіру особи до держави шляхом реального захисту її прав і свобод у кожній конкретній ситуації.

<sup>1</sup> Козюбра М. І. Верховенство права і Україна / М. І. Козюбра // Право України. – 2012. – № 1–2. – С. 49; Матвєєва Ю. І. Принцип визначеності в рішеннях Європейського Суду з прав людини / Ю. І. Матвєєва // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. – 2008. – Том 77. – С. 53; Мусиченко О. Зрозумілість і чіткість закону як складова частина принципу правової визначеності в практиці Європейського суду з прав людини / Ольга Мусиченко // Visegrad Journal on Human Rights. – 2016. – № 1. – Part 2. – С. 150. – Режим доступу : [http://vjhr.sk/archive/2016\\_1\\_2/24.pdf](http://vjhr.sk/archive/2016_1_2/24.pdf)

<sup>2</sup> Богачова Л. Л. Принцип правової визначеності в європейському і національному праві (змістовна характеристика) / Л. Л. Богачова // Теорія і практика правознавства. – 2013. – Вип. 2. – С. 8–9. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/tjpp\\_2013\\_2\\_74](http://nbuv.gov.ua/UJRN/tjpp_2013_2_74); Мусиченко О. Зрозумілість і чіткість закону як складова частина принципу правової визначеності в практиці Європейського суду з прав людини / Ольга Мусиченко // Visegrad Journal on Human Rights. – 2016. – № 1. – Part 2. – С. 149–150. – Режим доступу : [http://vjhr.sk/archive/2016\\_1\\_2/24.pdf](http://vjhr.sk/archive/2016_1_2/24.pdf); Панкратова В. О. Роль принципу правової визначеності у процесі правозастосування / В. О. Панкратова // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2015. – Вип. 33. – Т. 1. – С. 35–38; Погребняк С. П. Вимоги до нормативно-правових актів, які впливають з принципу правової визначеності / С. П. Погребняк // Вісник АПНУ. – 2005. – № 3 (42). – С. 42–53; Примак А. М. Принцип правової визначеності: поняття та окремі аспекти / А. М. Примак // Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. – 2010. – Том 103. – С. 53–55; Тоцький Б. А. Теоретичні засади принципу правової визначеності / Б. А. Тоцький // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: «Юриспруденція». – 2014. – № 7. – С. 59–63.

<sup>3</sup> Завгородня В. М. Принцип захисту легітимних очікувань в адміністративному праві ЄС та перспективи його впровадження в Україні / В. М. Завгородня // Правовий вісник Української академії банківської справи. – 2013. – № 2 (9). – С. 27.

<sup>4</sup> Там само. – С. 25–30.

<sup>5</sup> Рабінович С. Конституційні принципи правової певності і захисту легітимних очікувань у діяльності публічної влади / С. П. Рабінович // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2014. – Вип. 60. – С. 168–177.

<sup>6</sup> Беляневич О. А. Стабільність, безпека цивільного обороту і розумні очікування / О. А. Беляневич // Право власності: європейський досвід та українські реалії: Збірник доповідей і матеріалів Міжнародної конференції (м. Київ, 22–23 жовтня 2015 року). – К.: ВАПЕ, 2015. – 324 с. – С. 143–155.

<sup>7</sup> Богачова Л. Л. Вказана праця. – С. 2.

<sup>8</sup> Рабінович С. Вказана праця. – С. 172.

<sup>9</sup> Завгородня В. М. Вказана праця. – С. 27.

<sup>10</sup> Магрело М. В. Концепт «законних очікувань» в принцип юридичної визначеності: причинно-наслідковий чи симбіотичний зв'язок? / М. В. Магрело // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2013. – № 3. – С. 133. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzizvru\\_2013\\_3\\_25](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzizvru_2013_3_25)

<sup>11</sup> Там само. – С. 131.

<sup>12</sup> Грушицкий А. Освободят или не освободят? / А. И. Грушицкий // Закон и Бизнес. – № 36 (1282). – Режим доступу: [http://zib.com.ua/ru/print/125431-osvobozhdai\\_ili\\_ne\\_osvobozhdai\\_vopros\\_uplati\\_sudebnogo\\_sbora.html](http://zib.com.ua/ru/print/125431-osvobozhdai_ili_ne_osvobozhdai_vopros_uplati_sudebnogo_sbora.html)

<sup>13</sup> Там само.

<sup>14</sup> Москалюк О. В. Застосування правила пріоритету норми з найбільш сприятливим для особи тлумаченням при подоланні змістовних колізій / О. В. Москалюк // Адвокат. – № 11 (134). – 2011. – С. 25–29.

<sup>15</sup> Там само. – С. 27.

<sup>16</sup> Беляневич О. А. Вказана праця. – С. 147–152.

### Резюме

**Опанасенко О. В. «Законні очікування» на пільги щодо сплати судового збору.**

Стаття присвячена дослідженню особливостей застосування основних принципів права в конкретних правовідносинах. Зокрема, у роботі проаналізовано напрями використання принципу «юридичної визначеності» та доцільність врахування кон-

цепції «захисту законних очікувань» під час вирішення питання про наявність/відсутність пільг щодо сплати судового збору у споживачів та інших категорій громадян, відповідні права яких передбачені законами, що визначають особливості їх правового статусу, проте не враховані Законом України «Про судовий збір».

**Ключові слова:** пільги щодо сплати судового збору, споживачі, принцип юридичної визначеності, захист законних очікувань.

#### Резюме

**Опанасенко Е. В.** «Законные ожидания» льгот по уплате судебного сбора.

Статья посвящена исследованию особенностей применения основных принципов права в конкретных правоотношениях. В частности, в работе проанализированы направления использования принципа «правовой определенности» и целесообразность учета концепции «защиты законных ожиданий» при решении вопроса о наличии / отсутствии льгот по уплате судебного сбора у потребителей и других категорий граждан, соответствующие права которых предусмотрены законами, определяющими особенности их правового статуса, однако не учтены Законом Украины «О судебном сборе».

**Ключевые слова:** льготы по уплате судебного сбора, потребители, принцип правовой определенности, защита законных ожиданий.

#### Summary

**Opanasenko O.** “Legal expectations” for benefits for court fee payment.

The article is devoted to investigating peculiarities of applying basic principles of law in certain legal relations. Particularly, the author has analyzed ways of using the principle of “legal certainty” and the appropriateness to take into account the concept “protection of legal expectations” while solving issue on presence/absence of benefits for court fee payment for customers and other categories of citizens, whose corresponding rights are foreseen by laws, which determine peculiarities of their legal status but are not taken into account by the Law of Ukraine “On Court Fee”.

**Key words:** benefits for court fee payment, customers, principle of legal certainty, protection of legal expectations.

УДК 347.2

**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*

## ОСОБЛИВОСТІ МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОРИСТУВАННЯ ЖИТЛОМ

Сьогодні, диктуючи нові підходи до суспільних відносин, змушує по-новому глянути на усталені погляди щодо правового регулювання права користування житловими приміщеннями. Адже дихотомія поділу права на публічне і приватне, розширення кола суб'єктів правового регулювання, ускладнення структури правового регулювання – це ті підстави, які викликають потребу в підвищенні ефективності його функціонування. Саме тому в сучасній українській правовій науці, зокрема у працях А. Б. Гриняка, І. А. Діковської, А. В. Коструби, Н. С. Кузнецової, Л. В. Козловської, О. О. Отраднової, С. О. Погрібного, В. Л. Яроцького та інших вчених продовжується наукова дискусія щодо вдосконалення механізму правового регулювання цивільних правовідносин в цілому, так і механізму правового регулювання житлових відносин щодо користування житловими приміщеннями зокрема.

Дослідження механізму правового регулювання відбувається в залежності від конкретної спрямованості чи галузевої приналежності, а також від завдань та мети розгляду, стадій («фруху»), методології дослідження, основних та допоміжних умов їх функціонування. Тому, будучи за своїм змістом технічним терміном, «механізм» уже давно увійшов до широкого вжитку сфери гуманітарних наук і проявляється в певних формах його використання. Звідси й розуміння того, що механізм правового регулювання відображає процеси реально існуючі на практиці. Не є винятком і сфера житлового законодавства.

Звертаючи увагу на те, що категорія «механізм правового регулювання» активно використовується як опорна категорія при моделюванні вирішення нагальних проблем та завдань цивільно-правового регулювання, Р. Б. Шишка під механізмом правового регулювання пропонує розуміти взятю в єдності систему правових засобів, способів і форм, через які нормативність права переводиться в упорядкованість суспільних відносин, чим задовольняються інтереси суб'єктів права, встановлюються і забезпечуються правопорядок («належне» у праві стає «сущим»)<sup>1</sup>. В. С. Мілаш вказує, що у традиційному розумінні «механізм правового регулювання» є системою правових засобів, організованих найбільш послідовним чином для подолання перешкод, що заважають задоволенню інтересів суб'єктів права, та за допомогою яких право здійснює свій регулювальний вплив на суспільні відносини<sup>2</sup>. На нашу думку, під механізмом правового регулювання жит-

лових правовідносин слід розуміти систему різнорівневих правових засобів, до якої входять правові принципи, дозволи, заборони, суб'єктивні цивільні права і обов'язки, юридичні норми, правові поняття і конструкції правових феноменів щодо житла, а також акти реалізації прав і обов'язків, які слід використовувати найбільш послідовним чином для належного впорядкування житлових відносин та забезпечення реалізації приватних інтересів осіб щодо користування житлом.

Розуміючи механізм правового регулювання житлових відносин як об'єктивне явище, мета якого – впорядкування суспільних відносин житлового характеру, слушною є думка А. Б. Гриняка, який при дослідженні підрядних договірних зобов'язань, звертає увагу, що «механізм» слід характеризувати через його особливості, які є: а) складовою соціального регулювання; б) певною системою взаємодіючих між собою елементів, серед яких виділяють правові засоби (норми, суб'єктивні права та юридичні обов'язки тощо), способи (дозволи, заборони і зобов'язання) та форми (дотримання, виконання і використання); в) забезпечують регулювання суспільних відносин, тобто є динамічною частиною правової системи; г) мають цілеспрямований та результативний характер. На підставі наведеного автор доходить висновку, що підрядні правовідносини упорядковуються як на нормативному, так і на індивідуальному рівнях. Чим ширше коло інтересів (індивідуальних, групових), на які впливає прямо або опосередковано підрядний договір, тим більшим повинен бути ступінь нормативного регулювання, однак і зайва «зарегульованість», особливо на нормативному рівні, теж не сприятиме розвитку цих відносин. Саме тому, переважна більшість норм цивільного законодавства має диспозитивний характер, що в кінцевому результаті призводить до збільшення питомої ваги індивідуального (договірного) регулювання<sup>3</sup>. У сфері житлових правовідносин наведена думка теж має слушне значення, адже користування житловим приміщенням в приватному житловому фонді можливе як на підставі індивідуального (договірного) регулювання, так і на підставі диспозитивних норм цивільного законодавства.

Характеризуючи механізм правового регулювання житлових відносин звертаємо увагу на такі його особливості: 1) правовий механізм завжди являє собою комплекс (систему) юридичних засобів, а його структура охоплює цілий ряд нормативних та правореалізаційних юридичних засобів; 2) правовий механізм існує для реалізації певної юридичної мети; 3) правовий механізм являє собою не просто сукупність, а систему взаємоузгоджених, послідовно організованих засобів, які покликані діяти спільно, так би мовити, допомагаючи один одному; 4) дія правового механізму здійснюється в залежності від заданої програми, своєрідної «схеми» чи «алгоритму», що передбачає певну чітку процедуру виконання.

З наведеного можна встановити, що механізм правового регулювання житлових відносин не є формальним, штучним явищем чи винятково теоретичною конструкцією, під таким поняттям слід розуміти реально існуючі на практиці явища, які можливо змоделювати через відповідні рівні правового регулювання.

Моделюючи логічний ланцюг рівнів правового регулювання договірних відносин А. Б. Гриняк, В. В. Проценко, на перше місце виносять імперативні норми, що визначають взаємовідносини між учасниками; на друге – умови договору, визначені за домовленістю між сторонами; на третє – диспозитивні норми, що діють у тому випадку, коли сторони своєю домовленістю не встановлять інший порядок або взагалі не виключать дію норми. І тільки за відсутності названих трьох рівнів правового регулювання до відносин сторін можуть застосовуватися звичай ділового обороту<sup>4</sup>.

Послідовність рівнів правового регулювання слід дотримуватися і в житлових правовідносинах. Адже на сучасному етапі розвитку правової думки та підходів до правового регулювання житлових відносин відбувається звуження сфери дії імперативних норм на користь договору, що надає сторонам можливість стверджувати про його загальнообов'язковість. Звідси, можна констатувати два рівні правового регулювання: 1) шляхом імперативності норм, що визначають взаємовідносини між суб'єктами владних повноважень та фізичними особами; 2) шляхом диспозитивності договірних умов, які діють коли сторони своєю домовленістю не встановлять інший порядок. При цьому слід зазначити, що зважаючи на диспозитивний характер норм цивільного права, які регулюють договірні відносини, житлові зобов'язання упорядковуються на індивідуальному рівні із врахуванням нормативного регулювання. Адже договір, в його загальному розумінні, який виступає регулятором певного кола інтересів суб'єктів правовідносин, укладається з урахуванням норм як цивільного, так і житлового законодавства.

Таким чином, механізм правового регулювання житлових відносин слід розглядати як послідовний ланцюг зміни окремих правових явищ, як от: норма права, що регулює житлові відносини, юридичний факт (договір, ордер), що слугує підставою для виникнення житлових прав і обов'язків, реалізація цих прав та виконання обов'язків.

Розглядаючи механізм правового регулювання житлових відносин як процес правового регулювання, який функціонує завдяки своїм правовим стадіям та елементам, звертаємо увагу, що вплив на суспільні відносини в сфері житлового законодавства можливий як у певній послідовності правових елементів, серед яких норми права, юридичні факти, права і обов'язки, їх реалізація, так і одночасною дією декількох елементів. Наприклад, користування житловим приміщенням забезпечується нормами, які встановлені договором найму – головна мета якого надання житла в користування.

За договором найму (оренди) житла наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно в користування за плату на певний строк. Така юридична дефініція поняття договору найму (оренди) житла є похідною категорією від поняття договору найму (оренди), яка закріплена в ч. 1 ст. 759 ЦК України. Відтак, є результатом поєднання двох категорій: найм (оренда) та житло, яке у ст. 1 ЖК України (проекту) визначене як квартира, кімната в житловому будинку, садибний будинок, житловий блок/секція в гуртожитку, житлові

приміщення в нежитлових будівлях, спорудах призначені та придатні для постійного проживання людей і прийняті в експлуатацію в установленому порядку.

Відповідно до ч. 1 ст. 810 ЦК України за договором найму (оренди) житла одна сторона – власник житла (наймодавець) передає, або зобов'язується передати другій стороні (наймачеві) житло для проживання в ньому на певний строк за плату. У проекті ЖК України визначено, що договір найму житла – це договір, за яким наймодавець надає наймачеві та членам його сім'ї житло в безстрокове володіння та користування для постійного проживання. Наведена дефініція містить атавістичні прояви радянської конструкції безстрокового договору найму житла, що не припустимо в умовах ринкової економіки. Тому, вказівка на безстроковість прирікає сторони на постійні конфлікти на економічній основі: специфіка сучасної цінової політики з постійним зростанням цін на нерухомість та житло призводить до постійного збільшення квартирної плати та комунальних платежів. Відтак, конструкція строкового договору видається більш вигідною та прозорою, адже надає сторонам договору найму (оренди) житла можливість гнучко реагувати на цінові коливання. Окрім цього, вислів «для постійного проживання» ставить поза рамками договору найму надання житла для тимчасового проживання в гуртожитках, готелях, мотелях, кемпінгах, санаторіях тощо. Погоджуючись із тим, що деякі з них не мають на меті задоволення житлових потреб, а є допоміжними для інших, зазначимо, що право на житло є основне (природне), а усі інші права, наприклад, користування, проживання є похідними від нього.

Таким чином, з наведеного доходимо висновку, що право користування житлом виникає на підставі юридичного складу, юридичними фактами якого є: 1) визнання фізичною особою такою, що потребує поліпшення житлових умов і взяття її на квартирний облік; 2) рішення місцевої ради про надання фізичним особам конкретного житлового приміщення; 3) видача ордеру на житлове приміщення; 4) договір найму (оренди) житла.

Право фізичних осіб на житло може бути реалізоване шляхом укладення договору комерційного найму житла в будинках державного, комунального житлового фонду.

Конституційне право громадян України на житло включає такий важливий компонент, як, вільний вибір особою місця перебування і місця проживання. Протягом тривалого часу право фізичних осіб на свободу вибору місця проживання в багатьох випадках обмежувалося встановленим у законодавстві інститутом прописки. Сьогодні здійснення житлових прав не пов'язано з реєстрацією місця проживання.

Житлові правовідносини є одним з видів цивільних майнових правовідносин, що виникають з договору між наймачем і наймодавцем з приводу користування особами житловим приміщенням. За договором найму житла одна сторона зобов'язується надати іншій стороні за плату житлове приміщення для проживання. У силу двостороннього договору соціального найму наймодавець на підставі рішення органу місцевого самоврядування надає в постійне користування наймачеві житлові приміщення, а наймач зобов'язується використовувати їх за прямим призначенням, забезпечувати належну схоронність і вносити квартирну плату, а також плату за комунальні послуги.

Договір соціального найму – це договір, на підставі якого наймодавець зобов'язується надати за відповідну плату житлове приміщення в безстрокове користування в будинках державного чи комунального житлового фонду. Договір вважається двостороннім, оскільки визначає права і обов'язки двох сторін – наймача і наймодавця. Предметом договору найму може бути тільки жиле приміщення, що відповідає визначеним ЖК вимогам.

У доктрині цивільного права існують думки, що договори соціального найму житла – це усі договори, укладені в житловому фонді місцевих Рад і відомчого житлового фонду. Мета договору соціального найму – задоволення потреб громадян у житлі<sup>5</sup>. Погодитись із наведеною позицією вкрай важко, адже договір соціального найму, відповідно до ЖК, породжував не лише зобов'язальні цивільно-правові відносини, а й надавав особливі житлові права, що полягали у тому, що наймач мав змогу безстроково користуватися жилим приміщенням, яке відповідає усім встановленим вимогам, з широким обсягом прав, у тому числі обміну, поділу, бронювання, вселення нових мешканців тощо. Нині ж, договір найму соціального житла, відповідно до закону України «Про житловий фонд соціального призначення», це угода, оформлена в письмовій формі, за якою одна сторона – власник житла (наймодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (наймачеві) житло для проживання в ньому на певний строк (ст. 20 Закону). Вказівка на строковість проживання в соціальному житлі є цілком слушною та, в порівнянні з житловим законодавством, де усі громадяни України, які потребують соціального захисту, якщо вони не можуть задовольняти свої потреби шляхом придбання житла у власність, можуть претендувати на безстрокове користування соціальним житлом, є цілком обгрунтованою.

На думку О. С. Омельчука, соціальний найм житлових приміщень має місце там, де правовідносини виникають щодо житла, яке входить до державного або комунального житлового фонду. Особливостями цього виду договору найму житла є складна процедура його укладення, необхідність низки додаткових підстав для виникнення правовідносин найму (наприклад, потреба в поліпшенні житлових умов, визнання рішення про надання житла, видача ордеру), прагнення більшої гарантованості прав наймача тощо<sup>6</sup>.

Договір соціального найму житла, має спеціальне нормативно-правове регулювання і відрізняється наявністю деяких елементів адміністративних правовідносин та специфічними особливостями, порівняно з договором найму житла, що є об'єктом права приватної власності. Останній, у свою чергу, опосередковує ринкові відносини, що виникають у житловому секторі, і має яскраво виражені ознаки приватного договір-

ного права. Тому, договором найму житла в прямому значенні цього поняття є лише цивільно-правовий (приватний) договір найму житла, оскільки у випадку соціального найму лише використовується зовнішня форма договору, яка, насправді, не має характерних ознак останнього<sup>7</sup>.

На думку М. К. Галянтича, особливості цивільно-правових договорів комерційного найму (оренди) та договорів соціального найму житла повинні зберігатися і мати свої відмінності, з огляду на те, що слід визначати сферу укладення договору в державному чи комунальному житловому фонді. Адже договір комерційного найму (оренди) житлового приміщення в комунальному фонді є добровільною угодою двох рівноправних сторін, жодна з яких не може бути зобов'язана укласти цей договір, а договір соціального найму в державному житловому фонді укладається на підставі рішення відповідних державних органів; по-друге, правовий режим договору найму державного (комунального) житлового фонду регламентується ЖК України, договір соціального найму – законом України «Про житловий фонд соціального призначення», а договір комерційного найму – ЦК України; по-третє, договір комерційного, найму (оренди) жилого приміщення мають право укладати як юридичні, так і фізичні особи, проте наймачами договору некомерційного найму можуть бути лише громадяни України; по-четверте, у державному чи комунальному житловому фонді договір найму є безстроковим. Термін комерційного найму (оренди) приватного житлового фонду визначає договір, і наймачів виселяють на підставі договору без надання іншого жилого приміщення; по-п'яте, за договором комерційного найму (оренди) обмежено весь комплекс житлових прав. Орендарі не мають права на бронювання, обмін, збереження житлового приміщення за тимчасово відсутніми особами, переобладнання, перевлаштування, вселення інших мешканців тощо<sup>8</sup>. Використання житла наймачем не за цільовим призначенням, установленим договором, тягне за собою розірвання договору з ініціативи наймодавця на підставі ч. 4 ст. 825 ЦК України, з наступним виселенням наймача без надання йому іншого житла, що передбачено ст. 826 ЦК України.

Заради справедливості слід зазначити, що якщо житлові правовідносини виникають із приводу користування наданим особам житловим приміщенням державного житлового фонду, то умови і строки договору найму визначаються відповідно до Типового договору найму житла у будинках державного та комунального житлового фонду, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 22 червня 1998 р. № 939, а не за згодою сторін. Особи отримують жилі приміщення в безстрокове користування на відміну від цивільного договору, який є строковим. Якщо в договорі строк не встановлений, договір вважається укладеним на п'ять років. Строк може визначатися розміром внесеної плати, або часом проживання людини. Це створює додаткові правові гарантії наймачу від зміни умов договору. Такі часові рамки існують в Цивільному законодавстві інших країн, зокрема Франції, Ізраїлю тощо. Так, відповідно до ст. 52 Закону Ізраїлю «Про нерухоме майно» допускається «довгострокова оренда на покоління»<sup>9</sup>.

У свою чергу, особливість правового регулювання житлових правовідносин у приватному житловому фонді вбачається в поєднанні норм Цивільного та Житлового кодексів України.

Відповідно до ч. 1 ст. 819 ЦК України, за договором найму (оренди) житла одна сторона – власник житла (наймодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (наймачеві) житло для проживання у ньому на певний строк за плату. У ст. 813 ЦК України, сторонами договору найму житла можуть бути фізичні та юридичні особи. А за статтею 816 ЦК України разом із наймачем можуть проживати тільки ті особи, які вказані в договорі. Відтак, за цих умов вони набувають рівних з наймачем прав і обов'язків щодо користування житлом. Очевидним є те, що законодавець в ЦК України дотримується позиції, що окрім дітей, місце проживання яких визначено разом із батьками, сторонами договору можуть бути й будь-які інші особи.

За конструкцією ЖК, житло надається на сім'ю, і надання житла іншим особам однієї квартири не допускається. У нинішніх реаліях слушною є позиція цивільного законодавця, відповідно до якої наймач або особи, які постійно проживають разом із ним, мають право за їхньою згодою та за згодою наймодавця вселити в житло інших осіб для постійного проживання у ньому (ч. 1 ст. 817 ЦК України).

Предметом договору найму (оренди) житла можуть бути придатні для постійного проживання квартира, будинок, садиба, їх частини, інше ізольоване помешкання, що належать наймодавцю на праві власності.

Відповідно до правової природи договору найму (оренди) житла, наймачами є особи, які наймають житло з метою постійного проживання в ньому. Окрім цього, ЦК України, поряд з наймачем, виділяє також тих осіб, які постійно проживають разом із ним. Такі особи, відповідно до ч. 1 ст. 816 ЦК України, набувають рівних із наймачем прав та обов'язків щодо користування житлом. При цьому, як слушно зазначає В. Слома, зазначений комплекс прав і обов'язків може виникнути лише за наявності сукупності юридичних фактів, а саме: а) особи повинні бути поіменовані в договорі, а це передбачає, що наймодавець дає згоду на їх проживання; б) вони повинні вселитися в надане житло разом із наймачем або в інший обумовлений строк; в) особи вселяються на постійне проживання<sup>10</sup>. Ряд науковців виділяють також додаткові умови набуття рівних з наймачем прав та обов'язків щодо користування житлом. Зокрема, О. Р. Шишка відносить до них правоздатність осіб, які постійно проживають разом із наймачем, умови існування якої встановлено законом<sup>11</sup>. Чинне цивільне законодавство не містить переліку тих осіб, які можуть проживати разом із наймачем. Виходячи з положень ст. 160 ЖК України, ними, зокрема, можуть бути члени сім'ї наймача. Солідаризуючись із думкою І. Р. Калаура зазначимо, що до членів сім'ї, за договором найму (оренди) житла, належить будь-яка фізична особа, незалежно від спорідненості, яка спільно та/або постійно проживає разом із наймачем, пов'язана з ним спільним побутом, а також має взаємні права та обов'язки<sup>12</sup>.

Таким чином, із наведеного доходимо висновку, що житлове право зачіпає інтереси кожної фізичної особи незалежно від віку чи майнового становища. Відтак, доводиться констатувати, що держава до цього

часу перебуває «в боргу» перед суспільством не тільки через свою будівельну політику, а й через відсутність побудови чіткого механізму правового регулювання користування житлом. Адже, законодавство, що нині врегулює житлові правовідносини характеризується великою кількістю нормативних актів, що лише сприяє розбалансованості системного підходу. Відсутність єдності правового регулювання житлових правовідносин надзвичайно ускладнює здійснення послідовної житлової політики, сприяє невизначеності у здійсненні фізичними особами своїх житлових прав та обов'язків. На жаль, саме таке становище надає ґрунт для численних зловживань у житловому законодавстві.

<sup>1</sup> *Цивільне право України: підручник / За ред. проф. Бошицького Ю. Л., та проф. Шишки Р. Б. (кер. авт. кол.), Загальна частина.* – К.: Видавництво Ліра –К, 2013. – 760 с. – С. 37.

<sup>2</sup> *Мілаш В. С. Комерційний договір у господарському праві: теоретичні проблеми становлення та розвитку: дис. ... док. юрид. наук: 12.00.04 / В. С. Мілаш.* – К., 2008. – 423 с.

<sup>3</sup> *Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України: монографія / А. Б. Гриняк.* – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. – 374 с. – С. 15.

<sup>4</sup> *Гриняк А. Б., Проценко В. В. Звичай як джерело правового регулювання договірних відносин / А. Б. Гриняк, В. В. Проценко // Приватне право і підприємництво.* – 2015. – Вип. 14. – С. 98–102.

<sup>5</sup> *Сліпченко С. О., Мічурін Є. О., Соболев О. В. Житлове право України: науково-практичний посібник.* – Х.: Еспада, 2003. – 344 с. – С. 217–219.

<sup>6</sup> *Омельчук О. С. Поняття та типологія договору найму житла / О. С. Омельчук // Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. Вип. 38 / Редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін.; відп. за вип. Ю. М. Оборотов.* – Одеса: Юридична література, 2008. – 340 с. – С. 77–78.

<sup>7</sup> *Гуляк Я. В. Договір найму (оренди) житла за цивільним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Я. В. Гуляк.* – Одеса, 2005. – 202 с. – С. 49–51.

<sup>8</sup> *Галантич М. К. Житлове право України: навч. посібник / М. К. Галантич.* – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 528 с. – С. 283–284.

<sup>9</sup> *Гражданское законодательство Израиля.* – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 169.

<sup>10</sup> *Слома В. Договір найму житла за цивільним законодавством України / В. Слома // Юридична Україна.* – 2010. – № 7. – С. 63–68.

<sup>11</sup> *Шишка О. Р. Правове становище членів сім'ї в договорі найму житла з житлового фонду соціального призначення / О. Р. Шишка // Часопис Київського університету права.* – 2011. – № 2. – С. 170–175.

<sup>12</sup> *Калаур І. Р. Договірні зобов'язання з передавання майна в користування: проблеми теорії та практики: Монографія / І. Р. Калаур.* – Тернопіль: Підручники і посібники, 2014. – 480 с. – С. 241–242.

#### Резюме

##### **Пленюк М. Д. Особливості механізму правового регулювання користування житлом.**

У статті розглядається особливості механізму правового регулювання житлових відносин. Звертається увага, що житлові відносини можуть врегулюватися двома рівнями: 1) шляхом імперативності норм, що визначають взаємовідносини між суб'єктами владних повноважень та фізичними особами; 2) шляхом диспозитивності договірних умов, які діють коли сторони своєю домовленістю не встановлюють інший порядок.

Окрему увагу приділено договірному регулюванню, зокрема договору найму (оренди) житла, соціального найму тощо.

**Ключові слова:** житло, житлові відносини, механізм правового регулювання, договір, договір оренди (найму), договір соціального найму.

#### Резюме

##### **Пленюк М. Д. Особенности механизма правового регулирования пользования жильем.**

В статье рассматриваются особенности механизма правового регулирования жилищных отношений. Обращается внимание, что жилищные отношения могут регулироваться двумя уровнями: 1) путем императивности норм, определяющих взаимоотношения между субъектами властных полномочий и физическими лицами; 2) путем диспозитивности договорных условий, действующих когда стороны своей договоренности не устанавливают другой порядок.

Особое внимание уделено договорному регулированию, в частности договора найма (аренды) жилья, социального найма и тому подобное.

**Ключевые слова:** жилье, жилищные отношения, механизм правового регулирования, договор, договор аренды (найма), договор социального найма.

#### Summary

##### **Plenyuk M. Features of legal regulation mechanism for housing.**

In the article the features of the mechanism of legal regulation of housing relations. The attention that houses relations can be regulated in two levels: 1) by imperative rules governing the relationship between public authorities and individuals; 2) by discretionary contractual conditions that apply when their parties agreed not establish another order.

Special attention is paid to the contractual regulation, including contract hire (rental) housing, social recruitment and more.

**Key words:** housing, housing relations, mechanism of legal regulation, contract, lease (hire) contract of social hiring.

**Є. В. СТЕПАНОВ**

*Євген Віталійович Степанов, кандидат юридичних наук, адвокат, керуючий партнер АО «Батюк, Степанов і партнери»*

## **ЩОДО ОКРЕМИХ ПРАВОВИХ АСПЕКТІВ МЕХАНІЗМУ НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ В ПОЗАСУДОВОМУ ПОРЯДКУ**

Серед усіх видів забезпечення виконання грошових зобов'язань важливе місце належить іпотеці, що обумовлюється не лише предметом, який виступає в якості гарантії виконання зобов'язання, а й значним поширенням вказаного виду договорів у банківській та фінансовій сфері.

Одними із найбільш актуальних проблем практики застосування законодавства України про іпотеку є питання, пов'язані із задоволенням вимог іпотекотримача за рахунок предмета іпотеки. Актуальність цієї проблематики обумовлена насамперед недосконалістю правового регулювання окремих аспектів, пов'язаних зі зверненням стягнення на предмет іпотеки та в ряді випадків – суперечливою судовою практикою зі спорів зазначеної категорії. Окремий комплекс проблем у регулюванні розглядуваних правовідносин внесла й нова процедура державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень (державна реєстрація прав), запроваджена у 2016 р., яка, з одного боку, значно полегшила процедури звернення стягнення на предмет іпотеки в позасудовому порядку, але, з іншого боку, по суті поставила у нерівне становище боржника (або його майнового поручителя) і кредитора.

Окреслене коло проблем, на наш погляд, створює передумови не лише для порушення прав власників об'єктів нерухомого майна, яке перебуває в іпотеці, а й для самих кредиторів, оскільки внаслідок задоволення судами позовів про визнання недійсними рішень державних реєстраторів та визнання протиправними їхніх дій, це неодмінно буде тягнути за собою відновлення попереднього становища власника майна і, відповідно, затягувати процедури задоволення грошових вимог кредиторів.

Вбачається, що вирішення організаційно-правових проблем, які виникли вже на даному етапі застосування нової редакції Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», неможливе і без науково-теоретичного їх осмислення, що дасть змогу в майбутньому розробити шляхи вирішення цих питань та удосконалити процедуру правового регулювання у цій сфері.

У контексті даної статті наша увага буде зосереджена на розгляді окремих правових аспектів організаційно-правового механізму переходу прав власності на предмет іпотеки саме за договорами про задоволення вимог іпотекотримача.

Інститут договірних відносин займає особливе місце в цивілістичній науці. Проблемам цієї сфери присвячена велика кількість робіт, серед яких значна увага була приділена в тому числі іпотеці. Ще в дореволюційних роботах таких юристів, як Л. В. Ганговер, Г. Деренбург, А. С. Звоницький, І. А. Покровський, Г. Ф. Шершеневич та інших досліджувалися питання, пов'язані з правовим регулюванням іпотеки. Подальше осмислення правових проблем у цьому напрямі було зроблено в роботах М. І. Брагінського, В. В. Вітрянського, Б. М. Гонгало, В. С. Ема, В. А. Рибаківа та багатьох інших. Серед сучасних досліджень у сфері проблем зобов'язального права загалом та забезпечення виконання зобов'язань зокрема варто передусім звернути увагу на роботи Т. В. Бондар, О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця, Р. А. Майданика, Я. М. Шевченко, С. І. Шимон та багатьох інших вітчизняних вчених.

Разом із тим, не зважаючи на великий масив досліджень проблематики, пов'язаної з правовим регулюванням іпотеки, подальшого наукового осмислення потребують питання правового регулювання, пов'язаних із процедурою звернення стягнення на предмет іпотеки для задоволення забезпечених нею вимог кредитора.

Сучасна ринкова економіка не може функціонувати без кредитних відносин, при цьому ці відносини будуються на основі надання кредитних коштів за умови їх повернення з певним інтересом для кредитодавця в майбутньому. У будь-якому зобов'язанні (крім, мабуть, тих, що повністю виконуються в момент укладання договору) завжди існує ризик невиконання або неналежного виконання своїх обов'язків боржником, а відтак – завдання матеріальної шкоди кредиторів<sup>1</sup>.

За змістом частини першої ст. 546 Цивільного кодексу України застава є одним із видів забезпечення виконання зобов'язання<sup>2</sup>.

Окремим видом застави є іпотека як застава нерухомого майна, що залишається у володінні заставодавця або третьої особи (частина перша ст. 575 Цивільного кодексу України).

Природа іпотеки полягає у забезпеченні можливості кредитора у разі невиконання зобов'язання, забезпеченого іпотекою, одержати задоволення вимог за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника. Будучи за своїм правовим змістом заставою, іпотечні правовідносини врегульовані нормами параграфу 6 (ст.ст. 572–593) глави 49 Цивільного кодексу України та спеціальним законом.



У ст. 1 спеціального Закону України «Про іпотеку» дається більш широке визначення цього виду застави, відповідно до якого іпотека – це вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника в порядку, встановленому цим Законом<sup>3</sup>.

Іпотека є найбільш надійним способом забезпечення захисту майнових прав кредитора. Водночас, як наголошує В. М. Єрмоленко, висока вартість нерухомих речей та особливості їх природи як економічного блага потребують функціонування якісних та ефективних юридичних механізмів охорони та захисту прав учасників суспільних відносин, предметом яких є нерухомі речі<sup>4</sup>.

Варто погодитися з твердженням наведеного автора і про те, що досить тривалий час охоронні функції в обороті нерухомості виконує інститут державної реєстрації, який поступово еволюціонує і вдосконалюється з розвитком усїєї вітчизняної правової системи<sup>5</sup>.

Разом із тим, як зазначає С. О. Слободянюк, сучасне законодавство не завжди відзначається чіткістю у правовому регулюванні державної реєстрації прав на нерухомість, що створює труднощі при правозастосуванні<sup>6</sup>.

Реалізація права звернення на предмет іпотеки за договором про задоволення вимог іпотекодержателя завжди пов'язана з фактичним позбавленням права власності на нерухоме майно у позасудовому порядку. І хоча таке позбавлення права власності здійснюється на підставі раніше обумовленої згоди власника цього майна, відповідний правовий механізм, пов'язаний з переходом у позасудовому порядку права власності від іпотекодавця до іпотекодержателя з правого боку має бути бездоганим, з огляду на загальні положення про захист права власності в нашій державі, що закріплені в Основному Законі та Цивільному кодексі України.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 41 Конституції України ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним<sup>7</sup>.

У розрізі досліджуваної проблематики слід наголосити, що положення ст. 41 Конституції України, як норми прямої дії, визначає, що позбавлення права власності на предмет іпотеки має відбуватися виключно і в порядку, передбаченому чинним законодавством України.

Згідно з положеннями ст.ст. 33, 37 Закону України «Про іпотеку» умовою звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом набуття іпотекодержателем прав власності на нього є наявність договору про задоволення вимог іпотекодержателя<sup>8</sup>. Такий договір може бути складений сторонами як окремий документ або викладений ними шляхом відповідного письмового застереження в іпотечному договорі, яке прирівнюється до такого договору за своїми правовими наслідками.

Т. В. Бондар звертає увагу на те, що оформлення передачі іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки договором про задоволення вимог іпотекодержателя (ст. 37 Закону України «Про іпотеку») є однією з особливостей виконання цього різновиду забезпечувального зобов'язання, яке відрізняє його від виконання забезпечувального зобов'язання, що випливає із застави<sup>9</sup>.

Крім Закону України «Про іпотеку» організаційно-правовий механізм набуття права власності на предмет іпотеки за договором про задоволення вимог іпотекодержателя визначається Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»<sup>10</sup> та постановою Кабінету Міністрів України від 25 грудня 2015 р. № 1127 «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», якою затверджений Порядок державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, Порядок надання інформації з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та Порядок доступу до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно<sup>11</sup>.

Доцільним є навести думку Д. Е. Федорчука, який вказує на те, що щодо іпотеки законодавець вимагає від іпотекодержателя взяти обов'язкових попередніх заходів перед тим, як починати будь-яку процедуру звернення стягнення<sup>12</sup>.

Нині виникає чи не найбільша кількість проблем у застосуванні відповідних норм з боку саме державних реєстраторів. Частково це обумовлюється недосконалістю відповідного правового механізму, а частково – неправильним застосуванням окремих положень самими державними реєстраторами. Як вказує зокрема В. М. Єрмоленко, незважаючи на досить тривалу історію становлення й функціонування в правовій системі України інституту державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, на сьогоднішній день він перебуває на етапі активного реформування<sup>13</sup>, і цей процес, на нашу думку, ще є далеким від свого завершення. Водночас, виходячи зі змісту ст. 182 Цивільного кодексу України, саме з проведенням державної реєстрації речових прав на нерухоме майно законодавець пов'язує момент виникнення права власності на нього у нового власника<sup>14</sup>.

Виходячи із практики застосування судами законодавства України про іпотеку автор вважає, що чинне нині законодавство України, яке регулює питання реєстрації прав власності на об'єкти нерухомого майна, встановлює далеко не повний перелік документів, що дозволяє державному реєстратору прийняти законне та об'єктивне рішення про набуття права власності на предмет іпотеки за договором про задоволення вимог іпотекодержателя.

Відповідно до п. 57 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень для державної реєстрації права власності на підставі договору іпотеки, що містить застереження про задоволення вимог іпотекодержателя шляхом набуття права власності на предмет іпотеки, також подаються: 1) копія письмової вимоги про усунення порушень, надіслані іпотекодержателем іпотекодавцю та боржникові, якщо

він є відмінним від іпотекодавця; 2) документ, що підтверджує наявність факту завершення 30-денного строку з моменту отримання іпотекодавцем та боржником, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмової вимоги іпотекодержателя у разі, коли більш тривалий строк не зазначений у відповідній письмовій вимозі; 3) заставна (якщо іпотечним договором передбачено її видачу)<sup>15</sup>.

Вимога щодо необхідності подання зазначених документів іпотекодержателем кореспондується зі встановленим порядком задоволення вимог іпотекодержателя за рахунок предмета іпотеки, передбаченим розділом V Закону України «Про іпотеку», але, на нашу думку, цей перелік документів не є вичерпним.

Виходячи з аналізу інших положень нормативно-правових актів, які регулюють питання, що розглядається, та які наводилися вище, можна дійти висновку щодо необхідності надання державному реєстратору також інших документів, які дозволять йому прийняти законне та обґрунтоване рішення щодо державної реєстрації прав.

На наш погляд такими обов'язковими документами повинні бути зазначені: кредитний договір, що підтверджує факт виникнення грошового зобов'язання за основним договором, так як сама по собі іпотека є засобом забезпечення відповідного грошового зобов'язання; платіжний документ, який підтверджує факт виконання кредитором зобов'язання з видачі грошових коштів боржникові, які забезпечуються іпотечним договором; обґрунтований розрахунок суми заборгованості на дату набуття предмета іпотеки у власність, а також, якщо це передбачено умовами договору – письмове рішення іпотекодержателя про придбання предмета іпотеки у власність.

Необхідно звернути увагу й на те, що у п. 57 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень не конкретизуються докази щодо підтвердження факту надіслання іпотекодержателем іпотекодавцю та боржникові, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмової вимоги про усунення порушень, що, на наш погляд, також є суттєвою прогалиною.

За наслідком вчинення реєстраційних дій вищезазначені документи (у тому числі тих, закріплення обов'язку подання яких пропонується автором) мають долучатися як до матеріалів реєстраційної справи у паперовій формі, так і до матеріалів справи в електронній формі.

Приймаючи рішення про державну реєстрацію прав та їх обтяжень на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя, державний реєстратор зобов'язаний переконатися, чи не передбачено положеннями відповідного договору інших умов, з якими закон та/або відповідний правочин пов'язує можливість виникнення, переходу, припинення прав власності на предмет іпотеки.

Лише після отримання всіх необхідних документів, які з достовірністю свідчать про наявність законних підстав для проведення державної реєстрації речових прав на предмет іпотеки, державний реєстратор має підстави для ухвалення рішення про державну реєстрацію прав.

Отже, можемо зробити висновок, що новий концептуальний підхід до системи державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, що було запроваджено з травня 2016 р., потребує якісно нового забезпечення прав власника нерухомого майна, в тому числі того, що є предметом іпотеки. Спрощення порядку реалізації права звернення на предмет іпотеки в рахунок виконання основного боргового зобов'язання повинно узгоджуватися з дієвим механізмом захисту права попереднього власника, оскільки існуюча на сьогодні процедура державної реєстрації не повною мірою забезпечує захист і охорону прав та інтересів власників та користувачів нерухомого майна, зокрема через недобросовісну діяльність так званих «чорних нотаріусів», які користуючись недосконалістю окремих норм чинного законодавства України, а в ряді випадків – прямо їх порушуючи, приймають рішення та вносять записи до реєстру, що протиправно позбавляють права власності на предмет іпотеки. Як свідчить зокрема судова практика, наявні прогалини в законодавстві не зводять до мінімуму можливості недобросовісних осіб реєструвати на себе право власності, яке їм не належить, що тягне за собою в подальшому проведення такими особами незаконних операцій з цією нерухомістю.

Вирішення вказаних проблем можна досягнути передусім шляхом внесення змін і доповнень до нормативно-правових актів, які регулюють питання державної реєстрації прав власності на нерухоме майно.

Чинне законодавство України, яке регулює питання реєстрації прав власності на об'єкти нерухомого майна, встановлює недостатній перелік обов'язкових документів, а це не завжди дозволяє державному реєстратору прийняти законне та об'єктивне рішення щодо набуття права власності на предмет іпотеки на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя. Вбачається за доцільне доповнити перелік обов'язкових документів, які необхідно подати іпотекодержателю для реєстрації права власності на предмет іпотеки на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя, зокрема наступними: 1) кредитним договором, що підтверджує факт виникнення грошового зобов'язання за основним договором; 2) платіжним документом, який підтверджує факт виконання кредитором (іпотекодержателем) зобов'язання з видачі грошових коштів по кредитному або іншому договору боржникові; 3) обґрунтованим письмовим розрахунком суми заборгованості на дату набуття предмета іпотеки у власність іпотекодержателем та, якщо це передбачено умовами договору, – письмовим рішенням іпотекодержателя про придбання предмета іпотеки у власність.

Крім того, вважаємо за доцільне конкретизувати в чинному законодавстві України докази, які підтверджують факт надіслання іпотекодержателем іпотекодавцю та боржникові, якщо він є відмінним від іпотекодавця письмової вимоги про усунення порушень та доказів її отримання. Зазначене можливо реалізувати через посилення на відповідні правові норми Правил надання послуг поштового зв'язку, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 5 березня 2009 р. № 270.

Вбачається, що викладені вище пропозиції можуть бути реалізованими шляхом внесення відповідних змін до п. 57 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень (затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25 грудня 2015 р. № 1127).

Наряду з вищевикладеним необхідним є, на нашу думку, закріплення в чинному законодавстві України обов'язку державного реєстратора інформувати іпотекодавця про прийняте ним рішення щодо відповідного об'єкта нерухомого майна та встановлення строку вступу рішення державного реєстратора у законну силу із обов'язковим наданням терміну попередньому власнику на його оскарження в порядку, передбаченому Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».

Також необхідним є посилення юридичної відповідальності державних реєстраторів і передусім приватних нотаріусів як спеціальних суб'єктів, на яких покладаються функції державного реєстратора прав на нерухоме майно, за прийняття ними протиправних рішень у сфері державної реєстрації, що можна реалізувати шляхом внесення певних змін і доповнень до відповідних нормативно-правових актів, передусім до Законів України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», «Про нотаріат», Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України.

Окреслене, на нашу думку, допоможе суттєво підвищити захист інтересів як іпотекодержателів, так і іпотекодавців при здійсненні процедур, пов'язаних з державною реєстрацією речових прав на предмет іпотеки в позасудовому порядку.

<sup>1</sup> Федорчук Д. Е. Забезпечення виконання зобов'язань: навч. посіб. / Д. Е. Федорчук. – Донецьк, 2007. – С. 21.

<sup>2</sup> Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

<sup>3</sup> Про іпотеку : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 38. – Ст. 313.

<sup>4</sup> Єрмоленко В. М. Організаційно-правове забезпечення системи реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень / В. М. Єрмоленко, Н. В. Ісаченко. – К., 2013. – С. 7.

<sup>5</sup> Там само.

<sup>6</sup> Слободянюк С. О. Правове регулювання державної реєстрації речових прав на нерухоме майно: моногр. / С. О. Слободянюк. – К., 2013. – С. 236.

<sup>7</sup> Конституція України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>8</sup> Про іпотеку : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 38. – Ст. 313.

<sup>9</sup> Бондар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: (Заг. Положення) : навч. посіб. / Т. В. Бондар. – К., 2007. – С. 217.

<sup>10</sup> Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 51. – Ст. 553.

<sup>11</sup> Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : постанова Кабінету Міністрів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=248747864>

<sup>12</sup> Федорчук Д. Е. Забезпечення виконання зобов'язань: навч. посіб. / Д. Е. Федорчук. – Донецьк, 2007. – С. 21.

<sup>13</sup> Єрмоленко В. М. Організаційно-правове забезпечення системи реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень / В. М. Єрмоленко, Н. В. Ісаченко. – К., 2013. – С. 7.

<sup>14</sup> Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

<sup>15</sup> Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : постанова Кабінету Міністрів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=248747864>

#### Резюме

**Степанов Є. В. Щодо окремих правових аспектів механізму набуття права власності на предмет іпотеки в позасудовому порядку.**

У даній статті досліджуються проблемні питання, пов'язані з організаційно-правовим механізмом набуття права власності на предмет іпотеки в позасудовому порядку (шляхом задоволення вимог іпотекодержателя на підставі відповідного договору).

**Ключові слова:** власність, іпотека, реєстрація, нерухомість, державний реєстр.

#### Резюме

**Степанов Е. В. Касательно отдельных правовых аспектов механизма приобретения права собственности на предмет ипотеки во внесудебном порядке.**

В данной статье исследуются проблемные вопросы, связанные с организационно-правовым механизмом приобретения права собственности на предмет ипотеки во внесудебном порядке (путем удовлетворения требований ипотекодержателя на основании соответствующего договора).

**Ключевые слова:** собственность, ипотека, регистрация, государственный реестр.

#### Summary

**Stepanov Ie. On certain legal aspects of the mechanism of acquisition of the title to a mortgaged property without legal proceedings.**

The article examines problematic issues relating to the procedural and institutional mechanism of acquisition of the title to a mortgaged property without legal proceedings (through satisfaction of claims of the mortgagee on the basis of the relevant agreement).

**Key words:** property, mortgage, registration, real estate, public registry.

Л. І. ГРИНИК

*Лілія Ігорівна Гриник, аспірант юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## РОЗІРВАННЯ КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ ТА ВИЗНАННЯ ЙОГО НЕДІЙСНИМ: ПРАВОВІ НАСЛІДКИ

При виконанні кредитних договорів на практиці часто виникають проблеми, тому сторони заявляють вимоги до суду про розірвання таких кредитних договорів або визнання їх недійсними. Оскільки розірвання договору і визнання його недійсним тягнуть за собою різні правові наслідки, змішування цих понять не лише не виправдано теоретично, а й може призвести до істотних помилок на практиці. Трапляються випадки, коли замість вимоги про розірвання договору позивач вимагає від суду визнати договір недійсним і навпаки. Тому проблема розмежування визнання договору недійсним і розірвання договору має велике практичне значення.

Теоретичну основу для написання статті становлять праці таких науковців, як: М. В. Андріанов, С. М. Андросов, А. М. Блащук, Т. В. Боднар, О. С. Бородовський, В. І. Жеков, О. О. Кот, В. І. Крат, С. М. Лепех, Д. О. Мальцев, О. І. Міхно, В. Г. Ольоха, Л. П. Оплячко, Р. Б. Прилуцький, Н. М. Процьків, Я. М. Романюк та інші.

Відтак, метою даної статті є дослідження підстав та правових наслідків розірвання кредитного договору та визнання його недійсним.

Відповідно до чинного законодавства форма угоди про розірвання договору має бути ідентичною формі договору, який розривають. Так як кредитний договір укладається в письмовій формі (ст. 1055 ЦК України), то і форма розірвання кредитного договору має бути письмовою. Кредитний договір, який укладений з недодержанням письмової форми, є нікчемним. Нікчемним правочином є правочин, недійсність якого встановлена законом. Визнання такого правочину недійсним судом не вимагається (ч. 2 ст. 215 ЦК України). **Недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю.** У разі недійсності правочину кожна із сторін зобов'язана повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає в користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування. Якщо у зв'язку із вчиненням недійсного правочину другій стороні або третій особі завдано збитків та моральної шкоди, вони підлягають відшкодуванню винною стороною (ч. 1, 2 ст. 216 ЦК України). Правові наслідки, передбачені ч. 1 та ч. 2 ст. 216 ЦК України, застосовуються, якщо законом не встановлені особливі умови їх застосування або особливі правові наслідки окремих видів недійсних правочинів. Варто зауважити, що згідно зі ст. 217 ЦК України недійсність окремої частини правочину не має наслідком недійсності інших його частин і правочину в цілому, якщо можна припустити, що правочин був би вчинений і без включення до нього недійсної частини. Правові наслідки недійсності нікчемного правочину, які встановлені законом, не можуть змінюватися за домовленістю сторін. Вимога про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину може бути пред'явлена будь-якою заінтересованою особою. Суд може застосувати наслідки недійсності нікчемного правочину з власної ініціативи (ч. 4, 5 ст. 216 ЦК України).

Так як кредитний договір є двостороннім правочином, і щодо його дійсності закон вимагає при укладенні кредитного договору дотримання письмової форми, то **правовими наслідками недотримання такої форми будуть застосовуватися положення ст. 218 ЦК України.** Відповідно до якої недодержання сторонами письмової форми правочину, яка встановлена законом, не має наслідком його недійсність, крім випадків, встановлених законом. Заперечення однією із сторін факту вчинення правочину або оспорування окремих його частин може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо-, відеозапису та іншими доказами. Рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків. Якщо правочин, для якого законом встановлена його недійсність у разі недодержання вимоги щодо письмової форми, укладений усно і одна із сторін вчинила дію, а друга сторона підтвердила її вчинення, зокрема шляхом прийняття виконання, такий правочин у разі спору може бути визнаний судом дійсним.

Підставою для визнання правочину недійсним є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені ч.ч. 1, 3, 5, 6 ст. 203 ЦК України, а саме:

- відповідно до ч. 1 ст. 203 ЦК України: зміст правочину не може суперечити ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам;
- відповідно до ч. 3 ст. 203 ЦК України: волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі;
- відповідно до ч. 5 ст. 203 ЦК України: правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним;

– відповідно до ч. 6 ст. 203 ЦК України: правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

Згідно зі ст. 236 ЦК України правочин, визнаний судом недійсним, є недійсним з моменту його вчинення. Зі змісту п. 8 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 9 від 06.11.2009 р. «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними»<sup>1</sup> вбачається, що не є укладеними правочини (договори), у яких відсутні встановлені законодавством умови, необхідні для їх укладення (відсутня згода за всіма істотними умовами договору; не отримано акцепт стороною, що направила оферту; не передано майно, якщо відповідно до законодавства для вчинення правочину потрібна його передача тощо). Відповідно до п. 14 Постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ № 5 від 30 березня 2012 р. «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин»<sup>2</sup> при вирішенні спорів про визнання кредитного договору недійсним суди мають враховувати вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину, зокрема ЦК (ст.ст. 215, 1048–1052, 1054–1055), ст.ст. 18–19 Закону України «Про захист прав споживачів». Кредитний договір обов'язково має укладатись у письмовій формі (ст. 1055 ЦК); недодержання письмової форми тягне його нікчемність та не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його нікчемністю. Згідно з роз'ясненнями постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними», суди повинні розмежовувати кредитний договір, який є недійсним у силу закону (нікчемний) або може бути визнаний таким у судовому порядку (оспорюваний) з підстав, встановлених ч.1 ст. 215 ЦК, та кредитний договір, який є неукладеним (не відбувся), що не може бути визнаний недійсним, зокрема, у випадку, коли сторони в належній формі не досягли згоди щодо хоча б з однієї його істотної умови або зміст яких неможливо встановити виходячи з норм чинного законодавства (ст.ст. 536, 638, 1056-1 ЦК).

Вимога про застосування наслідків недійсності правочину може бути заявлена як одночасно з вимогою про визнання оспорюваного правочину недійсним, так і у вигляді самостійної вимоги в разі нікчемності правочину та наявності рішення суду про визнання правочину недійсним. **Наслідком визнання правочину (договору) недійсним не може бути його розірвання, оскільки це взаємовиключні вимоги.** Відповідно до ст.ст.215 та 216 ЦК вимога про визнання оспорюваного правочину недійсним та про застосування наслідків його недійсності, а також вимога про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину може бути заявлена як однією зі сторін правочину, так і іншою заінтересованою особою, права та законні інтереси якої порушено вчиненням правочину. У разі якщо під час розгляду спору про визнання правочину недійсним як оспорюваного та застосування наслідків його недійсності буде встановлено наявність підстав, передбачених законодавством, вважати такий правочин нікчемним, суд, вказуючи про нікчемність такого правочину, одночасно застосовує наслідки недійсності нікчемного правочину.

Відповідно до п. 1. ст. 230 ЦК України, якщо одна із сторін правочину навмисно ввела другу сторону в оману щодо обставин, які мають істотне значення (ч.1 ст. 229 ЦК), такий правочин визнається судом недійсним. Згідно п. 2. ст. 230 ЦК України, сторона, яка застосувала обман, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки у подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину. Якщо зміст правочину суперечить чисельним нормам законодавства України, то його можна визнати також недійсним. Згідно п. 3.6. Правил надання банками України інформації споживачу про умови кредитування та сукупну вартість кредиту, затвердженим постановою НБУ від 10.05.2007, № 168, «Банки не мають права встановлювати платежі, які споживач має сплатити на користь банку за дії, які банк здійснює на власну користь (ведення справи, договору, облік заборгованості споживача тощо), або за дії, які споживач здійснює на користь банку (прийняття платежу від споживача тощо) або що їх вчиняє банк або споживач з метою встановлення, зміни або припинення правовідносин (укладення кредитного договору, внесення до нього змін, прийняття повідомлення споживача про відкликання згоди на укладення кредитного договору тощо)»<sup>3</sup>. Умова договору про те, що кредитор має право в односторонньому порядку на власний розсуд без згоди позичальника змінити процентну ставку за кредитом, може бути підставою для визнання її недійсною. Умова банку про надання особі права за власним бажанням будь-коли змінювати відсоткову ставку, а клієнт не має права відмовитися, суперечить вимогам чинного законодавства.

Відповідно до ст. 35 Закону України «Про Національний банк України» гривня (банкноти і монети), як національна валюта є єдиним законним платіжним засобом на території України, який приймається усіма фізичними і юридичними особами без будь-яких обмежень на всій території України за всіма видами платежів, а також для зарахування на рахунки, вклади, акредитиви та для переказів. Надання банком позичальникові грошових коштів (кредиту) та проведення позивачем дій відносно виконання своїх обов'язків в іноземній валюті (в тому числі, оплата процентів за користування кредитом, різного роду комісій) за своєю природою є валютною операцією. Статтею 5 Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю»<sup>4</sup> передбачено, що валютні операції проводяться на підставі відповідної ліцензії Національного банку України, а також зазначено, що на здійснення валютних операцій Національний Банк України видає генеральні та індивідуальні ліцензії. Згідно із п.п. в), г) ч. 4 ст. 5 Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» індивідуальної ліцензії потребують, в тому числі, операції щодо використання іноземної валюти на території України як засобу платежу або як застави. Таким чином, враховуючи вищевикладене, надання та одержання кредиту в іноземній валюті, використання іноземної валюти, як засобу платежу можливо при дотриманні суб'єктами госпо-

дарських відносин імперативних вимог законодавства, щодо одержання відповідної індивідуальної ліцензії. Стаття 227 ЦК України встановлює, що правочин юридичної особи, вчинений нею без відповідного дозволу (ліцензії), може бути визнаний судом недійсним. Надання кредиту у іноземній валюті також може призвести до того, що позивач перебуває у відверто дискримінаційному становищі відносно відповідача.

Отже, у випадку визнання недійсним кредитного договору суд за заявою сторони в обов'язковому порядку застосовує наслідки недійсності правочину, передбачені ч. 1 ст. 216 Цивільного кодексу України, та визначає грошову суму, яка має бути повернута кредитодавцю. Якщо буде визнаний недійсним кредитний договір, у якому виконання зобов'язання позичальника забезпечено заставою майна позичальника або поручителя, суд за заявою кредитодавця накладає на таке майно арешт.

Також слід зазначити таку підставу визнання кредитного договору недійсним як укладення такого договору особою без письмової згоди другого з подружжя (підставою є ст. 65 Сімейного кодексу України). Це правило поширює свою дію і на осіб, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, і які набули майно за час їх спільного проживання (ст. 74 СК України).

Прикладом судової справи про визнання кредитного договору недійсним може бути рішення суду від 17.08.2016 року<sup>5</sup>. Позивачі просили суд визнати кредитний договір недійсним, посилаючись на те, що його умови не відповідають вимогам закону, при його укладенні сторонами не досягнуто домовленості щодо всіх істотних умов договору, договір містить дискримінаційні та несправедливі умови, що призвело до суттєвого дисбалансу інтересів сторін. Всупереч вимогам закону відповідач не передбачив в договорі кредиту його орієнтовну сукупну вартість кредиту, виражену в простій зрозумілій формі в національній валюті. Крім того, на думку позивачів, договір містить інші несправедливі умови, зокрема споживчі кредити містять положення про право банку підвищувати відсотки, дисбаланс зарахування відсотків та суми кредиту, що ставить в тяжке несправедливе становище споживача в договірних зобов'язаннях. За таких підстав, позивач просив визнати недійсним кредитний договір, і в порядку застосування наслідків недійсності договору кредиту визнати недійсним договір іпотеки, договір поруки, а також застосувати двосторонню реституцію. Суд не задовольнив позовні вимоги, виходячи з наступного. У відповідності до ст. 627 ЦК України, сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Як вбачається із договору кредиту, позивач була ознайомлена з умовами кредитування та погодилася із ними, підписавши договір без зауважень, отримала кошти кредиту, і майже через вісім років після отримання кредиту, заявила позовні вимоги про визнання договору кредиту недійсним. Як вбачається з матеріалів справи, позивач була ознайомлена з умовами договору, всіма істотними обставинами та наслідками його підписання, що підтверджено її особистим підписом. Кредитний договір укладений сторонами з дотриманням вимог закону, необхідних для чинності правочину, а належних і допустимих доказів протилежного позивачем не було надано. Як вбачається з матеріалів справи, при укладанні спірного договору сторони погодили усі умови договору без будь-яких зауважень, а позивачем було отримано кредитні кошти, що ним не заперечується. Суд дійшов висновку, що позовні вимоги про визнання спірного договору недійсним у зв'язку із порушенням прав споживача є необґрунтованими та задоволенню не підлягають, а вимоги про застосування наслідків недійсності договору кредиту та визнання недійсним договори іпотеки та поруки, а також застосування двосторонньої реституції є похідними, а тому також не підлягають задоволенню.

У Постанові ВСУ від 19 жовтня 2016 р. по цивільній справі № 6-384цс16<sup>6</sup> було розглянуто справу про спробу визнання особи недієздатною подальшим наслідком якого, може бути визнання кредитного договору та договору іпотеки недійсним або звільнення особи, як недієздатної від виконання прийнятих на себе зобов'язань за цими договорами. Особа була визнана недієздатною за участю органу опіки та піклування в судах трьох інстанцій, проте ВСУ скасував ці рішення за заявою банку і направив справу на новий розгляд до суду першої інстанції. У відповідній справі родичі особи, яка взяла кредит, намагались довести, що позичальник страждав і страждає на хронічний, стійкий психічний розлад, внаслідок чого, в нього виникає абсолютна неспроможність розуміти значення своїх дій та керувати ними, в тому числі брати кредити та передавати в іпотеку майно. За положеннями ч. 1 ст. 39 ЦК України фізична особа може бути визнана судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. При цьому зміст цієї норми слід тлумачити таким чином, що суд має право, але не зобов'язаний визнати фізичну особу недієздатною. Відповідно до ст. 239 ЦПК України суд за наявності достатніх даних про психічний розлад здоров'я фізичної особи призначає для встановлення її психічного стану судово-психіатричну експертизу. Отже, при проведенні експертизи щодо наявності в особи хронічного, стійкого психічного розладу експерт повинен дослідити стан психічного здоров'я особи протягом певного часу, пославшись на медичні документи, їх аналіз та особисте дослідження особи, зробити висновок щодо наявності в особи саме стійкого, хронічного психічного розладу, визначити час, з якого в особи виникло таке захворювання, встановити чи повністю особа не здатна внаслідок цього захворювання усвідомлювати свої дії та керувати ними. Відтак, з зазначених питань висновок експерта повинен бути повним та категоричним, та не має допускати іншого розуміння змісту, ніж зазначений. Визнаючи особу недієздатним лише на основі висновків акта амбулаторної комісійної судово-психіатричної експертизи, суди не звернули уваги на відсутність у тексті експертного дослідження відомостей про час, з якого часу особа страждає на психічні захворювання, відсутність категоричного висновку щодо наявності в особи саме хронічного, стійкого пси-

хічного розладу, внаслідок чого вона не здатна усвідомлювати свої дії та керувати ними. Таким чином, на думку ВСУ, висновки судів про позбавлення особи дієздатності є передчасними.

**Відповідно до ч. 2 ст. 653 ЦК України у разі розірвання договору зобов'язання сторін припиняються.** У разі розірвання договору зобов'язання припиняється з моменту досягнення домовленості про розірвання договору, якщо інше не встановлено договором. Якщо договір розривається в судовому порядку, зобов'язання припиняється з моменту набрання рішенням суду про розірвання договору законної сили. 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 договір розірваний у зв'язку з істотним порушенням договору однією із сторін, друга сторона може вимагати відшкодування збитків, завданих розірванням договору (ч. 3-5 ст. 653 ЦК України).

Кожне право вимоги, яке випливає з договору до моменту його розірвання, може перебувати в одному з чотирьох станів: 1) право вимоги повністю і належним чином задоволено; 2) право вимоги ще не почалося реалізовуватись; 3) почалась реалізація права основної вимоги і виникли додаткові вимоги; 4) право вимоги задоволено, але виникли і задоволені додаткові вимоги<sup>7</sup>. Визначення меж здійснення обов'язків сторін має важливе значення для визначення наслідків розірвання договору.

За загальним правилом, сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконано ними за зобов'язаннями до моменту розірвання договору, тобто реституція не допускається. Однак, така норма є диспозитивною. Законом або угодою сторін може бути передбачено право однієї або обох сторін договору на реституцію в тому чи іншому вигляді<sup>8</sup>. Сторона, яка є ініціатором розірвання, може вимагати відшкодування збитків, спричинених розірванням договору, але лише в тому випадку, якщо договір розірваний внаслідок його порушення контрагентом.

Для того, щоб правильно та ефективно застосовувати ті чи інші правові наслідки у разі припинення договору за різними підставами, необхідно визначити зміст цих наслідків. У юридичній літературі з цієї проблеми ведуться гострі дискусії та висловлюються різноманітні, у тому числі протилежні, точки зору. Безспірно тут лише те, що застосовувані правові наслідки, які є водночас способами захисту порушених цивільних прав та інтересів, як правило, є негативними або небажаними для однієї сторони (добросовісної, тобто такої, що не порушувала договірні зобов'язання) або для обох сторін (якщо договірне зобов'язання порушене обома сторонами)<sup>9</sup>.

**Відповідно до ст. 653 ЦК у разі розірвання договору зобов'язання сторін припиняються.** При цьому завжди необхідно враховувати, в якому порядку відбулося розірвання договірного зобов'язання: за домовленістю сторін чи за рішенням суду, адже від цього може залежати зміст правових наслідків та момент настання припинення зобов'язання. У разі розірвання договору зобов'язання припиняється з моменту досягнення домовленості про розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом, а в разі розірвання у судовому порядку – з моменту набрання рішенням суду законної сили (ч. 3 ст. 653 ЦК)<sup>10</sup>.

**Настання правових наслідків може бути обумовлено в самому кредитному договорі.** Сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 4 ст. 653 ЦК). Тому, якщо будь-яка із сторін кредитного договору пред'явить у судовому порядку вимогу до другої сторони про повернення виконаного нею за кредитним зобов'язанням суд має право у разі розірвання кредитного договору відмовити позивачеві в задоволенні такої вимоги. Слід зауважити, що правило ч. 4 ст. 653 ЦК не застосовується, якщо інше передбачено договором або законом. Розірвання кредитного договору можливо відповідно до ч. 5 ст. 653 ЦК – у зв'язку з істотним порушенням договору, що надає стороні право вимагати від сторони-порушника відшкодування збитків, завданих розірванням такого договору. Наведене положення не узгоджується з положеннями глави 51, в якій визначаються правові наслідки порушення зобов'язання, у тому числі відповідальність. Стаття 611 ЦК у разі порушення закріплює наслідки порушення зобов'язання, відповідно до якої одним із таких наслідків є розірвання договору. Таким чином ст. 611 ЦК встановлює ширше коло правових наслідків порушення договірного зобов'язання, порівняно з ст. 653 ЦК, у якій у разі істотного порушення договору потерпіла сторона може вимагати лише розірвання договору та відшкодування збитків.

Прикладом може слугувати рішення суду від 29 вересня 2016 р.<sup>11</sup> ПАТ «Мегабанк» подав позов до особи позичальника про дострокове розірвання кредитного договору та стягнення залишку неповернутих кредитних коштів, стягнення процентів і неустойки за кредитним договором. Відповідно до п. 1.7 кредитного договору цей договір є договором приєднання до Правил користування клієнтів у ПАТ «Мегабанк». Відповідно до п. 6.4.1 Правил позичальник зобов'язується своєчасно та в повній сумі повернути наданий кредит та сплатити проценти та інші платежі в порядку, встановленому кредитним договором. Відповідно до п. 6.7.1 Правил банк має право достроково розірвати кредитний договір та вимагати погашення кредиту, сплати нарахованих процентів, комісії у випадку порушення позичальником умов кредитного договору. У відповідності до ч. 2 ст. 651 ЦК України договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом. Істотним є таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору. Позивач належним чином виконав свої зобов'язання перед відповідачем, надавши за умовами кредитного договору кредитні кошти в користування на період, обумовлений цим договором, а позивач не виконав умови кредитного договору належним чином. Згідно пункту 6.3 кредитного договору у разі порушення строків сплати ануїтет-

них платежів та іншої винагороди понад 90 календарних днів, позичальник сплачує кредиторам штраф у розмірі 45 процентів від суми кредиту. Відповідно до п. 4.9 кредитного договору, у разі порушення строків сплати ануїтетних платежів та комісійної винагороди понад 90 календарних днів, кредитор обліковує заборгованість в повному обсязі на відповідному рахунку простроченої заборгованості. При цьому правовідносини сторін за цим договором не втрачають своєї чинності та діють протягом строку дії договору. Із розрахунку заборгованості встановлено, що позичальник не сплатив жодного чергового платежу по кредиту. Тобто, чергові платежі були прострочені більше ніж на 90 календарних днів. Відповідно до ст.ст. 610, 611, 623 ЦК України порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання). У разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди. Згідно з ч. 2 ст. 1050 ЦК України, якщо договором встановлений обов'язок позичальника повернути позику частинами (з розстроченням), то в разі прострочення повернення чергової частини позичальник має право вимагати дострокового повернення частини позики, що залишилася, та сплати процентів, належних йому відповідно до ст. 1048 ЦК України. Відповідно до п. 6.7.1 Правил банк має право достроково розірвати кредитний договір та вимагати погашення кредиту, сплати нарахованих процентів, комісії у випадку порушення позичальником умов кредитного договору. Позов публічного акціонерного товариства «Мегабанк» до позичальника про дострокове розірвання кредитного договору та стягнення залишку неповернутих кредитних коштів, стягнення процентів і неустойки за кредитним договором був задоволений.

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 16 ЦК України визнання правочину недійсним є одним із способів захисту цивільних прав та інтересів. Розірвати можна лише частково або повністю невиконаний договір. Якщо зобов'язання сторін за договором виконані в повному об'ємі, то договір розірвати не можна. Якщо ж умови кредитного договору не виконані до кінця, то за сторонами зберігається можливість його розірвання. При розірванні договору договірні зобов'язання сторін припиняються на майбутнє. Дана ознака дозволяє відрізнити розірвання договору від визнання його недійсним або неукладеним. Порушення закону, яке тягне недійсність договору, має місце ще при укладенні договору, тому недійсний договір втрачає силу з моменту його укладення. Неукладеним договір визнається в силу відсутності в ньому істотних умов або у зв'язку з недосягненням сторонами згоди по цих умовах. Визнання договору неукладеним тягне за собою ті ж наслідки, що і визнання недійсним, оскільки договору фактично не було. При розірванні договору, обставини, які були підставами розірвання повинні з'явитися після укладення договору, і тільки з моменту розірвання зобов'язання сторін припиняються на майбутнє<sup>12</sup>.

Аналізуючи вищевикладене, можна дійти наступних **висновків. Розірвання договору і визнання його недійсним тягнуть за собою різні правові наслідки.** Відповідно до ч. 2 ст. 653 ЦК України у разі розірвання кредитного договору зобов'язання сторін припиняються. 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 договір розірваний у зв'язку з істотним порушенням договору однією із сторін, друга сторона може вимагати відшкодування збитків, завданих розірванням договору (ч. 3–5 ст. 653 ЦК України). **Визнання кредитного договору недійсним своїм наслідком має двосторонню реституцію,** передбачену ст. 216 ЦК України, тобто, у випадку визнання кредитного договору недійсним боржник зобов'язаний повернути банку лише суму наданого кредиту без виплати відсотків. Натомість банк зобов'язаний повернути всю суму сплачених боржником відсотків за договором кредиту. Наслідком визнання кредитного договору недійсним є також недійсність договору застави чи іпотеки, адже, відповідно до ч. 2 ст. 548 ЦК України недійсність основного зобов'язання спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення, як наслідок у такій ситуації банк повинен повернути предмет застави позичальникові, що передавався у володіння банку.

<sup>1</sup> Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними: постанова Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 № 9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09>

<sup>2</sup> Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин: постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 № 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-12>

<sup>3</sup> Про затвердження Правил надання банками України інформації споживачу про умови кредитування та сукупну вартість кредиту: Постанова Правління Національного Банку України від 10.05.2007 № 168 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0541-07>

<sup>4</sup> Про систему валютного регулювання і валютного контролю: Декрет Кабінету Міністрів України від 19.02.1993 № 15-93 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/15-93>

<sup>5</sup> Справа № 752/4239/15-ц від 17.08.2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61673513>

<sup>6</sup> Постанова ВСУ від 19 жовтня 2016 року по цивільній справі № 6-384цс16 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua>

<sup>7</sup> Фогельсон Ю. Б. Избранные вопросы общей теории обязательств. Курс лекций. – М.: Юрист, 2001. – С. 183–184.

<sup>8</sup> Процьків Н. М. Правове регулювання розірвання цивільно-правових договорів за цивільним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.03 / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корещького. – К., 2003. – 180 с. – С. 76.



<sup>9</sup> Блащук А. М. Припинення договірних зобов'язань у цивільному праві України [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Блащук Артем Миколайович; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2006. – 195 с. – С. 102–103.

<sup>10</sup> Там само. – С. 131.

<sup>11</sup> Справа № 686/12499/16-ц від 29 вересня 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61751215>

<sup>12</sup> Покровский Б. В. О расторжении договора по советскому гражданскому праву // Казахская республиканская научная конференция на тему: «Гражданское и гражданско-процессуальное законодательство Казахской ССР» 2–4 сентября 1965 г. Тезисы докладов и научных сообщений. – Алма-Ата, 1965. – С. 78.

#### Резюме

##### **Гриник Л. І. Розірвання кредитного договору та визнання його недійсним: правові наслідки.**

Розглядаються підстави визнання кредитного договору недійсним та підстави для розірвання кредитного договору. Обґрунтовується необхідність розмежування визнання договору недійсним і розірвання договору, які тягнуть за собою різні правові наслідки.

**Ключові слова:** кредитний договір, недійсний договір (нікчемний та оспорюваний), розірвання кредитного договору, правові наслідки визнання кредитного договору недійсним та розірваним.

#### Резюме

##### **Грынык Л. И. Расторжении кредитного договора и признания его недействительным: правовые последствия.**

Рассматриваются основания признания кредитного договора недействительным и основания для расторжения кредитного договора. Обосновывается необходимость разграничения признания договора недействительным и расторжения договора, которые влекут за собой различные правовые последствия.

**Ключевые слова:** кредитный договор, недействительный договор (ничтожный и оспоримый), расторжения кредитного договора, правовые последствия признания кредитного договора недействительным и расторгнутым.

#### Summary

##### **Grynuk L. Termination of the credit agreement and the recognition it invalid: legal consequences.**

The author researched grounds of recognition credit agreement invalid and grounds for termination of the credit agreement. In the scientific article the author substantiated the need delimitation recognition agreement invalid and termination of the contract, which entail the different legal consequences.

**Key words:** credit agreement, invalid contract (worthless contract and contested contract), termination of the credit agreement, the legal consequences of recognition credit agreement invalid and terminated.

УДК 347

**А. О. ДИКА**

*Алла Олександрівна Дика, аспірант Івано-Франківського університету імені короля Данила Галицького*

## **СУТНІСТЬ ЦИВІЛІСТИЧНОГО ПРОЦЕСУ ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ РОЗРОБКИ ОПТИМАЛЬНИХ ПРОЦЕДУР, СПРЯМОВАНИХ НА ОХОРОНУ ТА ЗАХИСТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ**

Актуальність, своєчасність, необхідність та перспективність дослідження російськими вченими теоретичних основ цивілістичного процесу нині ні у кого в Росії не викликає сумніву<sup>1</sup>.

Так, В. В. Ярков вказував на те, що, крім цивільного процесу, процесуальність стала все більшою мірою притаманна несудовим юрисдикціям. Посилаючись на Закон РФ «Про виконавче провадження» вчений зазначав, що виконавче провадження перетворюється на розвинену та достатньо складну процедурно-процесуальну діяльність, те ж саме стосується і нотаріату. Зокрема, останній закон РФ «Про нотаріат і нотаріальну діяльність» включає достатньо розвинену процесуальну частину, до якої належать правила та процедури вчинення нотаріальних дій.

Тому даним автором запропоновано ввести в теорію процесуальних наук таке поняття, як «цивілістичний процес», розуміючи під ним наукову категорію, що охоплює два класичних судових процеси – цивільний та арбітражний, а також діяльність несудових цивільних юрисдикцій – виконавче і нотаріальне провадження, третейський (арбітражний) розгляд<sup>2</sup>.

Нині в Україні також мають місце наукові дослідження вчених-процесуалістів, присвячені розкриттю сутності такої правової категорії, як «цивілістичний процес» та специфіки реалізації певних видів правовідносин у його межах. Так, український вчений професор С. Я. Фурса<sup>3</sup>, підтримуючи та розвиваючи концеп-

цію В. В. Яркова, вказує, що передумовою для такого об'єднання є характер матеріальних правовідносин, в основі яких знаходяться права та обов'язки, зокрема й на майно, що дає змогу розглядати матеріальні правовідносини комплексно: від їх оформлення в належній формі (нотаріат), вирішення спірних відносин у випадку виникнення правопорушень до їх ліквідації (суд) і відновлення прав (виконавче провадження). Така система об'єднання та кваліфікації інформації заслуговує на увагу, оскільки несудові юрисдикції, зокрема нотаріальний та виконавчий процес, являють собою процесуальну діяльність осіб, уповноважених державою на реалізацію юрисдикційної функції відповідно до встановленої законом процедури. Позитивним тут є не лише розширення термінологічної бази процесуальних наук, а й більш широкий погляд на взаємний зв'язок між матеріальними і процесуальними галузями правової науки. Тут мається на увазі можливість послідовно проаналізувати право осіб від моменту його виникнення до моменту його відновлення після порушення та тим самим виявити надійні способи охорони, захисту, відновлення таких прав, які до останнього часу аналізувалися лише у межах окремих галузей правової науки, що значно обмежувало сферу наукових досліджень. Даним автором запропоновано проводити дослідження проблем щодо охорони, захисту та відновлення прав суб'єктів цивільних відносин на міжгалузевому «просторі». Ця думка вченого знайшла розвиток у роботах його учнів<sup>4</sup>. Так, О. О. Кармазою розкривались питання охорони та захисту житлових прав крізь призму цивілістичного процесу<sup>5</sup>, О. О. Дерій досліджувала аліментні зобов'язання в цивілістичному процесі<sup>6</sup>, О. М. Нікітюк – охорону та захист права спільної власності подружжя у цивілістичному процесі<sup>7</sup>, Т. М. Кучер сформулювала теорію доведення у цивілістичному процесі<sup>8</sup>.

Усі зазначені вчені формували свої визначення поняття «цивілістичний процес», але їх думки, в основному, зводились до того, що саме на його базі можна комплексно й послідовно вирішити наявні в державі проблеми, які виникають у зв'язку з охороною, захистом та відновленням прав відповідно нотаріусом, судом та органами примусового виконання.

Про таку послідовну взаємодію свідчать і нормативні акти. Так, Цивільний кодекс України визначає цивільні відносини як сукупність особистих немайнових та майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників (ст. 1 ЦК України).

Згідно зі ст. 15 Цивільного кодексу України кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства.

У ст. ст. 16 та 18 Цивільного кодексу України йдеться про те, що захист цивільних прав здійснюють зокрема, суди за зверненнями осіб та нотаріуси у випадках і в порядку, встановлених законом.

Так, нотаріуси відповідно до Закону України (далі – ЗУ) «Про нотаріат» з метою надання безспірним правам вірогідності, тобто законного характеру, вчиняють нотаріальні дії, які спрямовані на охорону цих прав. Суди захищають порушені, оспорювані та невизнані цивільні права (ст. 1 Цивільно-процесуального кодексу України), а органи примусового виконання відновлюють такі права шляхом примусового виконання рішень (ст. 1 Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів»).

Тобто за допомогою такої комплексності можна досягти бажаного результату щодо охорони, захисту й відновлення прав фізичних та юридичних осіб. Така комплексність проявляється у тому, що особа за вирішенням певних правових питань може звернутися до нотаріуса, якщо це питання не належить до виключної юрисдикції суду. «Використання такого досвіду дозволить звільнити суди від розгляду численних справ, в яких по суті відсутній спір, зменшити величезне і все зростаюче навантаження на суди і створити за рахунок цього більш сприятливі умови для розгляду справ у спорах про право»<sup>9</sup>. Наприклад, подружжя за відсутності спору може звернутися до нотаріуса за посвідченням аліментного договору на утримання їх неповнолітньої дитини без звернення до суду. У випадку невиконання особою своїх зобов'язань нотаріус на договорі може вчинити виконавчий напис, який є виконавчим документом (ст. 3 Закону України «Про виконавче провадження») та є підставою для відкриття виконавчого провадження і примусового виконання зобов'язань за договором. Як бачимо, між нотаріальним посвідченням та примусовим виконанням аліментного договору також є тісний зв'язок, оскільки він обумовлений характером правовідносин та виконанням таких зобов'язань, які виникають із сімейного права. Це приклад двосторонніх міжгалузевих зв'язків, які мають місце між нотаріатом (нотаріальним процесом) та органами примусового виконання (виконавчим процесом) при реалізації норм матеріального, зокрема сімейного права. Але можуть мати місце випадки, коли будуть задіяні послідовно усі три процеси, наприклад, особи посвідчили у нотаріальному порядку аліментний договір. При посвідченні договору були допущені певні порушення законодавства, що стало підставою для звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним. Рішенням суду договір не був визнаний недійсним та став підставою із вчиненням на ньому виконавчим написом для примусового виконання.

Також складну форму пов'язаності трьох юридичних процесів при реалізації норм цивільного права можна побачити і на прикладі, коли суд рішенням визнає недійсним договір дарування, посвідчений нотаріусом, та застосовує реституцію (повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину), виконання якого покладается на органи примусового виконання.

Схожа співпраця, покликана захищати права суб'єктів цивільних відносин, відбувається між судом і органами примусового виконання, зокрема щодо надання відстрочки, розстрочки, зміни чи встановлення способу і порядку виконання рішення; заміни сторони виконавчого провадження, розгляду скарг на дії, бездіяльність виконавця. Про що свідчить наявність у ЦПК розділу VI «Процесуальні питання, пов'язані із

виконанням судових рішень у цивільних справах та інших органів (посадових осіб)», який вчений Н. А. Сергієнко пропонує викласти в такій редакції: «Взаємодія суду з органами державної виконавчої служби при виконанні рішень у цивільних справах» та пропонує внести відповідні зміни до ЦПК<sup>10</sup>. Проте автор вважає за необхідне уточнити цю редакцію назви, зумовлену останніми змінами у законодавстві та викласти її так: «Взаємодія суду з органами примусового виконання при виконанні рішень у цивільних справах».

Наведені приклади свідчать про те, що в результаті здійснення захисту та охорони матеріальних правовідносин між складовими цивілістичного відбувається постійна взаємодія. Тому завданням науковців є проведення системних досліджень єдності та взаємозалежності нотаріального, цивільного і виконавчого процесів, оскільки саме в їх єдності можна досягнути належного та своєчасного результату діяльності певних суб'єктів, які наділені державою повноваженнями на здійснення ними юрисдикційної функції.

Останнім часом у зв'язку з реформуванням законодавства впроваджується ряд змін до існуючих законів та приймаються нові. Так, у новій редакції викладено Закон України «Про виконавче провадження», прийнято новий Закон «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів», внесено зміни до Закону України «Про нотаріат», що сприяє ефективнішому захисту прав суб'єктів цивільних відносин.

Однак відсутність належної системності реформ призводить до виникнення прогалів у законодавстві та юридичних колізій як між нормативно-правовими актами, так і між компетенцією певних правоохоронних та правозахисних органів, які входять до системи цивілістичного процесу, що негативно впливає на виконання їхніх функцій при здійсненні охорони та захисту прав суб'єктів цивільних відносин.

Про розбіжність та суперечність нормативно-правових актів у цивілістичному процесі свідчить наступний приклад. Кредитор звернувся до суду з позовом до боржника з вимогою стягнути з останнього заборгованість. Маючи докази, що боржником вчиняються дії щодо відчуження його майна, що в майбутньому може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду, звертається до суду із заявою про забезпечення позову шляхом накладення арешту на майно боржника. Суд постановляє ухвалу про задоволення заяви про забезпечення позову та забезпечує позов шляхом накладення арешту на майно боржника. Вказана ухвала суду є виконавчим документом (ст. 3 ЗУ «Про виконавче провадження»). Відповідно до ч. 9 ст. 153 ЦПК України ухвала про забезпечення позову виконується негайно в порядку, встановленому для виконання судових рішень.

Відповідно до ч. 1 ст. 1 ЗУ «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів», примусове виконання судових рішень і рішень інших органів (посадових осіб) (далі – рішення) покладається на органи державної виконавчої служби та у визначених Законом України «Про виконавче провадження» випадках – на приватних виконавців.

Однак ч. 9 ст. 153 ЦПК України є імперативною нормою, оскільки встановлює конкретне правило поведінки, а саме: покладає виконання ухвали суду про забезпечення доказів на органи, які здійснюють примусове виконання судових рішень (виконавчу службу).

Разом з тим ст. 27 ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» передбачено, що державна реєстрація обтяжень проводиться на підставі рішення суду щодо обтяження речових прав на нерухоме майно, що набрало законної сили. При цьому законом не встановлено жодного обмеження щодо того, ким пред'являється до виконання таке рішення суду, а ст. 10 вказаного закону передбачено, що державним реєстратором є, в тому числі, і нотаріус.

Практика свідчить, що виконанням виконавчих документів щодо накладення обтяження нерухомого майна в основному займаються приватні нотаріуси, як державні реєстратори за зверненнями фізичних та юридичних осіб, інших учасників цивілістичного процесу, хоча це суперечить ч. 9 ст. 153 ЦПК України, яка покладає обов'язок виконання ухвали на органи державної виконавчої служби. Але разом із тим такий спосіб захисту прав суб'єктів цивільних відносин є найефективнішим, оскільки органи державної виконавчої служби в силу великої завантаженості та зарегульованості не можуть забезпечити негайне виконання, що призводить в подальшому до утруднення чи унеможливлення виконання рішення суду.

У зв'язку з цим автор пропонує внести зміни до таких законодавчих актів України:

– у цивільно-процесуальному кодексі України частину дев'яту ст. 153 доповнити абзацом другим такого змісту: «ухвала про забезпечення позову у випадках, передбачених п. 1–4 ч. 1 ст. 152 цього кодексу у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, за вибором позивача може бути пред'явлена до виконання органам нотаріату України, органам державної виконавчої служби, приватним виконавцям»; ст. 154 ЦПК України доповнити частиною восьмою такого змісту: «Ухвала про заміну способу забезпечення позову, про скасування заходів забезпечення позову у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень за вибором заявника може бути пред'явленою до виконання органам нотаріату, органам державної виконавчої служби, приватним виконавцям»;

– у Законі України «Про нотаріат» частину першу ст. 34 доповнити п. 9-1 такого змісту: «вчиняє реєстраційні дії у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень в порядку виконання судових рішень у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень на підставі виконавчих документів визначених п. 2 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про виконавче провадження»;

– Законом України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» та Законом України «Про виконавче провадження» передбачити органи нотаріату як органи, які здійснюють примусове виконання судових рішень у сфері державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень.

Отже, саме на основі комплексного дослідження зв'язків нотаріального, судового та виконавчого процесів можна виявити та усунути колізії і прогалини в нормативно-правових актах, які регулюють діяльність цих органів, що забезпечить належний та своєчасний захист цивільних прав.

З урахуванням викладеного матеріалу, наведених прикладів, проаналізованих думок вчених вважаємо за доцільне сформулювати своє, авторське, визначення поняття «цивілістичний процес», під яким розуміти єдність досудових, судових та постсудових процедур, зокрема нотаріального, цивільного (судового) та виконавчого процесу, завданням яких є належна та своєчасна охорона, захист і відновлення прав, свобод та інтересів фізичних, юридичних осіб та держави.

Лише взаємодія певних юрисдикційних органів, які діють в межах самостійних юридичних процесів, що є складовими цивілістичного процесу, взаємопов'язаність законодавчих норм, що регулюють їх діяльність, створить оптимальні процедури охорони, захисту та відновлення прав суб'єктів цивільних відносин та зробить їх ефективними й своєчасними.

<sup>1</sup> Сахнова Т. В. Цивилистический процесс: миссия в меняющемся мире / Т. В. Сахнова // Вестник гражданского процесса. – 2013. – № 1. – С. 2.

<sup>2</sup> Ярков В. В. Юридические факты в цивилистическом процессе / В. В. Ярков. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – С. 4–5.

<sup>3</sup> Фурса С. Я. Цивилистический процесс в Украине: основные проблемы становления и тенденции развития / С. Я. Фурса, Е. И. Фурса // Цивилистический процесс: основные проблемы и тенденции развития: сб. материалов международной научно-практической конференции, посвященной 90-летию со дня рождения доктора юридических наук, профессора, Заслуженного деятеля науки РФ Маргариты Андреевны Вукот. – Саратов: Издательский центр «Наука», 2012. – С. 382–383.

<sup>4</sup> Основні напрями дисертаційних досліджень та наукова новизна у роботах учнів Фурси С. Я. // Правова наукова школа Фурси С. Я. / за ред. Фурси С. Я., Нікітюк О. М. – К.: Алерта, 2016. – 224 с.

<sup>5</sup> Кармаза О. О. Концепції охорони та захисту житлових прав в цивілістичному процесі: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.03 / О. О. Кармаза. – К., 2014. – 36 с.

<sup>6</sup> Дерій О. О. Аліментні зобов'язання в цивілістичному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / О. О. Дерій. – К., 2014. – 18 с.

<sup>7</sup> Никитюк Е. Н. Об основаниях возникновения права совместной собственности супругов: некоторые вопросы компетенции суда / Е. Н. Никитюк // Цивилистическая процессуальная мысль: международный сб. научных статей. Вып. 5 (2) Гражданский, хозяйственный (арбитражный) процесс. – К.: Алерта, 2016. – С. 486–491.

<sup>8</sup> Кучер Т. М. Докази, доказування та доведення в цивілістичному процесі / Т. М. Кучер. – К.: Видавець Позднишев, 2015. – 427 с.

<sup>9</sup> Жуйков В. М. Нотариат «разгружает» суды / В. М. Жуйков // Российская юстиция. – 2000. – № 3: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.mirnot.narod.ru/g-raz.html>

<sup>10</sup> Сергієнко Н. А. Взаємодія суду з органами примусового виконання при виконанні рішень у цивільних справах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Н. А. Сергієнко. – К., 2015. – С. 14.

### Резюме

**Дика А. О. Сутність цивілістичного процесу та його значення для розробки оптимальних процедур, спрямованих на охорону та захист цивільних прав.**

Дана стаття присвячена розкриттю сутності цивілістичного процесу. Проведено аналіз взаємозв'язків між нотаріальним, цивільним та виконавчим процесом, сформульовано пропозиції для внесення змін до законодавства, що регулює цивільний, нотаріальний та виконавчий процеси, визначено поняття цивілістичного процесу.

**Ключові слова:** цивілістичний процес, нотаріальний процес, цивільний процес, виконавчий процес, охорона, захист, відновлення, права.

### Резюме

**Дика А. А. Сущность цивилистического процесса и его значение для разработки оптимальных процедур, направленных на охрану и защиту гражданских прав.**

Данная статья посвящена раскрытию сущности цивилистического процесса. Проведен анализ взаимосвязей между нотариальным, гражданским и исполнительным процессом, сформулированы предложения для внесения изменений в законодательство, регулирующее гражданский, нотариальный и исполнительный процессы, определено понятие цивилистического процесса.

**Ключевые слова:** цивилистический процесс, нотариальный процесс, гражданский процесс, исполнительный процесс, охрана, защита, восстановление, права.

### Summary

**Dyka A. The essence of civil process and its importance for the development of optimal procedures aimed at the protection and defense of civil rights.**

This article describes the essence of civil process. The author analyzes the relationships between the notary, civil and executive processes, formulates proposals to amend the legislation which regulates civil, notary and executive processes, defines the concept of civil process.

**Key words:** notary process, civil process, executive process, protection, restoration, rights.

**К. О. ІЛЬЮЩЕНКОВА**

*Катерина Олегівна Ільющенкова, аспірант Національної академії прокуратури України*

## **ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОНОРСТВА ГРУДНОГО МОЛОКА**

Грудне вигодовування стало одним із ключових питань охорони здоров'я новонароджених та дітей на кожному етапі їх розвитку. В Україні донорство грудного вигодовування законодавчо не визначено, проте успішно функціонує на практиці, адже користь та позитивний вплив його на організм дитини не викликає сумнівів. Зарубіжний досвід ґрунтується передусім на правовому регулюванні донорства грудного молока та функціонуванні банків донорського грудного молока. Тому доцільно перейняти позитивний досвід успішних країн у розвитку донорства грудного молока.

Відносини донорства грудного молока не є новими для держави. Історія свідчить про те, що користь та лікувальний вплив грудного молока на людський організм відкрили для себе вже давно. З розвитком медицини, інформаційної політики та свідомості суспільства в цілому грудне вигодовування стало першочерговою ланкою у забезпеченні здоров'я немовлят та їх належного догляду, особливо коли цього потребує лікувальний процес. Проблемою відносин донорства грудного молока є насамперед їх невизначеність на законодавчому рівні та відсутність правового регулювання, що значно гальмує їх розвиток та несе загрозу для життя й здоров'я людей, які потребують грудне молоко в процесі лікування.

Донорство грудного молока та його правове регулювання в Україні не досліджувалося жодним науковцем. Проте частково ці відносини досліджували С. О. Линник, О. В. Сапронов, В. Ю. Альбицький, праці яких використовувалися в роботі. Окрім цього, донорство грудного молока досліджують зарубіжні науковці: О. Л. Лукоянова, Lois DW Arnold, Phoebe Ramsey, David Stephanie Dawson та інші.

**Мета** та завдання статті полягають у вивченні еволюції правового регулювання донорства грудного молока та зарубіжного досвіду, а також у визначенні проблем правового регулювання донорства та шляхів їх вирішення.

Право на донорство, визначене в ЦК України, включає в себе виключний перелік об'єктів донорства. Такий перелік потребує розширення з огляду на те, що в суспільстві існують відносини, ознаки яких збігаються із загальними ознаками права на донорство, а тому правовідносини, пов'язані з ними, повинні бути регламентовані в законодавстві. Такими об'єктами донорства є грудне молоко. Важко назвати відносини надання грудного молока новими, які щойно виникли в сучасному суспільстві, адже з історичного досвіду поняття «донорство грудного молока» вже було прописано в нормативно-правових актах минулого століття. Історія донорства грудного молока взяла свій початок паралельно із донорством крові. Так, молоко молодих жінок та кров страчених юнаків використовувались з метою омолодження<sup>1</sup>. В епоху зародження прогресивної медицини в 1928 р. при Державному науковому інституті охорони материнства і дитинства (м. Москва) відкрили один із перших в СРСР пунктів забору жіночого молока. Надзвичайний вклад у вирішення проблеми вигодовування немовлят вніс професор Р. О. Лунц. Він вперше в країні запропонував і реалізував принцип вигодовування немовлят зцідженим грудним молоком замість прикладання до грудей годувальниці в умовах стаціонарів і будинків немовлят<sup>2</sup>. Перше законодавче закріплення поняття донорських пунктів забору грудного молока визначене в наказі МОЗ СРСР «Про покращення суспільного виховання і підготовки дітей до навчання в школі» № 666 від 12 червня 1986 року. Так, у п. 5 додатку № 2 до Наказу зазначено про штат годувальниць в будинку дитини з кількістю місць понад 100, де організується донорський пункт по забору грудного молока, штат годувальниць встановлюється з розрахунку 1 посада на 6 дітей у віці до 1 року<sup>3</sup>.

Організація забору грудного молока була визначена у додатку № 3 до наказу МОЗ СРСР Інструкція по організації і проведенні комплексу санітарно-прогієпідемічних заходів в відділеннях для новонароджених і недоношених дітей дитячих лікарень від 20 квітня 1983 р. № 440. Так, згідно з п. 5.15 зціджене в домашніх умовах грудне молоко приймають у відділенні лише від здорових матерів. Розширюється надходження зцідженого молока з прикріплених пологових будинків. Молоко від матерів з маститом, а також хворих іншими захворюваннями (туберкульоз, гострі респіраторні, гострі кишкові інфекції та інше) забору не підлягає. На емкостях, в яких поступає зціджене грудне молоко з пологового будинку, повинна бути помітка про час пастеризації грудного молока і підпис медичної сестри, відповідальної за пастеризацію<sup>4</sup>.

Користь грудного вигодовування не викликала жодних сумнівів, тому для здорового розвитку новонароджених, в тому числі в умовах обмеженого простору, наказом МВС СРСР «Про затвердження інструкції по медичному забезпеченні осіб, які утримуються в слідчих ізоляторах і виправно-трудових установах МВС СРСР» від 17 листопада 1989 р. № 285 з дотриманням міжнародно-правових актів щодо забезпечення прав дитини в п. 9.25 передбачено, що медичні працівники повинні прагнути до максимального збереження груд-

ного вигодовування. При відсутності грудного молока в матері дитина отримує грудне молоко годувальниці чи донорське, чи сухі адаптовані молочні суміші. При будинку дитини організовується молочна кухня<sup>5</sup>.

Зазначені нормативно-правові акти втратили чинність, а тому на сучасному етапі поняття «донорство грудного молока» в законодавстві не існує і відносини надання грудного молока жодним чином безпосередньо не врегульовані.

У світі питання грудного вигодовування стоїть дуже гостро. ВООЗ розробляє міжнародні нормативно-правові акти та рекомендації з вищезазначених питань. Незважаючи на те, що в Україні донорство грудного молока на законодавчому рівні ще не визнано, політика грудного вигодовування спрямована на його розвиток. Так, С. О. Линник у статті «Стан впровадження в Україні глобальної стратегії ВООЗ щодо годування дітей грудного і раннього віку»<sup>6</sup> згадує про програми розвитку грудного вигодовування, проте жодна з них не передбачає використання донорського грудного молока та критерії безпеки такого продукту.

Загальновідомі міжнародно-правові акти, такі як Загальна декларація прав людини 1948 р., Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права 1967 р., Конвенція про права дитини 1989 р. прямо не вказують на права дитини на грудне годування чи обов'язки батьків щодо конкретних продуктів харчування, але це, без сумніву, не виключає такого права. Наведені акти містять загальні норми, які мають велике правове поле для їх застосування. До прикладу, ст. 1, 2 Загальної декларації прав людини проголошує рівність всіх, ст. 25 зазначає, що кожна людина має право на такий життєвий рівень, включаючи їжу, одяг, житло, медичний догляд та необхідне соціальне обслуговування, який є необхідним для підтримання здоров'я і добробуту її самої та її сім'ї; також материнство і дитинство дають право на особливе піклування і допомогу. Таким чином, всі люди рівні, включаючи дітей, які мають право на здорове харчування, яке повністю забезпечує їх здоровий фізичний та психічний розвиток. Крім цього, для недоношених дітей чи дітей, які мають певні медичні показання щодо грудного вигодовування, грудне молоко є не лише продуктом харчування, а й життєво необхідним. Отже, можна вважати його лікарським засобом. У силу різних обставин дехто із дітей не може отримувати грудне молоко (смерть матері, народження сурогатною матір'ю та інші факти). Таким чином, обмежується їх права, передбачені декларацією. У такому випадку держава повинна брати на себе зобов'язання і забезпечувати такі права шляхом передбачення гарантій безпеки використання донорського грудного молока. Доцільно в законодавстві України для забезпечення прав дитини міжнародними нормативно-правовими актами передбачити право дитини на грудне вигодовування і забезпечити її нормальний фізичний та психічний розвиток. Окрім цього, відповідно, крім права на донорство грудного молока необхідно передбачити право жінки на розпорядження своїм грудним молоком, що є ширшим за своєю суттю за право на донорство грудного молока.

У багатьох країнах світу нормативно-правові акти врегульовують певним чином право грудного вигодовування та право на донорство грудного молока. До прикладу, Цивільний кодекс Каліфорнії 1872 р., в Нью-Йорку, Техасі є закони, пов'язані з закупівлею, обробкою, розповсюдженням чи використанням грудного молока<sup>7</sup>.

Україна займає пасивну позицію в розвитку донорства грудного молока і жодним чином не сприяє йому. Законодавчого закріплення поняття «донорство грудного молока» немає, а грудне молоко не визнане об'єктом донорства. Лише Податковий кодекс України згадує поняття «донорство грудного молока» в п. 165.1 – до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу платника податку не включаються такі доходи: п. 165.1.33 сума, отримана платником податку за здавання ним крові, грудного жіночого молока, інших видів донорства, яка виплачується з бюджету чи бюджетною установою. Таким чином, у Податковому кодексі України зазначається про ще один об'єкт донорства «грудне молоко», хоча правовідносини донорства грудного молока не врегульовано жодним нормативно-правовим актом. Окрім цього, зі змісту зазначеного пункту випливає, що отриманий дохід від реалізації грудного молока на підставі законодавчо не врегульованих відносин оподатковується, якщо платником була фізична особа. Таким чином, маємо абсурдну ситуацію: донорства грудного молока не існує як такого, але воно оподатковується.

Ще на початку ХХ ст. відкрився перший банк грудного молока в Австрії у 1909 р. при лікарні Святої Анни<sup>8</sup>.

На етапі розвитку донорства грудного молока знаходиться Австралія. Хоч у 2006 р. тут було відкрито банк грудного молока і на сьогодні існує вже п'ять банків, проте проблема безпосереднього законодавчого регулювання в них так і не вирішена. Цю проблему гостро обговорюють науковці у своїх працях.

В Австралії банк донорського грудного молока визначають як організацію, що збирає, зберігає, обробляє (для виключення ризику вірусної та бактеріальної інфекції) і передає пожертвуване грудне молоко. Донорське грудне молоко – це залишок людського молока, що забезпечується матір'ю для використання одержувачем, який не є дитиною донора. Таким одержувачем є дитина, яка народжена раніше терміну чи хвора. Донорське грудне молоко пожертвуване на добровільній основі, безоплатно і повинно бути надано лише на основі клінічної потреби одержувача. Обсяг послуг коливається, однак вони, як правило, забезпечують дітей, які народились раніше терміну (менш як 30–34 тижні вагітності), а також хворих немовлят, зокрема з високим ризиком чи з діагнозом некротизуючого ентероколіту. Банк грудного молока базується на:

- людському джерелі речовини (за аналогією з банками крові та тканин);
- безпеці харчових продуктів;
- етичних поглядах на донорство та інформованій згоді.

Стратегія управління ризиками для банку грудного молока охоплює три етапи:

I – збір донорського молока – у тому числі права донора, їх відбір та інше (з аналогічними критеріями, що й для донорів крові та їх компонентів), навчання і підтримка донорів, умови зберігання та транспортування донором грудного молока;

II – обстеження донорів, в тому числі тестування молока;

III – забезпечення донорським молоком – в тому числі права одержувача, лікарське призначення донорського молока, інформована згода, дозування і надання, відстеження, звіт, навчання персоналу, підтримка матерів у створенні своїх особистих поставок молока, а також питання відповідальності й страхування.

За відсутності будь-яких конкретних австралійських нормативних вимог до безпеки донорського людського молока один із банків розробив свої особисті принципи найкращої практики.

В Австралії, як і в Україні, з підвищенням обізнаності про користь і позитивний вплив грудного молока на організм дитини виникла концепція донорського грудного молока. Такий розвиток привів до створення сайтів, які пропагують та сприяють неформальному продажу, обміну грудного молока між особами. Сайти не несуть жодної відповідальності за безпеку донорського грудного молока.

При створенні Австралійської мережі банків грудного молока (далі – АМБГМ) доктор Бен Хартман менеджер PREM (Peron Rotary Express Milk Bank) запропонував ряд цілей для АМБГМ:

– стимулювати і сприяти розповсюдженню передового досвіду в банківській справі донорського грудного молока в Австралії;

– забезпечити форум для обміну інформацією і координації, практики й оперативного розвитку для банку грудного молока в регіоні;

– організувати безперервне навчання для співробітників банку грудного молока;

– надавати експертні консультації і рекомендації для органів державної влади, що можуть бути відповідальними за управління банків грудного молока;

– сприяти тісним робочим відносинам з професійними асоціаціями, які працюють у банківській сфері грудного молока в регіоні і на міжнародному рівні;

– для того, щоб переконатися, що практика банківської справи грудного молока в Австралії завжди підтримує матерів, які годують грудним молоком своїх дітей.

Зазначені цілі були розроблені із посиланням на аналогічні цілі Австралійського форуму тканин і біотерапії (далі – АФТБ). АФТБ є організацією, яка представляє інтереси банків тканин по всій Австралії, а «банк тканин» визначається як організація, що отримує, обробляє та/або поширює тканини людини для трансплантації. Враховуючи, що це визначення виключає банк грудного молока від професійної належності до АФТБ, пропонується, щоб АМБГМ могла б виконувати схожу роль для банків грудного молока, зберігаючи при цьому тісні відносини з АФТБ і їх досвід в паралельній галузі.

Законодавство Австралії, так само як і України, не врегульовує безпосередньо донорство грудного молока. Австралія знаходиться на стадії розробки шляхів врегулювання зазначених відносин, тому створені банки грудного молока функціонують відповідно до нормативно-правової бази, що регулює безпеку харчових продуктів в Австралії та Новій Зеландії. У Кодексі харчових стандартів, який включає три стандарти, що стосуються банку грудного молока:

– стандарт 3.2.2 – практики харчової безпеки та загальні вимоги;

– стандарт 3.2.3 – харчових приміщень і обладнання;

– стандарт 3.3.1 – програми безпеки харчових продуктів для продовольчої служби для вразливих верств населення.

Якщо зазначені стандарти розглядати для донорського грудного молока, то вони потенційно охоплюють такі аспекти:

– консультування донорів щодо зцідження і подальшої обробки молока, наприклад, зберігання і гігієнічні вимоги до обладнання та тари, що використовуються донорами;

– прийом молока банком донорського молока, транспортування його згідно з установленим порядком;

– зберігання донорського молока в молочних банках, включаючи вимоги до температурного режиму;

– тестування на мікробіологічне забруднення молока або інших вимог;

– застосування технологічних процесів, наприклад, пастеризація;

– маркування донорського молока;

– обмеження на приміщення і для осіб, які можуть постачати донорське молоко;

– виявлення і відстеження донорського молока;

– очищення контейнерів і обладнання на молоко-банку;

– система контролю якості, наприклад, максимальний термін зберігання;

– пакетні процедури відкриття;

– санітарно-гігієнічні вимоги до обробки і приготування харчових продуктів.

У той час як стандарти продуктів харчування здебільшого врегульовують питання безпеки донорського грудного молока і можливість його неприйняття, обробки, переробки, зберігання і розподілу донорського грудного молока, то питання донорських прав, відбір і підбір, навчання та підтримка донорів, ймовірно, знаходиться поза віданням контролюючих органів.

Автори вважають, що продукт, який має традицію використання в якості харчового продукту в Австралії та Новій Зеландії, все ж може бути визнаний терапевтичним, якщо його надано з лікувальною метою.

Biologicals Regulatory Framework, що вступило в чинність 31 травня 2011 р., є частиною терапевтичних товарів Framework. Нормативно-правова база біопрепаратів регулює продукти на основі клітин та тканин людини в якості окремої групи терапевтичних товарів під назвою «Біопрепарати». Структура передбачає чотири «класи» з біопрепаратів залежно від ступеня ризику. Biologicals Regulatory Framework були узгоджені міністрами охорони здоров'я в 2006 р., банки молока людини тільки починали відтворення в Австралії. Будь-яке рішення щодо регулювання донорського грудного молока як біопрепарату, ймовірно, потребуватиме згоди міністрів охорони здоров'я. Якщо МОЗ таке рішення прийме, то віднесення донорського грудного молока до певного класу ризику вирішить певні питання, що стосуються послуг банків грудного молока та вимоги до вказаного закладу в рамках ліцензування та проходження аудиту для забезпечення якості, безпеки й ефективності.

Відсутність безпосереднього законодавчого врегулювання відносин донорства грудного молока в Австралії є проблемою, яка потребує свого вирішення. Австралія перебуває в перехідному періоді зі сталого функціонування правовідносин донорського грудного молока та банків грудного молока, які регулюються загальними нормами до створення мережі банків грудного молока і спроби визначити правову природу правовідносин, а як наслідок – забезпечити пряме правове регулювання донорства грудного молока. В Україні розвиток донорства грудного молока призупинився на етапі продажу на «чорному ринку» грудного молока, що створює велику небезпеку для життя та здоров'я дітей. Родини дітей, які за медичними показаннями потребують грудного молока, загнані в глухий кут. Вихід із цієї ситуації вбачається лише при урахуванні ризиків: захворювання та інших наслідків, чи зараження з донорського грудного молока. З глибшим дослідженням і практичним розвитком цієї сфери виникає необхідність визнання грудного молока об'єктом донорства.

Отже, можемо зробити висновок, що відносини донорства грудного молока в Україні не є новими. Еволюція правового регулювання донорства грудного молока в сучасному вигляді взяла свій початок з 1983 року. Сьогодні в Україні відносини надання грудного молока існують на побутовому рівні, що жодним чином не врегульовані. Важливість негативних наслідків від купівлі-продажу, обміну, дарування грудного молока без законодавчо визначених вимог є беззаперечними. Законодавство зарубіжних країн передбачає створення організацій, які здійснюють забір, обробку, переробку, видачу грудного молока, що має назву «Банк грудного молока». Нормативно-правові акти зарубіжних країн спрямовані на забезпечення безпеки донорського грудного молока та уникнення ризиків шкоди на здоров'я дитини. Австралія – країна, де функціонує банк грудного молока та визнане донорство грудного молока, таким чином, країна на шляху прямого законодавчого врегулювання донорства грудного молока. Цей досвід не є постулатом і якщо стверджувати категорично про його перейняття в чистому вигляді, то виникне більше запитань, ніж відповідей. Проте політика Австралії у донорстві грудного молока є наочним прикладом країни перехідного періоду у правовому регулюванні зазначених відносин із забезпеченням безпеки донорського грудного молока людей, які мають в цьому потребу. Власне, діти в Україні також повинні бути захищеними, а їх права дотриманими, як і в інших країнах світу. Отже: 1) необхідно закріпити право дитини на грудне вигодовування та право жінки на розпорядження своїм грудним молоком; 2) на законодавчому рівні визнати донорство грудного молока; 3) пов'язати із цим відносини врегулювати на законодавчому рівні, де чітко прописати визначення понять, підстави виникнення, зміни, припинення правовідносин донорства грудного молока, зміст правовідносин, гарантії та інше; 4) ініціювати створення установи збору, переробки та видачі грудного молока, яка в світі має назву «Банк грудного молока»; 5) в процесі створення банків донорського грудного молока законодавчо забезпечити умови та вимоги щодо надання донорського грудного молока іншій особі (небіологічній дитині).

<sup>1</sup> Сапронов О. В. Історичний розвиток донорства та використання крові людини, а також його правового регулювання в Україні / О. В. Сапронов // Вісник Запорізького державного університету. – 2004. – № 1. – С. 176–180.

<sup>2</sup> Альбицкий В. Ю. Сбережение жизни младенца: от XVII до XXI века / В. Ю. Альбицкий, С. А. Шер // Проблемы социальной гигиены, здравоохранения и истории медицины. – 2014. – № 2. – С. 42–45.

<sup>3</sup> Про покращення суспільного виховання і підготовки дітей до навчання в школі : наказ МОЗ СРСР № 666 від 12 червня 1986 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.libussr.ru/doc\\_ussr/usr\\_12150.htm](http://www.libussr.ru/doc_ussr/usr_12150.htm)

<sup>4</sup> Інструкція по організації і проведенні комплексу санітарно-протиепідемічних заходів в відділеннях для новонароджених і недоношених дітей дитячих лікарень : наказ МОЗ СРСР від 20 квітня 1983 р. № 440 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.med-pravo.ru/PRICMZ/1983/440/440-3.htm>

<sup>5</sup> Про затвердження інструкції по медичному забезпеченні осіб, які утримуються в слідчих ізоляторах і виправно-трудових установах МВС СРСР : наказ МВС СРСР від 17 листопада 1989 р. № 285 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://wfi.lomasm.ru/русский.приказы\\_сср\\_1917-1992/приказ\\_мвд\\_сср\\_от\\_17.11.1989\\_n\\_285\\_об\\_утверждении\\_руководства\\_по\\_медицинскому\\_обеспечению\\_лиц\\_содержащихся\\_в\\_следственных\\_изоляциях\\_и\\_исправи](http://wfi.lomasm.ru/русский.приказы_сср_1917-1992/приказ_мвд_сср_от_17.11.1989_n_285_об_утверждении_руководства_по_медицинскому_обеспечению_лиц_содержащихся_в_следственных_изоляциях_и_исправи)

<sup>6</sup> Breastfeeding state laws – National Conference of State Legislatures and StateNet. – 22.12.2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ncsl.org/research/health/breastfeeding-state-laws.aspx>

<sup>7</sup> Как это сделано, как это работает, как это устроено / онлайн журн. «LiveJournal» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kak-eto-sdelano.livejournal.com/283346.html>

<sup>8</sup> Линник С. О. Стан впровадження в Україні глобальної стратегії ВООЗ щодо годування дітей грудного і раннього віку / С. О. Линник // Державне управління: удосконалення та розвиток. – 2013. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dy.nauka.com.ua/?op=1&z=543>



#### Резюме

**Ильющенкова К. О. Особливості правового регулювання донорства грудного молока.**

У статті проаналізовано еволюцію правового регулювання донорства грудного молока. Висвітлено сучасний стан розвитку донорства грудного молока. Вивчено зарубіжну практику в правовому регулюванні донорства грудного молока на прикладі Австралії. Визначено проблеми правового регулювання донорства грудного молока та запропоновано шляхи їх вирішення.

**Ключові слова:** донорство, донорство грудного молока.

#### Резюме

**Ильющенкова Е. О. Особенности правового регулирования донорства грудного молока.**

В статье проанализировано эволюцию правового регулирования донорства грудного молока. Отражено современное состояние развития донорства грудного молока. Изучено зарубежную практику в правовом регулировании донорства грудного молока на примере Австралии. Определены проблемы правового регулирования донорства грудного молока и предложены пути их решения.

**Ключевые слова:** донорство, донорство грудного молока.

#### Summary

**Iliushchenkova K. Features of legal regulation of breast milk donation.**

In the article the evolution of legal regulation of breast milk donation has been analyzed. The modern state of development of breast milk donation has been defined. The foreign practice in the legal regulation of breast milk donation on the example of Australia has been studied. The problems of legal regulation of breast milk donation have been defined and the ways of their solution have been proposed.

**Key words:** donation, donor, breast milk.

УДК 347.513

### С. В. КУЛІЦЬКА

*Софія Вікторівна Куліцька, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## КОМПЕНСАЦІЯ НЕМАЙНОВОЇ (МОРАЛЬНОЇ) ШКОДИ, ЗАПОДІЯНОЇ ВНАСЛІДОК ПРОТИПРАВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ / БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ СУДОВОЇ ВЛАДИ

Проблематика компенсації немайнової (моральної) шкоди була та залишається однією з найбільш актуальних у юридичній науці та практиці. Нагальну потребу в її дослідженні можна простежити на прикладі зобов'язань із відшкодування (компенсації) шкоди, заподіяної органами судової влади, адже, незважаючи на наявність низки наукових праць як вітчизняних, так і зарубіжних науковців (О. О. Боярський, О. О. Отрадна, Р. О. Стефанчук, С. І. Шимон, О. М. Ерделевський, А. Е. Колієва, Є. В. Федорова, Р. Іосиф та інші), досі дискусійними як на рівні правової доктрини, так і правозастосовної практики є ряд надважливих питань, необхідність пошуку відповідей на які зумовила написання цієї статті.

Тож метою даної наукової статті є розкриття деяких проблемних питань компенсації немайнової (моральної) шкоди, заподіяної внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності органів судової влади, а також виявлення можливих перспектив удосконалення правового регулювання і застосування цього способу захисту цивільних прав та інтересів в Україні.

Насамперед вважаємо за доцільне зауважити, що ключовою особливістю характеру немайнової шкоди, що заподіюється внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності судових органів, є її соціальний аспект – применшення/втрата довіри до правосуддя, про що вже детальніше йшлося в одній із попередніх публікацій<sup>1</sup> автора цієї статті. При цьому, проводячи ранжування негативних наслідків за рівнем їх шкідливості, можемо з упевненістю стверджувати, що першочергову роль відіграватиме саме цей аспект заподіяної шкоди, про що також свідчать результати нещодавніх соціологічних досліджень<sup>2</sup>. Безумовно, превалювання соціального аспекту шкоди призводить до істотного негативного кумулятивного ефекту, вплив якого може бути мінімізовано лише з допомогою комплексного системного підходу до вирішення існуючих проблем, у тому числі у сфері юридичної відповідальності суддів.

Слід також підкреслити, що названа вище особливість характеру немайнової шкоди, що заподіюється внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності судових органів, обумовлює специфіку встановлення наявності такої шкоди, визначення її розміру, а також способу компенсації. Так, сучасною тенденцією є визнання юридичною наукою<sup>3</sup> і практикою\* існування презумпції наявності моральної шкоди у випадку порушення основоположних прав людини, оскільки в такий спосіб забезпечується реальний захист прав особи та юри-

© С. В. Куліцька, 2016

\* Ця тенденція простежується як на рівні практики ЄСПЛ, так і на рівні практики судів України, які трактують презумпцію моральної шкоди як загальновідомий факт (обставину), що не потребує доказування згідно з ч. 2 ст. 61 ЦПК України.

дично спрощується і, водночас, упорядковується процес судового доказування\*. З огляду на стан чинного законодавства України, такий підхід видається спірним\*\*. Однак у ряді зарубіжних держав ця презумпція є поширеною і застосовується насамперед у випадках протиправного обмеження чи позбавлення людини свободи внаслідок неправомірної діяльності/бездіяльності органів судової влади, у поєднанні зі спеціальними критеріями та методиками визначення суми компенсації<sup>4</sup>. Для прикладу, в Австрії у випадках, коли затримання розпочалося після 31 грудня 2010 р., з огляду на набрання чинності змін до законодавства, особа вправі вимагати виплату відшкодування немайнової шкоди, заподіяної внаслідок безпідставного затримання, у розмірі мінімум 20 € та максимум 50 € за кожен день обмеження її свободи. У Литві сума компенсації моральної шкоди не може перевищувати 10 000 літів (Lt.) (близько 2 896,2 €). У Норвегії в разі обмеження/позбавлення свободи на період менш як 4 год. не передбачено жодної компенсації немайнової шкоди; після спливу цього часу перші два періоди 24-годинного затримання компенсуються у розмірі 183 € (1 500 NOK) кожен; якщо обвинувачений направляється до в'язниці, за кожен наступний день має бути компенсовано 49 € (400 NOK); крім того, якщо особу утримували під вартою в повній ізоляції, розмір відшкодування має бути збільшений на 25 % від обчисленої суми. У Швеції грошова компенсація за безпідставний арешт/незаконне засудження гарантується за пережиті особою страждання, втрати доходів і понесені нею витрати. Шкода за страждання, як правило, компенсується в розмірі близько 85–115 € за добу, проте ця сума, залежно від обставин, може бути нижчою чи (в окремих виняткових випадках) значно вищою. У Фінляндії передбачено виплату державою компенсації невинним особам, свободу яких було обмежено/яких було позбавлено свободи через дії влади (при цьому, однак, компенсація не надається, якщо свободу було обмежено/позбавлено протягом менш ніж 24 год.): у 2010 р. сума компенсації за день необґрунтованого затримання або засудження становила близько 100–120 €, якщо свободу було обмежено/позбавлено не більше ніж 14 днів, і близько 150 €, якщо свободу було обмежено/позбавлено на більше, аніж два тижні. При цьому слід звернути окрему увагу на те, що в останній з названих вище, а також у ряді інших зарубіжних держав, презумпція наявності моральної шкоди застосовується і щодо випадків відшкодування шкоди, заподіяної порушенням розумних строків провадження. Так, у Фінляндії, починаючи з 1 січня 2010 р., приватна сторона має право на одержання справедливої винагороди за рахунок державних коштів, якщо надмірна тривалість судового розгляду трактується як порушення права на судовий розгляд протягом розумних строків; розмір такої винагороди становить 1 500 € за кожен рік, протягом якого провадження у справі було відкладено з причин, відповідальність за які покладено на державу; максимальний розмір компенсації становить 10 000 €. У Словенії ж встановлення розміру грошової компенсації за порушення розумних строків провадження залежить від обставин конкретного випадку (справи) і коливається у встановлених законодавством межах від 300 до 5000 €. Необхідно також підкреслити, що в п. 100 рішення у справі «Бурдов проти Росії» (№ 2) «... Суд вказав, що з огляду на майнову шкоду, національні суди є у відверто кращому становищі, щоб визначити її наявність та кількісні показники. Однак ситуація є іншою щодо моральної шкоди. Існує стійка, але спростовна презумпція, що надмірно довгі процедури спричиняють моральну шкоду (див. §§ 203–204 рішення Суду у справі *Scordino* і § 50 рішення Суду у справі *Wasserman*). Суд вважає цю презумпцію надзвичайно стійкою у випадку надмірної затримки у примусовому виконанні державою рішення суду проти неї, беручи до уваги неминуче страждання, спричинене недотриманням державою свого обов'язку виконати борг, та тим фактом, що заявник вже пройшов судовий розгляд і його вимоги були задоволені»<sup>5</sup>.

На нашу думку, якщо шкоду особі заподіяно внаслідок одного/кількох незаконних діянь, перерахованих у ч. 1 ст. 1176 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)<sup>6</sup>, то можна обґрунтовано припустити, що заподіяння моральної шкоди потерпілому в таких випадках є очевидним і безумовним. Тобто, порушення таких основоположних прав людини, як права на свободу та особисту недоторканність, на повагу до гідності та честі, на свободу пересування є підставою для застосування презумпції наявності моральної шкоди. У зв'язку з цим поділяємо точку зору дослідників<sup>7</sup>, котрі вважають за доцільне включити зазначену презумпцію у текст норми ч. 1 ст. 1176 ЦК України. Крім того, з огляду на підходи практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), при запровадженні в Україні компенсаторного засобу захисту права особи на

\* Проблема доказів у позовному провадженні про компенсацію моральної шкоди є актуальною, адже відсутність усталеної практики доказування у справах даної категорії ускладнює застосування цього способу захисту порушених прав. Як правило, єдиним джерелом прямих доказів заподіяння страждань та їх характеру є пояснення потерпілої особи-позивача. Крім того, висновок експерта про обсяг заподіяних потерпілій особі-позивачеві страждань, їх інтенсивність може стати науковим підґрунтям при ухваленні судом рішення за цивільним позовом про компенсацію моральної шкоди. Також факт заподіяння моральної шкоди може підтверджуватися показаннями свідків, спеціаліста, письмовими доказами, а саме: медичними документами, консультативним висновком, публікаціями у пресі тощо.

\*\* У силу положень ч. 1 ст. 60 ЦПК України та абз. 2 п. 5 ППВСУ № 4 від 31 березня 1995 р. при вирішенні питань щодо компенсації моральної шкоди суд, зокрема, повинен з'ясувати, чим підтверджується факт заподіяння позивачеві моральних чи фізичних страждань або втрат немайнового характеру, за яких обставин чи якими діями (бездіяльністю) вони заподіяні, в якій грошовій сумі чи в якій матеріальній формі позивач оцінює заподіяну йому шкоду та з чого він при цьому виходить. Тобто, звільнення особи від доведення факту моральної шкоди не буде відповідати вимогам законодавства та підходам правозастосовної практики. Такий підхід поширений і в судовій практиці: див., наприклад, рішення Нижньосірогозького районного суду Херсонської області у справі № 2-209/11 від 16 листопада 2011 р.; рішення Солом'янського районного суду м. Києва у справі № 2-1036/12 від 7 березня 2012 р. та рішення Бахчисарайського районного суду Автономної Республіки Крим у справі № 103/4510/13-ц від 24 січня 2014 р.

провадження протягом розумного строку на рівні Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» (далі – ЗУ № 266/94-ВР)<sup>8</sup> слід також передбачити спростовну презумпцію наявності в цих випадках немайнової (моральної) шкоди.

Варто підкреслити, що на даний час в Україні відсутня конкретна система (методика), яка б надавала можливість визначити оптимальний розмір компенсації моральної шкоди та могла б бути рекомендована судовим органам. Проте в юридичній науці поширеними є авторські пропозиції щодо методик, формул<sup>9</sup>, критеріїв<sup>10</sup> визначення розміру компенсації моральної шкоди. Так, наприклад, деякі дослідники<sup>11</sup> виділяють три основні підходи (моделі) визначення розміру компенсації моральної шкоди: концептуальний, особистісний, функціональний. Інші<sup>12</sup> вважають, що найперспективнішим у застосуванні буде підхід, відповідно до якого визначення розміру компенсації моральної шкоди носиме певний комплексний характер і складатиметься з першого «загального» (гарантованого) рівня і другого – рівня «експертного». Ми погоджуємося з точкою зору науковців<sup>13</sup>, котрі пропонують відмовитися від необхідності застосування будь-яких методик (формул) для визначення розміру компенсації моральної шкоди, заподіяної протиправними актами суду, оскільки жодна із методик (формул) не може врахувати особливості всіх можливих конкретних випадків завдання такої шкоди. У зв'язку із цим у даній сфері доцільніше використовувати ситуаційний підхід, із урахуванням критеріїв визначення розміру компенсації моральної шкоди, які передбачені абз. 2 ч. 3 ст. 23 ЦК України і п. 9 постанови Пленуму Верховного Суду України № 4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31 березня 1995 р.<sup>14</sup>, особливо принципів справедливості та розумності, а також законодавчо встановленої її мінімальної межі в розмірі не менше одного мінімального розміру заробітної плати за кожен місяць на момент перебування під судом. При цьому суд при вирішенні питання про обсяг компенсації має виходити з такого розміру мінімальної заробітної плати чи неоподаткованого мінімуму доходів громадян, що діють на час розгляду справи<sup>15</sup>. Таким же шляхом розвивається і практика ЄСПЛ у даній сфері праводносин<sup>16</sup>.

Крім того, існують пропозиції про доповнення ст. 3 ЗУ № 266/94-ВР положеннями щодо нових складових компенсації, наприклад встановлення можливості компенсації шкоди за: порушення ділової репутації (*goodwill*) юридичної особи (репутаційна шкода<sup>17</sup>); заподіяння так званої організаційної шкоди у формах невизначеності в плануванні управлінських рішень, перешкоди в управлінні юридичною особою тощо<sup>18</sup>. На наш погляд, встановлення на законодавчому рівні нових складових немайнової шкоди, що підлягатимуть компенсації, необхідно розглядати в якості позитивної тенденції правового регулювання цієї сфери відносин, спроби збалансувати динамізм і стабільність правового регулювання в Україні, задля покращення інвестиційного клімату та сприяння розвитку бізнес-середовища (екосистем підприємництва).

На окрему увагу заслуговує аналіз положення п. 17 ч. 3 ст. 42 чинного Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)<sup>19</sup>, згідно з яким серед прав підозрюваного, обвинуваченого передбачено право вимагати відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, в порядку, визначеному законом, а також *відновлення репутації, якщо підозра, обвинувачення не підтвердилися*. З урахуванням ч. 3 ст. 43 КПК України, а також виходячи із системного аналізу норм кримінального процесуального законодавства України, можна дійти висновку, що таким правом наділено і виправданого. У пошуках ефективного засобу правового захисту репутації особи вважаємо за доцільне, поряд із компенсаторною його складовою, встановити на рівні законодавства України [у тексті ст.ст. 16, 1176 ЦК і ЗУ № 266/94-ВР, або ж ч. 3 ст. 23 ЦК України в якості одного зі способів відшкодування моральної шкоди] такий спосіб захисту, як офіційне вибачення відповідного(-их) органу(-ів), що здійснює(-ють) оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, а також їх посадових, службових осіб, внаслідок протиправних рішень, дій або бездіяльності яких особі було заподіяно шкоду. На наш погляд, цей спосіб захисту сприятиме як відновленню довіри та підвищенню авторитету вказаних органів державної влади, їх посадових, службових осіб, так і забезпечуватиме потерпілому повне й ефективне відшкодування спричиненої йому шкоди відповідно до міжнародних стандартів захисту прав людини, про що детальніше йшлося у попередній науковій публікації автора цієї статті<sup>20</sup>.

Таким чином, проведені дослідження проблематики компенсації немайнової (моральної) шкоди, заподіяної внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності органів судової влади, привело нас до наступних результатів (висновків):

1. Ключовою особливістю характеру немайнової шкоди, що заподіюється внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності судових органів, є її соціальний аспект – применшення/втрата довіри до правосуддя, що, з огляду на рівень шкідливості негативних наслідків (у тому числі їх істотний негативний кумулятивний ефект), має першочергове значення.

2. Зазначена ключова особливість зумовлює специфіку встановлення наявності такої шкоди, визначення її розміру, а також способу компенсації.

2.1. Однією із сучасних тенденцій є визнання юридичною наукою і практикою існування презумпції наявності моральної шкоди у випадку порушення основоположних прав людини. Проте, з огляду на стан чинного законодавства України, такий підхід до встановлення наявності моральної шкоди видається спірним.

На нашу думку, якщо шкоду особі заподіяно внаслідок одного/кількох незаконних діянь, перерахованих у ч. 1 ст. 1176 ЦК України, то можна обґрунтовано припустити, що заподіяння моральної шкоди потерпілому

в таких випадках є очевидним і безумовним. Тобто, порушення таких основоположних прав людини, як права на свободу та особисту недоторканність, на повагу до гідності та честі, на свободу пересування, є підставою для застосування презумпції наявності моральної шкоди. У зв'язку з цим вважаємо за доцільне включити зазначену презумпцію у текст норми ч. 1 ст. 1176 ЦК України.

Крім того, з огляду на підходи практики ЄСПЛ, при запровадженні в Україні компенсаторного засобу захисту права особи на провадження протягом розумного строку на рівні ЗУ № 266/94-ВР, слід також передбачити спростовну презумпцію наявності у цих випадках немайнової (моральної) шкоди.

2.2. На даний час в Україні відсутня методика, яка б надавала можливість визначити оптимальний розмір компенсації немайнової (моральної) шкоди та могла б бути рекомендована судовим органам. Оскільки у жодній із методик (формул) неможливо врахувати особливості всіх випадків завдання шкоди, вважаємо, що у досліджуваній нами сфері відносин доцільніше використовувати ситуаційний підхід, з урахуванням критеріїв визначення розміру компенсації моральної шкоди, які передбачені абз. 2 ч. 3 ст. 23 ЦК України і п. 9 ПП ВСУ № 4 від 31 березня 1995 р., особливо принципів справедливості та розумності, а також законодавчо встановленої її мінімальної межі в розмірі не менше одного мінімального розміру заробітної плати за кожен місяць на момент перебування під судом. При цьому суд при вирішенні питання про обсяг компенсації має виходити з такого розміру мінімальної заробітної плати чи неоподаткованого мінімуму доходів громадян, що діють на час розгляду справи.

2.3. Слушними є пропозиції щодо встановлення на законодавчому рівні нових складових немайнової шкоди, що підлягатимуть компенсації, зокрема, порушення ділової репутації (*goodwill*) юридичної особи (репутаційна шкода), заподіяння так званої організаційної шкоди у формах невизначеності в плануванні управлінських рішень, перешкоди в управлінні юридичною особою тощо.

2.4. У пошуках ефективного засобу правового захисту репутації особи, підозра, обвинувачення щодо якої не підтвердилися (п. 17 ч. 3 ст. 42, ч. 3 ст. 43 чинного КПК України), вважаємо за доцільне, поряд із компенсаторною його складовою, встановити на рівні законодавства України [у тексті ст.ст. 16, 1176 ЦК і ЗУ № 266/94-ВР, або ж ч. 3 ст. 23 ЦК України в якості одного зі способів відшкодування моральної шкоди] такий спосіб захисту, як офіційне вибачення відповідного(-их) органу(-ів), що здійснює(-ють) оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, а також їх посадових, службових осіб, внаслідок протиправних рішень, дій або бездіяльності яких особі було заподіяно шкоду.

<sup>1</sup> Куліцька С. В. Про підставу виникнення зобов'язань з відшкодування (компенсації) шкоди, заподіяної неправомірною діяльністю (бездіяльністю) органів судової влади (судді, суддів) / С. В. Куліцька // Zbornik prispevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie «Právna veda a prax v treťom tisícročí». 27–28 február 2015, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Košice. – С. 83–86.

<sup>2</sup> Детальніше див.: Конституційні зміни щодо правосуддя: думка громадян України, грудень 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dif.org.ua/ua/publications/press-relizy/konstituciini-zmini-s15.htm>; Судова реформа: опитування громадської думки, суддів, експертів : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dif.org.ua/ua/publications/press-relizy/sudova-reformertiv-.htm>; Реформи в Україні: громадська думка населення : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dif.org.ua/ua/publications/press-relizy/reformi-v-ukselejnja.htm>; Результати національного опитування щодо рівня довіри до судової влади, проведеного ГО «Відкрита Україна» (Проект «Відкритий Суд») : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://open-court.org/important/13095/>

<sup>3</sup> Шичанин А. В. Проблеми становлення і перспективи розвитку інституту возмещения морального вреда : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Шичанин Алексей Викторович. – М., 1995. – С. 31; Степанов М. А. Доказывание по гражданским делам о компенсации морального вреда : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 / Степанов Матвей Анатольевич. – СПб., 2003. – С. 6–7; Abstract of doctoral thesis «Civil liability of the state for miscarriages of justice» by Radu Iosof. – Cluj-Napoca, 2013. – P. 19–20. Available at: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://193.231.20.119/doctorat/teza/fisier/1171>

<sup>4</sup> CEPEJ Report on «European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice». – P. 99–107. – Available at : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport\\_2014\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf)

<sup>5</sup> Рішення ЄСПЛ у справі «Бурдов проти Росії» (№ 2) (Заява № 33509/04) від 15.01.2009 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90671>

<sup>6</sup> Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV, із змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

<sup>7</sup> Федорова Е. В. Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный актами судебной власти при осуществлении правосудия : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Федорова Евгения Владимировна. – Екатеринбург, 2012. – С. 124–125.

<sup>8</sup> Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду : Закон України від 1 грудня 1994 р. № 266/94-ВР, із змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 1. – С. 2. – Ст. 1.

<sup>9</sup> Эрделевский А. М. Правовое регулирование возмещения морального вреда в гражданском праве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Эрделевский Александр Маркович. – М., 1995. – С. 19–20.

<sup>10</sup> Шимон С. І. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Шимон Світлана Іванівна. – К., 1998. – С. 11–13.

<sup>11</sup> Примак В. Концептуальні моделі визначення розміру відшкодування моральної шкоди / В. Примак // Юридична Україна, – 2009. – № 9. – С. 60–69.

<sup>12</sup> Стефанчук Р. О. Компенсація моральної шкоди як спосіб захисту особистих немайнових прав: проблеми та шляхи вирішення / Р. О. Стефанчук // Університетські наукові записки. – 2007. – № 1 (21). – С. 80.

<sup>13</sup> Колиева А. Э. Ответственность за вред, причиненный актами правоохранительных органов и суда: гражданско-правовой аспект: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Колиева Ангелина Эдуардовна. – Краснодар, 2007. – С. 19.

<sup>14</sup> Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31 березня 1995 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95>

<sup>15</sup> Постанова Верховного Суду України у справі № 6-2203цс15 від 2 грудня 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/D76C199F917FB740C2257F290046A6F7](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/D76C199F917FB740C2257F290046A6F7)

<sup>16</sup> Practice Direction «Just Satisfaction Claims» (§ 14). Available at : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.echr.coe.int/Documents/PD\\_satisfaction\\_claims\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ENG.pdf)

<sup>17</sup> Карайчева О. В. Деловая репутация как объект гражданских прав : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Карайчева Ольга Владимировна. – Ростов-на-Дону, 2014. – С. 140–160.

<sup>18</sup> Рішення ЄСПЛ у справі «Компанія «Комінгс С.А.» проти Португалії» (Заява № 35382/97) від 6 квітня 2000 р. (§ 35) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58562>

<sup>19</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI, із змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–10. – С. 474. – Ст. 88.

<sup>20</sup> Куліцька С. В. Щодо обсягу відшкодування (компенсації) шкоди, завданої органами судової влади / С. В. Куліцька // Часопис цивільного і кримінального судочинства: Фаховий науково-практичний юридичний журнал. – 2016. – № 4 (31). – С. 155–163.

#### Резюме

**Куліцька С. В. Компенсація немайнової (моральної) шкоди, заподіяної внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності органів судової влади.**

Автором статті здійснено спробу дослідити деякі проблемні питання компенсації немайнової (моральної) шкоди, заподіяної внаслідок протиправної діяльності/бездіяльності органів судової влади, а також виявити можливі перспективи вдосконалення правового регулювання і застосування цього способу захисту цивільних прав та інтересів в Україні.

**Ключові слова:** компенсація, немайна (моральна) шкода, орган судової влади, протиправна діяльність/бездіяльність.

#### Резюме

**Куліцкая С. В. Компенсация неимущественного (морального) вреда, причиненного вследствие противоправной деятельности/бездеятельности органов судебной власти.**

Автором статьи предпринята попытка исследовать некоторые проблемные вопросы компенсации неимущественного (морального) вреда, причиненного вследствие противоправной деятельности/бездеятельности органов судебной власти, а также выявить возможные перспективы усовершенствования правового регулирования и применения этого способа защиты гражданских прав и интересов в Украине.

**Ключевые слова:** компенсация, неимущественный (моральный) вред, орган судебной власти, противоправная деятельность/бездеятельность.

#### Summary

**Kulitska S. Compensation for non-pecuniary (moral) damage caused as a result of the wrongful activity/inactivity of judicial authorities.**

An attempt to examine a set of issues concerning compensation for non-pecuniary (moral) damage caused as a result of the wrongful activity/inactivity of judicial authorities and define possible prospects for improving the legal regulation and enforcement of this civil remedy in Ukraine is made by the author of the article.

**Key words:** compensation, non-pecuniary (moral) damage, judicial authority, wrongful activity/inactivity.

УДК 346.9

**Є. В. ПАНЧЕНКО**

*Євгеній Валерійович Панченко, адвокат*

## **ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СУДОВОГО ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ, ДІЙ АБО БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНИХ ВИКОНАВЦІВ ЩОДО ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ГОСПОДАРСЬКИХ СУДІВ**

Виконання судових рішень є завершальною стадією судового провадження, значення якої неможливо переоцінити. Адже при відсутності забезпечення належного виконання судових рішень вони апriori втрачають своє значення, а значення судів та їх діяльності нівелюється взагалі. Саме тому чітке та своєчасне виконання рішень, що відповідатиме нормам чинного законодавства та ґрунтуватиметься на його основоположних засадах, є головною гарантією функціонування правосуддя, що, у свою чергу, слугує захистом законних прав та основоположних свобод. У випадках, коли виконання рішень здійснюється з порушенням норм чин-

ного законодавства, виникає необхідність існування механізму захисту прав та законних інтересів осіб, яких безпосередньо стосується те чи інше рішення. Таким механізмом є право на оскарження рішень, дій або бездіяльності державних виконавців.

Виникнення проблем під час розгляду скарг на рішення, дії або бездіяльність державних виконавців зумовлює необхідність внесення певних змін до нормативно-правових актів, якими регулюються відповідні питання.

Питання особливостей оскарження рішень, дій або бездіяльності державних виконавців та проблем, які виникають при судовому оскарженні, досить активно досліджується на доктринальному рівні. Серед науковців, які розглядали дану проблематику у своїх працях, слід назвати В. М. Бевзенка, С. А. Борискіна, О. Л. Пахомова, Н. А. Сергієнка та ін.

**Метою** наукового дослідження є аналіз механізму оскарження рішень, дій або бездіяльності державних виконавців, виявлення проблем, що виникають при оскарженні в судовому порядку, пошук шляхів вирішення таких проблем та удосконалення чинного законодавства.

Закон України «Про виконавче провадження» від 2 червня 2016 р. № 1404-VIII (далі – Закон України «Про виконавче провадження») характеризує виконавче провадження як завершальну стадію судового провадження і примусове виконання судових рішень, рішень інших органів (посадових осіб) та визначає як сукупність дій, визначених у цьому Законі органів і осіб, що спрямовані на примусове виконання рішень і проводяться на підставах, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією України, цим Законом, іншими законами та нормативно-правовими актами, прийнятими відповідно до цього Закону, а також рішеннями, які згідно з цим Законом підлягають примусовому виконанню<sup>1</sup>.

Відповідно до ч. 1 ст. 4 Закону України (далі – ЗУ) «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» від 2 червня 2016 р. № 1403-VIII діяльність органів державної виконавчої служби та приватних виконавців здійснюється з дотриманням принципів верховенства права; законності; незалежності; справедливості, неупередженості та об'єктивності; обов'язковості виконання рішень; диспозитивності; гласності та відкритості виконавчого провадження, його фіксування технічними засобами; розумності строків виконавчого провадження; співмірності заходів примусового виконання рішень та обсягу вимог за рішеннями. Частиною 1 ст. 5 вищезгаданого закону встановлено, що державний виконавець, приватний виконавець під час здійснення професійної діяльності є незалежними, керуються принципом верховенства права та діють виключно відповідно до закону<sup>2</sup>.

Законом України «Про виконавче провадження» чітко передбачено, що усі дії, які здійснюються при виконанні судових рішень, мають проводитися на підставах, у межах повноважень та у спосіб, визначений чинним законодавством України. Незважаючи на це, зустрічаються непоодинокі випадки порушення даного припису закону при здійсненні своїх повноважень державними виконавцями. У таких випадках великого значення набувають способи захисту порушених прав та законних інтересів.

Пункт 9 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про виконавче провадження» однією із засад виконавчого провадження визначає забезпечення права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності державних виконавців, приватних виконавців. Закон встановлює декілька способів оскарження рішень, дій або бездіяльності державних виконавців при здійсненні ними порушень, а саме: оскарження до суду, який видав виконавчий документ, та до начальника відділу, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець. Частиною 1 ст. 74 Закону України «Про виконавче провадження» чітко встановлено, що рішення, дії або бездіяльність виконавця та посадових осіб органів державної виконавчої служби щодо виконання судового рішення можуть бути оскаржені сторонами, іншими учасниками та особами до суду, який видав виконавчий документ, у порядку, передбаченому законом. Відповідно до ч. 3 ст. 74 Закону України «Про виконавче провадження» рішення, дії або бездіяльність державного виконавця також можуть бути оскаржені стягувачем та іншими учасниками виконавчого провадження (крім боржника) до начальника відділу, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець. Рішення, дії та бездіяльність начальника відділу, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець, можуть бути оскаржені до керівника органу державної виконавчої служби вищого рівня<sup>3</sup>.

Таким чином, рішення, дії або бездіяльність виконавця можна оскаржувати як до начальника відділу, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець, так і одразу до суду. На практиці більш поширеним є другий спосіб оскарження, адже при судовому оскарженні, порівняно з оскарженням у тому ж органі, розгляд скарги має бути більш об'єктивним.

Відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII, здійснюючи правосуддя, суди є незалежними від будь-якого незаконного впливу. Правосуддя в Україні здійснюється на засадах рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних та інших ознак<sup>4</sup>. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII України (далі – ГПК України) встановлює, що правосуддя в господарських судах здійснюється на засадах рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом. Судочинство в господарських судах здійснюється на засадах змагальності, сторони та інші особи, які беруть участь у справі, обґрунтовують свої вимоги і заперечення поданими судом доказами<sup>5</sup>.

Таким чином, при судовому розгляді скарги на рішення, дії або бездіяльність державних виконавців чинним законодавством України гарантується рівність сторін, забезпечення їм однакових прав та обов'язків.

Обов'язковою умовою правосуддя є змагальність, що зумовлює необхідність доведення сторонами своїх позицій в рівних умовах.

При виборі способу оскарження варто враховувати, що суд акцентуватиме увагу більше на порушенні норм чинного законодавства, тоді як начальник відділу буде перевіряти також і ефективність вчинення виконавцем тих чи інших дій, прийняття певного рішення щодо виконання рішення суду. Тому для більш конкретизованого вирішення питання в кожному окремому випадку потрібно оцінювати, якого характеру порушення вчиненні державним виконавцем. І в тому разі, коли вони стосуються ефективності виконання рішення, більш доцільним буде такий спосіб захисту порушених прав, як оскарження до начальника відділу. Адже саме начальник зможе визначити, які дії чи рішення виконавця могли б більшою мірою вплинути на дієвість обраних методів та пришвидшення виконання рішення. У випадку ж здійснення державним виконавцем порушень норм чинного законодавства більш доцільним буде, звичайно, судовий захист. Суд, будучи незалежним та об'єктивним при розгляді скарги, може чітко проконтролювати додержання державним виконавцем вимог законодавства. І у випадку невідповідності вчиненого нормі нормативно-правового акта вправі зобов'язати у примусовому порядку до виправлення порушення та вчинення відповідної дії, прийняття рішення згідно з нормами закону.

Одним із недоліків законодавства є обмеження прав боржника при оскарженні рішень, дій або бездіяльності державного виконавця. Частина 3 ст. 74 Закону України «Про виконавче провадження» встановлює, що рішення, дії або бездіяльність державного виконавця також можуть бути оскаржені стягувачем та іншими учасниками виконавчого провадження (крім боржника) до начальника відділу, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець<sup>6</sup>. Ця норма обмежує боржника у виборі способу оскарження, а саме: залишає лише один спосіб – оскарження у судовому порядку. Варто зауважити, що таке обмеження на практиці перешкоджає боржнику в процесі захисту порушеного права. Особливо це стосується бездіяльності державних виконавців. У тому випадку, коли необхідна негайна реакція виконавця на певні обставини, про які йому стає відомо від боржника, останній не має жодних засобів впливу при відсутності належного реагування. Адже звернення до суду займає досить багато часу і до закінчення розгляду скарги судом обставина, що зумовлює необхідність здійснення певних дій, може стати неактуальною. Але при цьому факт порушення державним виконавцем норм чинного законодавства залишиться. Наприклад, відповідно до ст. 38 Закону України «Про виконавче провадження» виконавчий документ, прийнятий виконавцем до виконання, повертається до суду, який його видав, у разі поновлення судом строку подання апеляційної скарги на рішення, за яким видано виконавчий документ, або прийняття такої апеляційної скарги до розгляду (крім виконавчих документів, що підлягають негайному виконанню). Тобто, у випадку поновлення судом строку подання апеляційної скарги на рішення, за яким видано виконавчий документ, державний виконавець зобов'язаний повернути виконавчий документ до суду, який його видав. На практиці непоодинокими є випадки ігнорування даної норми законодавства та продовження прийняття рішень, вчинення дій для виконання рішення, яке фактично не набрало законної сили. Бездіяльності в таких випадках можна було б уникнути, якщо боржнику надано право оскарження до начальника, який вправі виявити грубе порушення норми Закону України «Про виконавче провадження» та зобов'язати повернути виконавчий документ до суду. Натомість у випадку відмови у задоволенні апеляційної скарги рішенням суду набирає законної сили, і виконавче провадження, яке мало б лише розпочатись, насправді може знаходитись уже на завершальній стадії. Вирішенням даної проблеми є внесення змін до Закону України «Про виконавче провадження» в частині виключення обмеження для боржника у поданні скарги начальнику, що зумовить більш ефективний захист порушених прав та законних інтересів боржника при виконанні рішень.

Оскарження адміністративних актів державної виконавчої служби в Україні регулюється різними нормативно-правовими актами, які передбачають різні правила оскарження, встановлюють різну підвідомчість справ щодо оскарження таких актів, визначають різні судові інстанції, уповноважені на здійснення судочинства у таких справах<sup>7</sup>. Це стає причиною звернення скаргника у суди, до підсудності яких не належить розгляд подібних скарг.

Відповідно до ст. 121<sup>2</sup> ГПК України скарга на рішення, дії чи бездіяльність органів державної виконавчої служби, приватних виконавців щодо виконання судових рішень господарських судів може бути подана стягувачем, боржником або прокурором протягом десяти робочих днів з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення її прав, свобод і законних інтересів, крім рішень виконавця про відкладення проведення виконавчих дій, які можуть бути оскаржені протягом трьох робочих днів з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення її прав, свобод і законних інтересів<sup>8</sup>. Пункт 9.1 постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 р. № 9 «Про деякі питання практики виконання рішень, ухвал, постанов господарських судів України» встановлює, що скарги на дії чи бездіяльність органів державної виконавчої служби щодо виконання рішень, ухвал, постанов господарських судів розглядає виключно місцевий господарський суд, яким відповідну справу розглянуто у першій інстанції, тобто той господарський суд, що видав виконавчий документ (наказ чи ухвалу), і в тому ж складі суду (якщо цьому не перешкоджають об'єктивні обставини, такі як звільнення судді, його хвороба, перебування у відпустці тощо). Дана позиція є правильною та ефективною з огляду розгляду скарг судом по суті. Адже розгляд скарги тим господарським судом, який видав наказ, більше того, тим же складом суду, забезпечить найбільш ефективний розгляд, з урахуванням усіх особливостей певної справи<sup>9</sup>.

Водночас ст. 181 Кодексу адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV (далі – КАС України) передбачає, що учасники виконавчого провадження (крім державного виконавця, приватного

виконавця) та особи, які залучаються до проведення виконавчих дій, мають право звернутися до адміністративного суду із позовною заявою, якщо вважають, що рішенням, дією або бездіяльністю державного виконавця чи іншої посадової особи органу державної виконавчої служби або приватного виконавця порушено їхні права, свободи чи інтереси, а також якщо законом не встановлено інший порядок судового оскарження рішень, дій чи бездіяльності таких осіб<sup>10</sup>.

Варто зауважити, що проблема підсудності справ щодо оскарження рішень, дій або бездіяльності державних виконавців є актуальною як в теорії, так і на практиці. Адже різні нормативно-правові акти відсилають скажника до різних судів залежно від того, що саме підлягає оскарженню: рішення, дії або бездіяльність.

З даного приводу Верховний суд України у постанові від 26 лютого 2016 р. у справі № 6-3077цс15 доходить наступного висновку. Скарга на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби подається до суду, який видав виконавчий документ. Отже, якщо законом встановлено інший порядок судового оскарження рішень, дій чи бездіяльності державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби, то це виключає юрисдикцію адміністративних судів у такій категорії справ.

Для однакового трактування закону та уникнення позбавлення скажника можливості захистити своє порушене право через відмову розгляду таких скарг, варто враховувати положення ПП ВСУ від 26 лютого 2016 р. та ПП ВКСУ № 9 від 17 жовтня 2012 р. і чітко врегулювати дане питання шляхом виключення ст. 181 з КАС України.

Звертаючи увагу на строк, наданий чинним законодавством для подання скарги на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця до суду, варто зупинитися на певних особливостях. Насамперед питання виникають при попередньому поданні скарги до начальника.

Відповідно до ст. 121<sup>2</sup> ГПК України скарга на рішення, дії чи бездіяльність органів державної виконавчої служби, приватних виконавців щодо виконання судових рішень господарських судів може бути подана стягувачем, боржником або прокурором протягом десяти робочих днів з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення її прав, свобод і законних інтересів<sup>11</sup>. При цьому п. 8 ст. 83 Закону України «Про виконавче провадження» вказує, що скарга, подана у виконавчому провадженні начальнику відділу, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець, розглядається у 10-денний строк з дня її надходження. За результатами розгляду скарги начальник відділу виносить постанову про її задоволення чи відмову, яка в 10-денний строк може бути оскаржена до вищестоящего органу державної виконавчої служби або до суду<sup>12</sup>.

Неправильне трактування вищевказаних норм чинного законодавства призводить до недотримання строків для оскарження рішень, дій або бездіяльності державних виконавців у судовому порядку. Адже на практиці зустрічаються випадки, коли скажник, використавши своє право на оскарження до начальника відділу, бажає подати скаргу до суду протягом 10-денного терміну з дня винесення рішення начальника. При цьому не враховується той факт, що для оскарження саме в судовому порядку відлік строку розпочинається не з моменту розгляду скарги начальником, а з моменту вчинення неправомірної дії, винесення неправомірного рішення тощо державним виконавцем.

Таким чином, стягувачу при судовому оскарженні необхідно враховувати, що незалежно від того, чи використовується такий спосіб захисту порушених прав, як оскарження рішень, дій або бездіяльності державного виконавця до начальника, строк на оскарження рішення до суду є однаковим як для боржника, так і для стягувача. У ст. 83 Закону України «Про виконавче провадження» вказується на можливість оскарження постанови начальника до суду як додатковий засіб захисту. Але дана норма ніяк не збільшує строк для оскарження рішення, дії чи бездіяльності. Інакше це спричинило б порушення принципу рівності та поставило б стягувача при судовому оскарженні у привілейоване становище порівняно з боржником, надаючи йому строк для оскарження вдвічі більший.

Що ж стосується самого розгляду скарги на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця в судовому порядку, то варто звернути увагу на таку проблему, як затягування процесу. При здійсненні порушень з боку виконавця важливим є якнайшвидше усунення такого порушення чи наслідків, які спричинені ним. У випадку ж коли розгляд скарги відкладається судом з причин, які частіше всього навіть не залежать від скажника, усунення таких порушень стає утрудненим, а в деяких випадках і взагалі неможливим. Причому, якщо при реалізації арештованого майна сторона виконавчого провадження оскаржує його оцінку, то затягування розгляду скарги у суді може призвести до реалізації спірного майна за ціною, що не відповідає дійсності. Таким чином, навіть при вирішенні справи на користь скажника та визнанні дій виконавця незаконними, на час вирішення справи майно, що було оцінено неналежним чином, може бути реалізовано та повторно відчужено або передано в іпотеку. У такому випадку відновлення порушеного права скажника буде ускладненим.

Саме задля уникнення подібних ситуацій виникає необхідність зупинення виконавчого провадження до закінчення розгляду скарги судом. Відповідно до норм чинного законодавства розгляд скарги судом не зупиняє виконавчого провадження. Зупинення відбувається у випадку винесення судом окремої ухвали з цього приводу, що на практиці відбувається не так часто. Отже, виникає ситуація, коли оскарження порушень, що фактично здійсненні, ніяк не впливає на продовження здійснення виконавчого провадження. Одночасний розгляд скарги у судовому порядку та продовження здійснення дій державним виконавцем у процесі виконавчого провадження можуть мати непоправні наслідки. Продовження вчинення дій у виконавчому провад-



женні під час судового оскарження порушень виконавцем норм чинного законодавства при арешті майна та оцінці його вартості може привести до реалізації майна. І дана реалізація буде здійснюватися з порушенням норм чинного законодавства та загальних засад цивільного права щодо істотних умов договору купівлі-продажу, а саме: визначення ціни та повноважень продавця за договором, що порушить права та інтереси боржника чи стягувача. Наприклад, державний виконавець описує та арештовує майно, що не належить боржнику, і продає його за заниженою ним чи експертом ціною. З одного боку, реальний власник майна не має наміру відчужувати своє майно, а з іншого, – вартість цього майна оспорюється і є невизначеною. Варто звернути увагу, що Верховний Суд України на засіданні Судової палати у цивільних справах 24 жовтня 2012 р., розглянувши справу № 6-116цс12, дійшов висновку, що відчуження майна з прилюдних торгів належить до договорів купівлі-продажу. Відповідно до ст. 658 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. № 435-IV право продажу товару, крім випадків примусового продажу та інших випадків, встановлених законом, належить власникові товару<sup>13</sup>. Відповідно до п. 3 ст. 180 ГПК України при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору<sup>14</sup>. Таким чином, враховуючи, що відчуження майна з прилюдних торгів належить до договорів купівлі-продажу, право продажу належить лише власникові, а ціна має бути погоджена у будь-якому випадку. Якщо цих умов не було дотримано, договір може бути визнаний недійсним або неукладеним. Тому в разі визнання судом незаконними рішень, дій або бездіяльності державного виконавця було б доцільно запровадити спрощений механізм скасування у позасудовому порядку всіх подальших дій в даному провадженні, які вчинилися на основі тої, що визнана судом незаконною.

Варто врахувати і той факт, що впровадження норми, на підставі якої виконавче провадження зупинялося б з моменту розгляду скарги господарським судом, призведе до зловживань з боку боржника. У зв'язку з цим для затягування процесу виконання рішення державним виконавцем боржник зможе оскаржувати кожну дію чи рішення. Така ситуація суттєво ускладнить виконання рішень або й зовсім унеможливить вчинення державним виконавцем усіх необхідних дій для ефективного виконання рішень судів.

Все ж це не спростовує необхідність здійснення певних впроваджень щодо даного питання. Для найбільш ефективного вирішення проблеми уникнення настання непоправних наслідків необхідно на законодавчому рівні передбачити конкретні випадки, при настанні яких виконавче провадження підлягає зупиненню, а саме: при оскарженні дій, рішень або бездіяльності державного виконавця щодо здійснення опису майна та накладення арешту; для спорів, що виникають при виконанні рішень щодо погашення заборгованості шляхом реалізації арештованого майна – при оскарженні оцінки його вартості; при вирішенні питання щодо необхідності зупинення виконавчого провадження в разі наявності підстав для такого зупинення, чітко передбачених чинним законодавством.

Однією із новел Закону України «Про виконавче провадження» є позбавлення сторін права рецензування звіту. Відповідно до ст. 57 Закону України «Про виконавче провадження» у разі якщо визначити вартість майна (окремих предметів) складно, виконавець має право залучити суб'єкта оціночної діяльності – суб'єкта господарювання для проведення оцінки майна. Виконавець повідомляє про результати визначення вартості чи оцінки майна сторонам не пізніше наступного робочого дня після дня визначення вартості чи отримання звіту про оцінку. У разі якщо сторони не згодні з результатами визначення вартості чи оцінки майна, вони мають право оскаржити їх у судовому порядку в 10-денний строк з дня отримання відповідного повідомлення<sup>15</sup>.

На відміну від Закону України «Про виконавче провадження» від 21 квітня 1999 р. № 606-XIV в новому законі чітко передбачено, що при незгоді з результатами оцінки майна сторони мають лише один спосіб оскарження – у судовому порядку. Дане впровадження суттєво обмежує права сторін та унеможлиблює встановлення дійсної вартості майна у випадках, коли суб'єктом оціночної діяльності – суб'єктом господарювання здійсненні певні порушення.

Частина 5 ст. 57 Закону України «Про виконавче провадження» вказує, що оскарження в судовому порядку результатів визначення вартості чи оцінки майна не зупиняє передачі майна на реалізацію, крім випадків зупинення передачі майна на реалізацію судом<sup>16</sup>.

Дана норма закону практично повністю позбавляє сторони встановити дійсну вартість майна. Адже відповідно до ст. 61 Закону України «Про виконавче провадження» реалізація арештованого майна (крім майна, вилученого з цивільного обороту, обмежено оборотоздатного майна та майна, зазначеного у частині восьмій ст. 56 цього Закону) здійснюється шляхом електронних торгів або за фіксованою ціною<sup>17</sup>. Пункт 3 Розділу 2 Порядку реалізації арештованого майна, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 29 вересня 2016 р. № 2831/5, вказує, що виконавець у строк не пізніше п'яти робочих днів після ознайомлення із результатами визначення вартості чи оцінки арештованого майна готує проект заявки на реалізацію арештованого майна, який містить інформацію, передбачену абзацами третім – шістнадцятим п. 2 цього розділу. Державний виконавець направляє заявку на реалізацію арештованого майна начальнику відділу державної виконавчої служби, якому він безпосередньо підпорядкований, для підписання та передачі організатору<sup>18</sup>.

Таким чином, стає очевидним, що передача майна, оцінка якого проведена, на реалізацію проходить у досить стислі терміни. Розгляд скарги судом щодо невідповідності встановленої вартості майна дійсності не зможе повною мірою захистити порушене право власника майна. Адже навіть у випадку, коли суд дійде висновку, що дана ціна суттєво відрізняється від реальної, до моменту закінчення розгляду скарги, таке рішення може втратити своє значення, оскільки до цього часу майно може бути реалізоване. У такому випадку відновлення порушеного права буде значно утрудненим або й зовсім неможливим. Впровадження даних

змін у чинне законодавство значно пришвидшить виконання рішень судів, але існування ризику порушення прав та законних інтересів сторін все ж матиме місце. Зважаючи на викладене, виникає необхідність впровадження рецензування до вищезгаданої норми Закону України «Про виконавче провадження». Адже саме даний спосіб встановлення реальної вартості арештованого майна є найшвидшим та найбільш ефективним.

Що ж стосується термінів, на які начебто зтягується виконання рішення при проведенні рецензування звіту про оцінку майна, дану проблему можна вирішити шляхом обмеження часу проведення рецензії. Відповідно до ст. 20 Закону України «Про виконавче провадження» експерт або спеціаліст зобов'язаний надати письмовий висновок, а суб'єкт оціночної діяльності – суб'єкт господарювання – письмовий звіт з питань, що містяться в постанові, протягом 15 робочих днів з дня ознайомлення з постановою виконавця. Цей строк може бути продовжений до 30 робочих днів за погодженням з виконавцем<sup>19</sup>. Дана норма обмежує строк для виготовлення звіту з питань оцінки арештованого майна, що позитивно впливає на загальні строки виконання рішення суду, адже унеможлиблює зловживання термінами з боку суб'єкта оціночної діяльності – суб'єкта господарювання. Виходячи з вказаної норми, аналогічно можна обмежити строк рецензування, вказавши чіткий термін для виготовлення рецензії експертом.

Серед підстав оскарження, які виникають на практиці, варто зупинитись на невчасному інформуванні сторін про здійснення певних дій. Дана проблема часто не враховується як при здійсненні дій виконавцем, так і при розгляді скарги судом. Залишення поза увагою цього моменту часто призводить до негативних наслідків, які свідчать про суттєве порушення прав та законних інтересів учасників виконавчого провадження. Наприклад, невчасне інформування сторін про оцінку арештованого майна, що підлягає реалізації, викличе порушення їх права на оскарження відповідного звіту; а неповідомлення про передачу майна на реалізацію призведе до позбавлення сторони виконавчого провадження можливості участі у торгах та придбанні такого майна. Задля уникнення даної проблеми необхідно внести зміни до чинного законодавства, якими зобов'язати державних виконавців інформувати сторони про всі дії, що вчиняються в ході певного виконавчого провадження, шляхом надсилання рекомендованої кореспонденції, а для найбільш ефективного використання даної проблеми – кореспонденції з описом вкладеного, що допоможе не лише відслідковувати час направлення певного документа державним виконавцем, а й зміст відправлення. Саме це захистить як сторін виконавчого провадження, так і державного виконавця, адже останній зможе чітко довести в суді, що той чи інший документ був відомий скаржнику. Крім того, як спосіб уникнення подібних проблем, варто впровадити визнання дій державного виконавця, про які неналежним чином повідомлено сторонам, незаконними та скасовувати відповідні рішення, а також притягнення державних виконавців до відповідальності. Такі впровадження стимулювали б виконавців дотримуватися вчасного та належного повідомлення сторін про вчинення ним певних дій чи прийняття рішень, які однозначно впливають на права та стосуються інтересів сторін виконавчого провадження.

Вищезгадані зміни дадуть змогу найбільш ефективно вирішити спори щодо рішень, дій або бездіяльності державних виконавців, та й взагалі приведуть до мінімізації здійснення порушень з боку державного виконавця та швидкого реагування на подібні порушення.

Крім того, варто звернути увагу на процесуальні питання, які виникають при оскарженні рішень, дій або бездіяльності державного виконавця. Наприклад, відсутність обов'язкового прошивання та нумерування справи на практиці породжує ситуацію, при якій скаржнику неможливо довести ту обставину, що з певними документами він ознайомлений не був. Адже виконавець може не надати всіх документів для ознайомлення, щоб уникнути вчасного та належного реагування сторін. У такому випадку довести, що певні документи були відомі при ознайомленні, а інші – ні, стає неможливим. У результаті такий спосіб захисту прав, як оскарження в судовому порядку, нівелюється.

Вирішенням даної проблеми може стати посилення вимог до ведення виконавчих проваджень, їх документального оформлення, а саме: призначення начальником конкретної особи для оформлення та прошивання справ, введення обов'язкового опису документів, що стосуються певного виконавчого провадження, або ж введення електронного документообігу. Внесення таких змін дасть змогу уникнути маніпуляцій з боку державних виконавців та зловживання службовим становищем, зокрема вилучення документів під час ознайомлення з матеріалами. Це надасть змогу довести в судовому порядку порушення прав та законних інтересів при виконанні рішення суду.

Отже, можемо зробити такі висновки. Виокремлення проблем, що виникають при оскарженні рішень, дій або бездіяльності державних виконавців та пошук шляхів їх вирішення дасть змогу удосконалити не лише процес оскарження, а й запобігти появі подібних порушень у майбутньому.

Таким чином, з метою уникнення настання невинуватих наслідків через порушення з боку державних виконавців необхідно:

– внести зміни до Закону України «Про виконавче провадження», а саме: включити боржника до списку осіб, які мають право оскаржувати рішення, дії або бездіяльність до начальника відділу, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець; запровадити зупинення виконавчого провадження до закінчення розгляду скарги судом при судовому оскарженні дій, рішень або бездіяльності державного виконавця щодо здійснення опису майна та накладення арешту, для спорів, що виникають при виконанні рішень щодо погашення заборгованості шляхом реалізації арештованого майна – при оскарженні оцінки його вартості, при вирішенні питання щодо необхідності зупинення виконавчого провадження в разі наявності підстав для такого зупинення, чітко передбачених чинним законодавством; доповнити ст. 27, включивши можливість

рецензування звіту про вартість майна, встановивши обмежені терміни для проведення рецензії; зобов'язати виконавця повідомляти сторони в обов'язковому порядку про усі дії та рішення шляхом направлення рекомендованої кореспонденції;

– внести зміни до Інструкції з організації примусового виконання рішень, затвердженої наказом Міністерства юстиції України № 512/5 від 2 квітня 2012 р., а саме: конкретизувати вимоги до оформлення документів при веденні виконавчого провадження, ввести електронний документообіг;

– внести зміни до Господарського процесуального кодексу України, зокрема встановити скорочений термін розгляду скарг на рішення, дії або бездіяльність державних виконавців.

Внесення зазначених змін до чинного законодавства збільшить ефективність розгляду судом скарг на рішення, дії або бездіяльність державних виконавців та запобігатиме вчиненню виконавцями порушень, що, в свою чергу, захистить учасників виконавчого провадження, їх права та законні інтереси.

<sup>1</sup> Про виконавче провадження : Закон України від 2 червня 2016 р. / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 30.

<sup>2</sup> Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів : Закон України від 2 червня 2016 р. / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – № 29.

<sup>3</sup> Про виконавче провадження : Закон України від 2 червня 2016 р. / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 30.

<sup>4</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 р. / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 31.

<sup>5</sup> Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1992. – № 6.

<sup>6</sup> Про виконавче провадження : Закон України від 2 червня 2016 р. / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 30.

<sup>7</sup> Бевзенко В. М. Особливості оскарження адміністративних актів державної виконавчої служби / В. М. Бевзенко // Часопис Національного університету «Острозька академія». – 2011. – № 2 (4). – Ст. 9. – (Серія «Право»).

<sup>8</sup> Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1992. – № 6.

<sup>9</sup> Про деякі питання практики виконання рішень, ухвал, постанов господарських судів України : постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 р. // Вісник господарського судочинства. – 2012. – № 6.

<sup>10</sup> Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2005. – № 35.

<sup>11</sup> Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1992. – № 6.

<sup>12</sup> Про виконавче провадження : Закон України від 2 червня 2016 р. / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 30.

<sup>13</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2003. – № 40.

<sup>14</sup> Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1992. – № 6.

<sup>15</sup> Про виконавче провадження : Закон України від 2 червня 2016 р. / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 30.

<sup>16</sup> Там само.

<sup>17</sup> Там само.

<sup>18</sup> Порядок реалізації арештованого майна, затверджений наказом Міністерства юстиції України від 29 вересня 2016 р. № 2831/5 // Офіційний вісник України. – 2016. – № 76.

<sup>19</sup> Про виконавче провадження : Закон України від 2 червня 2016 р. / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 30.

## Резюме

**Панченко Є. В. Проблемні питання судового оскарження рішень, дій або бездіяльності державних виконавців щодо виконання рішень господарських судів.**

У статті досліджуються проблеми, що виникають під час судового розгляду скарг на рішення, дії або бездіяльність державних виконавців. Виокремлено ключові порушення, що вчиняються державними виконавцями при виконанні судових рішень та запропоновано шляхи їх усунення. Обґрунтовано необхідність внесення змін до чинного законодавства щодо удосконалення розгляду судами скарг на рішення, дії або бездіяльність державних виконавців.

**Ключові слова:** судове оскарження, виконання рішень господарських судів, проблеми оскарження, державний виконавець, виконавче провадження.

## Резюме

**Панченко Е. В. Проблемные вопросы судебного обжалования решений, действий или бездействия государственных исполнителей по выполнению решений хозяйственных судов.**

В статье исследуются проблемы, возникающие во время судебного рассмотрения жалоб на решения, действия или бездействие государственных исполнителей. Выделены ключевые нарушения, совершаемые государственными исполнителями при исполнении судебных решений и предложены пути их устранения. Обоснована необходимость внесения изменений в действующее законодательство по совершенствованию рассмотрения судами жалоб на решения, действия или бездействие государственного исполнителя.

**Ключевые слова:** судебное обжалование, выполнения решений хозяйственных судов, государственный исполнитель, проблемы обжалования, исполнительное производство.

Summary

**Panchenko E. Problematic issues of judicial appeal against decisions, acts or omissions of state enforcement officers concerning execution of commercial courts' decisions.**

The article examines the problems that arising during the judicial examination of appeals against decisions, acts or omissions of state enforcement officers. Key infractions are highlighted, committed by state enforcement officers while executing of court decisions as well as the ways of their elimination proposed. The necessity of making amendments to the existing legislation is substantiated concerning the improvement of the courts' examination of appeals against decisions, acts or omissions of state enforcement officers.

Key words: judicial appeals, execution of commercial courts' decisions, problems of appealing the decisions, state enforcement officer, enforcement proceedings.

УДК 347.19

**О. М. СНЕГІРЬОВ**

*Олег Миколайович Снегірьов, здобувач Луганського університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*

## **СТАТУТ ГАРАЖНОГО КООПЕРАТИВУ ЯК ДЖЕРЕЛО ЗАКРІПЛЕННЯ СУБ'ЄКТИВНИХ ПРАВ ЙОГО УЧАСНИКІВ**

Об'єктивний розвиток суспільних відносин спонукає до ускладнення соціальних відносин. У свою чергу, це стосується й правових механізмів забезпечення та захисту суб'єктивних цивільних прав юридичних осіб приватного права. Тому установчі документи юридичної особи відіграють у цьому важливу роль. Тож установчі документи гаражного кооперативу не становлять винятку.

Відповідно до положень ч. 2 ст. 87 ЦК України, установчими документами товариства є затверджений учасниками статут або засновницький договір між учасниками, якщо інше не встановлено законом. Нині відносини за участю гаражного кооперативу врегульовані з позиції норм Закону України «Про кооперацію»<sup>1</sup>, що містять норми загальної компетенції щодо організаційно-правової форми цієї юридичної особи, системи суб'єктивних прав її учасників, механізму їх забезпечення та захисту, відносин щодо речових прав, юридичної відповідальності та ін. Так, відповідно до ч. 1 ст. 8 зазначеного Закону України, статут кооперативу є правовим документом, що регулює його діяльність.

Дослідження установчих документів юридичних осіб не є рідкістю у сучасній правовій доктрині<sup>2</sup>. Одночасно з цим, дослідження установчих документів кооперативів не є поширеними у цивілістиці. Виняток складають лише окремі роботи<sup>3</sup>. Установчі документи гаражного кооперативу, їх роль у забезпеченні суб'єктивних прав його учасників, досі у цивілістиці на самостійному рівні досліджені не були. Отже, зазначений аспект й становить мету цієї статті.

У цивілістиці заважується, що статут є особливим локальним нормативним актом, положення якого обов'язкові не тільки для юридичної особи, а й для її контрагентів<sup>3</sup>. Дійсно, статут є поліфункціональним установчим документом, тож він являє собою одночасно і провідний локальний нормативний акт, джерело права в діяльності кооперативу, вираження індивідуалізуючих ознак юридичної особи та ін. Виходячи з цього, у контексті цієї роботи ми розглянемо статут як джерело (вмістилище) суб'єктивних прав та обов'язків учасників гаражного кооперативу.

Положення Закону України «Про кооперацію» закріплюють лише перелік необхідних вимог щодо змісту статуту кооперативу як юридичної особи (ст. 8 Закону), вказується загальна система суб'єктивних прав та обов'язків учасників кооперативу (ст. 12). Певну деталізацію специфіки закріплення зазначених положень у статуті саме гаражного кооперативу на нормативному рівні не врегульовано, адже нормативно-правового акта спеціальної дії, що був би спрямований на правове регулювання досліджуваних відносин нині не існує. Звідси, статuti гаражних кооперативів за локальним напрямом є первинним й найповнішим джерелом закріплення суб'єктивних прав учасників цієї юридичної особи.

При проведенні даного дослідження слід зауважити, що категорія «суб'єктивне цивільне право» є не визначеною на легальному рівні. З цієї причини у цивілістиці існує ціла низка підходів щодо її тлумачення. Зокрема, суб'єктивне цивільне право визначають як можливу поведінку уповноваженої особи, яка відповідає мірі належної поведінки зобов'язаного суб'єкта<sup>4</sup>; це юридично забезпечена міра можливої поведінки уповноваженої особи, що забезпечена юридичним обов'язком певних осіб<sup>5</sup>. Не вдаючись до поглибленого аналізу цієї категорії, найбільш повним за смисловим навантаженням вбачається підхід Р. О. Стефанчука, згідно з яким суб'єктивне цивільне право являє собою надану особі нормами права міру можливої поведінки з метою задоволення її законного інтересу, що включає в себе правомочності щодо вчинення певної поведінки самою уповноваженою особою, вимоги визначеної поведінки від зобов'язаної особи чи осіб та захисту свого цивільного права в разі його порушення, невизнання або оспорювання<sup>6</sup>.

Вважаємо, що система суб'єктивних цивільних прав учасника гаражного кооперативу різко не відрізняється від загальної системи суб'єктивних цивільних прав учасника будь-якої іншої юридичної особи. Незважаючи на те, що їх розгляд не становить дослідницького завдання цієї роботи, зауважимо, що вони поділяються на особисті немайнові та майнові цивільні права, у системі яких окреме місце посідають право фізичних осіб організувати та створювати гаражні кооператив, право фізичної особи приймати участь у діяльності такої юридичної особи, право власності учасника гаражного кооперативу на гараж, право учасника на захист своїх суб'єктивних цивільних прав та інтересів та ін. Проте видається, що жодне з цих суб'єктивних цивільних прав не має пріоритету перед іншим суб'єктивним цивільним правом. Тож їх належне забезпечення важливе в комплексі.

Оскільки статuti гаражних кооперативів є основою закріплення суб'єктивних прав їх учасників, аналіз їх змісту може надати об'єктивне враження щодо якості закріплення зазначених суб'єктивних прав на практиці.

Право участі в гаражному кооперативі є передумовою виникнення інших суб'єктивних цивільних прав у учасника гаражного кооперативу. Виходячи зі змісту окремих статутів цих організацій, видається можливим констатувати, що умови й порядок прийому у члени гаражного кооперативу визначені на загальному рівні, й, в основному, закріплені у трьох або чотирьох пунктах статуту цих організацій. Зміст їх положень визначає принцип добровільності участі в такій організації й загальні обмеження щодо віку<sup>7</sup>. Водночас, дослідження судової практики показує, що в окремих випадках членами правління кооперативу встановлюються додаткові умови щодо суб'єктивного права членства в гаражному кооперативі. Так, ОСОБА\_2 звернувся до суду із проханням визнати недійсним рішення зборів уповноважених обслуговуючого гаражного кооперативу (далі – ОГК) «Науковець» від 6 червня 2007 р. в частині щодо виключення його з членів цієї юридичної особи. Районний суд задовольнив зазначені позовні вимоги. Проте, при розгляді цієї справи в апеляційній інстанції, суд задовольнив апеляційну скаргу ОГК «Науковець» мотивуючи це тим, що відповідно до п. 4 Статуту цієї організації, рішення про членство в кооперативі вступає в силу після підписання угоди з кооперативом. Тож стати членом цього кооперативу можливо лише після підписання угоди. Оскільки позивач був членом кооперативу, при вступі до кооперативу він погодився на таке оформлення відносин між ним та кооперативом. Відносини між ОСОБА\_2 та ОГК «Науковець» з 24 квітня 2003 р. врегульовані угодою № 75-1 (а.с.5) відповідно до умов якої ОСОБА\_2 зобов'язався виконувати рішення загальних зборів, правління, керівництва, Статуту кооперативу (п. 6 угоди). Відповідно до п. 8 угоди вона припиняє дію якщо ОСОБА\_2 не виконає або порушить умови будь-якого пункту цієї угоди з виключенням його з членів кооперативу<sup>8</sup>.

Виходячи з наведеної судової справи видається можливим констатувати, що угода, як форма обґрунтування (виникнення або продовження) участі фізичної особи у складі гаражного кооперативу, є умовою, що не суперечить загальним засадам, які передбачені цивільним та кооперативним законодавством, регламентуючих аспекти участі фізичних осіб у складі юридичної особи. Зміст наведеної судової справи не надає можливості повністю оцінити усі аспекти спору. Проте видається, що угода, яка була умовою «переоформлення» права участі в гаражному кооперативі може бути як позитивним аспектом, який дозволяє передбачити членами правління випадки, пов'язані із несплатою членських внесків, недбалого ставлення учасником гаражного кооперативу до власного майна й майна юридичної особи та ін., так і видом зловживання правом – формою реалізації (здійснення) права, за допомогою якої заподіюється шкода іншим учасникам суспільних відносин шляхом здійснення права у протиріччі з його цільовим призначенням, або здійснення дій, що виходять за межі наданих законом прав, якщо такі межі й цілі здійснення права встановлені законом<sup>9</sup>. Останнє пояснюється тим, що члени правління могли заздалегідь передбачити у Статуті гаражного кооперативу правило щодо переукладення угоди як умови «подовження» членства у його складі, розуміючи, що з часом не всі учасники будуть здатні її укласти. Причиною тому можуть бути різні ситуації, як-то смерть учасника юридичної особи, тривалий процес оформлення спадщини спадкоємцями, які знаходяться, зокрема, за кордоном, переміщення учасників гаражного кооперативу на інше постійне місце проживання та ін.

Важливу роль у системі майнових прав учасників гаражного кооперативу відіграє право власності. Загальновідомим є те, що право власності юридичної особи на окреме майно відрізняється від права власності учасника цієї організації на це ж майно. Між тим, аналіз статутів національних гаражних кооперативів свідчить про те, що у змісті деяких з них така різниця не проведена<sup>10</sup>, деякі з них взагалі не мають розділу або глави із назвою «Майно товариства» або «Право власності товариства та/або його учасників»<sup>11</sup>. В окремих статутах досліджуваних юридичних осіб замість зазначених розділів мають місце глави із назвою «Фонди кооперативу», «Дохід кооперативу та його розподіл». Вважаємо, такі назви більш вдалі для регламентації економічних, а не правових відносин у складі юридичної особи. Одночасно із цим, спори між учасниками гаражних кооперативів, предметом яких виступає право власності на гаражі (гаражні бокси), мають правовий характер і є поширеними в судовій практиці<sup>12</sup>. Вважаємо, що однією з головних причин цьому є недостатнє або неналежне закріплення майнових прав членів гаражного кооперативу та самої юридичної особи у статутах цих організацій.

Очевидним є те, що якість (оціночна категорія) забезпечення суб'єктивних права учасників гаражних кооперативів може залежати від стану їх сімейних відносин. Водночас, аналіз статутів гаражних кооперативів свідчить про те, що майнові права членів сім'ї, як й інші елементи сімейних правовідносини взагалі мало прописані у змісті таких установчих документів. Зокрема, згідно пп. «д» п. 3.5. гаражного товариства «Гірняк», що за організаційно-правовою формою є обслуговуючим кооперативом, член Товариства має право передавати право користування гаражем дружині, дітям, іншим членам сім'ї, з повідомленням про це прав-

лінія Товариства<sup>13</sup>. Така норма в установчому документі кооперативу, на наш погляд, є раціональною, адже її зміст може попередити зловживання правом між членами сім'ї у праві користування гаражем або автотранспортом, передбачає негативну перспективу нехтування членами сім'ї – учасниками гаражного кооперативу своєчасного внесення членських, цільових та інших внесків т.п. Між тим, справи щодо поділу майна подружжя, що є об'єктом загальної сумісної власності у вигляді гаражу (гаражного боксу, некапітальної нежитлової споруди та ін.) непоодинокі у судовій практиці. Так, у змісті Рішення Кіровського районного суду м. Донецьк від 01.06.2010 р. у Справі № 2-307/10 зазначено, що позивачка вважає, що у період спільного проживання вона з ОСОБА\_3 придбали два гаражних бокси за спільні грошові кошти. Гаражі були оформлені на ім'я відповідача ОСОБА\_3, оскільки він був членом АГК «Вікторія» з 1998 року, де йому належав гаражний бокс № 1, і він був членом АГК «Автолюбитель», де йому належав гаражний бокс № 2 – з 1996 року. Виходячи з цього позивачка вважає, що при вступі ОСОБА\_2 в члени кооперативів були грубо порушені вимоги чинного законодавства в частині позбавлення її права на переважне право на вступ в члени кооперативів, оскільки в день вступу відповідачки в члени кооперативу (04.06. 2008 року) вона була дружиною члена кооперативу і мала переважне право на вступ у члени кооперативу, як співвласник гаражних боксів<sup>14</sup>.

Сімейні спори безпосередньо стосуються системи суб'єктивних майнових прав учасників кооперативу, права участі фізичної особи в діяльності цієї організації. Яскравим прикладом цьому є наведена судова справа. Виходячи з цього видається, що забезпечення таких прав учасників гаражних кооперативів на рівні статутів відповідних організацій не є досконалим.

Правові питання забезпечення та захисту суб'єктивних цивільних прав учасників гаражного кооперативу пов'язані із певною специфікою, з приводу чого склалася широка судова практика. Одночасно із цим, система нормативно-правових актів судової влади, що мають консультативний та дорадчий характер, не містить окремого нормативного документу, пов'язаного із практикою застосування законодавства, спрямованого на регулювання відносин за участю гаражного кооперативу, вирішення спорів за участю цієї юридичної особи або його учасників. В основному, такі нормативні документи присвячені загальному вирішенню питань щодо корпоративних спорів у складі юридичних осіб<sup>15</sup>, або стосуються специфіки захисту певних суб'єктивних цивільних прав фізичної та юридичної особи окремо<sup>16</sup>.

Таким чином, аналіз установчих документів гаражного кооперативу свідчить про неоднорідність визначення та закріплення суб'єктивних прав учасників цих юридичних осіб. Це призводить до виникнення цілої низки правових питань на практиці, що іноді призводить до їх порушення та певних зловживань з боку членів правління гаражних кооперативів. Статут гаражного кооперативу наразі являє собою основний та, на жаль, не досконалий спосіб закріплення суб'єктивних прав учасників гаражного кооперативу, що, безумовно, негативно впливає й на правовий механізм забезпечення останніх. При цьому, такий стан речей є характерним не тільки для галузі розглянутих відносин. Так, А. А. Білека зазначає, що статут сільськогосподарського кооперативу є основним комплексним локальним нормативно-правовим актом, який закріплює комплексну правосуб'єктність сільськогосподарського кооперативу, набирає юридичної чинності з моменту державної реєстрації сільськогосподарського кооперативу, регулює найважливіші внутрішньогосподарські відносини та є правовою базою для прийняття інших внутрішньо кооперативних локальних нормативно-правових актів<sup>17</sup>. Звідси, основні зауваження науковців при вирішенні правових питань у складі відносин за участю кооперативів на практиці в основному стосуються статутів й методики їх удосконалення. Як приклад, наведемо позицію О.В. Гафурової, яка при дослідженні прав та обов'язків членів сільськогосподарського виробничого кооперативу зазначає, що не кожна фізична особа може бути його учасником, адже за вимогами Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» така особа повинна бути громадянином України й досягнути 16-річного віку. Тож, на думку автора, одним із шляхів вирішення цієї проблеми може бути визначення у статуті кожного окремого кооперативу чи є обов'язковим особистий пайовий внесок у вигляді земельної ділянки, і, якщо ні, то не повинно бути підстав для відмови зазначеним категоріям осіб у прийнятті до членів кооперативу<sup>18</sup>. Видається, що практичним результатом цих пропозицій є вибіркоче правозастосування, а саме, залучення позитивних результатів доктринальних досліджень лише не значною кількістю учасників кооперативів. Тож більша кількість статутів кооперативів регламентує суб'єктивні права своїх учасників не у повній мірі та у «різнобій». Правові аспекти забезпечення суб'єктивних прав учасників гаражного кооперативу є тому яскравим прикладом.

У результаті, з метою належного забезпечення своїх суб'єктивних прав, учасники гаражних кооперативів вдаються до соціальних механізмів. Зокрема, дефіцит земельних ресурсів у столиці призводить до необхідності оптимізації земельних ресурсів. З цього приводу А. Коломієць зазначає, що у 2012 р. владою м. Київ було прийнято рішення відмовити у продовженні договорів оренди земельних ділянок для гаражних кооперативів та автостоянок міста. На думку автора, щоб вижити зазначені організації, влада поставила на конвеєр постійні та безпідставні їх перевірки. З метою припинення натиску з боку влади, забезпечення та захисту своїх прав учасниками гаражних кооперативів та автостоянок м. Київ була створена громадська організація «Асоціація автокооперативів Києва». Проте, автор із незадоволенням вказує, що її керівниками стали самопроголошені особи, які не мають прямого стосунку ані до гаражних кооперативів, ані до автостоянок<sup>19</sup>. На наш погляд, така практика щодо забезпечення та захисту суб'єктивних прав учасників гаражних кооперативів є безумовно позитивною, але, малоефективною. Вважаємо, що тільки правові інструменти мають пріоритет у забезпеченні та захисті суб'єктивних прав учасників цивільних відносин, при цьому ті з них, що мають легальне вираження.

Виходячи з наведеного, переслідуючи мету належного забезпечення суб'єктивних прав учасників гаражного кооперативу, пропонуємо прийняти окремий нормативно-правовий акт спеціальної дії – Закон України «Про гаражний кооператив». Видається, що проект цього нормативно-правового акта має містити окремі розділи, які визначали б правове становище гаражного кооперативу як юридичної особи, правовий статус його учасника, особливості вступу до юридичної особи та виходу з її складу, систему майнових прав щодо майна кооперативу й майнових прав щодо майна учасників окремо, систему особистих немайнових прав учасників цієї юридичної особи тощо.

Безумовно, такий підхід суперечить позитивістській теорії розвитку права. Проте, є цілком очевидним, що розвиток відносин за участю юридичних осіб призвів до їх ускладнення<sup>20</sup>. Тож чинних норм загальної компетенції, спрямованих на регулювання відносин за участю окремих видів юридичних осіб приватного права, наразі об'єктивно не достатньо для належного регулювання відносин за їх участю. Підтвердженням цьому слугують наявні окремі проекти нормативно-правових актів з цього напрямку<sup>21</sup>. Видається, що відносини за участю гаражного кооперативу не є винятком. Тож дослідження місця цих відносин у системі цивільних правовідносин, специфіки відносин власності за участю гаражного кооперативу та його учасників, порядку створення цієї юридичної особи, припинення її діяльності й складає перспективу подальшої роботи.

<sup>1</sup> Про кооперацію : Закон України від 10 липня 2003 р. № 1087-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1087-15>

<sup>2</sup> *Петренко В. С.* Установчі документи суб'єктів господарювання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 – «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / Володимир Сергійович Петренко. – Донецьк, 2006. – 18 с.; *Татьков В. І.* Правова природа, склад і зміст установчих документів акціонерного товариства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 – «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / Віктор Іванович Татьков. – Донецьк, 2003. – 20 с. та ін.

<sup>3</sup> *Мавліханова Р. В.* Виробничі кооперативи як суб'єкти цивільного права : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 – «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Мавліханова Роза Валіївна. – Х., 2005. – С. 147 – 168.

<sup>3</sup> Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – С. 154.

<sup>4</sup> *Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А.* Гражданское право Украины: Учебник. Издание второе. – Х.: ООО «Одиссей», 2005. – С. 233.

<sup>5</sup> Цивільне право України: Курс лекцій : у 6 т. / [Шишка Р. О. Л., Мічурін Є. О. та ін.] ; за ред. Р. Б. Шишки, та В. А. Кройтора. – [2-е вид., випр. та доп.]. – Х. : Еспада, 2008 – Т. 1. – 2008. – С. 187.

<sup>6</sup> *Стефанчук Р. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / Р. О. Стефанчук ; [відп. ред. Я. М. Шевченко]. – К. : КНТ, 2008. – С. 174–175.

<sup>7</sup> Статут громадської організації «Автомобілюбитель», реєстрація від 22.04.2002 р. № 36, м. Амвросіївка; Статут обслуговуючого кооперативу «Верховина», реєстрація від 15.08.2008 р. № 12671050004000533, м. Дружківка; Статут громадської організації «Гаражне товариство по експлуатації гаражів “Прогрес”», реєстрація від 22.10.2012 р., № 12681390009000227, м. Єнакієве.

<sup>8</sup> Рішення Колегії суддів судової палати в цивільних справах Апеляційного суду м. Київ від 28.10.2008 р. у Справі № 22-7994 за апеляційною скаргою Обслуговуючого гаражного кооперативу «Науковець» на рішення Святошинського районного суду м. Києва від 10 липня 2008 року в справі за позовом ОСОБА\_2 до Обслуговуючого гаражного кооперативу «Науковець» про визнання недійсним рішення зборів уповноважених : [Електронний ресурс]. – Офіційний сайт судових рішень. – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8965321>

<sup>9</sup> *Хміль М. М.* Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 – «Теорія й історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Микола Миколайович Хміль. – Х., 2005. – С. 178.

<sup>10</sup> Статут гаражного товариства «Будівельник», реєстрація від 08.08. 2012 р. № 13671050012000146, м. Лутугине Луганської області.

<sup>11</sup> Статут громадської організації «Автомобілюбитель», реєстрація від 22.04.2002 р. № 36, м. Амвросіївка.

<sup>12</sup> Рішення Шевченківського районного суду м. Запоріжжя від 17.11.2014 р. у Справі № 336/3942/14-Ц про визнання протоколу засідання правління гаражного кооперативу недійсним в частині, скасування рішення правління та визнання права власності на гараж : [Електронний ресурс]. – Офіційний сайт судових рішень. – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41523079> ; Рішення Судової колегії судової палати у цивільних справах апеляційного суду Харківської області від 01.11.2006 р. у Справі № 22-ц-5322/2006 про визнання недійсним рішення кооперативу про переоформлення гаражу, визнання права власності на гаражний бокс у порядку спадкування за законом : [Електронний ресурс]. – Офіційний сайт судових рішень. – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/276555>

<sup>13</sup> Статут гаражного товариства «Гірняк», реєстрація від 16.02.2011 р. № 13671050007000147, м. Лутугине Луганської області.

<sup>14</sup> Рішення Кіровського районного суду м. Донецьк від 01.06.2010 р. у Справі № 2-307/10 про визнання незаконним прийняття в члени кооперативу, та надання дружині переважного права на вступ в члени кооперативу : [Електронний ресурс]. – Офіційний сайт судових рішень. – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9757671>

<sup>15</sup> Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин : Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 25.02.2016 р. № 4 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16>; Про практику розгляду судами корпоративних спорів : Постанова Пленуму Верховного суду України від 24.10.2008 р. № 13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08/page>

<sup>16</sup> Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації юридичної особи : Постанова Пленуму Верховного суду України від 27.02.2009 р. № 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v\\_001700-09](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09)

<sup>17</sup> Білека А. А. Статутне правове регулювання участі членів сільськогосподарського кооперативу в кооперативному самоврядуванні / А. А. Білека : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.nbuv.gov.ua/old\\_jrn/Soc\\_Gum/Dtr\\_pravo/2012\\_2/files/LA212\\_27.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/Dtr_pravo/2012_2/files/LA212_27.pdf)

<sup>18</sup> Гафурова О. В. Сільськогосподарські виробничі кооперативи: права та обов'язки членів. – К.: МАУП, 2006. – С. 28.

<sup>19</sup> Коломієць А. Проблеми столиці: авто гаражні кооперативи / Андрій Коломієць : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://lawukraine.com.ua/ua/statti/problemi\\_stolici\\_avtogarajni\\_kooperativi.html](http://lawukraine.com.ua/ua/statti/problemi_stolici_avtogarajni_kooperativi.html)

<sup>20</sup> Машуков Р. О. Ускладнення цивільних відносин як умова їх розвитку / Р. О. Машуков // Правове регулювання приватних відносин в ЄС та в Україні: порівняльний аналіз : Матер. наук.-практ. семінару (15 трав. 2015 р., м. Дніпропетровськ). – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2015. – С. 18–21.

<sup>21</sup> Про садові товариства : проект Закону України від 19.01.2010 р. № 5533 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=36860](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=36860) ; Про товариства із обмеженою та додатковою відповідальністю : проект Закону України від 13.05.2016 р. № 4666 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=59093](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59093)

### Резюме

**Снігирьов О. М. Статут гаражного кооперативу як джерело закріплення суб'єктивних прав його учасників.**

Статтю присвячено аспектам забезпечення суб'єктивних прав учасників цивільних правовідносин. Розглядаючи статут гаражного кооперативу як джерело закріплення суб'єктивних прав учасників цієї юридичної особи, автор аналізує актуальні проблеми цієї галузі й пропонує шляхи їх вирішення.

**Ключові слова:** цивільне правовідношення, суб'єктивне цивільне право, юридична особа, гаражний кооператив, учасник гаражного кооперативу.

### Резюме

**Снегирев О. Н. Устав гаражного кооператива как источник закрепления прав его участников.**

Статья посвящена аспектам обеспечения субъективных прав участников гражданских правоотношений. Рассматривая устав гаражного кооператива как источник закрепления субъективных прав участников этого юридического лица, автор анализирует актуальные проблемы этой отрасли и предлагает пути их решения.

**Ключевые слова:** гражданское правоотношение, субъективное гражданское право, юридическое лицо, гаражный кооператив, участник гаражного кооператива.

### Summary

**Snehiryov O. Garage cooperative statute as source of consolidation subjective rights of its participants.**

The need to research the subject of legal entities of private law is caused by the development of the private sector of the economy. Therefore the objective complexity of social relations refers both legal entities and their members. For this reason, the author analyzes the topical issues to ensure the subjective rights of garage cooperative.

Subjects of relations with the participation of legal entities and aspects of protection of their members are very popular in the science of civil law. However, relations with the participation of garage cooperatives never received proper attention.

**Key words:** civil relations, subjective civil law, a legal entity, garage cooperative, a member of garage co-operative.

УДК 347.79

**В. М. ШИРШОВА**

*Вікторія Михайлівна Ширшова, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ЗНАЧЕННЯ ФАРМАЦЕВТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В СИСТЕМІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я УКРАЇНИ

У даному дослідженні розглянуто сучасний стан системи охорони здоров'я в Україні, значення «фармацевтичної діяльності», окрему увагу приділено удосконаленню кола суб'єктів фармацевтичної діяльності та застосуванню до них методів фармацевтичної діяльності, що становлять, на наш погляд, важливий науковий інтерес для розвитку державного регулювання фармацевтичної діяльності в Україні.

Проблеми державного регулювання в сфері фармацевтичної діяльності не обмежуються власне правовими, чільне місце серед них посідають економічні, соціальні, геополітичні фактори, що визначають специфіку фармацевтичного сектора, особливості розвитку фармацевтичного ринку, впливають на фармацевтичну практику та стандарти фармацевтичного обслуговування. Державне регулювання передбачає сукупність засобів державно-владного впливу на об'єкти фармацевтичної діяльності та процеси виробництва лікарських засобів, перевірки їх якості, впливу на здоров'я споживачів лікарських засобів, що має на меті спрямування суб'єктів фармацевтичної діяльності з урахуванням інтересів національної системи охорони здо-



ров'я, протидії зовнішнім негативним факторам, що мають деструктивний характер для здоров'я та відтворення населення. Об'єктами державного регулювання фармацевтичної діяльності виступають процеси виробництва лікарських засобів, ліцензування та надання дозволів для використання лікарських засобів на території України, умови забезпечення здоров'я та відтворення населення України; науково-технічний прогрес та інноваційні процеси в фармацевтичній галузі; обіг лікарських засобів та ціноутворення; соціальні проблеми забезпечення вразливих категорій громадян; забезпечення підготовки та перепідготовки фармацевтів з урахуванням міжнародних стандартів; забезпечення добросовісної конкуренції між суб'єктами фармацевтичної діяльності. Також до об'єктів фармацевтичної діяльності слід віднести вирішення екологічних проблем, пов'язаних з можливим забрудненням навколишнього середовища як під час виробництва, так і споживання продуктів фармацевтичної діяльності. Зазначений перелік об'єктів має становити невід'ємну складову державної фармацевтичної політики та спрямовувати законотворчі процеси в напрямі всебічного врахування сучасних проблем правового регулювання фармацевтичної діяльності, вирішення яких неможливе без прийняття спеціального закону в цій сфері.

Зміст та значення фармацевтичної діяльності стало предметом наукових досліджень таких вітчизняних вчених, як: С. В. Васильєв, Л. І. Куш, А. С. Немченко, Б. Л. Парновський, Н. О. Гуторова, В. М. Пашков, О. О. Кропивний, І. Ю. Куделич, О. В. Приходько. Проте недостатньо висвітленим залишається у монографічних дослідженнях питання співвідношення медичної і фармацевтичної діяльності, фармацевтичної і господарської діяльності. З огляду на це метою даної статті є формулювання пропозицій щодо удосконалення розуміння змісту і значення фармацевтичної діяльності в Україні, розширення кола суб'єктів фармацевтичної діяльності та застосовуваних щодо них методів державного регулювання.

Основними завданнями представленої статті визначено розкриття змісту фармацевтичної діяльності, її співвідношення з медичною діяльністю і господарською діяльністю, формування пропозицій з нормативно-правового закріплення поняття та ознак фармацевтичної діяльності у спеціальному законі.

Актуальність удосконалення питання державного регулювання фармацевтичної діяльності в Україні встановлена низкою системних проблем, що підтверджуються невідповідністю вжитих заходів реформування системи охорони здоров'я в цілому відповідно до Європейських та світових стандартів у сфері охорони здоров'я, зокрема стандартів фармацевтичної діяльності.

Серед проблем державного регулювання фармацевтичної діяльності в Україні першочергово слід виділити відсутність довготривалої державної політики в системі охорони здоров'я, не належна реалізація задекларованих завдань «Про затвердження Концепції розвитку фармацевтичного сектору галузі охорони здоров'я України на 2011–2020 роки» від 13 вересня 2010 р. № 769<sup>1</sup>, відсутність дієвих кроків на шляху гармонізації законодавства України в сфері охорони здоров'я з законодавством Європейського Союзу, застарілість механізмів державного контролю і нагляду в системі охорони здоров'я, неврахування необхідності дієвого захисту прав споживачів фармацевтичної продукції, у тому числі від дій недобросовісних виробників фальсифікованих лікарських засобів.

Проблемам державного регулювання та удосконалення його методів присвячені праці таких вітчизняних учених, як В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, Ю. П. Битяк, А. С. Васильєв, Н. М. Тищенко, А. О. Селіванов, С. Г. Стеценко, В. М. Шаповал, А. М. Школик, М. К. Якимчук, Х. П. Ярмачі та багатьох інших.

За всі роки незалежності України так і не вдалося створити ефективну систему охорони здоров'я. Чинна система викликає справедливі нарікання з боку населення і медичного персоналу, фармацевтичних працівників, вітчизняних виробників лікарських препаратів. Досі відсутня правова основа фармацевтичної діяльності в Україні, потребує удосконалення розмежування «фармацевтична діяльність» та «медична діяльність», визначення переліку фармацевтичних працівників та медичних працівників, загального кола суб'єктів фармацевтичної діяльності тощо.

На думку Н. Б. Мезенцевої, державне регулювання медичної діяльності запропоновано розуміти як «систематичний, організуючий вплив з боку держави, що спрямований на забезпечення і захист на охорону здоров'я населення України, як найважливішу складову її національного багатства, який полягає у створенні нормативно-правової бази, формуванні та ефективному використанні кадрових, фінансово-економічних і матеріальних ресурсів в єдиному медичному просторі держави»<sup>2</sup>.

У науці господарського права необхідність дослідження правових проблем державного регулювання господарської діяльності у сфері охорони здоров'я викликана назрілими суспільними проблемами. Деякі аспекти проблематики досліджуваної теми знайшли своє відображення в працях таких вчених: А. Г. Бобкової, В. Д. Волкова, З. С. Гладуна, О. М. Дорошевої, Д. В. Карамішева, Л. І. Куш, В. І. Пашкова, О. П. Подцерковного, Я. Ф. Радишева, К. І. Толстої, С. Г. Стеценка, Р. Салтмана та інших авторів, проте окремі роботи щодо державного регулювання фармацевтичної діяльності в системі охорони здоров'я відсутні.

Є вчені, які вважають фармацевтичну діяльність одним із видів господарської діяльності. Так, на переконання С. В. Васильєва, фармацевтичною діяльністю є «промислове виробництво лікарських засобів, виробництво лікарських засобів в умовах аптеки, оптова торгівля лікарськими засобами, їх зберігання, перевезення, вивезення за кордон України, ввезення до України та/або роздрібна торгівля лікарськими препаратами, зберігання, транспортування, виготовлення лікарських засобів»<sup>3</sup>.

На думку Л. М. Дешко, «визначено поняття господарської діяльності у сфері охорони здоров'я як діяльності громадян-підприємців та господарських організацій охорони здоров'я у сфері суспільного виробництва, спрямованої на виготовлення та реалізацію продукції (товарів) медичного призначення, виконання робіт

медичного характеру чи надання медичних послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність, та яка спрямована на досягнення соціального та/або економічного ефекту»<sup>4</sup>.

Поняття «фармацевтична діяльність» у чинному законодавстві України зазначено у кількох актах законодавства, наприклад, у Основах законодавства України про охорону здоров'я (далі – Основи), розглянутій вище Концепції. Варто зазначити, що в Основах законодавства України про охорону здоров'я<sup>5</sup> фармацевтичному сектору присвячено розділ X «Медична і фармацевтична діяльність», проте даний нормативно-правовий акт регулює відносини, що виникають у сфері охорони здоров'я. В Основах також визначається правовий статус медичних та фармацевтичних працівників, поняття «медична діяльність» розкрито в ст. 3 даного акта, проте не наведено визначення дефініції «фармацевтична діяльність», що нівелює регулювання фармацевтичної галузі в Україні, та визначення понятійно-термінологічного апарату цієї галузі. У чинному українському законодавстві має місце ситуація, за якої в Основах визначені правові, організаційні, економічні та соціальні засади охорони здоров'я в Україні, розкрито понятійні категорії, що стосуються медичної діяльності тощо, однак лише опосередковано згадана фармацевтична діяльність.

У свою чергу, Закон України «Про лікарські засоби» від 4 квітня 1996 р. № 123/96-ВР регулює правовідносини, пов'язані зі створенням, реєстрацією, виробництвом, контролем якості та реалізацією лікарських засобів, визначає права та обов'язки підприємств, установ, організацій громадян, а також повноваження у цій сфері органів виконавчої влади і посадових осіб. Проте визначення поняття «фармацевтична діяльність» у даному Законі також немає, зазначено лише слово «фармацевтичний» при визначенні поняття «активний фармацевтичний інгредієнт – визначенні з закону про лікарські засоби»<sup>6</sup>.

Поняття «фармацевтична діяльність» у Фармацевтичній енциклопедії розкривається як сфера науково-практичної діяльності в сфері охорони здоров'я, яка охоплює маркетингові дослідження фармацевтичного ринку, визначення потреби в окремих препаратах, науковий пошук отримання лікарського препарату, дослідження щодо створення лікарського препарату, всебічне визначення їх властивостей, включаючи безпеку та специфічну дію, розроблення відповідної нормативно-технічної документації, аналіз препаратів, стандартизацію, реєстрацію, виробництво, контроль якості, умови зберігання, інформацію з постачання, реалізації та застосування ліків, фармацевтичну опіку, підготовку та перепідготовку фармацевтичних кадрів, а також керівництво фармацевтичним підприємством та їх структурними підрозділами»<sup>7</sup>.

На думку С. В. Васильєва, фармацевтичну діяльність слід розуміти як «промислове виробництво лікарських засобів, виробництво лікарських засобів в умовах аптеки, оптову торгівлю лікарськими засобами, їх зберігання, перевезення, вивезення за кордон України, ввезення до України та/або роздрібну торгівлю лікарськими препаратами, зберігання, транспортування, виготовлення лікарських засобів»<sup>8</sup>. У свою чергу, вчений Л. І. Куц у дисертаційному дослідженні обґрунтовує думку про те, що «фармацевтичною діяльністю є діяльність у сфері охорони здоров'я, що спрямована на розробку, державну реєстрацію, виробництво та торгівлю лікарськими засобами, а також інші дії, пов'язані з ними»<sup>9</sup>. У наведених визначеннях фармацевтичної діяльності зазначено основні ознаки фармацевтичної діяльності, проте їх перелік, на наш погляд, необхідно розширити з урахуванням вимог до суб'єктів, що займаються фармацевтичною діяльністю на території України, у т.ч. щодо їх реєстрації у встановленому законом порядку, ліцензування окремих видів фармацевтичної діяльності, встановлення на рівні закону високого рівня відповідальності, у т.ч. юридичної, перед суспільством та його громадянами за результати ведення означеної діяльності.

Підтримуючи в цілому точки зору наведених вище науковців, вважаємо, що в чинному законодавстві також потребує закріплення поняття «фармацевтичний ринок», що є одним із визначальних аспектів регулювання не тільки на території України, а й у світовому контексті, адже переважна більшість лікарських засобів, що реалізуються на внутрішньому українському ринку, виробляються глобальними фармацевтичними компаніями згідно зі стандартами, затвердженими у країнах реєстрації відповідних фармацевтичних компаній, а зміст таких стандартів та можливості контролю якості за дотриманням рецептури лікарських засобів залишається, в переважній більшості випадків, поза межами впливу національних органів державного регулювання, поза межами ефективного президентського, внутрішнього адміністративного, парламентського та судового контролю.

Фінансово-економічна криза суттєво загострила проблеми, пов'язані з наданням населенню України медичної допомоги, забезпечення доступними та якісними лікарськими засобами. Зростання цін на ліки призвело до загального підвищення витрат на утримання мережі медичних закладів та збільшення собівартості надання медичних послуг. Необхідність реформи системи охорони здоров'я в Україні підкреслюється неможливістю, з одного боку, забезпечити в існуючих умовах належне державне фінансування системи, а з іншого, – запровадити ефективні механізми, що забезпечать конкуренцію на ринку фармацевтичних препаратів, медичних послуг.

Слід зазначити, що на сьогодні перед більшістю країн світу постали значні проблеми у сфері охорони здоров'я, що пов'язані з демографічними і епідеміологічними зрушеннями, посиленням соціально-економічних нерівностей, дефіцитом ресурсів, розвитком технологій і запитами населення, які постійно зростають. Зазначені проблеми особливо загострились в умовах сучасної економічної ситуації. Саме тому експерти Європейського регіону Всесвітньої організації охорони здоров'я закликають уряди країн до запровадження державних програм щодо покращення здоров'я населення та доступності послуг з охорони здоров'я в умовах економічної кризи.

На жаль, «охорона здоров'я України не стала пріоритетом державної політики, попри численні декларації, політичні спекуляції та дискусії про шляхи реформування медичної системи, що точаться вже майже

два десятиліття. Критична ситуація в системі охорони здоров'я в Україні вимагає вироблення єдиної державної політики щодо її реформування. Неухильне підвищення рівня добробуту людей, суттєве поліпшення функціонування системи охорони здоров'я у спосіб її реформування з метою підвищення якості медичних послуг, їх доступності, запровадження стимулів для здорового способу життя населення та належних умов праці визначено Президентом України як одним із основних пріоритетів політики реформи»<sup>10</sup>.

Фармацевтична діяльність є об'єктом дослідження економічних, юридичних, політичних, соціологічних досліджень, адже її значення та результати фармацевтичної діяльності мають особливе значення для широкого кола фізичних, юридичних осіб, колективних утворень як на внутрішньому, так і на зовнішньому ринках.

Суб'єктами фармацевтичної діяльності в Україні на сьогодні є Міністерство охорони здоров'я України, Державна служба лікарських засобів України, Державний експертний центр, національні виробники лікарських засобів, транснаціональні компанії – виробники лікарських засобів, громадські об'єднання, громадські організації, дистрибутори лікарських засобів, аптечні заклади, пацієнти та споживачі лікарських засобів.

Також слід визначити коло суб'єктів фармацевтичної діяльності. На нашу думку, серед державних органів пріоритетно назвати такі: Міністерство охорони здоров'я України, як представника держави, основним завданням якого є охорона громадського здоров'я, підвищення ефективної моделі охорони здоров'я, доступність громадянам якісних ліків; Державна служба лікарських засобів України, що забезпечує якість лікарських засобів, які потрапляють на національний фармацевтичний ринок; Державний експертний центр; а також представників приватного сектору. Це – вітчизняні виробники; громадські об'єднання; транснаціональні компанії; дистрибутори лікарських препаратів; споживачі лікарських засобів; пацієнти та ін. Необхідно закріпити в спеціальному законі і визначення переліку прав та обов'язків даних суб'єктів фармацевтичної діяльності, враховуючи особливе значення фармацевтичної діяльності в сфері охорони здоров'я.

Чітке розмежування повноважень, покладених на Міністерство охорони здоров'я України або уповноважену ним установу (щодо здійснення фармацевтичного нагляду) та на Державну службу лікарських засобів України (щодо здійснення контролю якості лікарських засобів), сприятиме удосконаленню національних механізмів контролю і нагляду в досліджуваній сфері.

Підсумовуючи викладене, слід зробити наступні висновки.

1. Фармацевтична діяльність є об'єктом дослідження економічних, юридичних, політичних, соціологічних досліджень, адже її значення та результати фармацевтичної діяльності мають особливе значення для широкого кола фізичних, юридичних осіб, колективних утворень як на внутрішньому, так і на зовнішньому ринках.

2. Законодавче закріплення поняття «фармацевтична діяльність» необхідне з огляду на особливе значення фармацевтичної діяльності в системі охорони здоров'я, що обумовлено необхідністю удосконалення державного регулювання фармацевтичної діяльності, зокрема щодо створення лікарського препарату, всебічне визначення властивостей лікарських засобів, розробки відповідної нормативно-технічної документації, стандартизації, реєстрації, виробництва, контролю якості, умов зберігання тощо.

3. Важливо забезпечити впровадження міжнародних стандартів фармацевтичної діяльності на підприємствах і організаціях фармацевтичного сектору щодо системи забезпечення якості продукції та послуг, відомих у світі під назвами належної виробничої практики, належної клінічної практики, належної лабораторної практики, належної дистрибуторської практики, належної практики з фармацевтичного нагляду та інших належних практик та положень документів Всесвітньої організації охорони здоров'я та Європейського Союзу щодо практики регулювання у сфері обігу лікарських засобів.

<sup>1</sup> Про затвердження Концепції розвитку фармацевтичного сектору галузі охорони здоров'я України на 2011–2020 роки : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 13 вересня 2010 р. № 769 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://moz.gov.ua/ua/portal/dn\\_20100913\\_769.html](http://moz.gov.ua/ua/portal/dn_20100913_769.html)

<sup>2</sup> Мезенцева Н. Б. Державне регулювання суспільних відносин в галузі охорони здоров'я України: історичні та правові аспекти : автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр. : спец. 25.00.01 / Мезенцева Наталія Борисівна ; Нац. акад. держ. упр. при Президентові України. – К., 2010. – 20 с.

<sup>3</sup> Дешко Л. М. Правове регулювання господарювання у сфері охорони здоров'я: проблеми вдосконалення спеціального законодавства / Л. М. Дешко // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 5. – С. 57–61.

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Основи законодавства України про охорону здоров'я : Основи законодавства від 19 листопада 1992 р. № 2801-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 4. – С. 19.

<sup>6</sup> Куц Л. І. Господарсько-правове регулювання виробництва та торгівлі лікарськими засобами : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / Л. І. Куц. – Донецьк : Б. в., 2004. – 20 с.

<sup>7</sup> Пестун І. В. Порівняльний аналіз окремих складових національної лікарської політики в Україні та за кордоном / І. В. Пестун, З. М. Мнушко // Запорозький мед. журн. – 2010. – №1 (70). – С. 51–54.

<sup>8</sup> Васильєв С. В. Законодавче закріплення поняття «фармацевтична діяльність» як передумова підвищення ефективності державного управління в сфері обігу лікарських засобів / С. В. Васильєв // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2011. – № 4. – С. 7–14.

<sup>9</sup> Куц Л. І. Вказана праця.

<sup>10</sup> Основи законодавства України про охорону здоров'я : Основи законодавства від 19 листопада 1992 р. № 2801-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 4. – С. 19.

### Резюме

#### **Ширшова В. М. Значення фармацевтичної діяльності в системі охорони здоров'я України.**

У статті розглянуто сучасне значення фармацевтичної діяльності в системі охорони здоров'я України. Узагальнено проблеми удосконалення державного регулювання фармацевтичної діяльності, визначення поняття «фармацевтична діяльність», об'єкта та кола суб'єктів фармацевтичної діяльності в Україні.

**Ключові слова:** державне регулювання, державна політика, фармацевтична діяльність, медична діяльність, господарська діяльність, методи державного регулювання фармацевтичної діяльності.

### Резюме

#### **Ширшова В. М. Значение фармацевтической деятельности в системе здравоохранения Украины.**

В статье рассмотрено современное значение фармацевтической деятельности в системе здравоохранения Украины. Обобщены проблемы совершенствования государственного регулирования фармацевтической деятельности, дано определение понятия «фармацевтическая деятельность», объекта и круга субъектов фармацевтической деятельности в Украине.

**Ключевые слова:** государственное регулирование, государственная политика, фармацевтическая деятельность, медицинская деятельность, хозяйственная деятельность, методы государственного регулирования фармацевтической деятельности.

### Summary

#### **Shyrshova V. Meaning of pharmaceutical activity in the system of healthcare of Ukraine.**

Modern meanings of pharmaceutical activity in the system of healthcare of Ukraine are observed in the article. There have been staffed and generalized problems of improvement of the state regulation of pharmaceutical activity, defined the notion of pharmaceutical activity, observed object and membership of subjects of pharmaceutical activity in Ukraine.

**Key words:** state regulation, state policy, pharmaceutical activity, medical activity, economic activity, methods of the state regulation of pharmaceutical activity.

УДК 347.77

**Ю. Л. БОШИЦЬКИЙ, А. В. ЛУЗАН**

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

*Аліна Володимирівна Лузан, здобувач Київського  
університету права НАН України*

## ОСВІТА В СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЯК СКЛАДОВА ІНВЕСТИЦІЙ В ЛЮДСЬКИЙ КАПІТАЛ НАЦІЇ

Освіта є невід'ємною частиною розвитку людства на всіх етапах його існування. Вона не тільки джерело формування думок і засіб спілкування, а й засіб, за допомогою якого суб'єкт пізнає себе та навколишній світ, що згодом дає можливість зазирнути в минуле, щоб порівняти його з теперішнім і зробити прогнози на майбутнє.

Що ж стосується саме освіти у сфері інтелектуальної власності, то основним її завданням є формування в осіб фундаментальних знань, гуманістичних орієнтирів та моральних правил, завдяки яким індивіди сприйматимуть сучасний світ людської культури, науки й техніки і перетворюватимуть його на власний внутрішній світ. Не потрібно багато казати про те, що довколишнє середовище здебільшого складається з результатів інтелектуальної діяльності, які стали невід'ємним елементом життя більшості населення планети. Це стає аксіомою: що як у роботі з будь-якого фаху, так і в повсякденному житті ми стикаємося з об'єктами авторського і патентного права та об'єктами суміжних прав. Однак для їх ефективного, раціонального, а головне – правильного використання особі необхідно мати достатній обсяг знань про такі об'єкти: їх історію, походження, суть, значення та економічний потенціал.

Ідеї щодо впровадження в освітній процес навчальних дисциплін, які будуть надавати знання, не тільки щодо створення, а й охорони, захисту та комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності, нині є дуже актуальними, адже необхідно підняти рівень освіченості суспільства в даній сфері, а також відшукати нові шляхи подолання кризи в Україні та стабілізації економіки країни за рахунок інтелектуального потенціалу українського народу.

В якості соціального експерименту нами було проведено опитування молоді, до числа якої увійшли студенти ВНЗ I–II рівнів акредитації та учні загальноосвітніх шкіл. Усього в опитуванні взяло участь 168 респондентів у віці від 14 до 19 років. Результати опитування (що мають частку суб'єктивного нахилу) показали, що:

- лише п'ять опитуваних приблизно знайомі з теорією розв'язування винахідницьких задач ( 2,97 %);
- 37 респондентів (22 %) , на їх погляд, створювали принаймні один об'єкт інтелектуальної власності;
- 42 респонденти (25 %) вважають себе винахідливими;
- і лише 39 (23,2 %) опитуваних визнали, що принаймні раз у житті порушували права інтелектуальної власності інших суб'єктів.

Виходячи з даного дослідження, можна побачити, що відповіді студентів та учнів мають суб'єктивний характер і не відповідають дійсності, а така ситуація склалася через низький рівень обізнаності їх з основних питань сфери інтелектуальної власності. Після проведення бесід за цією тематикою та пояснення суті питань результати з деяких позицій (створення хоча б одного об'єкта інтелектуальної власності, ставлення до себе як до винахідливої особистості, визнання порушення прав інших суб'єктів) кардинально змінювалися як у бік зростання, так і в бік зменшення.

Таким чином, даний соціальний експеримент доводить низьку обізнаність молоді в питаннях, що стосуються створення й захисту результатів власної інтелектуальної діяльності. А відтак, згодом на практиці виникають проблеми не лише теоретичного, а й економічного характеру, що здебільшого пов'язані з неспроможністю комерціалізувати власні інтелектуальні здобутки і трансформувати інтелектуальну діяльність в

господарський сегмент. На жаль, доводиться констатувати, що дана проблема стосується не лише молодого покоління. Рівень обізнаності старшої вікової групи та розуміння потенціалу розвитку сфери інтелектуальної власності серед українців також на низькому рівні. І якщо молодь у цих питаннях є більш мобільною, то для фахівців необхідні додаткові стимули й мотивації.

**Метою** даної публікації є актуалізація питання щодо поширення знань з основ інтелектуальної власності серед населення України як одного з необхідних чинників поступу суспільства з урахуванням світових інноваційних тенденцій розвитку людської цивілізації. За даними Глобального інноваційного індексу 2016 Україна посіла 56 місце серед 128 країн, і порівняно з ГІ 2015 року піднялася з 64 місця на вісім позицій. Однак нинішній рейтинг нашої держави нижчий на два ранги порівняно з 2010 р. і на даний час межує з такими країнами, як Монголія, що займає 55 сходинку, та Королівство Бахрейн, яке відповідно знаходиться на 57 місці в рейтингу<sup>1</sup>.

Наявність значного розриву в рангах за основними показниками стану наукового потенціалу та готовності економіки до активізації інноваційної діяльності ще раз свідчить про хронічне невикористання Україною можливостей інноваційного зростання за рахунок власних ресурсів, а також про збереження реальних загроз руйнування науково-технічного потенціалу країни внаслідок його довгострокової незатребуваності та відсутності розширення комерційного сектору досліджень, а отже – і подальшого послаблення позицій країни на ринках продукції переробних виробництв.

Потрібно зазначити, що ВОІВ активно сприяє таким країнам, як Україна, у створенні власної програми (стратегії) інноваційного розвитку. Так було видано достатньо літератури, яка має сприяти у процесі створення такої національної стратегії. Однією з них є анкета – «PURPOSE OF THE QUESTIONNAIRE», розроблений спеціалістами ВОІВ та оприлюднений у 2016 році. Це видання призначено для роботи в якості допомоги, підказок для виявлення проблем та захисту інтелектуальної власності, а також отримання додаткової інформації про ці проблеми. Його спеціально розроблено таким чином, щоб різні респонденти не могли давати прості відповіді «так/ні». Питання згруповано в кластери, які належать до різних секторів у суспільстві та економіці. Відповіді на питання кластерів повинні допомогти оцінити поточний стан справ у сфері ІВ, ідентифікувати систему та механізм захисту ІВ в даний час, виявити в них сильні та слабкі сторони та сприяти інформуванню щодо процесів розробки стратегії інтелектуальної власності<sup>2</sup>.

Крім того, ВОІВ пропонує концепцію методології (**The WIPO methodology**) щодо розробки національної стратегії ІВ. Цілі методології передбачають наступне:

1) забезпечити довідковим матеріалом співробітників ВОІВ, відомств ІВ, проектних груп та інших посадових осіб, які беруть участь у процесі розробки національної стратегії у сфері ІВ;

2) пояснити важливість кожного з кроків (**Steps for formulating a national IP strategy**). А саме такі: місія оцінки, проектна група, кабінет дослідження, збір даних, національні консультації, підготовка проекту стратегії, перевірка стратегії та реалізація. При цьому необхідно з'ясувати, які з них краще працюють, а також виявити проблеми, з якими можна зіштовхнутися, та найкращі шляхи їх вирішення;

3) надати інструментарій, шаблони та приклади для використання цього проектною командою при підготовці стратегії у сфері ІВ<sup>3</sup>.

Ще одним вагомим внеском у розвиток сфери інтелектуальної власності є сприяння ВОІВ при розробці та, сподіваємося, імплементацію в нормативну базу України, що регулює правовідносини в сфері права інтелектуальної власності Типового положення про політику в сфері інтелектуальної власності для університетів та науково-дослідних установ (далі – Положення). Аналогічні положення успішно діють в ряді провідних іноземних навчальних закладах, зокрема таких, як Борнмутський університет (англ. Bournemouth University), Королівський коледж у Лондоні (англ. King's College London), Університет Оксфорд Брукс (англ. Oxford Brookes University), Каліфорнійський університет (англ. The University of California), Кембриджський університет (англ. University of Cambridge), Університет Дебрецена (англ. University of Debrecen), Університет Глазго (University of Glasgow), Оксфордський університет (англ. University of Oxford), Плімутський університет (англ. Plymouth University). Положення спрямоване на вдосконалення порядку трансферу технологій та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності, що створюються працівниками науково-дослідних установ та вищих навчальних закладів у межах їх посадових обов'язків чи із використанням матеріальних засобів таких установ. Дотримання правил, що передбачаються Положенням, дозволить спростити процес комерціалізації інтелектуального потенціалу, що, у свою чергу, сприятиме як впровадженню новітніх розробок у промисловий процес, так і поліпшить матеріальне становище тих суб'єктів (університетів, НДІ тощо), на базі яких проводяться дані розробки в рамках наукових досліджень за різними напрямками. Нині Положення проходить стадію обговорення, з метою адаптації його до чинного законодавства та реалій України, однак у майбутньому воно може стати потужним стимулом для розвитку всієї національної системи університетської науки.

Однак окрім рекомендацій та інвестицій в основу розвитку ринку інтелектуальної власності має бути закладено людський капітал, на якісний рівень якого прямо впливає освітній процес, що починається з раннього дитинства і триває впродовж усього життя особистості. І цим процесом має передусім опікуватися держава з огляду на необхідність інвестицій у власне майбутнє. Але з прикрістю доводиться констатувати, що з кожним роком інвестиції в освітню, наукову, технологічну сфери зменшуються, якісні та кількісні показники людського капіталу скорочуються, а міграційні процеси в колах як висококваліфікованих фахівців різних спеціальностей, так і талановитої молоді невпинно зростають.

Недостатній рівень обізнаності суспільства в тих чи інших питаннях може мати катастрофічні наслідки, що впливатимуть як на економічні та політичні, так і на соціальні, культурні й інші сфери життя нації. Знання з основ інтелектуальної власності не повинні мати мінімального граничного порогу, з якого особа може їх сприймати, питання лише в методиці навчання. Недарма Цивільний кодекс України закріпив можливість малолітньої особи самостійно здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом, а з 14 років – самостійно здійснювати й майнові права щодо даних об'єктів. Однак відповідних знань стосовно даної групи об'єктів та механізму реалізації власних прав щодо них молоде покоління не отримує ані під час навчання у школі, ані в професійно-технічних навчальних закладах і, як наслідок, починає трудову кар'єру з великою прогалиною в питаннях комерціалізації власного інтелекту та захисту своїх прав. Низький рівень знань з основ інтелектуальної власності створює перешкоди в питаннях комерціалізації об'єктів промислового права, робить неефективною процедуру захисту авторських та суміжних прав, ускладнює процес індивідуалізації суб'єктів господарювання та збут продукції за межі держави. А це в свою чергу призводить до уповільнення розвитку високотехнологічних напрямів промисловості, проблем у сфері службового винахідництва, поширення контрафактної продукції, розквіту піратства, втрати іноземних партнерів та інвестицій.

Наприкінці 90-х років ХХ ст. схожа проблема склалася навколо правових знань та правового виховання населення України, через що набули розквіту такі негативні явища, як правовий нігілізм, зростання рівня злочинності серед підлітків, проблеми при реалізації громадянами права на захист порушених інтересів власників, робітників, підприємців тощо. Тоді стало зрозумілим, що для розвитку сучасної демократичної та правової держави необхідно виховувати громадянське суспільство, проводити правову соціалізацію, і основним засобом для цього має стати правове виховання.

Під правовим вихованням можна розуміти систематичну цілеспрямовану діяльність, яка за допомогою спеціальних методів і засобів у відповідних формах здійснюється з метою правового впливу на особу, соціальну групу та суспільство в цілому компетентними на це органами влади з метою поширення правових знань, підвищення рівня правової культури, формування правосвідомості та орієнтирів для законної реалізації громадянами власних прав і захисту інтересів в рамках правового поля.

При цьому таку діяльність найбільш доцільно розглядати як сукупність основних та додаткових елементів, до яких можуть входити мета, завдання та цілі, суб'єкт, об'єкт, предмет та методи, а також факультативна складова – форми, сили, засоби, процес. При цьому їх динамічна взаємодія має бути спрямована на кінцевий результат.

Для досягнення кінцевого результату за ініціативи діючого на той час Президента України була затверджена Національна програма правової освіти населення (Указ Президента України від 18 жовтня 2001 р. № 992/2001). У цій програмі було визначено основну мету, завдання та її напрями, а також заходи з її реалізації і повноваження владних суб'єктів із чітким розподілом компетенцій та відповідальності. На даний час можна стверджувати, що дана програма дала свої позитивні результати, а її реалізація підвищила правову вихованість населення України.

І нині постає логічне питання, чи можна за аналогією з правовим вихованням відповідними чином вплинути на українське суспільство, для формування в ньому чіткого розуміння значення інтелектуального капіталу, як рушійної сили економіки в сучасному світі?

Провідні спеціалісти та науковці, що переймаються проблематикою та розвитком сфери права інтелектуальної власності, неодноразово звертали увагу на необхідність її популяризації. Однак на даний час із сумом доводиться констатувати, що частина запропонованих ідей та пропозицій або взагалі не знайшли підтримки, або залишаються нереалізованими через бюрократичні перепони та нерозуміння широким загалом необхідності системних змін у питаннях освіти в сфері інтелектуальної власності.

І такий стан характеризується наявністю низки проблем, до яких можна віднести:

– Недостатнє розуміння з боку деяких посадових осіб того факту, що знання з основ інтелектуальної власності не лише сприятимуть створенню об'єктів авторського, суміжного та патентного права, а й допоможуть їх комерціалізувати, а отже, можуть бути стабільним джерелом доходів на майбутнє.

– Відсутність чітко визначених у законі повноважень, які дозволять органам місцевого самоврядування (місцевим органам державної влади), їх посадовим особам, зокрема тим, що займаються даним питанням, налагодити взаємодію в рамках правового поля, делегувати повноваження, здійснювати інші організаційні та контрольні заходи в цій сфері, використовуючи адміністративний ресурс.

– Звідси випливає наступна проблема, яка полягає у тому, що на державному рівні відсутній нормативний документ, який би визначав концепцію правової освіти населення з основ інтелектуальної власності із чітким довгостроковим планом дій, розподілом повноважень та визначенням джерел фінансування.

– Звичайно, зрозуміло, що однією з головних проблем є відсутність економічного підґрунтя та матеріальних стимулів для фізичних і юридичних осіб, що займаються даною проблемою. Їх робота ґрунтується, як правило, на ентузіазмі або власних коштах, яких зазвичай недостатньо для реалізації бажаних ідей.

Крім того, навіть якщо вирішити попередні питання, які носять здебільшого узагальнений характер, залишаються наступні, більш конкретні проблеми в сфері освіти з інтелектуальною власністю:

– Брак фахівців, які володіють як практичними, так і теоретичними знаннями і мають змогу, а головне – бажання ними поділитися. Адже навіть при підготовці магістрів за спеціальністю «Інтелектуальна власність» кадровий склад викладачів не завжди має достатній рівень практичної діяльності в даній сфері.

– Нерозуміння учнівською та студентською молоддю тих перспектив, які можуть відкриватися з дипломом магістра в сфері інтелектуальної власності. А дана проблема в свою чергу зумовлена тим, що вивчення предмета «Основи інтелектуальної власності» не відбувається ані в школах (не передбачена шкільною програмою), ані в коледжах (хоча б у якості включення до навчальних планів у якості вибіркової дисципліни), ані у ВНЗ III–IV рівнів акредитації при підготовці бакалаврів в якості нормативної. Студенти просто не зацікавлені цими питаннями і намагаються обійти їх стороною, адже життєвих прикладів навколо (саме в близькому оточенні а не десь далеко в США) вони не бачать, а тому не бачать і перспектив рухатися в даному напрямі.

– І знову ж таки постає наступна проблема – ким має бути викладач за фахом, який читатиме дану дисципліну? Звідси випливає необхідність у підготовці викладачів за даним фахом.

– Також однією із проблем можна назвати відсутність регіональних представництв Державної служби інтелектуальної власності, які б могли надавати різного роду адміністративні, консультативні та просвітницькі послуги, а також фахово налагоджувати взаємодію між громадянами, промисловістю, освітянами, творцями об'єктів інтелектуальної власності, надавати їм майданчики для обговорення проблемних питань та ідей. Адже концентрація діяльності щодо розвитку інтелектуальної власності в адміністративному центрі країни гальмує розвиток даної сфери в регіонах і тим самим робить їх промисловість малоприбутковою, а в гіршому випадку – збитковою.

Окрім того, потрібно зауважити, що фундаментом поширення знань у сфері інтелектуальної власності має стати наукова платформа, на якій в свою чергу будуватиметься нормативна, а згодом – і практична база. Тобто, необхідно насамперед створити наукове підґрунтя для даної діяльності, а саме сформувані та узгодити термінологію, зокрема щодо таких понять та категорій, як: інтелектуальна освіта (освіта в сфері інтелектуальної власності), інтелектуальна свідомість, інтелектуальна культура, інтелектуальна соціалізація, інтелектуальне виховання, інтелектуальна вихованість, а також щодо системи, функцій, ознак даних категорій. Адже для того, щоб компетентно вирішувати проблеми, необхідний достатній та однозначно сприйнятний вокабуляр, засобами якого дані проблеми можуть бути сформовані для їх однакового сприйняття та подолання. При цьому, виходячи із сукупності компонентів даної діяльності, конкретні фізичні дії можуть полягати у створенні електронних підручників з даної проблематики, що допоможе поширити наукові результати в межах всієї території держави і не тільки через Інтернет-ресурси, що є значно мобільнішим та ефективнішим за видання друкованих підручників. У цьому зв'язку цілком можливим є залучення грантового фінансування даного напрямку з боку ВОІВ чи інших зацікавлених суб'єктів. А самі електронні підручники як об'єкти авторського права також можуть стати для їх авторів додатковим джерелом прибутку.

Також, виходячи з наявних проблем, можна запропонувати наступний алгоритм дій, що сприятиме освіті в сфері ІВ:

- розробити й затвердити державну програму освіти в сфері інтелектуальної власності;
- визначити коло суб'єктів, залучених до даної діяльності, та розподілити між ними повноваження і джерела фінансування;
- створити систему регіональних представництв Державної служби інтелектуальної власності;
- створити майданчики для обговорення проблем у даній сфері, пошуку шляхів їх вирішення, налагодження взаємодії між творцями ІВ та промисловістю для створення та комерціалізації об'єктів ІВ;
- запровадити обов'язкове проведення лекцій з основ ІВ в молодіжних центрах науково-технічного мистецтва;
- внести пропозиції до Міністерства освіти та науки України щодо включення до навчальної програми шкільної підготовки та Стандартів ВО (в тому числі й на рівні молодших спеціалістів) дисциплін, що дають знання в сфері інтелектуальної власності;
- організувати курси фахової підготовки викладачів шкіл та ВНЗ I–II рівнів акредитації;
- залучити до роботи у ВНЗ III–IV рівнів акредитації фахівців-практиків з питань ІВ;
- запровадити децентралізовану схему проведення молодіжних конкурсів інновацій;
- посилити адресну інформаційну політику про заходи щодо розвитку сфери інтелектуальної власності;
- забезпечити навчальні заклади підручниками, в яких матеріал буде викладено в достатній для сприйняття формі пересічними громадянами, батьками, учнями. Реалізація цього пункту можлива і, зокрема, шляхом створення й оприлюднення електронних підручників.

Таким чином, освіта в сфері інтелектуальної власності вже котрий рік поспіль вимагає до себе уваги. І це – реалії сьогодення з огляду на невпинний та стрімкий розвиток високих технологій, що впливає на всі аспекти життя людської цивілізації. І якщо Україна не бажає опинитися серед аутсайдерів, державний апарат має докласти всіх можливих зусиль для інвестицій в людський капітал та його збереження в межах країни. Освіта виступає однією із складових такої інвестиції, адже саме завдяки їй формуються світогляд, орієнтири та здобуваються знання, що допомагають людству рухатися вперед.

<sup>1</sup> Глобальний інноваційний індекс 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4064&plang=RU>

<sup>2</sup> Methodology for the Development of National Intellectual Property Strategies. [Tool 2: Baseline Survey Questionnaire]. – Geneva : WIPO Publication No. 958.2E, 2016. – 35 p. – P. 7.

<sup>3</sup> Methodology for the Development of National Intellectual Property Strategies. [Tool 1: The Process]. – Geneva : WIPO Publication No. 958.1E, 2016. – 42 p. – P. 8–9.



Резюме

**Бошицький Ю. Л., Лузан А. В. Освіта в сфері інтелектуальної власності як складова інвестицій в людський капітал нації.**

У статті аналізуються обставини, що впливають на стан освіти в сфері інтелектуальної власності. При цьому даний освітній напрям ототожнюється з правовою освітою. А відтак, пропонуються конкретні дії з популяризації знань у сфері інтелектуальної власності, які мають підвищити обізнаність населення України в даній сфері.

**Ключові слова:** освіта, інтелектуальна власність, популяризація, діяльність, інтелектуальне виховання.

Резюме

**Bohitskiy Y., Luzan A. V. Образование в сфере интеллектуальной собственности как составляющая инвестиций в человеческий капитал нации.**

В статье анализируются обстоятельства, которые влияют на состояние образования в сфере интеллектуальной собственности. При этом данное образовательное направление сравнивается с правовым образованием. Исходя из этого, предлагаются конкретные действия, которые будут способствовать популяризации знаний в сфере интеллектуальной собственности. И это повысит уровень знаний населения Украины в данной сфере.

**Ключевые слова:** образование, интеллектуальная собственность, популяризация, деятельность, интеллектуальное воспитание.

Summary

**Boshitskiy Y., Luzan A. The education in the field of intellectual property as component of investment in human capital of the nation.**

The article analyzes the circumstances which influence the condition of education in the field of intellectual property. This educational direction is compared with the legal education. On this basis, proposes specific actions that will contribute to promote knowledge in the field of intellectual property. This it will increase the level of knowledge of the population of Ukraine in this industry.

**Key words:** education, intellectual property, popularization, activities, intellectual education.

УДК 347.77

**У. Б. АНДРУСІВ**

*Уляна Богданівна Андрусів, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського державного університету внутрішніх справ*

**ПРАВОВІ ЗАСАДИ ПЕРЕХОДУ УКРАЇНИ НА ЦИФРОВЕ МОВЛЕННЯ**

Відповідно до міжнародних зобов'язань в Україні триває процес переходу ефірного телевізійного мовлення від аналогового формату розповсюдження інформаційного контенту до цифрового.

На сьогодні поширення телерадіоканалів в загальноукраїнському масштабі суттєво обмежено спектральними можливостями аналогового мовлення, що спричинило модернізацію мереж мовлення шляхом переходу на цифрові стандарти. Сучасний стан телерадіоінформаційного простору характеризується необхідністю дотримання балансу форматів мовлення у кожному з територіальних сегментів. Іншими словами, ми знаходимося на рубежі глобального переходу від аналогового до цифрового стандарту телевізійних каналів.

Впровадження цифрового формату телебачення в Україні є важливою передумовою максимального задоволення інформаційних потреб громадян та інтеграції держави в європейський інформаційний простір. З огляду на це перед Україною постала нагальна потреба створити інфраструктуру цифрового телебачення.

Цей процес безпосередньо торкнеться кожного жителя нашої країни, навіть тих, хто і не планував переходити на «цифру». Це означає, що аналогове телебачення буде неодмінно вимкнено на заміну більш прогресивному цифровому стандарту, перевагами якого є висока якість телевізійного сигналу та більша кількість програм. Насамперед відчують різницю у перегляді телепрограм саме телеглядачі ефірного телебачення, які сьогодні приймають телепрограми, використовуючи кімнатну, зовнішню або колективну антену.

На жаль, доводиться констатувати, що законодавець не завжди і не скрізь встигає за стрімким розвитком новітніх технологій. На сьогодні в Україні існують значні труднощі щодо адекватного правового регулювання відносин, пов'язаних із впровадженням цифрового мовлення. Ця проблематика залишається нез'ясованою і серед науковців. Лише окремі аспекти регулювання новітнього формату мовлення досліджували у своїх працях такі цивілісти, як: Г. Красноступ, В. Дроб'язко, Ю. Костюк та фахівці у галузі медіа – І. Курус, В. Манжосов та ін.

Зазначені обставини зумовлюють необхідність проведення ґрунтовного юридичного дослідження. У цій роботі ми зосередимо увагу лише на концептуальних питаннях, пов'язаних із впровадженням цифрового мовлення, та спробуємо віднайти шляхи вирішення назрілих проблем.

Цифрове телебачення (англ. Digital Television) – це спосіб передачі і прийому цифрового відео- і аудіо-сигналу від транслятора до телевізора, що використовує цифрову модуляцію і стискування для передачі інформаційного контенту. Передача, обробка та зберігання такого сигналу здійснюються у цифровій формі.

Заслугує на увагу думка Г. М. Красноступ, що «цифрове телебачення – це не стільки технологічний процес підготовки і передачі цифрового сигналу, скільки суспільний інформаційний механізм реалізації свободи слова, прав громадян на отримання повної, достовірної та оперативної інформації»<sup>1</sup>.

Суть цифрового телебачення полягає в тому, що кожній одиниці зображення присвоюється свій код, відео-сигнал переводиться в одиниці комп'ютерної інформації, а потім назад у відеосигнал. При прийомі цифровий сигнал перетворюється на аналоговий, і зображення відтворюється на екрані в звичному для нас вигляді.

Цифрове мовлення має низку переваг порівняно з аналоговим. Зокрема, цифрова платформа спроможна забезпечити доступ до більшої кількості телепрограм (пропускна спроможність – 10 програм в одному телевізійному каналі, отже, відбувається колосальна економія частотного ресурсу) та можливість прийому контенту в будь-якому місці, а також значно покращити якість зображення і звукового супроводу. Розвиток цифрової наземної телевізійної мережі стимулюється широким спектром послуг, які охоплюватимуть: мобільне телебачення, інтерактивні послуги, відео за запитом. Важливим нововведенням також є телебачення високої чіткості (HDTV). Позначкою HDTV позначають приймачі, які можуть приймати зображення з 750 лініями і 1080 лініями та підтримкою MPEG-2 та MPEG-4 форматів. Ще одним позитивним чинником є спрощення доступу до телевізійного сигналу в Інтернеті. Окрім того, при переведенні діючих телеканалів на «цифру», витрати на електроенергію при розповсюдженні сигналу телеканалу, на думку фахівців, зменшаться в 8–9 разів<sup>2</sup>.

Перехід на цифрове телебачення – складний процес, який може складатись із окремих етапів розбудови передавальної мережі. Так, Планом розвитку національного телерадіоінформаційного простору регламентовано чотири етапи впровадження цифрового мовлення<sup>3</sup>.

Міжнародною угодою «Женева–2006» встановлено термін закінчення перехідного періоду на цифрове наземне ефірне мовлення – 17 червня 2015 р., а за певними винятками для деяких країн – 17 червня 2020 року. Після цієї дати аналогове телебачення на території України і всіх прилеглих держав буде вимкнено.

З огляду на це перед Україною постала нагальна необхідність створити інфраструктуру цифрового телебачення. Цей процес безпосередньо торкнеться кожного жителя нашої країни, навіть тих, хто й не планував переходити на «цифру».

При переході на цифровий формат мовлення виникає необхідність вибору найбільш гнучкої та оптимальної системи мовлення. В Україні запроваджено європейський стандарт DVB-T2 (Digital Video Broadcasting).

На даний час у рамках проекту дістали розвиток наступні стандарти каналів зв'язку: для наземного ефірного телебачення – DVB-T (Digital Video Broadcasting – Terrestrial), супутникового – DVB-S (Digital Video Broadcasting – Satellite), кабельного – DVB-C (Digital Video Broadcasting – Cable), для прийому на портативні пристрої – DVB-H (Digital Video Broadcast – Handheld), для наземного мультимедійного цифрового телебачення – T-DMB. Між ними зростає конкуренція, однак беззаперечно перевагу має цифрове наземне телебачення, оскільки воно наділене здатністю портативного прийому на невелику антену і є рентабельним при розповсюдженні відносно обмеженого пакета популярних телеканалів та досягненні майже 100 % покриття.

У 2011 р. побудовано загальнонаціональну багатоканальну цифрову мережу ефірного цифрового телемовлення в стандарті DVB-T2 (MPEG-4), MX-3, MX-5, що надає можливість забезпечити 95 % населення країни доступом до цифрового сигналу.

Ця мережа, що складається з чотирьох цифрових багатоканальних телемереж MX-1, MX-2, створена з метою розповсюдження 32 телепрограм для публічного приймання без абонентної плати. У результаті цифровими передавачами для безплатного перегляду поширюється 28 загальнонаціональних телеканалів та чотири регіональних телеканалів у кожній з областей України.

Особливим моментом при переході на «цифру» є перерозподіл радіочастотного ресурсу.

Частоти, які звільнилися після вимкнення аналогового телебачення, передусім використовуватимуться для послуг цифрового наземного телебачення, що раніше транслювались в аналоговому форматі. Решта спектру стає доступною для інших цифрових послуг як телерадіомовних – додаткових цифрових сервісів, послуг мобільного мультимедіа, так і не телевізійних – безпроводних широкосмугових послуг. Такий частотний ресурс іменується «цифровим дивідендом».

Термін «цифрові дивіденди» – це звільнений після вимкнення аналогового телебачення спектр частот, що є додатковим для впровадження існуючих послуг у цифровому форматі. На необхідності залучення цифрового дивіденду для розвитку цифрових технологій прямо наголошується у зверненні Європейської комісії COM (2010) 245 final<sup>4</sup>.

Питання переходу на цифрове мовлення є вкрай актуальним для України, оскільки лише в такий спосіб можна буде здійснювати перепланування частотного діапазону для вивільнення I і II цифрових дивідендів.

Цифрове телебачення може бути впроваджене лише за умови існування єдиного підходу на міжнародному рівні. Таким на сьогодні виступає Женевська угода від 2006 р., якою було затверджено План використання частот мовлення.

В Україні проблема впровадження цифрового способу розповсюдження теле- та радіопрограм обговорюється вже кілька років. За цей час державними органами було прийнято численні регуляторні акти, такі як Закон України «Про телебачення і радіомовлення» (нова редакція), Державна програма впровадження цифрового телерадіомовлення (на сьогодні втратила чинність), План використання радіочастотного ресурсу

України, План розвитку національного телерадіоінформаційного простору, План заходів щодо впровадження системи рухомого (мобільного) зв'язку четвертого покоління тощо.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2016 р. № 788 був затверджений План заходів щодо впровадження в Україні цифрового телерадіомовлення, який передбачає перепланування наявних і створення нових цифрових багатоканальних телемереж за принципом синхронних зон, розробку плану вимкнення аналогового мовлення, проведення інформаційної кампанії, забезпечення ринку перетворювачами цифрового сигналу, розробку стандартів цифрового мовлення, технічного регламенту, внесення змін до законодавства тощо.

На виконання зазначеного розпорядження нині Нацрада працює над розробленням плану поетапного вимкнення аналогового телерадіомовлення.

Варто зазначити, що на сьогодні координатором робіт із переходу на цифрове мовлення визначено Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України.

Статтею 22 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» регламентовано, що перехід від аналогового до цифрового мовлення здійснюється відповідно до Плану розвитку, а Нацрада сприяє запровадженню цифрового мовлення та відповідному технологічному переоснащенню діючих каналів та мереж мовлення<sup>5</sup>. Однак у Законі відсутня чітка вказівка на державну політику щодо переходу на цифрові стандарти. Законодавець намагався зафіксувати існуючий ринок за двома параметрами: за кількістю учасників ринку – шляхом визначення механізму переоформлення чинних ліцензій з аналогового на цифрове мовлення із збереженням за ліцензіатом нинішньої кількості радіочастотного ресурсу; за структурою взаємовідносин між учасниками, шляхом поєднання в одній особі функцій мовника та оператора телекомунікацій та надання цій особі функцій провайдера програмної послуги ефірної цифрової багатоканальної мережі.

З наведеного вбачається, що при розробці закону не враховані міжнародні домовленості щодо розподілу радіочастотного спектру. Регіональний план «Женева–2006» унеможливив використання частотного ресурсу за принципом: одна цифрова частота взамін на одну аналогову. Після впровадження цифрового телебачення 8–10 організацій мовлення використовуватимуть єдиний мультиплекс. У результаті цього реалізація більшості положень зазначеного нормативного акта стала неможливою.

Викликає занепокоєння та обстава, що Нацрада видає ліцензії провайдерам у цифрових ефірних наземних багатоканальних мережах, внаслідок чого створюються провайтери-монополісти, оскільки організації мовлення змушені будуть укладати правочини з тим провайдером, якого визначить Нацрада. При цьому останні *de facto* будуть наділені повноваженнями оператора телекомунікацій, що є недопустимим. Окрім того, організація мовлення позбавлена права на використання радіочастотного ресурсу, а користувачем відповідно визнається провайдер, що суперечить приписам ст. 31 Закону України «Про радіочастотний ресурс України».

З огляду на це, на наше переконання, необхідно на законодавчому рівні врегулювати порядок діяльності телевізійників, що мають ліцензії на мовлення на одній багатоканальній цифровій телемережі. Так, з метою побудови та експлуатації мультиплексу доцільно створити консорціум, до якого входитимуть телекомпанії, що здійснюватимуть мовлення на відповідному мультиплексі. Можна виокремити такі переваги цієї моделі: всі організації мовлення знаходяться у рівному (залежно від поділу частотного ресурсу мультиплексу) або практично рівному становищі; спільна мета діяльності усіх засновників; прозорі джерела фінансування діяльності; якість наданих оператором телекомунікацій послуг контролюватиметься консорціумом. При цьому такий оператор обиратиметься шляхом тендерного відбору. Провайдер у такій схемі буде зайвою ланкою.

Закон варто було б також доповнити положеннями, що більшою мірою торкаються цифрового телебачення (органів, відповідальних за його здійснення; відповідної схеми розподілу частот; статусу оператора багатоканальних телемереж; ймовірних заохочувальних заходів та ін.).

Попри значні переваги цифрового мовлення його впровадження супроводжується цілою низкою проблем, які слід вирішувати наступним чином:

- створення технічної інфраструктури та затвердження національних стандартів цифрового телебачення;
- звільнення від сплати ввізного мита та ПДВ на операції із придбання обладнання для цифрового мовлення;
- спрощення системи сертифікації обладнання для цифрового мовлення;
- передбачення заходів заохочення організацій мовлення до переходу на «цифру»;
- забезпечення прозорості процесу ліцензування, який має передбачати першочергову видачу ліцензій на мультиплекси, в яких включені програми телекомпаній загальнонаціонального (MX-2, MX-3), регіонального (MX-5).

Ліцензування цифрового ефірного мовлення з використанням радіочастотного ресурсу здійснюється як ліцензування багатоканального мовлення, тобто шляхом проведення конкурсів на отримання ліцензій на мовлення з використанням вільних каналів у багатоканальних мережах. Основною тенденцією 2016 р. було поєднання в одній ліцензії аналогової, цифрової та IPTV технологій.

Станом на 1 січня 2016 р. Нацрадою видано 15 ліцензій – з використанням цифрової технології, 177 ліцензій – з використанням аналогової та цифрової технології, дев'ять – з використанням аналогової та IPTV технологій, дві – з використанням цифрової та IPTV технологій. За 2015 р. надходження від сплати ліцензійного збору за видачу ліцензій на цифрове мовлення становило 1664,4 тис. грн.

Як свідчать статистичні дані, протягом 2015 р. загальнонаціональне цифрове телевізійне мовлення у стандарті DVB-T2 (мультиплекси MX-1, MX-2, MX-3) здійснювали 28 телерадіокомпаній, а регіональне цифрове мовлення у стандарті DVB-T2 (регіональний мультиплекс MX-5) – 64<sup>6</sup>.

Нагальним проблемним питанням залишається недостатня поінформованість населення. На жаль, доводиться констатувати, що до цього часу практично не велася інформаційна кампанія для інформування населення про перехід на цифрове мовлення (окрім «реклами з бабусею»), громадськість непоінформована про терміни, етапи і порядок переходу на цифрове телебачення у кожному регіоні.

У зв'язку з тим, що розпорядженням Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2016 р. № 788-р 30 червня 2017 р. визначено кінцевою датою припинення аналогового телерадіомовлення в Україні, а процес вимкнення аналогового сигналу і перехід на цифровий стандарт мовлення потребують широкого інформування населення про зазначений процес, необхідно проводити численні інформаційні заходи, а Нацраді доцільно розробити й закріпити у регуляторному акті рекомендації до змісту соціальної реклами про інформування населення про перехід на цифрове мовлення.

При цьому позитивним законодавчим нововведенням слід вважати доповнення в січні 2016 р. Плану розвитку національного телерадіоінформаційного простору пунктом 3.18, згідно з яким усі ліцензіати багатоканальних телемереж МХ-1, МХ-2, МХ-3 та МХ-5 зобов'язані брати участь в інформуванні населення про перехід країни на цифровий стандарт мовлення, зокрема щодня безплатно транслювати у своїх програмах інформацію, зміст якої відповідає вимогам соціальної реклами, щодо припинення аналогового мовлення та особливостей прийому цифрового сигналу загальним хронометражем п'ять хвилин на добу, з яких 30 % – у прайм-таймі.

Окрім того, слід врегулювати питання мовлення регіональних і локальних телерадіоорганізацій після вимкнення аналогового сигналу, можливої розбудови нових мультиплексів.

Одним із складних факторів переходу на новий формат мовлення є забезпечення населення цифровим приймальним обладнанням як для систем наземного, так і супутникового безпосереднього телевізійного мовлення. Вони можуть пропонуватися на ринку як окремим пристроєм – сет-топ-боксом (обладнання, що приєднується до телевізорів з метою декодування мультиплексного сигналу), так і у вигляді інтегрованого в телеприймач декодера. Обидва варіанти є прийнятними, однак несуть певні ризики: у першому випадку не досягається весь обсяг цифрових переваг, у другому є ризик залежності від технології.

Невирішеним залишається питання про забезпечення малозахисених верств населення перетворювачами цифрового сигналу. При цьому слід наголосити на проблемності механізму субсидій на придбання цифрового обладнання. В Європі існує практика надання в оренду таких приставок користувачам цифрових програм на умовах прокату, оренди, лізингу з подальшим викупом. Натомість в Україні кабельні провайдери намагаються модернізувати мережі коштом споживачів, надаючи пристрої у безстрокову оренду і не гарантуючи безплатне їх забезпечення соціально незахищеним верствам населення, що суперечить світовим тенденціям впровадження цифрового мовлення та, у свою чергу, позбавляє споживачів права вибору найбільш прийнятної для себе платформи мовлення. Виникає риторичне питання: що заважає абоненту спокійно дочекатися завершення перехідного періоду і перейти на соціальний пакет DVB-T2 (наземного цифрового мовлення), з гарантованим соціальним декодером і обов'язковим набором загальнонаціональних каналів?!

З огляду на це необхідно в Законі України «Про телебачення і радіомовлення» закріпити норму, якою зобов'язати організації мовлення та провайдерів програмної послуги здійснити перехід на цифровий формат мовлення з одночасним вирішенням питання безплатного забезпечення незахищених верств населення засобами прийому цифрового сигналу або взагалі забезпечити умови подальшого доступу населення до сигналу вітчизняних телеканалів з ефіру та можливість їхнього подальшого перегляду без отримання спеціального додаткового обладнання в пакетах телепрограм інших операторів телебачення.

Окрім того, варто чітко визначити категорії громадян, яким надаватиметься фінансова допомога (як за державні кошти, так і за кошти комерційних організацій) в отриманні перетворювачів цифрового сигналу.

Упущенням, на нашу думку, є й те, що розбудову «цифри» слід було починати з прикордонних областей, а не з центральних. Оскільки згідно із Женевською регіональною угодою, якщо аналогові сигнали українських мовників будуть створювати перешкоди для цифрових сигналів з Польщі, Словаччини, Румунії, то їх треба буде негайно вимкнути.

Держава повинна обрати чітку стратегію проведення переходу з аналогового на цифрове телебачення та докласти чимало зусиль і коштів для підтримки галузі. У цілому органам державної влади під час переходу на «цифру» належить бути арбітром, який, з одного боку, стимулює цифрове мовлення, а з іншого – має забезпечити права громадян на інформацію та послуги.

Окрім того, для успішного впровадження в Україні цифрового мовлення мають консолідуватись усі учасники медіаринку (телекомпанії, провайдери контенту, оператори телемереж і мультиплексів, виробники побутової техніки). Для прискорення процесу переходу на цифрове мовлення можливо було б розглянути питання видачі ліцензій операторів багатоканальної ефірної телемережі. Тобто, для створення мультиплексу безплатного мовлення можна обійтись без провайдера. Адже провайдер лише формує пакети телерадіопрограм.

Результати проведеного автором дослідження дають всі підстави зробити висновок, що впровадження цифрового телебачення в Україні є необхідною передумовою максимального задоволення інформаційних потреб громадян України та інтеграції держави у європейський інформаційний простір.

Очевидним є те, що без вирішення окреслених питань неможлива реалізація переходу до цифрового телебачення. Одним із першочергових завдань, яке постало перед законодавцем щодо впровадження «цифри», є внесення коректив до Закону України «Про телебачення і радіомовлення» з метою приведення його приписів у відповідність з міжнародними угодами.

<sup>1</sup> *Красноступ Г. М.* Основні напрями правового забезпечення державної інформаційної політики / Г. М. Красноступ // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2010. – № 10. – С. 79–85. – С. 83.

<sup>2</sup> *Курус І.* Цифрове телебачення – необхідність, продиктована часом / Ігор Курус : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.nrada.gov.ua/ua/publikacii/vzmi/cifrove\\_telebachennja\\_neobxidnist\\_produktovana\\_chasom.html](http://www.nrada.gov.ua/ua/publikacii/vzmi/cifrove_telebachennja_neobxidnist_produktovana_chasom.html)

<sup>3</sup> План розвитку національного телерадіоінформаційного простору: затверджено Рішенням Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення 1 грудня 2010 р. № 1684 (у редакції від 18 лютого 2015 р. № 212) // Офіційний вісник України. – 2015. – № 35. – Ст. 1042.

<sup>4</sup> A Digital Agenda for Europe : [Electronic resource]. – Brussels, 26.8.2010 COM(2010) 245 final/2. – Access mode: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:EN:PDF>

<sup>5</sup> Про телебачення і радіомовлення : Закон України від 21 грудня 1993 р. № 3759-ХІІ (у ред. від 12 січня 2006 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 18. – Ст. 155.

<sup>6</sup> Звіт Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення за 2015 рік : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nrada.gov.ua/userfiles/file/2016/Zvitna%20informacia.pdf>

#### Резюме

##### **Андрусів У. Б. Правові засади переходу України на цифрове мовлення.**

У статті аналізуються правові проблеми, пов'язані з переходом телебачення на цифровий формат мовлення. Особлива увага приділяється питанням, що виникли в ході реалізації програми впровадження в Україні цифрового телерадіомовлення. На підставі проведеного дослідження зроблено висновки, які сприятимуть заповненню існуючих прогалів та подоланню неточностей.

**Ключові слова:** новітні технології, цифрове телебачення, цифрове телерадіомовлення, аналогове мовлення, наземне цифрове ефірне телебачення, правова охорона.

#### Резюме

##### **Андрусів У. Б. Правовые основы перехода Украины на цифровое вещание.**

В статье анализируются правовые проблемы, связанные с переходом телевидения на цифровой формат вещания. Особое внимание уделяется вопросам, возникшим в ходе реализации программы введения в Украине цифрового телерадиовещания. На основании проведенного исследования сделаны выводы, которые будут способствовать заполнению существующих пробелов и преодолению неточностей.

**Ключевые слова:** новые технологии, цифровое телевидение, цифровое телерадиовещание, аналоговое вещание, наземное цифровое эфирное телевидение, правовая охрана.

#### Summary

##### **Andrusiv U. Legal basics to passing of Ukraine to the digital broadcasting.**

Legal problems, rise in the article analysed, to passing of television to the digital format of broadcasting. The special attention is spared questions, to arising up during realization of the program of introduction in Ukraine of digital TV-radio broadcast. According to the results of the analysis it is concluded that will assist filling up of existent lacunas in law and overcoming of inaccuracies.

**Key words:** newest technologies, Digital Television, digital TV-radio broadcast, analog broadcasting, Digital Video Broadcasting-Terrestrial, legal protection.

УДК 351.746:007

### **В. Д. ГАВЛОВСЬКИЙ**

*Владислав Данилович Гавловський, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник*

## **ДО ПИТАННЯ ЗАХИСТУ КІБЕРПРОСТОРУ УКРАЇНИ**

Величезні можливості сучасних інформаційних технологій усе більше використовуються з протиправною, зокрема злочинною метою. Вочевидь, що нині, через відсутність державних кордонів, анонімність у мережі та інші фактори кіберпростір перетворився на майже ідеальне місце вчинення злочинів.

Аналіз даних офіційної статистичної звітності за останні 14 років свідчить про тенденцію стабільного та стрімкого зростання кількості кіберзлочинів. Характерними ознаками показників кіберзлочинності є стабільне зростання частки тяжких злочинів, груповий характер їх вчинення, залежність географії поширення від фактору урбанізації.

Відповідно до єдиного звіту про кримінальні правопорушення за 11 місяців 2016 р. обліковано 815 злочинів у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку, з них 479 тяжких і 48 вчинені групою осіб. Порівняно з минулим роком (520 злочинів) маємо зростання на 56,7 %, а тяжких (244 злочинів) – майже вдвічі.

Значна частина кіберзлочинів вчиняється за допомогою шкідливого програмного забезпечення, поширення якого набуває все більш значущих і загрозливих масштабів.

© В. Д. Гавловський, 2016

Показовим є звіт компанії Panda Security за перший квартал 2016 р., в якому зазначається, що за три перших місяці поточного року рівень створення шкідливих програм продовжує бити всі рекорди, досягнувши позначки в 20 млн нових шкідливих програм, тобто в середньому – 227 тис. зразків щодня. Це більше, ніж було виявлено в першому кварталі 2015 р., коли щодня виявлялося приблизно 225 тис. зразків. Для порівняння з аналогічним періодом 2014 р. – 15 млн нових шкідливих програм і щоденна їх кількість 160 тисяч<sup>1</sup>.

Незважаючи на величезні зусилля конкуруючих між собою фірм-виробників антивірусних засобів збитки, завдані комп'ютерними вірусами, зростають.

Одним із нових напрямів використання шкідливого програмного забезпечення з протиправною метою є програмні закладки на серверах онлайн-магазинів. Така програмна закладка перехоплює дані платіжних карток у момент їх уведення користувачем у текстове поле в браузері. У цьому випадку покупців не захищає шифрування за протоколом HTTPS, оскільки дані перехоплюються ще до шифрування.

Перші скомпрометовані сайти були виявлені в кінці 2015 року. З того часу їх кількість зростає, як мінімум, удвічі. Крім того, хакери стали використовувати все більш складні схеми для маскування. Всього в світі було виявлено 5925 онлайн-магазинів, заражених небезпечним вірусом, з яких 67 – в зоні .UA<sup>2</sup>.

Згідно з даними компанії з комп'ютерної безпеки Endgame у 2016 р. однією з серйозних загроз для користувачів, особливо корпоративних, стало різке зростання різних видів хакерських атак з метою вимагання. Якщо за весь 2015 р. було створено близько 10 принципово нових способів, то за перший квартал 2016 р. їхня кількість вже перевищила 12.

Серед шкідливих програм, за допомогою яких проводиться вимагання, найпоширенішими є програми-шифрувальники, які блокують доступ до файлів, що зберігаються на пристроях, з подальшою вимогою викупу. Зловмисники відшукують все нові й нові вразливі місця, що дали б їм змогу проникнути на пристрій користувача.

Експерти зафіксували зростання активності кіберкампаній з використанням шкідливих WSF-файлів, вкладених в електронні листи. У червні поточного року було виявлено 22 000 подібних листів, у липні – 2 000 000, а у вересні – 2 200 000<sup>3</sup>.

Водночас варто враховувати, що таке шкідливе програмне забезпечення було і залишається однією з найбільш поширених причин витоку та незворотної втрати важливої для фінансової, економічної, наукової та військової сфер держави інформації. Особливо небезпечними є програми-шпигуни. До того ж такі шкідливі програми постійно вдосконалюються фахівцями, які знаходять усе нові, більш витончені способи несанкціонованого проникнення до комп'ютерів користувачів та інформаційних систем.

Слід звернути увагу на те, що у нашій державі відсутній належний рівень національного антивірусного програмного забезпечення. Вочевидь, що антивірусні програмні продукти, розроблені іноземними компаніями, не можуть, з одного боку, врахувати на достатньому рівні конкретні потреби захисту національної складової інформаційного простору, що включає і закриті, таку, що належить виключно державі або охороняється нею, конфіденційну інформацію, потрапляння якої до іноземних розробників антивірусних програм є неприпустимим через фактичну шкоду навіть від цього національної безпеці України, а, з іншого, через неможливість гарантування того, що представники іноземних спецслужб не використовують антивірусні програми національних розробників для того, щоб блокувати виявлення власних програм-шпигунів. Як вбачається, і в останньому випадку використання іноземного антивірусного програмного забезпечення також є небажаним з точки зору забезпечення національної безпеки України.

Отже, єдиним прийнятним виходом у ситуації, що склалася, є розробка національного антивірусного програмного забезпечення. Так, в Указі Президента України від 1 травня 2014 р. № 449/2014 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 28 квітня 2014 року «Про заходи щодо вдосконалення формування та реалізації державної політики у сфері інформаційної безпеки України» прямо передбачено опрацювання питань створення національного антивірусного програмного забезпечення<sup>4</sup>.

Але, на жаль, лише через два роки у Плані заходів на 2016 рік з реалізації Стратегії кібербезпеки України, затвердженому розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 червня 2016 р. № 440-р, з'явився п. 18 «Організація та сприяння проведенню державної експертизи вітчизняного антивірусного програмного забезпечення», виконання якого покладено на Адміністрацію Держспецзв'язку.

Тому тематика, обрана для представленого дослідження щодо прискорення розробки національного антивірусного забезпечення, є важливою та відповідає **критерію актуальності**.

**Метою даної статті** є аналіз, у контексті національної безпеки України в інформаційній сфері, використання іноземних антивірусів та розробка й реалізація комплексу організаційно-практичних заходів в нашій країні щодо прискорення створення національного антивірусного програмного забезпечення, а також необхідність збереження потенціалу IT-фахівців.

Дослідженням проблемних питань, пов'язаних зі здійсненням організаційно-правових та організаційно-практичних заходів протидії злочинній діяльності у кіберпросторі, в контексті забезпечення національної безпеки України, займалися такі провідні вітчизняні вчені, як В. М. Бутузів, К. І. Беляков, М. В. Гуцалюк, А. І. Марущак, В. Г. Пилипчук, В. П. Шеломенцев, О. М. Юрченко, М. Я. Швець та інші. Разом із тим дослідження конкретних проблемних організаційно-практичних питань щодо протидії використанню у контексті інформаційних ресурсів нашої держави програм-шпигунів і прискорення створення національного антивірусного забезпечення досі недостатньо досліджені.

Програми-шпигуни найчастіше використовуються з метою незаконного збору розвідувальних даних спецслужбами різних держав. Останнім часом виявляються програми, які протягом кількох років незаконно

збирали різну інформацію з комп'ютерів урядових, дипломатичних, військових та наукових установ і організацій, а також окремих об'єктів критичної інфраструктури на території різних країн світу. Так, влітку 2016 р. антивірусні компанії Symantec і «Лабораторія Касперського» незалежно одна від одної виявили шкідливе програмне забезпечення Remsec, яке не могли знайти протягом п'яти років фахівці з усього світу через складність внутрішньої структури – при його розробці враховувалися всі шаблони і правила, які антивіруси використовують при пошуку шкідливого програмного забезпечення.

На початку грудня поточного року хакери зламали сайт Державної казначейської служби України й Міністерства фінансів України, а в середині місяця атакували сайт Міністерства оборони України. Фахівці стверджують, що для атаки був використаний аналог вірусу BlacEnergy, за допомогою якого рік тому було зламано системи ПАТ «Прикарпаттяобленерго». Тобто, чиновниками нічого не було зроблено, щоб запобігти новим аналогічним кібератакам, які були заздалегідь сплановані і скоординовані з єдиного центру, розміщеного у РФ.

Найбільшою у світі міжнародною приватною компанією, що працює в сфері інформаційної безпеки, є «Лабораторія Касперського». Вона веде свою діяльність в 200 країнах, 37 офісів відкрито в 32 країнах. У «Лабораторії Касперського» працює майже 3500 висококваліфікованих фахівців. Тут офіційно запевняють, що в антивірусі немає «недекларованих можливостей і «закладок», але визнали співпрацю зі спецслужбами Росії та інших держав і міжнародних організацій «у боротьбі з кіберзлочинністю», зазначаючи, що ФСБ – лише одна з таких організацій<sup>5</sup>.

На сьогодні відповідно до Указу Президента України від 17 жовтня 2016 р. № 467/2016 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 16 вересня 2016 р. «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)» продовжено дію персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій) щодо ЗАТ «Лабораторія Касперського» та ТОВ «Доктор Веб». Тобто, здійснювати державні закупівлі і застосовувати вищезгадане антивірусне програмне забезпечення органам влади України заборонено.

При цьому дозволяється вільно розповсюджувати це антивірусне програмне забезпечення на території України приватному бізнесу та громадянам – купувати, встановлювати й використовувати таке антивірусне програмне забезпечення. Тобто, жодних заборон або превентивних заходів на законодавчому рівні не встановлено. Також слід нагадати, що напередодні виборів в Україні зловмисниками було зламано виборчу систему ЦВК і тимчасово виведено з ладу ІТ-інфраструктуру Центровиборчкому. При цьому встановлений на комп'ютері адміністратора ЦВК антивірус «Касперського» «чомусь» не спрацював.

Майже на 70 % комп'ютерів державних структур України встановлений антивірус NOD32, що його випускає Словачка антивірусна компанія ESET, яка допомогла терористам Донбасу, провівши аудит і опублікувавши звіт про кібершпигунство з боку українських спецслужб за владою так званих «Донецької і Луганської Народних Республік». Зазначимо, що це була ініціатива не російського дистриб'ютора, а центрального офісу антивірусної компанії в Братиславі. Російський фахівець Антон Черепанов, який давно працює в штаб-квартирі ESET, не просто провів і описав дослідження, а й виступив із доповіддю на цю тему на форумі Positive Hack Days, який проходив 17–18 травня в Москві.

При цьому представники антивірусної компанії ESET підтримують стосунки з представниками терористів т.зв. «ДНР» та «ЛНР», які надали конкретні теми листів і документи, на основі яких було проведено зазначене дослідження. Антивірусна компанія ESET, розкривши роботу українських хакерів, допомогла терористам, стала на бік терористів у рамках гібридної війни РФ проти України. У цьому випадку компанія перешкождала інтересам України, що є реальною загрозою національній безпеці. Також компанія становить потенційну загрозу національній безпеці України, оскільки має доступ до комп'ютерів державних органів – антивірус NOD32 встановлено в понад 70 % державних установ, у тому числі міністерствах, які нещодавно були атаковані.

Тому, на думку фахівців, є підстави включити антивірусну компанію ESET до санкційного списку<sup>6</sup>.

Отже, виходячи із викладеного, Україні конче необхідно мати своє потужне національне антивірусне програмне забезпечення. Тим більше, що існує певний досвід розробки таких програм. Першу вітчизняну антивірусну комп'ютерну програму (УНА/UNA) було створено на початку століття. У 2005 р. фахівці зазначили, що її український варіант за своїми технічними можливостями перевершував відомі закордонні аналоги. Проте у квітні 2007 р. підтримку і фінансування цього продукту було призупинено.

Наступною спробою забезпечити державу власним програмним антивірусним захистом було створення в 2009 р. фахівцями з ІТ-безпеки антивірусу Zillya. На сьогодні ця розробка здатна забезпечити певний рівень захисту ПК від уже відомих загроз. Для створення більш потужного антивірусного програмного забезпечення потрібна державна підтримка.

Разом із тим фахівцями у галузі ІТ-безпеки пропонуються також інші напрями створення антивірусного продукту. Серед інших – звернутися за допомогою до зарубіжних країн, які мають потужне антивірусне програмне забезпечення, наприклад, до Уряду Федеративної Республіки Німеччини, де функціонує антивірусна компанія Avira з 30-річним досвідом роботи у сфері забезпечення інформаційної безпеки, боротьби з комп'ютерними вірусами. В її програмному забезпеченні використано один із кращих алгоритмів для виявлення зараження вірусами.

За таких умов необхідно заручитися підтримкою німецького уряду для створення, як варіант, спільної компанії з розробки системи захисту і звичайно комплексу антивірусів на основі ядра AVIRA, використовуючи вміння і можливості наших науковців і програмістів та водночас – досвід і реалізовані алгоритми німецьких фахівців.

Варто зазначити, що антивірусне програмне забезпечення є дієвим засобом захисту комп'ютерів від вірусів. Хоча близько 15 % вірусів проникають у комп'ютери, незважаючи на встановлений антивірусний захист. Проте лише одних антивірусних програм для забезпечення всебічного захисту інфраструктури України недостатньо. Серед інших факторів, які впливають на забезпечення інформаційної безпеки держави, є формування достатнього потенціалу фахівців у цій сфері. До речі, жоден навчальний заклад не випускає готових вірусних аналітиків.

У листопаді 2016 р. портал DOU оприлюднив дослідження кадрового ринку ІТ-галузі в Україні. У поточному році в галузі працює 99,94 тис. фахівців: розробників, тестувальників, продакт-менеджерів та інших.

17,6 % опитаних працюють у компаніях «від 1 тис. співробітників». За даними рейтингу найбільших ІТ-компаній України, до категорії «від 1 тис. співробітників» потрапили одразу сім компаній (EPAM, SoftServe, Luxoft, GlobalLogic, Ciklum, NIX Solutions Ltd. та Infopulse), в яких загалом працюють 17,59 тис. фахівців.

Майже половина всіх зайнятих у ІТ-галузі живуть і працюють у Києві. Далі в рейтингу міст йдуть Харків, Львів, Дніпро, Одеса.

Крім цього, вищими навчальними закладами України щорічно готується близько 15 тис. фахівців цього профілю. У той же час економічна криза, турбулентна ситуація на сході України, нестабільність законодавчого поля, тиск силових структур на галузь, мляве впровадження обіцяних реформ, корупція, а також відсутність державного замовлення на таку кількість спеціалістів та їх низька заробітна платня в державному секторі призвели до загострення проблеми відтоку висококваліфікованих фахівців у сфері інформаційних технологій як за кордон, так і в «тіньовий» сектор національної економіки чи аутсорсингові компанії.

Упродовж останніх двох років Україну залишили майже 9 тис. ІТ-професіоналів. На тлі загального числа зайнятих ця цифра може здаватися незначною. Однак варто врахувати, що йдеться про фахівців з великим досвідом роботи чи талановитою молоді, тому відтік такої кількості професіоналів є фактором, що стримує зростання індустрії<sup>8</sup>.

Зниження офіційного попиту на дипломованих ІТ-фахівців в Україні призвело до збільшення їх кількості на обліку в центрах зайнятості, через які працевлаштовується, як правило, лише кожний третій. Водночас попит на таких фахівців у світі зростає. Це викликало збільшення випадків їх працевлаштування в іноземних компаніях, де наші фахівці вважаються достатньо кваліфікованою і відносно дешевою робочою силою. Так, лише з числа випускників факультету комп'ютерних наук та кібернетики Київського національного університету імені Тараса Шевченка щороку виїжджає за кордон на роботу за спеціальністю близько 20 % найбільш підготовлених і обдарованих молодих фахівців.

Слід також мати на увазі, що великі транснаціональні компанії, такі як Microsoft, Google, Facebook, також «полюють» на українських комп'ютерних геніїв. Для цього ними організуються різні чемпіонати світу з програмування, після яких пропонується працевлаштування. Як приклад, у минулому році 15 студентів факультету кібернетики, пройшовши конкурсний відбір, в якому брали участь студенти з усього світу, отримали можливість пройти стажування в компанії Facebook. Зазначимо, що конкурс становив 150 кандидатів на одне місце.

Випускники, які здобули кваліфікацію програміста, успішно працюють у провідних ІТ-компаніях, таких як: Google, Microsoft, Samsung Electronics, Luxoft, EPAM Systems, Ciklum, Globallogic, Materialise, Cargowise, Grammarly, 1С Україна, ABBYY, Railsware, d-Studio, SMK та багатьох інших.

Серед шляхів вирішення зазначених проблем є посилення державної підтримки розвитку індустрії програмної продукції, зокрема, через створення технополісів, як одного з елементів інноваційної інфраструктури. Їх розвиток у всьому світі свідчить про ефективність втіленого у них підходу до забезпечення перетворення нових ідей на унікальну науково-технічну продукцію завдяки поєднанню на певній території всіх елементів національної інноваційної системи. Технопарки сприяють навчальним і науковим організаціям у впровадженні новітніх технологій в економіку, створенні нових видів виробництва і нових робочих місць. Сьогодні програми будівництва технополісів реалізуються в Китаї, Таїланді, Індонезії, Філіппінах, Малайзії. На технічні мегаполіси перетворюються Японія та Австралія. До останнього часу така робота в Україні майже не проводиться.

У липні 2016 р. Президент України Петро Порошенко зустрівся з лідерами успішних українських стартапів з метою обговорення перспектив розвитку ринку інформаційних технологій та інновацій, взаємодії ІТ-сектору та держави. Глава держави позитивно відзначив розвиток стартапів в Україні, додавши, що нині 3 % українського ВВП створює саме ІТ-галузь. У свою чергу, представники українських стартапів звернулися до Президента України з ініціативою створення спеціального державного інституту, який буде опікуватися питаннями інновацій у ІТ-індустрію.

З вищевикладеного можна зробити наступні висновки та пропозиції:

1. Проблема протидії розповсюдженню та використанню інформаційних ресурсів нашої держави шкідливого програмного забезпечення є на сьогодні надзвичайно важливою для забезпечення інформаційної безпеки України та потребує підвищеної уваги з боку державних органів, що діють у цій сфері.

2. Доцільним є запровадження ініціатив держави щодо прискорення розробки національного антивірусного програмного забезпечення, особливо в умовах агресивної зовнішньої політики РФ, у тому числі й у кіберпросторі.

3. На законодавчому рівні заборонити розповсюдження в Україні антивірусного програмного забезпечення, виробником якого є компанія країни-агресора РФ – «Лабораторія Касперського».

4. Кабінету Міністрів України вивчити питання щодо створення спільної ІТ-компанії з розробки системи захисту і, зокрема, антивірусів на основі ядра німецької антивірусної компанії AVIRA.



5. Терміново на державному рівні потрібно вжити заходів щодо зменшення відтоку висококваліфікованих і молодих обдарованих ІТ-фахівців за кордон.

<sup>1</sup> В I кварталі 2016 года ежедневно идентифицировались 227 000 образцов вредоносных программ : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <https://habrahabr.ru/company/panda/blog/283000/>

<sup>2</sup> Около 70 украинских онлайн-магазинов передавали данные платежных карт мошенникам : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://biz.nv.ua/economics/okolo-70-ukrainskih-onlajn-magazinov-peredavali-dannye-platezhnyh-kart-moshennikam-246466.html>

<sup>3</sup> Киберпреступники разработали новую технику распространения вредоносных программ : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <https://securenews.ru/wsf-files/>

<sup>4</sup> Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 28 квітня 2014 року «Про заходи щодо вдосконалення формування та реалізації державної політики у сфері інформаційної безпеки України» : Указ Президента України від 1 травня 2014 р. № 449/2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/449/2014>

<sup>5</sup> Антивірус Касперського: «ворог» вже всередині : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://tsn.ua/blogi/themes/o\\_voine/antivirus-kasperskogo-vorog-vzhe-vseredini-351830.html](http://tsn.ua/blogi/themes/o_voine/antivirus-kasperskogo-vorog-vzhe-vseredini-351830.html); Уряд заборонив користуватися програмами «Лабораторії Касперського!» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://narodna.prawda.com.ua/discussions/56056fa4aca02/>

<sup>6</sup> Як словацька антивірусна компанія ESET працює на терористів Донбасу : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://texty.org.ua/pg/news/textynewseditor/read/68029/Jak\\_slovacka\\_antivirusna\\_kompanija\\_eset\\_pracuje\\_na](http://texty.org.ua/pg/news/textynewseditor/read/68029/Jak_slovacka_antivirusna_kompanija_eset_pracuje_na)

<sup>7</sup> В Україні порахували ІТ-фахівців : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://studway.com.ua/porakhuvali-it-fakhivciv/>

<sup>8</sup> Около 9 тысяч IT-специалистов покинули Украину : [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://hubs.ua/news/okolo-9-ty-syach-it-spezialistov-pokinulo-ukrainu-80597.html>

#### Резюме

**Гавловський В. Д.** До питання захисту кіберпростору України.

У статті, на підставі проведеного аналізу, наводиться аргументація щодо необхідності прискорення розробки національного антивірусного програмного забезпечення, розкриваються проблемні питання стосовно ІТ-фахівців.

**Ключові слова:** шкідливе програмне забезпечення, антивірус, ІТ-фахівці.

#### Резюме

**Гавловский В. Д.** К вопросу защиты киберпространства Украины.

В статье, на основе проведенного анализа, приводится аргументация необходимости ускорения разработки национального антивірусного программного обеспечения, раскрываются проблемные вопросы ІТ-специалистов.

**Ключевые слова:** вредное программное обеспечение, антивірус, ІТ-специалисты.

#### Summary

**Havlovskyy V.** On the issue of protection of cyberspace Ukraine.

The article, based on our analysis, the argument invoked the need to accelerate the development of domestic anti-virus software, reveals the problematic issues of ІТ specialists.

**Key words:** harmful software, antivirus software, ІТ-specialists.

УДК 347.772

**О. А. РАССОМАХІНА**

*Ольга Андріївна Рассомахіна, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

## АБСОЛЮТНА ПІДСТАВА ДЛЯ ВІДМОВИ В НАДАННІ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ТОРГОВЕЛЬНИМ МАРКАМ – ЇХ ОПИСОВИЙ ХАРАКТЕР

Питання про те, чи має позначення, яке заявлено на реєстрацію в якості торговельної марки, розрізняльну здатність, є складним. Для його вирішення необхідно мати спеціальні знання про саму розрізняльну здатність і про факти, які впливають на її набуття внаслідок використання або ослаблення (розмивання знака). За загальними правилами про розрізняльну здатність товарний знак не повинен складатися виключно із звичайного слова (слово не повинно бути звичайним саме стосовно об'єкта, що ним маркується), бути видовим, описовим чи необхідним позначенням. Вимога про те, що знак не повинен бути описовим позначенням, як бачимо, входить до вимог про розрізняльну здатність.

Проте, закріплення дефініції даного критерію охороноздатності українське законодавство досі оминає, а лише визначає його змістове наповнення. Пропонуємо дослідити генезис нормативного закріплення даного

критерію охороноздатності в законодавстві України, його змістове наповнення та стан законодавчого регулювання із даного питання на сьогодні в цілому. Адже в умовах розвитку ринкових відносин та глобалізації міжнародного торговельного простору різко зростає конкуренція між суб'єктами господарювання за збут своїх товарів та послуг, а ефективне залучення майнових прав інтелектуальної власності на торговельні марки до господарського та цивільного обороту дає змогу суб'єкту господарювання збільшити вартість своїх активів та їх інвестиційну привабливість на ринку. Саме тому належна реалізація прав інтелектуальної власності на торговельні марки та її належне законодавче забезпечення розглядається сьогодні і світовою спільнотою, й українським суспільством як важливий фактор підвищення конкурентоспроможності продукції, захисту від недобросовісної конкуренції та створює можливості для отримання додаткових прибутків.

Нині в спеціальному законодавстві часто можна побачити неточності в нормативному визначенні змісту даного критерію охороноздатності в різних нормативно-правових актах, а у практиці і навіть науковій доктрині недостатнє розуміння його змісту та порядку застосування, тому досить часто висуваються пропозиції про деталізацію змісту, або систематизацію та деталізацію змісту відповідних правових норм, у яких закріплено дану підставу для відмови у правовій охороні позначенням, таким чином, щоб була зрозумілою дефініція, змістовий обсяг та порядок застосування даного критерію охороноздатності торговельної марки та такої абсолютної підстави для відмови в її охороні як описовість позначення під час набуття прав на торговельні марки в цілому. Одним із завдань законопроектної роботи у сфері правової охорони торговельних марок є усунення недоліків у правовому визначенні й закріпленні норм, що визначають умови надання правової охорони позначенням у процедурі набуття прав на торговельні марки в Україні для підвищення ефективності правозастосовної практики у даній сфері.

Дослідженню даного критерію охороноздатності торговельної марки присвячено чимало наукових праць, зокрема, Є. А. Арієвича<sup>1</sup>, В. І. Березанської<sup>2</sup>, Г. Боденхаузена<sup>3</sup>, Т. С. Демченко<sup>4</sup>, О. Ю. Кашинцевої<sup>5</sup>, І. Ю. Кожарської<sup>6</sup>, О. Д. Левічевої<sup>7</sup>, Т. С. Макаришевої<sup>8</sup>, О. М. Мельник<sup>9</sup>, Г. П. Рабець<sup>10</sup>, Ю. І. Свядосца<sup>11</sup>, О. А. Шестимірова<sup>12</sup> тощо. Разом із тим, недослідженими залишаються питання законодавчого регулювання відносин, пов'язаних із застосуванням даної підстави для відмови у наданні правової охорони знаку, зокрема, на етапі набуття прав на даний об'єкт, а також не до кінця дослідженими залишаються питання тлумачення змісту відповідних законодавчих норм, які визначають обсяг, умови і порядок застосування даного критерію правової охорони торговельних марок під час процедури набуття прав на позначення в Україні.

У законодавстві більшості країн світу згідно загальноприйнятого техніко-юридичного засобу вимоги про охороноздатність торговельних марок фіксуються у негативній формі, тобто перераховуються властивості, які не можуть бути притаманні знаку, що користується правовою охороною. У науково-практичній літературі такі вимоги класифікують по-різному.

У деяких країнах законодавство про охорону торговельних марок побудовано таким чином, що після вимог про відповідність позначення вимогам публічного порядку та моралі, слідує вимога про те, що позначення не повинно бути оманливим, а вже потім наводить вимога про розрізняльну здатність, серед змісту якої така підстава відмови у правовій охороні позначенню як її описовий характер.

Згідно з абзацем 4 п. 2 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» не можуть одержати правову охорону позначення, які: складаються лише з *позначень* чи даних, *що є описовими* при використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг або у зв'язку з ними, зокрема вказують на вид, якість, склад, кількість, властивості, призначення, цінність товарів і послуг, місце і час виготовлення чи збуту товарів або надання послуг. Відповідно до Правил складання і подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг позначення вважається описовим при використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг або у зв'язку з ними, якщо воно містить ту чи іншу їх характеристику, зокрема безпосередньо вказує на вид, якість, склад, кількість, властивості, призначення, цінність товарів і послуг, місце і час виготовлення чи збуту товарів або надання послуг тощо (п. 4.3.1.7 Правил). Описовими вважаються позначення, які прямо вказують (описують) на товар чи послугу, тобто є назвами товарів або послуг, або описують його складові чи інші характеристики, властивості тощо; можливий результат або ціль використання цього товару чи послуги тощо. До таких позначень належать, зокрема прості назви товарів; прями зазначення або такі, що описують категорії якості товарів, властивості товарів, у тому числі такі, що мають хвалебний характер, матеріал або склад сировини, вагу, об'єм, ціну товарів, дату виробництва товарів; історичні дані щодо заснування виробництва, зображення нагород, що присуджені товарам; найменування підприємств, адреси виробників товарів або посередників, цілі або результат використання певних товарів і послуг (п. 4.3.1.7 Правил).

Проте такі позначення можуть бути внесені до знака як елементи, що не охороняються, якщо вони не займають домінуючого положення в зображенні знака (ст. 6, п. 2, абзац 8 Закону; п. 4.3.1.8 Правил). При прийнятті рішення про можливість реєстрації знака, який містить такі позначення враховуються всі відомості, що свідчать на користь реєстрації знака, зокрема, вимога заявника про застосування статті 6 *quinquies* Паризької конвенції (п. 4.3.1.8, абзац 2 Правил).

Описові позначення посідають основне місце серед позначень, безпосередньо пов'язаних із характеристикою товару. Питання про описовий характер торговельної марки є одним із найскладніших. Так, в Україні надано правову охорону позначенню для горілки – «Гаврійська», проте спочатку було надано відмову в реєстрації позначень «Яготинське», «Яготинський», «Яготинська» відповідно для молока, сиру та сметани. Нині наведені вище позначення вже отримали правову охорону на підставі набутої у процесі використання розрізняльної здатності.

Відповідно до пункту 9.48 Рекомендацій ВОІВ *описовими позначеннями* є такі позначення, які служать у торгівлі для зазначення виду, якості, передбачуваного призначення, вартості, місця походження, часу виготовлення або будь-якої іншої властивості товарів, на яких товарний знак призначений використовуватися або використовується<sup>13</sup>. *Позначення, що вказують на вид (рід), до якого належить товар, або використовуються для зазначення передбачуваного призначення товару або його характеристик, властивостей, можна вважати описовими.* На думку В. І. Березанської, є підстави розрізняти позначення, що є загальноживаними як позначення товарів і послуг певного виду (загальноживані позначення) та позначення, які складаються лише з позначень чи даних, що є описовими при використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг або у зв'язку з ними, зокрема, вказують на вид, якість, склад, кількість, властивості, призначення товару або виробу (описові позначення). Хоча в обох випадках такі позначення не мають розрізняльної здатності щодо товарів (послуг), для яких їх використовують, і не можуть бути зареєстровані як торговельні марки<sup>14</sup>.

Якість відповідних асоціацій, які викликає у споживача торговельна марка, завжди залежать від такої ознаки торговельної марки як її розрізняльна здатність. Відповідно вимога розрізняльної здатності передбачає, що знак сам по собі має бути оригінальним, тобто містити в собі своєрідні відмітні ознаки, які дозволять йому достатньою мірою індивідуалізувати товар, ця вимога стосується як його форми (видів товарних знаків), так і змісту. У зв'язку з великою кількістю відмов у реєстрації описових позначень виникає необхідність виявлення критеріїв допустимості використання описових елементів під час розробки торговельних марок: тут точки зору маркетологів та юристів розходяться. Це пов'язано з тим, що торговельна марка, окрім розрізняльної, виконує ще й рекламну функцію, тому маркетологи намагаються вкласти в зміст торговельної марки відомості про певні позитивні якості товару. З правової точки зору торговельна марка може повідомляти про певні переваги товару, але не прямо, а опосередковано, за допомогою аналогій.

Так, наприклад, *зображення кавового зерна або слово «кава» не може слугувати знаком для товару – кава, оскільки вказує на сам товар і не виділяє такий самий товар даного продавця серед інших. Але стилізоване зображення кавового зерна, або використання такого зображення як елементу знака допустиме.* Просто цифри звичайно не мають розрізняльної здатності, але, наприклад позначення «777» для шоколаду набуло розрізняльної здатності саме завдяки його використанню<sup>15</sup>.

Відомості щодо виду, якості, складу, кількості, властивостей, призначення, цінності, місця та часу виготовлення чи збуту товару тощо, є описовими та повинні бути вільними для використання будь-яким продавцем або виробником, тому що несуть у собі конкретну інформацію для споживача щодо товару, який він хоче придбати або послуги, якою він хоче скористатися. Наприклад, відомості щодо виду та призначення товару – «крем для рук»; щодо категорії якості – «вищої якості»; щодо ваги – «1 кг»; щодо місця виготовлення товарів – «виготовлено в Україні» тощо.

*Позначення, що має у своєму складі тільки описові елементи, в цілому вважається таким, що не має розрізняльної здатності.*

У разі, якщо на дату подання заявки позначення знака не мало розрізняльної здатності, таке позначення може бути зареєстровано як знак, якщо заявником будуть надані документи, які підтверджують, що *позначення набуло розрізняльної здатності внаслідок його використання до дати подання заявки.* Такі документи мають містити відомості про:

- обсяги виробництва та реалізації товарів і/або послуг, відносно яких застосовується позначення;
- перелік регіонів, у яких здійснювались виробництво та реалізація таких товарів і/або послуг;
- обсяги експорту (імпорту) товарів, щодо яких застосовується позначення;
- використання або будь-яке просування позначення, як знака<sup>16</sup>.

Використання або будь-яке просування позначення, як знака може підтверджуватися відомостями про:

- види маркування товарів і/або застосування при наданні послуг;
- експонування товарів на виставках, ярмарках, зокрема міжнародних і/або національних;
- комерційне використання позначення в мережі Інтернет;
- заходи щодо просування позначення.

Тривалість використання позначення може підтверджуватися відомостями про дату початку використання позначення та про безперервність його використання.

Рекламування позначення може підтверджуватися відомостями про:

- способи рекламування маркованих товарів у різних засобах інформації, включаючи Інтернет;
- кількість споживачів такої реклами;
- витрати на рекламування, зокрема фінансові документи (звіти) щодо витрат на рекламу.

Відомість позначення в відповідному колі споживачів може підтверджуватися результатами опитування з питання відомості позначення як знака в Україні.

Результати опитування відповідного кола споживачів і фахівців, включаючи підприємства роздрібною торгівлі, мають дати відповіді на такі, принаймні, питання:

- чи відоме їм позначення як знак для товарів і послуг;

– чи асоціюється у свідомості споживача таке позначення з товарами або послугами, для яких воно призначено;

- яка саме особа, на їх думку, є виробником товарів, маркованих таким позначенням і/або надавачем послуг, для яких позначення застосовується;
- з якого часу їм відоме позначення;

– що для них є джерелом інформації про таке позначення.

Якщо позначення зареєстровано як знак в інших країнах, то можуть бути надані відомості про кількість таких реєстрацій та строки їх дії.

Можуть бути надані також й інші відомості, які є свідченням про відомість позначення як знака в Україні стосовно товарів і/або послуг, що виробляються і/або надаються<sup>17</sup>.

Певні фактичні дані, якщо вони є доречними, можуть надаватися на підтвердження одразу декількох факторів, що свідчать про відомість в Україні позначення як знака.

Для визначення того, чи набуло позначення розрізняльної здатності, мають бути враховані всі обставини, особливо тривалість використання знака. Наприклад, позначенню Мульти-форте для товару мультівітаміни було відмовлено в реєстрації на підставі того, що воно є описовим і не має розрізняльної здатності. Заявником було надано докази, що підтверджують тривалість використання цього позначення, і що в результаті такого використання це позначення стало впізнаваним споживачами відносно особи, яка виробляє цей товар, тобто набуло розрізняльної здатності<sup>18</sup>. Дана підстава застосовується щодо позначення в цілому, а не до окремих його складових. Якщо торговельна марка складається із декількох позначень, описовість має визначатися не лише щодо кожного окремого елемента, а й щодо позначення в цілому. Так, якщо торговельна марка утворюється із словосполучення, описовість має визначатися не лише щодо кожного окремого слова, а й щодо словосполучення в цілому.

На відміну від асоціативних торговельних марок, описовість торговельної марки встановлюється одразу при першому зоровому або фонетичному її сприйнятті й не потребує певної гри уяви<sup>19</sup>.

Позначення, що в цілому є лише описовим, не має розрізняльної здатності. Серед прикладів описових позначень слід навести: «104 KEY» – для комп'ютерних клавіатур (описує число ключів на клавіатурі), «FAST BAUD» – для модемів (описує швидкодію модему).

Таким чином, у деяких випадках, описовим позначенням може бути надана правова охорона, якщо вони набули вторинного значення (*secondary meaning*), тобто набули розрізняльної здатності внаслідок тривалого використання або через широку рекламу. Набуття вторинного значення часто доказується через використання результатів опитування споживачів, які вказують, що позначення, яке може бути визнане описовим, сприймається споживачами як торговельна марка. Приклади торговельних марок, які можуть вважатися описовими, але які набули вторинного значення: «DIGITAL» – для комп'ютерів, «WINDOWS» – для програмного забезпечення Windows<sup>20</sup>.

Зазначимо, що відповідний порядок з'ясування, чи є позначення описовим, можливі межі описовості позначень, що заявляються на реєстрацію, порядок підтвердження набуття описовим позначенням розрізняльної здатності у процесі використання, на етапі набуття прав на торговельні марки, вже закріплено в Методичних рекомендаціях з окремих питань проведення експертизи на знак для товарів і послуг<sup>21</sup>.

Для порівняння, серед підстав для відмови в наданні правової охорони торговельним маркам у праві Європейського Союзу розмежовують розрізняльну здатність та вимоги про необхідність зберігати загальнодоступність описових позначень та позначень для загального користування. Обидві підстави для відмови у реєстрації є самостійними, не залежать одна від одної. В цілому, відмова в наданні правової охорони у якості торговельних марок описовим позначенням у праві ЄС базується на принципі загальнодоступності описових позначень. Разом із тим, в одному з рішень Європейський суд справедливості визнав неправомірною німецьку практику брати до уваги рівень необхідності зберігати загальнодоступність описових позначень під час вирішення питання про наявність або відсутність розрізняльної здатності позначення<sup>22</sup>. У двох рішеннях щодо торговельних марок, які складаються із комбінації слів, Суд зробив уточнення, що торговельною маркою може бути тільки комбінація слів, яка не є звичайною і не є лише описовою<sup>23</sup>. У попередніх справах Суд встановив, що неоднозначне позначення не підлягає реєстрації у вигляді торговельної марки вже тоді, коли одне з його значень є описовим<sup>24</sup>. Тобто, Суд відмовився від більш широкого тлумачення, якого він дотримувався раніше, під час розгляду питання про реєстрацію у якості торговельної марки позначень, які складаються із словосполучень, які не містяться у словнику<sup>25</sup>. У рішеннях по ряду справ Суд застосував цей принцип також стосовно об'ємних торговельних марок, які являють собою форму товару, якщо вони складаються виключно з позначень або зазначень, які описують характеристики товарів або послуг. Поки таке об'ємне позначення не набуло розрізняльної здатності внаслідок широкого використання, воно в інтересах суспільства визнається загальнодоступним і тому не може бути зареєстроване у вигляді торговельної марки. Цей принцип стосується також об'ємної торговельної марки, яка є упаковкою товару, тією мірою, якою ця форма може бути описовим зазначенням товару<sup>26</sup>.

*Висновки.* 1. Для того, щоб позначення вважалось описовим у повній мірі, воно повинно розкривати природу товару, його склад, властивості, які дозволяють ідентифікувати цей товар і визначають вибір цього товару покупцем. 2. Описові позначення належать до групи позначень, які об'єктивно позбавлені розрізняльної здатності. Проте, питання про описовий характер торговельної марки є одним із найскладніших, його вирішення досить часто є суб'єктивним. 3. Згідно правозастосовної практики Європейського Союзу від вимог розрізняльної здатності слід відрізняти необхідність зберігати загальнодоступність описових позначень та позначень для загального користування. Обидві підстави для відмови у реєстрації є самостійними, не залежать одна від одної. 4. Слід розрізняти позначення, що є загальноовживаними як позначення товарів і послуг певного виду (загальноовживані позначення) та позначення, які складаються лише з позначень, що є чи даних, що є описовими при використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг або у зв'язку з ними,

зокрема, вказують на вид, якість, склад, кількість, властивості, призначення товару або виробу (описові позначення). Хоча в обох випадках такі позначення не мають розрізняльної здатності стосовно товарів (послуг), для яких їх використовують. 5. У п. 4.3.1.7 Правил складання і подання заявки на знак для товарів і послуг слід конкретизувати, як визначити, що позначення є описовим, а також закріпити приблизний перелік запитань, за допомогою яких можна визначити, чи має позначення описовий характер. 6. У вигляді Методичних рекомендацій слід закріпити критерії допустимості використання описових елементів під час розробки торговельних марок у зв'язку з великою кількістю відмов у реєстрації описовим позначенням. Розробка методичних рекомендацій матиме важливе значення під час створення торговельної марки на підприємстві, адже в таких випадках погляди маркетологів та юристів значно розходяться. Маркетологи намагаються вкласти в зміст торговельної марки відомості про певні позитивні якості товару. Хоча з правової точки зору торговельна марка може повідомляти про певні переваги товару, але не прямо, а опосередковано, за допомогою аналогій. 7. У Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» слід визначити, що правило про набуття позначенням розрізняльної здатності у процесі використання можна застосувати стосовно широкого кола позначень, в тому числі щодо позначень, які є описовими.

<sup>1</sup> Ариєвич Е. А. Новизна обозначений, заявляемых для регистрации в качестве словесных товарных знаков / Е. А. Ариєвич // Вопросы изобретательства. – 1979. – № 10. – С. 36–38; Ариєвич Е. А. Правовые вопросы экспертизы товарных знаков в СССР: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; Семейное право; Гражданский процесс; Международное частное право» / Е. А. Ариєвич. – М., 1984. – 23 с.

<sup>2</sup> Березанська В. Які головні умови охороноздатності позначення, що може використовуватися у якості торговельної марки? Чому загальноновживані позначення чи позначення, що носять описовий характер, не можуть отримати охорону як торговельні марки? Консультації // Інтелектуальна власність. – № 3. – 2007. – С. 50–51; Березанська В. Чи можна одному з виробників вина зареєструвати як словесну торговельну марку найменування населеного пункту, в якому він виробляє своє вино? Консультації // Інтелектуальна власність. – № 9. – 2007. – С. 66.

<sup>3</sup> Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности : комментарий / Боденхаузен Г.; под ред. : Богуславского М. М.; пер. : Туманова Н. Л. – М. : Прогресс, 1977. – 310 с.

<sup>4</sup> Демченко Т. С. Охрана товарных знаков (сравнительно-правовой анализ): [монография] / Татьяна Сергеевна Демченко. – К. : Ин-т гос-ва и права им. В. М. Корецкого НАН Украины, 2005. – 208 с.

<sup>5</sup> Кашишцева О. Ю. Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 / Кашишцева Оксана Юріївна. – К., 2000. – 198 с.

<sup>6</sup> Кожарська І. Ю. Деякі питання охорони торговельних марок в ЄС та законодавство України у цій сфері / І. Ю. Кожарська // Промислова власність в Україні : проблеми правової охорони : [зб. наук. статей] / за ред. Ю. С. Шемшученка, Ю. Л. Бошицького. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. – С. 247–273.

<sup>7</sup> Левічева О. Д. Експертиза об'єктів промислової власності: заявки на знак для товарів і послуг (торговельну марку) і кваліфікованого зазначення походження товару та/або права використання зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару / Левічева О. Д. – К.: Ін-т інтел. власн. і права, 2006. – 128 с.; Левічева О. Д. Матеріали науково-дослідної роботи. – К.: ДП «Український інститут промислової власності».

<sup>8</sup> Макаришева Т. Чи має право на життя описовий знак? / Макаришева Т., Костенко І. // Інтелектуальна власність. – № 4. – 2009. – С. 36–41.

<sup>9</sup> Мельник О. М. Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні (цивільно-правовий аспект) : [монографія] / О. М. Мельник. – Ірпінь : Акад. ДПС України, 2001. – 136 с.

<sup>10</sup> Рабец А. П. Гражданско-правовые вопросы охраны товарных знаков в Российской Федерации : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Рабец Анна Петровна. – Владивосток, 2002. – 258 с.

<sup>11</sup> Свядосц Ю. И. Правовая охрана товарных знаков в капиталистических странах / Ю. И. Свядосц – М. : ЦНИПИ, 1969. – 192 с.

<sup>12</sup> Шестимиров А. А. Экспертиза товарных знаков и промышленных образцов : [конспект лекций] / А. А. Шестимиров, Л. Ф. Фролова. – [2-е изд.]. – М. : ВНИИПИ, 1989. – 72 с.

<sup>13</sup> Основи інтелектуальної власності / ВОІВ. – К.: Ін Юре, 1999. – 578 с.

<sup>14</sup> Березанська В. Які головні умови охороноздатності позначення, що може використовуватися у якості торговельної марки? Чому загальноновживані позначення чи позначення, що носять описовий характер, не можуть отримати охорону як торговельні марки? / Консультації // Інтелектуальна власність. – № 3. – 2007. – С. 51.

<sup>15</sup> Левічева О. Д. Матеріали науково-дослідної роботи. – К.: ДП «Український інститут промислової власності».

<sup>16</sup> Там само.

<sup>17</sup> Там само.

<sup>18</sup> Там само.

<sup>19</sup> Там само.

<sup>20</sup> Левічева О. Д. Експертиза об'єктів промислової власності : заявки на знак для товарів і послуг (торговельну марку) і кваліфікованого зазначення походження товару та/або права використання зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару / Левічева О. Д. – К. : Ін-т інтел. власн. і права, 2006. – С. 18.

<sup>21</sup> Методичні рекомендації з окремих питань проведення експертизи на знак для товарів і послуг [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.uiprv.org/i\\_upload/file/metod-rek-tm.pdf](http://www.uiprv.org/i_upload/file/metod-rek-tm.pdf) – С. 96–98; С. 88–90.

<sup>22</sup> Химмельрайх А. Из практики суда Европейских сообществ в области правовой охраны товарных знаков / А. Химмельрайх // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. – № 9. – 2006. – С. 79–87.

<sup>23</sup> Judgment of the Court of Justice of the 12-th of February 2004 in Case C-265/00 Campina Melkunie BV v. Benelux-Merkenbureau [Electronic Resource]. – Mode of access: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=Biomild&lang=en&num=79959787C1190002...>

<sup>24</sup> Judgment of the Court of Justice of the 23-d of October 2003 in Case C-191/01 Wm. Wrigley Jr. Company v. OHIM [Electronic Resource]. – Mode of access: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79968976C19010191&=T&...>

<sup>25</sup> Judgment of the Court of Justice 20 September 2001 Procter&Gamble v. OHIM (C-383/99 P) [Electronic Resource] / Judgment of the Court. – Mode of access: <http://www.oami.europa/en/mark/ aspects/judgement/jj99038.htm>

<sup>26</sup> Judgment of the Court of Justice the 12-th of February 2004 Henkel KGaA v. Deutsches Patent- und Markenamt (C-218/01) [Electronic Resource] / Judgment of the Court. – Mode of access: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79959787C19010218&&do...>

### Резюме

***Рассомахіна О. А. Абсолютна підстава для відмови у наданні правової охорони торговельним маркам – їх описовий характер.***

У статті досліджено особливості правового визначення та закріплення в національному законодавстві такої підстави для відмови в наданні правової охорони торговельним маркам, як їх описовий характер. Основну увагу приділено тлумаченню змісту відповідним норм спеціальних нормативно-правових актів та методичних рекомендацій, у яких закріплена дана підстава. За результатами дослідження визначено напрями удосконалення Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» та Правил складання і подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг щодо визначення умов застосування даної підстави для відмови у наданні правової охорони позначенню, а також пропозиції щодо розробки відповідних Методичних рекомендацій за напрямом.

**Ключові слова:** позначення, торговельна марка, підстави для відмови у правовій охороні, абсолютні підстави для відмови у правовій охороні, критерії охороноздатності торговельних марок, розрізняльна здатність, описовий характер позначення, набуття прав інтелектуальної власності на торговельну марку, державна реєстрація прав на торговельну марку, набуття розрізняльної здатності у процесі використання.

### Резюме

***Рассомахина О. А. Абсолютное основание для отказа в предоставлении правовой охраны товарным знакам – их описательный характер.***

В статье исследованы особенности правового определения и закрепления в национальном законодательстве такого основания для отказа в предоставлении правовой охраны товарным знакам, как их описательный характер. Основное внимание уделено толкованию содержания соответствующих норм специальных нормативно-правовых актов и методических рекомендаций, в которых закреплено содержание данного основания для отказа. По результатам исследования определены направления совершенствования Закона Украины «Об охране прав на знаки для товаров и услуг» и Правил составления и подачи заявки на выдачу свидетельства Украины на знак для товаров и услуг по определению условий применения данного основания для отказа в предоставлении правовой охраны обозначению, а также предложения по разработке соответствующих Методических рекомендаций по направлению.

**Ключевые слова:** обозначение, товарный знак, основания для отказа в правовой охране, абсолютные основания для отказа в правовой охране, критерии охраноспособности товарных знаков, различительная способность, описательный характер обозначения, приобретения прав интеллектуальной собственности на товарный знак, государственная регистрация прав на товарный знак, приобретение различительной способности в процессе использования.

### Summary

***Rassomakhina O. Absolute grounds for refusal of legal protection of trademarks – their descriptive character.***

In the article the peculiarities of the legal definition and consolidation in national legislation of such grounds for refusal of legal protection of trademarks as their descriptive character are examined. The author focuses on the interpretation of content of relevant special rules of regulations and guidelines, which contain this absolute ground for refusal. The study identifies areas of improvement of the Law of Ukraine “On Protection of Rights to Marks for Goods and Services” and Rules of preparation and submission of an application for a Certificate of Ukraine to sign for goods and services to determine the conditions of application of this ground for refusal, and proposals on the development of relevant Guidance in this field.

**Key words:** sign, trademark, grounds for refusal of legal protection, the absolute grounds for refusal of legal protection, the criteria for legal protection of trademark, distinctiveness, descriptive sign, acquisition of intellectual property rights to the trademark, the state registration of the trademark, distinctiveness acquired through use.

**О. О. БОНДАРЕНКО**

*Ольга Олегівна Бондаренко, здобувач Київського університету права НАН України*

**ВИНИКНЕННЯ І РОЗВИТОК ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПРОМИСЛОВИХ ЗРАЗКІВ**

Актуальність теми дослідження зумовлена тим, що Україна знаходиться в стані формування спільного економічного простору з Європейським Союзом, тому необхідним є удосконалення правової охорони та захисту права об'єктів інтелектуальної власності для забезпечення належного рівня їх виконання. Зокрема, це стосується і правової охорони промислових зразків. Але для того, щоб розуміти в повному обсязі специфіку правової охорони зазначеного об'єкта, треба дослідити й історію становлення правової охорони промислового зразка та її розвиток в інших країнах. Це надасть можливість перейняти досвід країн ЄС та створити свій досконалий механізм охорони об'єктів промислової власності, у тому числі й промислових зразків.

Дослідженням поставленого питання займалися такі провідні вчені України, як Ю. Бошицький, М. Ортинська, О. Чомахашвілі, Л. Работягова, О. Орлюк, Р. Енан та ін.

Витоки охорони промислового зразка можна знайти в указі імператора Олександра I «О поощрении учинивших изобретения и открытия к усовершенствованию земледелия, торговли и промыслов», що був підписаний 7 серпня 1801 року<sup>1</sup>.

Згадані в указі «изобретения, относящиеся к области художеств», так само, як і згадані пізніше в Маніфесті про привілеї на різні винаходи та відкриття в мистецтві та ремеслі від 17 червня 1812 р. «изобретения в художествах» та у Положенні про привілеї від 22 листопада 1833 р. «изобретения в искусствах», стали прообразами моделей та малюнків, охорона яких була введена 11 липня 1864 р. першим «Русским законом о фабричных рисунках и моделях» (далі – Закон 1864 р.).

Малюнки і моделі, які розробляються для промислових потреб, були віднесені цим Законом не до творів мистецтва, а до винаходів. Статтею 1 Закону 1864 р. було встановлено: «Изобретатель рисунка или модели, предназначенных для воспроизведения в заводских, фабричных и ремесленных изделиях, может обеспечить себе на определенный срок право исключительного пользования изобретением». Разом із тим зазначений Закон не давав визначення поняттям «малюнок» та «модель»<sup>2</sup>.

У правовій літературі під малюнком пропонувалося розуміти зображення поєднання кольорів та візерунків для поверхні виробів, наприклад, для тканин, килимів, шпалер, а під моделлю – зображення форми виготовлених виробів. Правовий режим охорони промислових зразків базувався на патентному праві. Правова охорона, зокрема, надавалася тільки новим, «які не були у використанні» моделям і малюнкам шляхом їх реєстрації в Міністерстві торгівлі та промисловості. Разом із тим законодавцем застосовувалися також елементи авторського права. При розгляді спорів щодо незаконного використання або підробки визнавалося не тільки повне відтворення малюнка або моделі, а і їх частин, що мають самостійне значення. Охорона зовнішнього вигляду виробів за Законом 1864 р. надавалася до 1917 року.

Закон 1864 р. було визнано дуже прогресивним законодавчим актом свого часу. Він був прийнятий через 19 років після прийняття аналогічного закону в США (1845 р.), що тяжів до охорони винаходів, і за 12 років до прийняття закону, який регулював правовідносини в тій же сфері в Німеччині (1876 р.), що тяжів до авторського права. У період дії цього закону в нього вносилися лише невеликі зміни, зокрема, було уточнено назву. Він став називатися «О праве собственности на фабричные рисунки и модели»<sup>3</sup>. Зазначені в цьому Законі моделі та малюнки, як і в законодавстві США, не були відокремлені від винаходів, як об'єкти права, що мають іншу природу.

Необхідно зазначити, що після 1917 р. всі законодавчі акти Російської Імперії були скасовані, відтак виник правовий вакуум у сфері правової охорони результатів художньої творчості в промисловості.

2–3 травня 1918 р. в Україні гетьманом П. Скоропадським було сформовано Раду Міністрів Української держави. До складу гетьманського Кабінету Міністрів увійшло 15 міністерств, у тому числі й Міністерство торгу і промисловості. Міністерства часів Гетьманату поділялися на департаменти. Згідно з архівними документами, у Міністерстві торгу і промисловості Української Держави справами винахідництва та охороною промислової власності займався Департамент фабрично-заводський, при якому діяв відділ винаходів, що «завідує справами по виданню патентів на винаходи, реєструє товарні знаки, фабричні рисунки і зразки». Для проведення експертизи, «котра має відношення до видачі патентів і реєстрації товарних знаків, фабричних рисунків і зразків» при відділі було утворено Експертний комітет<sup>4</sup>.

Особи, які бажали отримати охоронний документ на винахід, товарний знак чи фабричний зразок, повинні були подати заяву за встановленим зразком.

Незважаючи на буремні роки, пересічні громадяни були налаштовані на мирне життя і пристосовувалися до тих побутових реалій, в які потрапили в результаті подій 1914–1918 років. Ця тенденція спостерігається і у справах щодо оформлення свідоцтв на фабричні зразки – сурогати чаю, тютюнові вироби, махорку, вакуу<sup>5</sup>.

Нормативно-правові акти і законопроекти які з'явилися у 1917–1919 рр., мали на меті тимчасово адаптувати до реалій часу законодавство Російської імперії. На думку історика А. М. Ферчук, немає підстав для ствердження, що в цей період в Україні було закладено основи національного законодавства з охорони промислової власності<sup>6</sup>.

З точки зору сучасних підходів до проблем правової охорони промислових зразків потребує оцінки також законодавство колишнього СРСР, яке пройшло тривалий і досить складний шлях свого розвитку, що увінчався певними результатами. Не можна стверджувати, що зазначені результати були лише негативними, навпаки – на здобутках законодавства щодо правової охорони промислових зразків колишнього СРСР, досягненнях правової науки у цій сфері формується правова система охорони промислових зразків сучасної України. Саме цим зумовлена необхідність короткого аналізу розвитку законодавства щодо правової охорони промислових зразків колишнього СРСР<sup>7</sup>.

Першим нормативним актом Радянської держави, у якому згадувалося про охорону промислових зразків, була Загальна Інструкція комітету по справам винаходів до Декрету 1919 р., яка відносила результати творчості художників, що створювали зовнішній вигляд промислових виробів (моделей) до найпростіших винаходів. У ст. 17 зазначеної Інструкції зазначалося, що моделі як найпростіші винаходи, що відрізняються головним чином зовнішньою формою, а також рішення, відмітні ознаки яких не можуть бути визначені в особливій формулі, реєструються Комітетом явочним порядком, тобто без експертизи представлених описів, малюнків і зразків. Також згідно з цією Інструкцією відмова у визнанні рішення винаходом не позбавляє права реєструвати рішення як модель. Заявникам видавалися свідоцтва на моделі<sup>8</sup>.

З переходом до НЕПу постановою ВЦВК від 22 травня 1922 р. «Про основні приватні і майнові права, які визнаються РРФСР, охороняються її законом і захищаються судами» було передбачено надання громадянам майнових прав на винаходи, промислові моделі і малюнки в межах, встановлених особливим законом<sup>9</sup>.

У результаті цього в 1924 р. одночасно з постановою «Про патенти на винахід» Загальна Інструкція комітету по справам винаходів до Декрету 1919 р.<sup>10</sup> (далі – Постанова 1924 р.) було прийнято постанову «Про промислові зразки (малюнки і моделі)» (далі – Постанова ПЗ 1924 р.), в якій вперше з'явився термін «промисловий зразок».

Відповідно до Постанови ПЗ 1924 р. правову охорону в якості промислових зразків могли отримати:

– нові за видом чи формою художньо-промислові малюнки, призначені для відтворення у відповідних виробках;

– нові за видом, за формою, за влаштуванням або розташуванням частин моделі, призначені для промисловості, кустарного виробництва, торгівлі, ремесла, домашнього побуту та взагалі для будь-якої роботи<sup>11</sup>.

Таким чином, зазначена постанова не розмежовувала два різних об'єкта інтелектуальної власності – корисні моделі і промислові зразки, що не сприяло підвищенню ефективності правової охорони зазначених об'єктів.

Цікавим є той факт, що Комітетом у справах винаходів і відкриттів (далі – Комітет) не проводилася реєстрація у якості промислових зразків таких об'єктів, як стаціонарні спорудження, будинки, плавильні пічки, а також типографські шрифти.

У літературі того періоду зазначалося, що малюнок як об'єкт охорони за своєю суттю близький до художніх творів, а модель – до винаходів. Разом із тим поняття «малюнок» мало інше тлумачення, ніж в працях Г. Ф. Шершеневича<sup>12</sup>. «Наше право подводить под понятие «рисунок» всякий объект художественной промышленности независимо от того, является ли он плоскостной или объемной формы», – писав І. Я. Хейфец, один із розробників законопроекту. Розмірковуючи ж про «моделі», він відносив їх до найпростіших винаходів і зазначав, що «демаркационной линии между изобретением и промышленным образцом провести нельзя... промышленный образец (модель) и изобретение часто переходят друг в друга»<sup>13</sup>.

Досвід застосування Постанови ПЗ 1924 р. і причини її скасування детально досліджувалися Е. П. Гавриловим, у працях якого зазначається, що в той період часу проводилося свідоме зближення винаходів і промислових зразків як об'єктів права<sup>14</sup>. Це виявлялося, зокрема, у тому, що з грудня 1927 р. для класифікації зареєстрованих промислових зразків став застосовуватися Показчик класів патентів. На практиці ж одні зареєстровані промислові зразки примикали до винаходів, а інші не мали з ними нічого спільного.

Цікавим також є те, що в Німеччині, законотворчий досвід якої в галузі патентного права завжди враховувався в Росії, законодавцем відразу була проведена межа між малюнками і моделями, що призначені для задоволення естетичних потреб, і «моделями робочих пристроїв, предметів побуту або їх частин, оскільки вони слугують для цілей роботи або побуту внаслідок своєї нової форми, або нового розташування...». Правова охорона малюнків і моделей, призначених для надання художніх достоїнств промисловим товарам, була регламентована першим Німецьким законом про авторське право на зразки і моделі від 11 січня 1876 року. Крім того, охорона художньо-промислових зразків як об'єктів художньої творчості передбачалася законодавством про авторське право (Закон Німеччини про авторство на художні твори від 9 січня 1907 р.). Охорона ж моделей «для цілей роботи» регулювалася першим у світі Законом про корисні моделі Німеччини, прийнятим 1 червня 1891 року<sup>15</sup>.

Охорона промислових зразків згідно з Постановою ПЗ 1924 р. надавалася майже 12 років, після чого 27 травня 1936 було прийнято постанову ЦВК і РНК СРСР № 60/956 «Про скасування постанови ЦВК і РНК СРСР від 12 грудня 1924 р. «Про промислові зразки (малюнки і моделі)» (далі – Постанова ПЗ 1936 р.). Сві-



доцтва на промислові зразки, видані у період з 1924 р. по 1936 р. втратили свою чинність згідно з Постановою ПЗ 1936 року<sup>16</sup>.

Цей крок законодавця залишив історикам два дискусійних питання: в чому полягали причини скасування охорони (вони не були зазначені в Постанові 1936 р.) та чи охоронялися промислові зразки радянським законодавством про авторське право у період з 1936 по 1965 роки<sup>17</sup>.

У літературі зазначається, що правова охорона промислових зразків, надавана постановою «Про промислові зразки (малюнки і моделі)» була скасована насамперед у зв'язку з тим, що за своєю природою ця охорона (патент виключного права) вступала в протиріччя з принципами після нелівської соціалістичної економіки. Прийняття нового законодавчого акта було позбавлене економічної доцільності у зв'язку з недостатністю виробів масового виробництва.

Стосовно охорони промислових зразків нормами авторського права у період з 1936 р. по 1965 р. в літературі висловлюються взаємовиключаючі точки зору.

Одна частина авторів вважає, що протягом майже 30 років промислові зразки в Радянському Союзі не охоронялися, нові моделі охоронялися як технічні вдосконалення, а «охорона промислових малюнків почала здійснюватися в рамках законодавства про авторське право». Інша частина авторів переконана, що в цей період не виникало серйозних перешкод для охорони промислових зразків нормами авторського права<sup>18</sup>.

Більш обґрунтованою є перша точка зору. У Паризькій Конвенції промисловий зразок розглядається як самостійний об'єкт права, якому відповідно до ст. 5quingies правова охорона повинна надаватися у всіх країнах, що приєдналися до Конвенції. Як зазначає Г. Боденхаузен, основоположною умовою виконання цієї норми є визнання промислового зразка об'єктом права. Однак жодним нормативно-правовим актом СРСР охорона промислових зразків у період з 1936 р. по 1965 р. не була легалізована. У зв'язку з цим у літературі, що була випущена за замовленням РЕВ у 1965 р., зазначалося, що Радянському Союзу інститут промислового зразка не відомий<sup>19</sup>.

Намір СРСР приєднатися до Паризької конвенції поряд з іншими причинами зумовив розробку і прийняття в 1965 р. нового Положення про промислові зразки. Після майже 30-річної перерви охорона промислових зразків була відновлена. Настав новий період у розвитку охорони. Законодавство про охорону прав на промислові зразки безперервно удосконалюється, все більш зближуючись із законодавством про винаходи.

З прийняттям Положення про промисловий зразок у 1965 р. в російському законодавстві вперше з'явилося визначення поняття промислового зразка як об'єкта правової охорони. Незадовго до цього в 1959 р. було прийнято Положення про винаходи, що надало визначення поняттю «винахід» як об'єкту правової охорони. Таким чином, на початку 60-х рр. минулого століття вперше промислові зразки були відмежовані від винаходів на понятійному рівні. Здавалося, що розмежування понять повинно було вплинути на зміну підходів до побудови законодавства. Однак цього не сталося. «Винахідницька концепція» розвитку законодавства про охорону прав на промислові зразки розглядалася як єдино правильна<sup>20</sup>.

У 1981 р. було прийнято Положення ПЗ 1981 року. Майже одночасно у 1981 р. були внесені зміни та доповнення до Закону «Про затвердження основ цивільного законодавства Союзу СРСР та союзних республік», і промислові зразки вперше були зазначені в законі як об'єкт цивільних правовідносин<sup>21</sup>.

Згодом для розвитку Положення про промислові зразки у 1981 р. були розроблені інші нормативні акти, які базувалися на «винахідницькій концепції».

У зв'язку з прийняттям зазначеного Положення в літературі зазначалося, що «нове Положення однозначно визначило винахідницьку концепцію всієї вітчизняної системи правової охорони промислових зразків», «що законодавство про охорону промислових зразків майже повністю – і з формулювань, і з побудови – повторює законодавство про охорону винаходів...»<sup>22</sup>.

Показані вище напрями розвитку законодавства про промислові зразки в руслі патентного права зближували російську систему охорони промислових зразків із зарубіжними системами, зокрема з американською, що базується на патентному праві.

У 1991 р. у зв'язку з реформою законодавства оціночні умови охороноздатності були скасовані. Замість них було введено широко використовувану за кордоном умову «оригінальність». У 2003 р. було скасовано умову патентоспроможності «промислова застосовність». Умови «новизна» і «оригінальність» діють і в даний час.

Питання про створення європейського законодавства щодо правової охорони промислових зразків було поставлене Європейською Комісією, виконавчим органом Європейського Економічного Співтовариства (нині – Європейського Союзу) дуже давно, в 50–60-х рр. минулого століття. Практично тоді ж, коли було поставлено питання щодо гармонізації законодавства про винаходи і товарні знаки. Гармонізація в галузі винаходів почала здійснюватися досить швидкими темпами. Потім так само швидко була здійснена гармонізація у сфері товарних знаків. До кінця 80-х рр. ХХ ст. виконана робота дала відчутні результати. Гармонізація законодавства щодо правової охорони промислових зразків затягнулася. Причини полягали в занадто великих відмінностях національних систем охорони.

Лише в 1991 р. Європейською Комісією було розпочато роботу над проектами Директиви ЄС та Постанови ЄС. Основу зазначених документів становили документи, підготовлені Інститутом ім. Макса Планка.

Отже, метою Європейської Комісії є створення законодавства, що буде майже не пов'язане з існуючими моделями національних законодавств європейських країн щодо охорони промислових зразків та гармонізованими законодавствами в галузі винаходів та товарних знаків. У даний час визнається, що цю мету певною мірою досягнуто.

При підготовці документів ЄС здебільшого враховувався досвід створення системи правової охорони промислових зразків у країнах Бенілюксу, гармонізовані закони Швеції, Данії, Фінляндії та Норвегії, а також законодавство Великобританії.

У зв'язку з посиленням інтеграційних процесів у країнах в середині ХХ ст. виникла необхідність створення нового патентного регулювання відносин стосовно охорони об'єктів промислової власності, зокрема промислових зразків. З метою усунення перепон на шляху отримання охоронного документа було прийнято рішення про створення європейської патентної системи, яка бере за основу запровадження єдиної процедури отримання патенту, що буде чинний на території будь якої країни – учасниці ЄС. Для вирішення поставленого питання з 1969 р. по 1972 р. тривала Європейська конференція, що розробила текст проекту, який став предметом розгляду Дипломатичної конференції в Мюнхені 1973 року. Результатом стало підписання Конвенції про видачу європейських патентів.

15 грудня 1975 р. у Люксембурзі було підписано Конвенцію про патент Європейського Співтовариства (Люксембурзька патентна конвенція Європейського співтовариства). Для набрання чинності вона мала бути ратифікована всіма державами – членами ЄЕС, що її підписали. Проте ця умова не була виконана через певні конституційні та політичні ускладнення, тому в силу так і не вступила. У травні 2003 р. було представлено новий варіант проекту пропозицій щодо впровадження патенту Європейського співтовариства (далі – ЄСп), однак проект Регламенту про патент ЄС так і не був прийнятий через наявні розбіжності між державами членами ЄС. Тому виникла необхідність у прийнятті нормативного акта, який би був документом правової уніфікації в ЄС при реалізації прав на правову охорону промислового зразка та інших об'єктів промислової власності. І таке запровадження єдиних європейських механізмів при отриманні права на об'єкти промислової власності буде закономірним результатом регіональної економічної інтеграції країн, які є учасниками ЄС.

Наприкінці ХІХ ст. проблеми правової охорони прав на об'єкти промислової власності настільки загострилися, що змусили економічно розвинені країни Європи шукати нові і більш ефективні засоби міжнародно-правової охорони промислової власності. Першим міжнародно-правовим документом стала Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року. Наразі вона є основним міжнародно-правовим документом, який визначає засади всіх інших міжнародно-правових документів, що стосуються охорони промислової власності. Останній раз Конвенція переглядалася у Женеві в лютому–березні 1984 року.

Важливою подією у становленні правової охорони промислових зразків є прийняття у 1925 р. Гаазької угоди про міжнародне депонування промислових зразків, яка була переглянута у Лондоні у 1934 р., а в 1960 р. в Гаазі переглянута і доповнена Монакським додатковим актом у 1961 р. та Стокгольмським додатковим актом у 1967 році. У 1994 р. було прийнято Угоду Світової організації торгівлі (СОТ) ТРІПС (Угода ТРІПС) яка також заклала основні стандарти щодо наявності, обсягу та використання прав на патенти<sup>23</sup>.

Ідею створення європейської патентної системи було реалізовано 5 жовтня 1973 р. в Мюнхені, коли була прийнята Конвенція про видачу Європейського патенту, так звана Європейська патентна конвенція (далі – ЄПК), яка набрала чинності 7 жовтня 1977 року. ЄПК – спеціальна угода відповідно до ст. 19 Паризької конвенції про охорону промислової власності і регіональний патентний договір відповідно до ст. 45 § 1 Договору про патентну кооперацію (РСТ)<sup>24</sup>.

При дослідженні становлення системи правової охорони промислових зразків ми стикаємося з тим, що майже у кожній країні світу існує свій підхід до розвитку даного інституту права.

<sup>1</sup> Леонидов Н. Б. Патентный закон России, 1801–2001 / Н. Б. Леонидов, Н. В. Михеева. – М. : Юрид. лит., 2002. – С. 28.

<sup>2</sup> *Энгельмейер П. К.* Изобретения и привилегии. Руководство для изобретателей / П. К. Энгельмейер / Вступительное письмо графа Л. Н. Толстого. – М. : Тип. Г. Лисснера и А. Гешеля, 1990. – С. 230.

<sup>3</sup> *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – М. : СПАРК, 1995. – С. 262–263.

<sup>4</sup> *Кучинскас Л.* Право и дизайн / Л. Кучинскас. – Вильнюс : Интис, 1987. – С. 20.

<sup>5</sup> Устав о Промышленности Фабрично-Заводской и Ремесленной // Св. Зак. Росс. Имп., 1913. – Т. 1. – Ч. 2. – Глава VI.

<sup>6</sup> Охорона інтелектуальної власності в Україні у контексті подій 1918 року / А. М. Ферчук // Наука та інновації. – 2008. – Т. 4, № 5. – С. 85–91.

<sup>7</sup> *Граве К. А.* Промышленные образцы и производственная марка / К. А. Граве // Сборник научных работ. – М. : Госторгиздат, 1952. – С. 65–66.

<sup>8</sup> *Чомахашвілі О.* Природа промислового зразка / Олена Чомахашвілі // Юридичний журнал. – 2006. – № 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2245>

<sup>9</sup> О патентах на изобретения : постановление ЦИК и СНК Союза СССР от 12 сентября 1924 г. // Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР. – 1924. – № 9. – Отд. 1. – Ст. 97; О промышленных образцах (рисунках и моделях) : постановление ЦИК и СНК Союза СССР от 12 сентября 1924 г.

<sup>10</sup> *Гаврилов Э. П.* Некоторые проблемы совершенствования права на промышленные образцы. – 1986. – № 10. – С. 23.

<sup>11</sup> *Комаров Л. Е., Минаев А. А.* Патентная охрана дизайна / Л. Е. Комаров, А. А. Минаев. – М. : ИНИЦ Роспатента, 2000. – С. 7.

<sup>12</sup> *Шершеневич Г. Ф.* Авторское право на литературные произведения / Г. Ф. Шершеневич. – Казань : Тип. Имп. ун-та, 1891. – С. 92–114.

<sup>13</sup> *Хейфец И. Я.* Основные проблемы изобретательства. Патентная охрана советского экспорта / И. Я. Хейфец. – М.-Л., 1935. – С. 44.

<sup>14</sup> *Гаврилов Э. П.* Актуальные вопросы правовой охраны промышленных образцов СССР / Э. П. Гаврилов // Вопросы изобретательства. – 1973. – № 10. – С. 22.

<sup>15</sup> Гаврилов Э. П. Правовая охрана промышленных образцов по советскому законодательству / Э. П. Гаврилов (1919–1936 гг.) // Изобретательское и патентное право. – М : ЦНИИПИ, 1969. – С. 49–70.

<sup>16</sup> Положение о промышленных образцах. Утверждено постановлением Госкомизобретений СССР от 3 августа 1965 г. № 49; постановлением Государственного комитета по координации научно-исследовательских работ СССР от 5 августа 1965 г. № 232.

<sup>17</sup> Гаврилов Э. П. Вказана праця. – С. 49–70.

<sup>18</sup> Гаврилов Э. П. О правовой охране промышленных образцов в СССР / Э. П. Гаврилов // О правовой охране промышленных образцов в СССР. – 1975. – № 7. – С. 34.

<sup>19</sup> Положение о промышленных образцах. Утверждено постановлением Госкомизобретений СССР от 3 августа 1965 г. № 49 и постановлением Государственного комитета по координации научно-исследовательских работ СССР от 5 августа 1965 г. № 232 на основании постановления СМ СССР от 9 июля 1965 г. № 535.

<sup>20</sup> Там само.

<sup>21</sup> Корчагин А. Д. Методологическое и информационное обеспечение экспертизы промышленных образцов и товарных знаков / А. Д. Корчагин // Вопросы изобретательства. – 1986. – № 10. – С. 15.

<sup>22</sup> Енан Р. С. Історія становлення та розвитку патентного права / Р. С. Енан // Закарпатські правові читання : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції студентів та аспірантів (28–30 квітня 2009 р.) ; за заг. ред. Ф. Г. Ващука та П. А. Трачука. – Ужгород, 2009. – 442 с.

<sup>23</sup> Работягова Л. Реформування Європейської патентної конвенції / Л. Работягова // Інтелектуальна власність. – 2012. – № 11. – С. 21–27.

<sup>24</sup> Ірдіс К. Інтелектуальна власність – потужний інструмент економічного зростання ; пер. з англ. / Камілі Ірдіс . – К. : Укрпатент, 2006. – С. 38.

#### Резюме

**Бондаренко О. О. Виникнення і розвиток правової охорони промислових зразків.**

У даній статті розглядаються виникнення і розвиток правової охорони промислових зразків в різних країнах світу.

**Ключові слова:** промисловий зразок, правова охорона, промислова власність, інтелектуальна власність.

#### Резюме

**Бондаренко О. О. Возникновение и развитие правовой охраны промышленных образцов.**

В данной статье рассматривается возникновение и развитие правовой охраны промышленных образцов в разных странах мира.

**Ключевые слова:** промышленный образец, правовая охрана, промышленная собственность, интеллектуальная собственность.

#### Summary

**Bondarenko O. The emergence and development of legal protection of industrial designs.**

This article discusses the emergence and development of legal protection of industrial designs in different countries.

**Key words:** industrial design, legal protection, industrial property, intellectual property.

УДК 349.6 (341)

**О. Ю. МАКАРЕНКО**

*Олександр Юрійович Макаренко, доктор юридичних наук, доцент, професор Донецького юридичного інституту МВС України, адвокат*

### МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА ОХОРОНА АТМОСФЕРНОГО ПОВІТРЯ

Атмосферне повітря – газоподібна оболонка земної кулі, що простягається між поверхнею Землі та космічним простором. Атмосфера відіграє важливу роль, адже завдяки їй існує життя на нашій планеті. Вона забезпечує фотосинтез і дихання, захищає поверхню Землі від руйнівних дій метеоритів, значна частина яких згоряє при входженні в її шари, захищає всі живі організми від згубного впливу ультрафіолетового випромінювання Сонця, що відбувається за наявності у стратосфері озонового шару.

Атмосфера забезпечує рух тепла та вологи, регулює сезонні й добові коливання температури, завдяки чому поверхня планети не нагрівається вдень і різко не остигає вночі, вона є джерелом хімічної сировини для промисловості, середовищем для повітряного транспорту тощо.

Об'єктом регулювання в рамках міжнародного екологічного права є не повітря взагалі, а атмосферне повітря<sup>1,2</sup>. Як відомо, атмосферне повітря складається з суміші 13 газів, більшу частину маси якої становлять азот (78 %) і кисень (21 %).

На відміну від землі, водних ресурсів та інших природних багатств, атмосферне повітря мало використовується як сировина. Основна корисна властивість атмосфери полягає в тому, що вона служить незамінним засобом кисневого обміну живих організмів. Атмосфера – це середовище для видалення багатьох видів виробничих та побутових відходів.

Зрозумілим є той факт, що в сучасному арсеналі людини є багато інструментів підтримання міжнародної екологічної безпеки атмосферного повітря, проте вони характеризуються різним ступенем ефективності.

Міжнародною спільнотою на сучасному етапі вживається значний ряд організаційно-правових та нормативно-процесуальних заходів. До них можна віднести такі.

Першоосновою і початком розробки міжнародно-правового регулювання екологічної безпеки атмосферного повітря вважається Стокгольмська Декларація 1972 року.

У 1977 р. ООН було розроблено спільну програму моніторингу і оцінки забруднення повітря в Європі (далі – ЕМЕП). А вже у листопаді 1979 р. була укладена багатостороння Конвенція про транскордонне забруднення повітря на великі відстані. У зв'язку зі стурбованістю з приводу глобальних змін клімату, стану озонового шару та речовин, які руйнують озоновий шар, у 1985 р. побачила світ Віденська Конвенція про охорону озонового шару, а в 1987 р. був створений Монреальський протокол про речовини, які руйнують озоновий шар. У червні 1992 р. на конференції ООН з навколишнього середовища в Ріо-де-Жанейро (Бразилія) 155 держав, у тому числі й Україна, підписали Рамкову конвенцію ООН про зміну клімату (далі – РКЗК ООН) і Кіотський протокол до неї.

Важливе значення в галузі охорони навколишнього природного середовища, і атмосферного повітря зокрема, мають спеціалізовані автономні установи Організації Об'єднаних Націй. Найголовніші з них:

– ЮНЕП (від англ. UNEP – United Nations Environmental Program – програма ООН з навколишнього середовища). Створена 1973 р., координує всі види діяльності в галузі захисту навколишнього середовища, розробляє програми подальших спільних дій у цій галузі.

– ЮНЕСКО (від англ. UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization – Організація Об'єднаних Націй з питань освіти, науки і культури). Існує з 1946 р. з метою сприяння миру і міжнародній безпеці, співпраці між державами в сфері освіти, науки і культури. У рамках ЮНЕСКО розроблено й успішно здійснюється ціла низка важливих наукових природоохоронних програм: «Людина і біосфера», «Міжнародна гідрологічна програма», «Програма вивчення Світового океану», ЮНЕП, МБП.

– ФАО (від англ. FAO – Food and Agricultural Organization UN – Продовольча і сільськогосподарська організація). Створена 1945 р. ФАО активно сприяє міжнародним і національним заходам у сфері збереження природних ресурсів.

– ВООЗ (Всесвітня організація охорони здоров'я), створена 1946 року. Її головне завдання – охорона здоров'я народів світу, про що зазначено в її статуті. Це передбачає вжиття заходів щодо оздоровлення і підтримання належної якості оточуючого людину середовища.

– ВМО (Всесвітня метеорологічна організація), заснована як спеціалізована структура ООН у 1951 році.

– МОП (Міжнародна організація праці) – спеціальний орган ООН, створена в 1919 р. при Лізі Націй з метою підтримки безпечних умов праці та зменшення забруднення біосфери, яке виникає внаслідок зневажливого ставлення до виробничої сфери.

– МАГАТЕ (Міжнародне агентство з атомної енергії), створено у 1957 році. Одним із найголовніших своїх завдань вважає сприяння запобіганню несприятливих наслідків мирного використання атомної енергії, забезпечуючи тим самим підтримання здоров'я і благополуччя людей. При МАГАТЕ діє Міжнародна лабораторія радіоактивності моря та відділ ядерної безпеки і охорони навколишнього середовища.

На сучасному етапі вже не можна говорити про абсолютну чистоту повітря в жодному куточку нашої планети. Успішність боротьби міжнародної спільноти з трансграничним забрудненням атмосфери повітря передбачає наявність достовірної, об'єктивної, своєчасної інформації про стан атмосферного повітря в даному місці і в даний час і про можливі напрямки руху його забруднювачів.

Одні науковці вважають, що задля покращення міжнародно-правового регулювання екологічної безпеки атмосферного повітря на міжнародному рівні необхідно спочатку виявити і класифікувати найбільш інтенсивні джерела забруднення повітря, інші – згрупувати основні сучасні проблеми.

Деякі дослідники заперечують два попередні підходи, вважаючи, що найбільш ефективними напрямками з підтримання екологічної безпеки атмосферного повітря на міжнародному рівні на сучасному етапі будуть заходи щодо дослідження способів подолання і розроблення для них відповідного правового регулювання. Забруднення повітря може бути природним і штучним<sup>3,4</sup>.

Наприклад, Н. Ф. Тищенко виділяє такі види штучного забруднення повітря: радіоактивне забруднення (видобуток, транспортування, переробка уранової руди; експлуатація реактора; атомні вибухи); забруднення промисловими підприємствами (виробництво електроенергії, хімічна і нафтопереробна промисловість, металургійна промисловість, промисловість будівельних матеріалів, машинобудівна промисловість, гірничодобувна промисловість, будівництво та ін.); забруднення від використання автомобілів, водного, повітряного та залізничного транспорту; побутове та комунальне господарство (індивідуальні печі, спалювання і гниття відходів); сільське й лісове господарства (тваринництво і птахівництво, застосування продуктів хімії, підприємства сільського і лісового господарств).

Р. Х. Габітов виділяє такі основні екологічні та соціально-економічні наслідки забруднення повітря: забруднення повітря газами; фотохімічний смог; наявність у повітрі важких часток (суспензії); кислотні дощі; парниковий ефект.

За останні кілька десятиріч років у біосфері під впливом людей відбулися зміни, які можна порівняти із змінами, які проходили за сотні тисяч років. Зокрема, відбулося зменшення відносної частки кисню і підвищення вмісту вуглекислого газу в атмосфері, і ці процеси тривають.

У сучасній атмосфері в дифузному стані міститься велика кількість різноманітних забруднюючих речовин, які потрапляють з пиловими та газоподібними викидами промислових і побутових відходів. У результаті господарської діяльності в атмосферу щорічно викидається 15 млрд тонн CO<sub>2</sub>, до 450 млн тонн сірки, ртуть, свинець, кадмій, фенол, аміак, миш'як, хлор і фреони, до 5 тис. тонн дуже небезпечної канцерогенної речовини – бензапірену і т. д.<sup>5,6</sup> На атмосферне повітря також відбувається вплив – через запуски ракет, використання різноманітних азотних сполук у виробництві та побуті, через спроби знищення градових хмар, вирубки лісів на великих площах, забруднення поверхні океанів.

Все це змусило замислитись над тим, як зменшити і усунути негативний вплив людини на атмосферне повітря. Саме тому з'явилась потреба у відповідному правовому регулюванні. Особливістю правового режиму атмосферного повітря є те, що в силу фізичних властивостей воно не може бути об'єктом права власності, оскільки до нього не можуть застосовуватись традиційні права власника.

Не будучи власником атмосферного повітря, яке знаходиться в конкретний момент над територією держави, вона має на нього суверенні права. Ці права впливають з належності державі її природних ресурсів. Тобто, будь-яка держава в межах свого повітряного простору користується всіма правами територіального верховенства, державного суверенітету, виключним правом на використання атмосфери. Але більш ніж будь-який інший природний ресурс атмосферне повітря не визнає політичних кордонів. У зв'язку з цим основна проблема, що насамперед вимагає міжнародно-правового регулювання, – це трансграничні негативні наслідки екологічного характеру.

Загалом, при визначенні забруднення повітря автори лише вказують на факт перетину забруднюючими речовинами державного кордону і завдання екологічної шкоди за межами юрисдикції держави походження.

З природничо-наукової точки зору проблема забруднення повітря нічим не відрізняється від інших проблем, пов'язаних із забрудненням навколишнього середовища. Однак факт перетину забруднюючими речовинами національних кордонів має велике значення з точки зору міжнародного права, оскільки міграція забруднення з однієї країни в іншу породжує не тільки екологічні, а й складні економічні та політичні проблеми.

Міжнародний характер цієї проблеми проявляється, зокрема, в тому, що шкідливі речовини з джерел, які знаходяться під юрисдикцією однієї держави, переносяться на територію іншої держави і завдають там шкоди. Основними «експортерами» екологічної шкоди такого роду є ті країни, на території яких в районах

концентрації промисловості існує дуже високий рівень забруднення довкілля, а переважаючі вітри транспортують викиди промисловості в сусідні держави.

Преамбули міжнародних договорів, що стосуються забруднення, містять положення, які підкреслюють необхідність співпраці з охорони довкілля від трансграничного забруднення на глобальному рівні. Так, зокрема Сторони Конвенції про трансграничне забруднення повітря на великі відстані визнають існування можливих негативних наслідків – як в короткостроковому, так і в довгостроковому плані, забруднення повітря, включаючи трансграничне забруднення повітря.

Конвенція про трансграничний вплив промислових аварій була укладена: враховуючи, що шкідливий вплив трансграничних аварій може відчуватись за межами кордонів і потребує співробітництва між державами; підтверджуючи необхідність сприяння активному міжнародному співробітництву між заінтересованими державами до, під час і після аварії з метою зміцнення відповідної політики, а також посилення і координації дій на всіх належних рівнях для попередження промислових аварій, забезпечення готовності до них і ліквідації їх трансграничного впливу<sup>7</sup>.

Співробітництво держав з охорони довкілля від трансграничного забруднення може здійснюватись багатьма шляхами: обміну інформацією та проведення консультацій; постійного спільного моніторингу навколишнього середовища; укладення міжнародних договорів, співробітництва в рамках міжнародних організацій; шляхом зближення і гармонізації природоохоронного законодавства сусідніх держав.

Одним із проявів тісного взаємозв'язку правових і природничо-наукових аспектів забруднення повітря є той факт, що «вмикання» міжнародно-правової норми, яка обмежує забруднення, відбувається за настання певних фізичних, хімічних чи біологічних явищ, які можна виявити науковими методами.

Тому однією з найважливіших умов успішної боротьби із забрудненням повітря є наявність достовірної й повної інформації про стан навколишнього середовища і рух потоків забруднювачів<sup>8</sup>. Для отримання необхідних даних держави організують систему спостереження за станом навколишнього середовища – систему моніторингу.

На європейському континенті створена в 1977 р. спільна програма спостереження і оцінки розповсюдження забруднювачів на великі відстані в Європі (далі – ЕМЕП). Мета програми – створення загальноєвропейської мережі станцій моніторингу забруднювачів повітря.

Після підписання в Конвенції про трансграничне забруднення повітря на великі відстані ЕМЕП стала одним із найважливіших елементів механізму її здійснення. Держави-учасниці конвенції підписали спеціальний протокол до неї щодо фінансування цієї програми моніторингу.

Практика міжнародних відносин налічує багато випадків, коли з метою попередження трансграничного забруднення повітря органи влади адміністративно-територіальних одиниць сусідніх країн встановлюють безпосередній зв'язок і проводять узгоджені природоохоронні дії.

В Європі моніторинг викидів забруднювачів атмосферного повітря розпочалося наприкінці 70-х рр. минулого століття, і починаючи з 80-х рр. Європа встановлювала бюджети викидів двооксиду сірки та двооксиду азоту в більшості країн. Бюджети забруднення повідомляють нам, до якої межі країна є імпортером чи експортером забруднення.

Проблема трансграничного забруднення повітря має ряд особливостей, які ускладнюють правове регулювання в даній сфері і боротьбу з ним. До таких особливостей відносять: множинність і розпиленість джерел забруднення, значна віддаленість джерел від місця завдання шкоди, непостійність напрямку і віддалі перенесення забруднюючих речовин, значне їх розсіювання в повітряних масах.

На міжнародному рівні правовий захист атмосферного повітря здійснюється на основі нормативних актів.

В умовах науково-технічної революції, що продовжується, збільшення реальної загрози надзвичайних подій техногенного характеру зростає значення міжнародного співробітництва в цій сфері. Велику роль у такому співробітництві відіграє укладання міжнародних договорів профільного характеру. Так, наприклад, до міжнародних конвенцій з екологічної безпеки належать:

Конвенція про заборону воєнного або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище, що зобов'язує: не удаватися до воєнного або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на навколишнє природне середовище шляхом навмисної зміни динаміки стану, структури Землі, включаючи її біосферу, літосферу, гідросферу, атмосферу або космос; не допомагати, не заохочувати і не спонукати суб'єктів міжнародного права до здійснення воєнного або іншого ворожого використання засобів впливу на навколишнє природне середовище; використовувати засоби впливу на навколишнє природне середовище в мирних цілях; приймати будь-які законні заходи для заборони і запобігання будь-якої діяльності, що суперечить здійсненню заходів екологічної безпеки;

Конвенція про трансграничне забруднення повітря на далекі відстані, що зобов'язує: охороняти людину і навколишнє природне середовище від забруднення повітря, обмежувати, скорочувати і запобігати забрудненню повітря від джерел, що знаходяться на державній території; за допомогою обміну інформацією, консультацій і моніторингу (постійного спостереження) розробити стратегію боротьби з викидами забруднювачів повітря; розробляти найкращі системи регулювання якості повітря, заходи для боротьби з його забрудненням<sup>9</sup>.

Як бачимо, екологічне право тісно пов'язане з міжнародним правом, оскільки проблема забезпечення екологічної безпеки з регіональної та національної перетворилась на глобальну. Про це свідчать усі згадані вище угоди, прийняті міжнародними екологічними форумами, наявність великої кількості спеціалізованих

міжнародних організацій, і те, що на практиці реалізують наукові, правові та інші програми подолання цього, а також оголошення 6 червня – Всесвітнім днем охорони навколишнього середовища.

Атмосферне повітря є одним із найважливіших природних благ, однак розширення й інтенсифікація насамперед хімічного та металургійного виробництва призвели до серйозного забруднення атмосфери. Гострота проблеми охорони атмосферного повітря підсилюється тими обставинами, що в силу своєї рухливості повітряні маси вільно перетинають кордони держав, внаслідок чого небезпечні опади випадають на значній відстані від джерел забруднення повітря.

Вирішення міжнародних екологічних проблем може здійснюватися за рахунок внесків держав, міжнародних установ і організацій, пожертвувань, відрахувань благодійних фондів, виходячи з економічних можливостей таких суб'єктів. Важливим кроком задля розробки фінансової бази повинно стати розроблення на міжнародному рівні особливих систем оподаткування для транснаціональних корпорацій, які долучаються своїми коштами до підтримання екологічної безпеки атмосферного повітря і фінансування діяльності організаційних структур.

Доцільно, на нашу думку, щоб всі отримані й акумульовані кошти проходили і зберігались в активах Міжнародного банку реконструкції і розвитку. Це облегчить фінансовий контроль за раціональністю і доцільністю використання відповідних коштів. Раціональним на даному етапі неконтрольованого збільшення екологічних проблем є створення спеціалізованої установи, через яку протікали б відповідні фінанси – Міжнародного екологічного банку поколінь.

Враховуючи викладене, доцільно зазначити, що проблеми охорони навколишнього середовища не обмежуються рамками країн або регіонів – вони набули глобального характеру. Їх вирішення повинно здійснюватися на міжнародному рівні. Необхідне об'єднання зусиль міжнародного співтовариства з метою охорони навколишнього середовища.

Навколишнє середовище являє собою єдине ціле частини планетарної екологічної системи. Наприклад, у результаті шкідливих викидів промисловості однієї країни випадають кислотні дощі в іншій, адже країни пов'язані нерозривними екологічними зв'язками, що в кінцевому рахунку веде до зміни планетарних процесів життя на Землі.

Важливою основою співробітництва держав у галузі охорони навколишнього середовища є її міжнародно-правове регулювання. Розвиток міжнародного законодавства в галузі охорони навколишнього середовища обумовлене проблемами розростання екологічної кризи.

У результаті господарської діяльності відбувається посилення парникового ефекту, подвоєння вмісту вуглекислого газу в атмосфері викличе загальне підвищення температури, яке, в свою чергу, призведе до раптової зміни кліматичного стану Землі. Зростання температури збільшить вміст водяної пари в атмосфері, збільшуючи парниковий ефект і тим самим прискорюючи цей процес.

Окремого розгляду також вимагають проблеми еколого-правового захисту водних ресурсів, лісових ресурсів, проблеми переробки відходів (їх захоронення чи утилізації). А оскільки охорона навколишнього природного середовища належить до глобальних проблем виживання людської цивілізації, навколишнє середовище, без сумніву, виступає важливим об'єктом міжнародно-правового регулювання.

Перераховані проблеми вимагають невідкладних заходів щодо скорочення ступеня екологічної небезпеки. До них належать: поширення достовірної інформації про екологічну небезпеку, дієві механізми і жорсткість діючих правил; чіткий контроль за виконанням цих правил; співпраця з іншими відомствами та державами.

Разом із тим варто зазначити, що висвітлена проблема буде досліджена в розрізі правової охорони атмосферного повітря промислових міст України, і саме міста Кривого Рогу, в якому на XII сесії Криворізької міської ради, затверджуючи «Міську програму вирішення екологічних проблем Кривбасу та поліпшення стану навколишнього природного середовища на 2016–2025 роки», за усною пропозицією міського голови, було внесено зміни в зазначений проект та збільшено часові строки для одного з підприємств міста, впродовж якого підприємство-гігант має привести своє виробництво у відповідність до національного та міжнародного екологічного законодавства.

<sup>1</sup> Социальная ответственность // Словарь практического психолога / сост. С. Ю. Головин. – Минск : Харвест, 1997. – С. 376.

<sup>2</sup> Тускоз Ж. Міжнародне право : підруч. / Жан Тускоз ; пер. з франц. Л. Бадешко. – К. : АртЕк, 1998. – 416 с.

<sup>3</sup> Конвенція про запобігання забрудненню моря скидами відходів та іншими матеріалами; Конвенція, Міжнародний документ від 29.12.1972 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_127](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_127)

<sup>4</sup> Кокорев Р. С. Понятие и характерные черты государства как субъекта международного права / Р. С. Кокорев // Государство и право. – 2005. – № 12. – С. 71–79.

<sup>5</sup> ДБНВ2.5–28–2006. Штучне та природне освітлення : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dnop.com.ua/dnaop/act8425.htm>

<sup>6</sup> Жаркова О. А. Организационно-правовой механизм защиты морской среды от загрязнения с судов / О. А. Жаркова // Известия высших учебных заведений: Научно-теоретический журнал. – 1996. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravoved.jurfak.spb.ru/default.asp>

<sup>7</sup> Чернявський А. Л. Міжнародно-правова відповідальність держави за забруднення поверхневих вод, вчинене приватними особами / А. Л. Чернявський // Права людини в умовах сучасного державотворення: теоретичні і практичні аспекти : зб. тез

доповідей за матеріалами I Міжнародної наук.-прак. конф. студентів і молодих вчених (м. Суми, 8–9 грудня 2006 р.) / Українська академія банківської справи Національного банку України. – Суми : УАБС НБУ, 2006. – С. 185–187.

<sup>8</sup> *Гейнрих Д.* Экология : dtv-Atlas / Д. Гейнрих, М. Гергт ; пер. с нем.: В. В. Серебряков. – [5-е изд.]. – М. : Рыбари, 2003. – 287 с.

<sup>9</sup> Протокол про відповідальність і компенсацію за шкоду, заподіяну в результаті транскордонного перевезення небезпечних відходів та їх видалення ООН; Протокол, Перелік, Міжнародний документ від 10 грудня 1999 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_793](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_793)

### Резюме

#### **Макаренко О. Ю. Міжнародно-правова охорона атмосферного повітря.**

У статті розглянуто питання міжнародно-правової охорони атмосферного повітря, окремі питання створення й діяльності міжнародних установ та організацій, а також нормативно-правова база із питань, пов'язаних з міжнародно-правовим захистом атмосферного повітря.

**Ключові слова:** атмосферне повітря, охорона, захист, міжнародно-правове регулювання, екологічна безпека, співробітництво держав, міжнародні установи, моніторинг, довкілля, інформація, забруднювач.

### Резюме

#### **Макаренко О. Ю. Международно-правовая охрана атмосферного воздуха.**

В статье рассматриваются вопросы международно-правовой охраны атмосферного воздуха, отдельные вопросы создания и деятельности международных организаций, а также нормативно-правовая база по вопросам, связанным с международно-правовой защитой атмосферного воздуха.

**Ключевые слова:** атмосферный воздух, охрана, защита, международно-правовое регулирование, экологическая безопасность, сотрудничество государств, международные организации, мониторинг, окружающая среда, информация, загрязнитель.

### Summary

#### **Makarenko O. International legal protection of air.**

The article deals with the question of international legal protection of air, some on the creation and activities of international institutions and organizations, as well as the legal framework of issues related to international legal protection of air.

**Key words:** air, security, defense, international legal regulation, environmental security, cooperation, international institutions, monitoring, environmental information, pollutants.

УДК 349.42

## **О. В. ГАФУРОВА**

*Олена Вікторівна Гафурова, доктор юридичних наук, доцент, професор Національного університету біоресурсів і природокористування України*

## **ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ АГРАРНИХ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН**

Традиційним для аграрно-правової доктрини є визнання норм, якими регулюються трудові відносини у сільському господарстві, інститутом колгоспного, сільськогосподарського та аграрного права. Тим не менш, нині в законодавстві прослідковується чітка тенденція до нівелювання особливостей, що характерні для сільськогосподарської праці. Крім того, у процесі правового регулювання практично не враховується специфіка праці членів сільськогосподарських кооперативів та фермерських господарств.

Серед представників науки трудового права немає одностайності щодо питань: якою мірою законодавство про працю поширюється на трудові відносини членів кооперативів та їх об'єднань, фермерських господарств, яким є порядок регулювання таких відносин і відповідно – обсяг трудових прав та обов'язків осіб, які в них працюють. Так, з одного боку, висловлюються думки, що трудове право регулює лише відносини, які виникають при застосуванні найманої праці<sup>1</sup>, з іншого – обстоюється точка зору, що «праця громадян повинна регулюватися однією галуззю – трудовим правом»<sup>2</sup>, незалежно від форм власності, виду діяльності й галузевої належності підприємств, на яких вони працюють. Особливо актуальною стає ця проблема у світлі прийняття Трудового кодексу України.

Теоретичним підґрунтям дослідження стали наукові праці фахівців у галузі аграрного й трудового права, зокрема Н. Б. Болотіної, В. М. Єрмоленка, А. М. Земко, Т. С. Новак, О. О. Погрібного, В. І. Прокопенка, В. І. Семчика, М. В. Сторожева, Н. І. Титової, В. Ю. Уркевича, Г. І. Чанишевої, В. В. Янчука, В. З. Янчука.

**Мета статті** – дослідити проблеми правового регулювання аграрних трудових відносин. Особлива увага звертається на необхідності врахування в законодавстві специфіки, притаманної трудовим правовідносинам членів сільськогосподарських кооперативів і фермерських господарств.



На думку переважної більшості українських вчених, трудові відносини складають самостійну групу внутрішніх аграрних відносин<sup>3</sup>, що зумовлено насамперед характером сільськогосподарської праці, а також специфікою організаційно-правових форм окремих суб'єктів господарювання на селі тощо.

Розглянемо особливості, які впливають на трудові відносини в сільському господарстві. По-перше, у науковій літературі звертається увага на особливий характер сільськогосподарської праці, який проявляється насамперед у галузевій специфіці таких підприємств. Це – використання земель сільськогосподарського призначення як основного засобу виробництва, вплив на ефективність та характер такої праці погодних і кліматичних умов, її сезонний характер, неможливість завчасного визначення наслідків праці, високий рівень виробничого ризику<sup>4</sup> тощо. У свою чергу, вищезазначені обставини зумовлюють певний порядок організації та нормування праці, умови її оплати, встановлення робочого часу і часу відпочинку, особливості в охороні праці (її організації, порядку розгляду нещасних випадків на сільськогосподарських підприємствах, відшкодування шкоди, заподіяної здоров'ю сільськогосподарських працівників) тощо. Тобто головні засади сільськогосподарської праці є однаковими для працівників усіх підприємств, які здійснюють свою діяльність в аграрному секторі економіки, незалежно від їх організаційно-правової форми та форми власності.

Враховуючи те, що вищезазначені питання стосуються всіх працівників агропромислового комплексу, їх основних трудових прав та гарантій їх захисту, слід зазначити, що вони повинні регулюватися саме на законодавчому рівні. На жаль, у сучасному аграрному законодавстві немає нормативно-правового акта, який регулював би особливості праці в агропромисловому комплексі. Зважаючи на незадовільний стан нормативної бази на практиці підвищується значення колективно-договірного регулювання трудових відносин у сільському господарстві. На галузевому рівні ці відносини регулюються галузевими угодами, які укладаються між Міністерством аграрної політики та продовольства України, галузевими об'єднаннями підприємств та профспілкою працівників агропромислового комплексу України на відповідний період. У них закріплюються норми щодо нормування й оплати праці, встановлення для підприємств галузі мінімальних гарантій заробітної плати відповідно до кваліфікації на основі єдиної тарифної сітки за мінімальною межею; мінімальних розмірів доплат і надбавок з урахуванням специфіки, умов праці окремих професійних груп і категорій працівників галузі; встановлення мінімальних соціальних гарантій, компенсацій, пільг у сфері праці й зайнятості; трудових відносин; умов і охорони праці; житлово-побутового, медичного, культурного обслуговування, організації оздоровлення й відпочинку; умов зростання фонду оплати праці; встановлення міжкваліфікаційних (міжпосадових) співвідношень в оплаті праці (ст. 8 Закону України «Про колективні договори і угоди» від 1 липня 1993 р.). Цей документ практично є єдиним комплексним актом, який відбиває особливості сільськогосподарської праці. Утім зауважимо, що умови галузевої угоди обов'язкові тільки для сторін, які ведуть на підприємствах колективні переговори й укладають колективний договір. Зважаючи на те, що далеко не на кожному підприємстві такий договір укладається, велика кількість недержавних сільськогосподарських підприємств залишаються поза межами її регулювання. Тому, враховуючи все вищезазначене, слід підтримати точку зору, яка обстоюється в літературі рядом науковців щодо включення до структури Аграрного кодексу України окремого розділу, який встановлював би основні засади регулювання праці в сільськогосподарських підприємствах<sup>5</sup>.

Крім того, слід звернути увагу, що особливості правового статусу членів сільськогосподарських кооперативів та фермерських господарств також впливають на формування специфіки трудових правовідносин у цих суб'єктах господарювання. По-перше, їх члени формують відповідні фонди, беруть участь у розподілі прибутків, ризикують втратити свою частку, мають право на свою частку в разі виходу з підприємства тощо. Тому в науковій літературі їх навіть називають працюючими власниками. По-друге, вони беруть участь в управлінні справами сільськогосподарських підприємств. По-третє, повинні брати обов'язкову трудову участь у їх діяльності. Саме ці ознаки не дають можливості ототожнити членів сільськогосподарських кооперативів та фермерських господарств з найманими працівниками. Таким чином, правовий режим їхньої праці набуває істотних відмінностей порівняно з умовами, передбаченими трудовим законодавством. Саме вони й мають бути відображені у спеціальному законодавстві, яке регулює основні питання діяльності цих підприємств, а також у їх статутах<sup>6</sup>.

Законодавством України передбачена необхідність в особливому правовому регулюванні трудових відносин у сільському господарстві. Так, Кодексом законів про працю України (далі – КЗпП України) встановлено, що особливості, які існують у правовому регулюванні праці членів сільськогосподарських кооперативів та фермерських господарств, повинні визначатися законодавством та їх статутами (ч. 2 ст. 3). Як слушно зазначає В. М. Єрмоленко, КЗпП України «не може охопити своїм впливом конкретні особливості трудових відносин у різних галузях економіки України, що дає змогу виділяти специфіку умов праці у окремих різновидах трудових відносин, зокрема у аграрному секторі»<sup>7</sup>. Більше того, Законом України «Про кооперацію» від 10 липня 2003 р. передбачено, що відносини в кооперативних організаціях регулюються цим Законом, законодавством про працю, статутами кооперативних організацій та правилами їх внутрішнього розпорядку (ч. 1 ст. 34). Трудові відносини членів фермерського господарства регулюються статутом (п. 2 ст. 27 Закону України «Про фермерське господарство» від 19 червня 2003 р.). Тобто зазначені норми суперечать КЗпП України та встановлюють окреме правове регулювання вказаних відносин. Адже норми трудового законодавства мають застосовуватись тоді, коли спеціальним законодавством або локальними нормативно-правовими актами трудові відносини в цих суб'єктах господарювання не врегульовано. Крім того, як слушно зазначається в науковій літературі, автоматичне поширення норм законодавства про працю можливе лише на

ті неврегульовані спеціальним законодавством кооперативно-трудові відносини, «які мають велику схожість з аналогічними відносинами робітників та службовців і не потребують врахування своєї специфіки»<sup>8</sup>. Зауважимо, що встановлення таких особливостей не повинно погіршувати правового становища сільських працівників або сприяти зменшенню обсягу їхніх трудових прав порівняно з трудовим законодавством. При цьому гарантії щодо зайнятості, охорони праці, праці жінок, молоді, інвалідів надаються в порядку, передбаченому законодавством про працю (ст. 3 КЗпП України).

На жаль, розвиток сучасного аграрного законодавства пішов шляхом повного ігнорування особливостей, характерних для аграрних трудових відносин. Так, Закон України «Про фермерське господарство» містить лише одну статтю (27), присвячену регулюванню трудових відносин. Але в ній не встановлюється жодних особливостей для праці членів цих господарств. Закон України «Про сільськогосподарську кооперацію» від 17 липня 1997 р. включав розділ X, нормами якого регулювалися вказані відносини у кооперативах. Цей розділ складався з двох статей і закріплював право кооперативу самостійно визначати форми й систему оплати праці його членів і найманих працівників (ч. 3 ст. 35). Враховуючи, що основна мета створення і діяльності будь-якого кооперативу – це підвищення добробуту його членів, рівня їхніх соціальних прав, автор пропонував детальніше врегулювати трудові відносини в межах цього розділу<sup>9</sup>. Однак з нової редакції даного Закону від 20 листопада 2012 р. вилучено не тільки вказаний розділ, а й усі статті, які стосувалися прав та обов'язків членів сільськогосподарських виробничих кооперативів. Так, на сьогодні всупереч положенням КЗпП України, які визнають наявність особливостей у правовому регулюванні праці членів сільськогосподарських кооперативів, галузеве законодавство їх не передбачає. Цікаво, що в кооперативному законодавстві зберігається традиція «спеціального» правового регулювання трудових відносин та закріплюється обов'язок кооперативів щодо забезпечення соціально-економічних гарантій своїм членам (Закони України «Про кооперацію» (ст. 35) та «Про споживчу кооперацію» від 10 квітня 1992 р. (ст. 14).

Якщо ж звернутися до аналізу проекту Трудового кодексу України від 27 грудня 2014 р. № 1658<sup>10</sup>, то в ньому передбачено, що трудові відносини членів виробничих кооперативів і фермерських господарств, регулюються трудовим законодавством з урахуванням особливостей, установлених главою 4 цього кодексу, законами, а також статутами та правилами внутрішнього розпорядку (п. 1 ст. 311). Таким чином, особливості правового регулювання вказаних відносин встановлюються насамперед нормами трудового законодавства, а лише після цього – аграрного. Більше того, трудові відносини членів фермерських господарств регулюються нормами про трудові відносини в кооперативах (ст. 317). Як слушно зазначає Т. С. Новак, ототожнювати трудові відносини в фермерських господарствах з їх сімейно-родинним характером членства та членство у виробничих сільськогосподарських кооперативах з обов'язковою трудовою участю їх членів недоречно<sup>11</sup>. При цьому слід врахувати і новели законодавства про фермерські господарства. Так, сімейне фермерське господарство, організоване на основі діяльності фізичної особи – підприємця, у порядку, передбаченому Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про фермерське господарство» щодо стимулювання створення та діяльності сімейних фермерських господарств» від 31 березня 2016 р., характеризується практично тими ж самими ознаками, що і особисте селянське господарство: використання праці членів господарства, якими є члени однієї сім'ї відповідно до ст. 3 Сімейного кодексу України (використання найманої праці у виключних випадках (п. 1 р. 1), а також використання земель сільськогосподарського призначення, у т.ч. і для ведення особистого селянського господарства. Таким чином виникає питання, а чи мають розповсюджуватися норми трудового законодавства на такі фермерські господарства? Адже згідно з проектом Трудового кодексу України, у разі якщо роботу виконують члени особистого селянського господарства в цьому господарстві, трудове законодавство не застосовується (п. 5 ст. 5).

Викликають зауваження і положення проекту вищезазначеного кодексу, згідно з яким за рішенням загальних зборів членів кооперативу трудові відносини членів виробничих кооперативів можуть регулюватися колективним договором (п. 1 ст. 311). Нині практика укладення таких договорів є достатньо поширеною, хоча і суперечить правовій природі вказаних суб'єктів господарювання. Оскільки діючим законодавством про працю передбачено, що колективний договір укладається на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форм власності і господарювання, які використовують найману працю і мають права юридичної особи (ч. 1 ст. 11 КЗпПУ). Як зазначалось вище, члени сільськогосподарського кооперативу не є найманими працівниками і їм не потрібно узгоджувати свої інтереси у колективному договорі, відповідно і укладення таких договорів не є для них обов'язковим. Про недоцільність укладення колективних договорів у вказаних випадках зазначають і фахівці у галузі трудового права<sup>12</sup>. Але за відсутності належного правового регулювання трудових відносин на локальному рівні, така практика є єдиним джерелом захисту відповідних прав їх членів. Щодо необхідності укладення колективних договорів у сімейних фермерських господарствах, то вона взагалі уявляється досить сумнівною.

Крім того, у проекті Трудового кодексу України не враховано особливості, які існують при виникненні членських трудових відносин та відповідно їх оформленні. Зокрема не передбачена можливість укладення трудових договорів з членами сільськогосподарських кооперативів та фермерських господарств в усній формі, а також не гарантується їх укладення на невизначений строк, адже трудові відносини тісно пов'язані з членством, яке є постійним<sup>13</sup>.

Таким чином, Трудовий кодекс України має встановлювати загальні засади регулювання трудових відносин, мінімальні соціальні гарантії для всіх працівників. Наявність специфіки в сільськогосподарській праці, а також особливих суб'єктів господарювання, в яких праця поєднується із членськими відносинами

зумовлює необхідність їх врахування в аграрному законодавстві – Аграрному кодексі, відповідних аграрних законах та внутрішньо – господарських нормативно-правових актах.

- <sup>1</sup> Трудове право України : підручник. 2-ге вид., стереот. / За ред. Н. Б. Болотіної, Г. І. Чанишевої. – К. : Знання, 2001. – С. 27.
- <sup>2</sup> Прокопенко В. І. Трудове право : курс лекцій / Прокопенко В. І. – К. : Вентурі, 1996. – С. 15.
- <sup>3</sup> Аграрне право України : підруч. / за ред. В. З. Янчука. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – С. 16.
- <sup>4</sup> Аграрне право України : підруч. / за ред. О. О. Погрібного. – К. : Істина, 2004. – С. 10; Земко А. М. Роль трудових відносин в системі аграрних відносин / А. М. Земко // Правове регулювання аграрних, земельних відносин, природопользования и охраны окружающей среды в сельском хозяйстве России, Украины, Белоруссии, Казахстана, других стран СНГ и государств ЕС: состояние, проблемы, пути совершенствования : междунар. сб. науч. тр. аграр. и юрид. высш. учеб. заведений России, Украины, Белоруссии, Казахстана, других стран СНГ и государств ЕС. – М. : Рос. ассоциация аграр. и природоресурс. права, 2009. – Т. 1. – С. 281; Уркевич В. Ю. Проблеми теорії аграрних правовідносин : [моногр.] / В. Ю. Уркевич. – Х. : Харків юрид., 2007. – С. 322–377; Титова Н. І. До концепції нового – основного земельного закону України / Н. І. Титова // Правова держава : щоріч. наук. пр. ; вип. 12. – К. : ІДП НАН України. – С. 457–458. – (До 10-ї річниці незалежності України та 5-ї річниці Конституції України).
- <sup>5</sup> Аграрне право України : підруч. / за ред. В. З. Янчука. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – С. 61–62; Титова Н. І. Вказ. прац. – С. 455–459; Уркевич В. Ю. Про структуру аграрного кодексу України / Уркевич В. Ю. // Спадковість творчих ідей академіка В. З. Янчука та їх розвиток у науці аграрного і природоресурсного права : круглий стіл, присвячений 85-річчю від дня народження академіка В. З. Янчука, 27 трав. 2010 р. : зб. наук. пр. / за заг. ред. В. М. Єрмоленка, В. І. Курила. – К. : Освіта України, 2010. – С. 39 та інш.
- <sup>6</sup> Гафурова О. В. Сільськогосподарські виробничі кооперативи: права та обов'язки членів / Гафурова О. В. – К. : МАУП, 2006. – С. 93–94.
- <sup>7</sup> Єрмоленко В. М. Теоретичні проблеми аграрних майнових правовідносин : [моногр.] / В. М. Єрмоленко. – К. : Магістр-XXI сторіччя, 2008. – С. 57.
- <sup>8</sup> Сторожев Н. В. Проблеми правового регулювання трудових відносин членів колхозів в Республіці Беларусь в умовах переходу к ринку / Н. В. Сторожев, Н. И. Чечуха // Государство и право. – 1994. – № 11. – С. 65.
- <sup>9</sup> Гафурова О. В. Вказана праця. – С. 94.
- <sup>10</sup> Проект Трудового кодексу України від 27 грудня 2014 р. № 1658 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.rada.gov.ua](http://www.rada.gov.ua)
- <sup>11</sup> Гафурова О. В. Правове регулювання трудових відносин у сільському господарстві України. Монографія / О. В. Гафурова, Т. С. Новак. – К. : ЦП «Компринт», 2015. – С. 72.
- <sup>12</sup> Стичинський Б. С., Зуб І. В., Ротань В. Г. Науково-практичний коментар до законодавства України про працю. – 2-ге вид., доп. та перероб. – К. : «А.С.К.», 2000. – С. 86; Трудове право України : підручник. 2-ге вид., стереот. / За ред. Н. Б. Болотіної, Г. І. Чанишевої. – К. : Знання, 2001. – С. 458–459.
- <sup>13</sup> Гафурова О. В. Особливості правового регулювання трудових відносин у сільськогосподарських підприємствах / О. В. Гафурова // Аграрне право України : підруч. / за заг. ред. В. М. Єрмоленка. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 513.

#### Резюме

##### **Гафурова О. В. Проблеми правового регулювання аграрних трудових відносин.**

У статті досліджено проблеми правового регулювання аграрних трудових відносин. Особлива увага звертається на необхідності врахування в законодавстві специфіки, притаманної трудовим правовідносинам членів сільськогосподарських кооперативів і фермерських господарств.

**Ключові слова:** аграрні трудові правовідносини; право членства; особисте селянське господарство, фермерське господарство; сільськогосподарський кооператив; сільськогосподарська праця; сільськогосподарське підприємство.

#### Резюме

##### **Гафурова Е. В. Проблемы правового регулирования аграрных трудовых отношений.**

В статье исследованы проблемы правового регулирования аграрных трудовых отношений. Особое внимание обращается на необходимость учета в законодательстве специфики, присущей трудовым правоотношениям членов сельскохозяйственных кооперативов и фермерских хозяйств.

**Ключевые слова:** аграрные трудовые правоотношения; право членства; личное крестьянское хозяйство; фермерское хозяйство; сельскохозяйственный кооператив; сельскохозяйственный труд; сельскохозяйственное предприятие.

#### Summary

##### **Gafurova O. Problems of legal regulation of agrarian labor relations.**

In the article the problems of legal regulation of agrarian labor relations are researched. Particular attention is paid on the need to consider of a specific of the labor legal relation of agricultural cooperatives and farms members in legislation.

**Key words:** agrarian labor legal relations; membership rights; private farm; farm; agricultural labor; agricultural enterprise.

**O. NIMKO**

*Olha Nimko, Candidate of Juridical Sciences (Ph.D.),  
Associate Professor at the Law Department of the Zhytomyr National Agroecological University*

## LEGAL REGULATION OF BIOSAFETY IN UKRAINE

At the present stage of development of the Ukrainian society, there is a growing negative influence of biological factors on the population and potential for biological threats related to such factors as:

- the development of modern biotechnologies, the emergence of synthetic biology, manifestations of bioterrorism;
- the absence of clear rules of conduct necessary for activities related to genetic engineering and hazardous biological agents.

This topic is relevant due to the fact that one of the main directions of the state policy at the present stage of development of the Ukrainian society is the realization of citizens' rights as set forth in the Constitution of Ukraine and other statutory instruments<sup>1</sup>.

The scientific and theoretical background of the legislation issues concerning administrative and legal regulation includes general theoretical papers of such scholars as V. Averianov, Yu. Bytiak and L. Koval, who focus on the administrative law and other areas of law; yet their academic papers, are dedicated to the issue of administrative and legal regulation in general. Certain aspects of the issue of administrative and legal regulation in the research area are addressed in the academic papers of A. Berlach, N. Bondarchuk, L. Vasylenko, V. Kurylo and N. Frolova. Certain issues are the subject of the academic research conducted by such scholars as Yu. Kosenko, V. Lukianchuk and I. Lukianchuk.

Thus, the said issue is important and relevant as it has not been examined properly.

The term "biosafety" is defined in the Law of Ukraine "On State System of Biosafety in the Process of Production, Testing, Transportation and Management of Genetically Modified Organisms" as "the state of the human environment where there is no negative impact of its factors (biological, chemical, physical) on the biological structure and function of the human person in the present or future generations as well as no irreversible negative impact on biological objects of the natural environment (biosphere) and agricultural plants and animals"<sup>2</sup>.

The existence of a significant number of high-risk objects with exhausted technical and technological resources as well as the existence of biological centers with high concentrations of pathogenic organisms (that may cause severely hazardous infectious diseases) increase a risk of emergencies, creates a real threat to the living conditions of the population, the future social and economic development and national security of Ukraine.

The main objectives of the legislation in the sphere of biosafety in Ukraine are as follows:

- regulation of social relations which occur during any activities in the research area;
- development of legal principles of the system of administrative and legal regulation of countermeasures against negative biological factors and biological hazards;
- establishment of laws, obligations and principles of the legal liability of bodies of state power and bodies of local self-government, institutions, enterprises and organizations, corporate officers and public officials, citizens of Ukraine, foreigners and persons without citizenship as regards their activities related to the compliance with the rules of conduct when performing genetic engineering activities and working with hazardous biological agents;
- involvement of citizens and associations in the formation of state policy in the research area;
- determination of fundamental principles for protection of the population during manifestations of biological threats;
- future development of the international cooperation<sup>3</sup>.

Negative aspects of the current legislation are the reason why actions of the executive authorities are not regulated properly and they enact a number of controversial and non-constitutional statutory instruments which make the imperfect legal regulation of different spheres of life even more complicated<sup>4</sup>.

The mechanism of legal regulation in the sphere of biosafety consists of the following elements:

- norms of law – compulsory rules of conduct established to regulate social relations;
- legal relationship – voluntary social relations that occur by virtue of the norms of law in the research area;
- realization of the norms of law – the process of actual realization of certain instructions set in the norms of law in relation to particular subjects<sup>5</sup>.

In Ukraine, the state regulation in the sphere of biosafety is carried out by the authorities of general competence as well as by the authorities of special competence.

The legislative, executive and judicial authorities exercise their powers within limits specified in the Constitution and the laws of Ukraine (Part 2, Article 6 of the Constitution of Ukraine)<sup>6</sup>.

Article 19 of the Constitution of Ukraine reads that bodies of state power and bodies of local self-government are obliged to act only on the grounds, within the limits of authority, and in the manner envisaged by the Constitution and the laws of Ukraine<sup>7</sup>.

The issues that concern dealing with genetically modified organisms, state support of research projects in the sphere of genetic engineering alongside with scientific and practical research in the sphere of biological and genetic safety, and mechanisms of safe practical application of genetically modified organisms are not sufficiently regulated. In fact, the government does not coordinate the activities of central executive bodies in dealing with genetically modified organisms and genetic engineering.

It is necessary to improve the program for biosafety and prevention of biological terrorism as well as the national system of countermeasures against biohazards, particularly in terms of creation of automated and integrated databases of potential biological and chemical hazards.

The laboratories that work with extremely hazardous pathogens of infectious diseases and store collections of such pathogens require better funding and maintenance support. The staff's professional skills deteriorate, and there occur violations of anti-epidemic regime and sanitary standards during the production, processing, circulation and utilization of biological agents.

Such factors as the reduced state control and supervision in the sphere of biological safety, particularly in the process of changing ownership of high-risk objects, the imperfect organization of protection of pathogenic microorganisms and strains of hazardous and extremely hazardous infectious diseases, that are kept in microbiological laboratories, increase risks of an unauthorized access or release of pathogenic microorganisms into the environment, which can lead to large-scale outbreaks of infectious diseases<sup>8</sup>.

According to Article 7 of the Law of Ukraine "On the Fundamentals of National Security of Ukraine", the following factors constitute a menace to the national interests and security of Ukraine:

- the uncontrolled import into Ukraine of ecologically dangerous technologies, substances, materials, transgenic plants and pathogenic agents, dangerous to humans, animals, plants and organisms;
- growing risks of emergency situations of anthropogenic and natural character;
- the threat of biological terrorism;
- the intensification of the impact of harmful genetic effects in populations of living organisms, particularly in terms of genetically modified organisms and biotechnologies;
- ecologically unreasonable application of genetically modified plants, organisms, substances and related products.

One of the most important means of realization of the state biosafety policy is the development of efficient laws and regulations that can ensure the rule of biosafety law. The rule of biosafety law cannot exist without a well-functioning system of legal liability<sup>9</sup>.

The liability for violation of the biosafety laws can be classified in several different ways. For instance, there are positive and retrospective liabilities<sup>10</sup>.

The legal liability for violation of the biosafety laws performs the following functions:

1. Enforcement function provides security and maintenance of the proper biosafety conditions.
2. Preventive function lies in the prevention of new violations and precautionary measures.
3. Compensatory function is aimed at the reparation and compensation of damages.
4. Promotional function helps to promote the implementation of and compliance with the statutory requirements by all citizens and legal entities, regardless of their form of ownership.
5. Educational function is a means to educate people, to enhance personal culture and to create confidence in the stability of current public order as well as in the protection of their rights and interests.
6. Punitive function lies in the restriction of rights and freedoms of the offender or in the imposition of additional obligations on him; it leads to negative consequences<sup>11</sup>.

Furthermore, Article 22 of the Law of Ukraine "On Removal from Circulation, Processing, Utilization, Destruction or Further Use of Products of Poor Quality or Unsafe Products" states that persons who are guilty of violations of laws concerning the removal from circulation, processing, utilization, destruction or further use of products of poor quality or unsafe products shall bear disciplinary, administrative, civil or criminal liability in accordance with the law.

Article 64 of the Law of Ukraine "On Basic Principles and Requirements for Safety and Quality of Food Products" establishes liability of market operators for legislation violations and noncompliance with certain quality standards of food products, namely for:

- 1) noncompliance with legal requirements for safety and certain quality standards of food products regarding hygienic requirements for foodstuffs at all stages of production and circulation, including admission of persons, who have contraindications for work with foodstuffs and whose presence may lead to the production and/or circulation of dangerous foodstuffs, to the process of production and/or circulation of foodstuffs;
- 2) producing or storing foodstuffs in facilities that are not registered in accordance with the law;
- 3) producing or storing foodstuffs without an operation permit, if it is statutory required to obtain one;
- 4) noncompliance with an obligation to implement permanent procedures based on the principles of the hazard analysis and critical control point system at production facilities;
- 5) realization of mislabeled foodstuffs;
- 6) violation of traceability requirements;
- 7) noncompliance with an obligation to recall dangerous foodstuffs or remove them from circulation;
- 8) use of unregistered auxiliary processing materials and unregistered materials which contact with foodstuffs;
- 9) realization of unregistered objects of sanitary measures;

- 10) circulation of foodstuffs unsuitable for consumption;
- 11) violations of parameters' values for safety of objects of sanitary measures set forth in the laws on safety and certain quality standards of food products;
- 12) non-fulfillment of legal requirements (decisions) made by officials of the competent authority to remedy violations of laws about safety and certain quality standards of food products within the terms coordinated with the competent authority;
- 13) non-fulfillment of legal requirements (decisions) made by officials of the competent authority to destroy food products and auxiliary processing materials that are dangerous for human consumption or other use;
- 14) concealment (failure to provide) or refusal to provide information, and provision of inaccurate information in response to a request of officials of the competent authority;
- 15) refusal to allow officials of the competent authority to conduct the state control.

Article 166-22 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses envisages administrative liability for legislation violations and noncompliance with certain quality standards of food products.

Officials of the executive bodies bear liability in accordance with the law as regards removal of low-quality and dangerous products from circulation and their further use.

The main statutory instruments in the sphere of circulation of animal source foods are the Constitution of Ukraine, the Law of Ukraine "On Basic Principles and Requirements for Safety and Quality of Food Products", the Law of Ukraine "On State Regulation of Import of Agricultural Products", the Law of Ukraine "On State System of Biosafety in the Process of Production, Testing, Transportation and Management of Genetically Modified Organisms", the Law of Ukraine "On Protection of Consumer Rights", the Law of Ukraine "On Veterinary Medicine", the Law of Ukraine "On Sanitary and Epidemiological Provision of Population", the Law of Ukraine "On Protection of Population against Infectious Diseases" and the Law of Ukraine "On Removal from Circulation, Processing, Utilization, Destruction or Further Use of Products of Poor Quality or Unsafe Products".

The provisions of Article 35 of the Law of Ukraine "On Safety and Quality of Food Products" which were put off in 2010 and which prohibited to sell raw milk, homemade cheese, whole carcasses and parts of even-toed ungulates and other ungulates of home slaughter at agro food markets, came into force on 01 January 2015.

Thus, from 01 January 2015 up to the date when the Law of Ukraine "On Basic Principles and Requirements for Safety and Quality of Food Products" came into force, that is, during almost 10 months, it was prohibited to sell livestock of home slaughter, milk and homemade cheese at agro food markets.

Meanwhile, the Law of Ukraine "On Basic Principles and Requirements for Safety and Quality of Food Products", that came into force on 20 September 2015, regulates issues concerning the sale of raw milk, homemade cheese, whole carcasses and parts of even-toed ungulates and other ungulates of home slaughter at agro food markets, taking into account the provisions of the European law.

Article 36 of the Law of Ukraine "On Basic Principles and Requirements for Safety and Quality of Food Products" (as amended) reads that "Whole carcasses and parts of even-toed ungulates and other ungulates, poultry, rabbits and small wild animals, fish, honey, eggs, raw milk, homemade cheese and plant products can be sold at agro food markets if their suitability for consumption is verified due to results of the examination carried out by a certified laboratory of the agro food market and a state inspector who works at the same market. Non-domestic food products accompanied by documents that provide their traceability are not subject to the said examination".

The requirement to verify the suitability of foodstuffs intended for sale at agro food markets by obtaining results of the examination carried out by a certified laboratory will make it possible to secure consumers against products of poor quality and to comply with the Ukraine-EU Association Agreement.

Article 35 of the Law of Ukraine "On Safety and Quality of Food Products" that came into force on 01 January 2015 is presented in the amended Article 36 of the new Law of Ukraine "On Basic Principles and Requirements for Safety and Quality of Food Products".

That means of solving the problem managed to adapt provisions of the Ukrainian statutory instruments to the requirements of the European Union law, which made it possible to avoid social tension and protest moods among private households.

All the above leads to the conclusion that the current condition of biosafety does not meet the national interests and requirements of the national security of Ukraine; it does not provide effective countermeasures against biohazards that may endanger the population, agriculture, environment, etc.

The high-priority objectives of the executive authorities include taking systemic measures for effective organization of the state biosafety system, countering manifestations of bioterrorism, protecting the population against uncontrolled and illegal dissemination of genetically modified organisms and preserving the healthy and safe environment.

Countering negative impact of biological factors and hazards is complicated by the imperfection of corresponding statutory instruments in Ukraine and absence of a system of standards or certified research methods in this sphere, etc.

---

<sup>1</sup> Німко О. Б. Державне регулювання забезпечення соціальним житлом: правові та організаційні засади / О. Б. Німко // Техніка и технология. Современные тенденции в науке и образовании / Inżynieria i technologia. Współczesne tendencje w nauce i edukacji (29.01.2013 – 31.01.2013) – Kraków, 2013. – С. 5–8.

<sup>2</sup> Supreme Council of Ukraine (2015) “*On State System of Biosafety in the Process of Production, Testing, Transportation and Management of Genetically Modified Organisms*” [“Pro derzhavnu systemu biobezpeky pry stvorenni, vyprovuvanni, transportuvanni ta vykorystanni henetychno modyfikovanykh orhanizmiv”], available at: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/ru/1103-16>

<sup>3</sup> Німко О. Б. Міжнародне співробітництво та адміністративно-правове регулювання атомної енергетики в Україні та світі / О. Б. Німко // Часопис Київського університету права : український науково-теоретичний часопис. – 2016. – № 2. – С. 276–281.

<sup>4</sup> Василенко Л. П. Правові проблеми діяльності органів виконавчої влади з питань екології: монографія / Л. П. Василенко. – Житомир: Житомирський національний агроєкологічний університет, 2014. – 167 с.

<sup>5</sup> Німко О. Б. Механізм правового регулювання організації та проведення земельних аукціонів в Україні / О. Б. Німко // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10. – С. 130–132.

<sup>6</sup> Німко О. Б. Проблемні питання законодавства, що регулює встановлення внесків загальнообов’язкового державного соціального пенсійного страхування фізичними особами – суб’єктами підприємницької діяльності, які обрали особливий спосіб оподаткування / О. Б. Німко // Наукові праці Національного авіаційного університету. Серія : Юридичний вісник «Повітряне і космічне право». – № 4 (17). – 2010. – С. 97–101.

<sup>7</sup> Німко О. Б. Правові засади державного регулювання здійснення оціночної діяльності для цілей оподаткування / О. Б. Німко // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Научный журнал. Серия: Юридические науки. – № 4. – Симферополь, 2012. – С. 292–295.

<sup>8</sup> National Security and Defense Council of Ukraine (2009) “*On Biological Safety of Ukraine*”, available at: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/ru/n0003525-09>

<sup>9</sup> Німко О. Б. Адміністративна відповідальність у сфері охорони навколишнього природного середовища / О. Б. Німко // Наукові читання – 2013 : наук.-теорет. зб. / ЖНАЕУ. – Житомир : ЖНАЕУ, 2013. – Т. 1. – С. 185–187.

<sup>10</sup> Бондарчук Н. В. Поняття, ознаки та види юридичної відповідальності за порушення природоресурсного законодавства // Сучасні тенденції розбудови правової держави в Україні та світі : Зб. наук. статей за матеріалами II Міжнар. наук.-практ. конф. (Житомир, 10 квітня 2014 р.) / Мін-во аграрної політики та прод-ва України; Жит. нац. агроєкологічний ун-т. – Ж.: ЖНАЕУ, 2014 – 356 с. – С. 255–257. – С. 256.

<sup>11</sup> Юридична відповідальність за порушення природоресурсного законодавства України : монографія / О. Б. Німко, Н. В. Бондарчук, Р. Д. Ляшенко [та ін.]; за заг. ред. О. Б. Німко. – Житомир : ЖНАЕУ, 2016. – 208 с.

#### Резюме

##### **Німко О. Правове регулювання біологічної безпеки в Україні.**

В статті досліджено правове регулювання біологічної безпеки в Україні. Наведено фактори, які впливають на виникнення загроз біологічного походження, окреслено основні завдання законодавства у сфері біологічної безпеки в Україні, механізм правового регулювання у сфері біобезпеки, його недоліки. Досліджено види юридичної відповідальності у сфері біобезпеки.

**Ключові слова:** правове регулювання біологічної безпеки, біологічна безпека, загрози біологічного походження, юридична відповідальності у сфері біобезпеки.

#### Резюме

##### **Німко О. Правовое регулирование биологической безопасности в Украине.**

В статье исследовано правовое регулирование биологической безопасности в Украине. Приведены факторы, влияющие на возникновение угроз биологического происхождения, определены основные задачи законодательства в сфере биологической безопасности в Украине, механизм правового регулирования в сфере биобезопасности, его недостатки. Исследованы виды юридической ответственности в сфере биобезопасности.

**Ключевые слова:** правовое регулирование биологической безопасности, биологическая безопасность, угрозы биологического происхождения, юридическая ответственность в сфере биобезопасности.

#### Summary

##### **Nimko O. Legal regulation of biosafety in Ukraine.**

The article deals with the legal regulation of biosafety in Ukraine. It covers the factors that influence the emergence of biological hazards and presents the main objectives of the legislation in the sphere of biosafety in Ukraine, the mechanism of legal regulation in the sphere of biosafety and its shortcomings. It examines the types of legal liability in the sphere of biosafety.

**Key words:** legal regulation of biosafety in Ukraine, biological safety, biological hazards, legal liability in the sphere of biosafety.

**Е. В. ПОЗНЯК**

*Еліна Владиславівна Позняк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, психолог*

## ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ЕКОЛОГО-ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ ТУРИЗМУ В УКРАЇНІ

Одним із засобів пізнання людиною навколишнього світу є туризм, здійснення переважної більшості видів якого неможливе без використання навколишнього природного середовища, природних комплексів, ландшафтів та екосистем, окремих природних ресурсів, їх корисних властивостей. Організація та провадження туроператорської діяльності є видом підприємницької діяльності та важливою гарантією розвитку екологічної культури людини і суспільства, тому нормативно-правовому регулюванню<sup>1</sup> відносин із здійснення туризму притаманний комплексний характер.

Правові, філософські, соціальні, психологічні, економічні, організаційні, власне екологічні та інші проблеми екологічної та еколого-правової культури досліджували такі вчені радянського періоду та сьогодення, як В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, Б. В. Єрофєєв, С. М. Кравченко, О. І. Казанник, В. В. Костицький, М. В. Краснова, В. С. Крисаченко, А. М. Львовичкіна, Н. Р. Малишева, В. В. Петров, М. Ф. Реймерс, Ю. С. Шемшученко та ін. Правові, соціальні, культурологічні аспекти туризму розглядаються у дослідженнях таких науковців, як Ю. В. Вишневська, І. М. Голубець, В. О. Квартальнов, Н. А. Опанасюк, О. С. Семенець та ін. Даної проблематики торкалась і автор цієї статті<sup>2</sup>.

**Метою** даного дослідження є виявлення науково-теоретичних та правових підходів до розуміння туризму як важливого чинника формування еколого-правової культури та інструмента національної екологічної політики, а також внесення пропозицій з удосконалення чинного законодавства з метою підвищення рівня еколого-правової культури туризму в суспільстві з урахуванням участі нашої держави в міжнародних інтеграційних процесах. Розкриттю мети дослідження сприяло розв'язання таких завдань, як: проведення аналізу наукових підходів, політико-концептуальних документів, джерел міжнародного та європейського екологічного права, національного законодавства стосовно регулювання екологічних відносин у сфері розвитку еколого-правової культури туризму в її духовному та матеріальному вимірі.

Про туризм як культурну практику, а згодом і культурну індустрію, вчені починають вести мову в ХХ ст., хоча його витоки, процес інституалізації розпочинається з кінця ХІХ ст.<sup>3</sup>, а до кінця ХХ ст. туризм, переважно екологічний, став нормою життя сучасної людини<sup>4</sup>. Швидко зростаючий попит відпочинку на природі, що визначається збільшенням невідповідності середовища проживання сучасної людини її фізіологічним та психологічним потребам, став головною рушійною силою бурхливого розвитку сільського туризму<sup>5</sup>, а також «зеленого» та екотуризму.

Питання, які порушуються сьогодні науковцями, стосуються проблем негативного впливу туризму на природне середовище, використання туризму як виховного чинника стосовно екологічної культури, формування засобами туристичної діяльності екофільної поведінки, здатної запобігти руйнуванню природного середовища і знищенню природних, культурно-мистецьких пам'яток<sup>6</sup>, а також розвитку належного правового регулювання відносин із здійснення туризму на засадах еколого-правової культури й свідомості та в руслі національної екологічної політики України. Культурі для того, щоб бути повністю витребуваною в усьому світі, потрібна підтримка і з боку туризму, а туризму для його розквіту необхідна культурна складова<sup>7</sup>, що свідчить про їх взаємозалежність та взаємообумовленість з позиції ціннісного підходу.

Виходячи з діалектичної єдності духовного і практичного (матеріального), що виявляється в освоєнні природи з урахуванням відповідної шкали цінностей з точки зору задоволення екологічних потреб суспільства<sup>8</sup>, формування духовної та матеріальної екологічної культури значною мірою залежить від природного рекреаційно-туристичного потенціалу нашої держави. Туризм є засобом і водночас наслідком реалізації людиною і громадянином конституційних прав на свободу пересування, права вільно залишати територію України й повертатися до неї, на відпочинок, охорону здоров'я, безпечно для життя і здоров'я довкілля, задоволення духовних потреб, участь у культурному житті, а також права на доступ до культурних цінностей тощо. Праву на туризм притаманні й риси природних прав (пов'язане з особистою свободою людини, вільним вибором напрямів, форм і видів свого подорожування), культурних (в контексті сприяння розвитку людської особистості, підвищення культурного рівня людини й суспільства в цілому), екологічних (базується значною мірою на природно-кліматичних ресурсах, залежить від екологічного стану в місці чи країні перебування тощо) і політичних (пов'язане з перетином державного кордону)<sup>9</sup>.

У науковій літературі зазначається про наявність загального та спеціального правових режимів природно-рекреаційних туристичних ресурсів: загальний правовий режим поширюється на земельні, водні, лісові,



гірські, рослинні, тваринні ресурси, рекреаційні зони та нематеріалізовані природні ресурси – атмосферне повітря, клімат; спеціальний правовий режим, притаманний природним ресурсам, які використовуються для певних видів туризму або для тих, які мають особливий статус, наприклад, об'єкти природно-заповідного фонду чи культурної спадщини<sup>10</sup>. З метою розвитку екологічної культури завдяки здійсненню туризму використовуються передусім природні ресурси й фактори комплексних об'єктів використання та охорони, кожному з яких притаманний особливий природоохоронний правовий режим: природно-заповідних, рекреаційних, курортно-оздоровчих зон, територій та об'єктів<sup>11</sup>; об'єктів культурної спадщини та природних ареалів<sup>12</sup>.

Виходячи з цього, еколого-правові норми про використання природних ресурсів і комплексів з туристичною метою є одним із проявів еколого-правової культури в суспільстві й державі, оскільки вони відображають сучасний рівень еколого-правової культури туризму. Законодавчу основу здійснення туризму становлять ст.ст. 11, 13, 14, 16, 23, 49, 50, 66, 92 та інші Конституції України, які визначають його загальні еколого-правові, культурологічні, естетичні та інші засади. Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р. наведено визначення рекреаційних зон як ділянок суші і водного простору, призначених для організованого масового відпочинку населення і туризму (ч. 1 ст. 63).

Законом України «Про природно-заповідний фонд України» від 16 червня 1992 р. встановлено заборони на здійснення будь-якої господарської та іншої діяльності, що суперечить цільовому призначенню природного заповідника, порушує природний розвиток процесів та явищ або створює загрозу шкідливого впливу на його природні комплекси та об'єкти, зокрема туризму (ч. 1 ст. 16). До основних завдань, які покладаються на національні природні та регіональні ландшафтні парки, даним Законом віднесено створення умов для організованого та ефективного туризму, відпочинку й інших видів рекреаційної діяльності в природних умовах з додержанням режиму охорони заповідних природних комплексів та об'єктів (ч. 4 ст. 20 та ч. 4 ст. 23 відповідно). Землі рекреаційного призначення, які використовуються для організації масового відпочинку населення і туризму та проведення спортивних заходів, згідно із Законом України «Про екологічну мережу України» від 24 червня 2004 р. відносять до складових структурних елементів екомережі (п. «д» ч. 1 ст. 5).

У частині використання й охорони об'єктів культурної спадщини, використання лікувальних ресурсів курортів та лікувально-оздоровчих зон і територій також передбачається рекреаційне природокористування, а отже, і з туристичною метою. Про це свідчить аналіз положень Законів України «Про охорону культурної спадщини» від 8 червня 2000 р. та «Про курорти» від 5 жовтня 2000 року.

Природний туристичний потенціал інших природних ресурсів, виходячи з їх диференційного правового режиму використання, охорони та відтворення, також є чинником підвищення загальної культури громадян і суспільства та екологічної культури зокрема. З огляду на положення окремих джерел природоресурсного права у складі екологічного, зайняття туризмом також розглядається як вид рекреаційної діяльності.

Так, відповідно до ст. 50 Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 р. до земель рекреаційного призначення належать землі, які використовуються для організації відпочинку населення, туризму та проведення спортивних заходів. До складу земель зазначеної правової категорії належать земельні ділянки зелених зон і зелених насаджень міст та інших населених пунктів, навчально-туристських та екологічних стежок, маркованих трас, земельні ділянки, зайняті територіями будинків відпочинку, пансіонатів, об'єктів фізичної культури і спорту, туристичних баз, кемпінгів, яхт-клубів, стаціонарних і наметових туристично-оздоровчих таборів, будинків рибалок і мисливців, дитячих туристичних станцій, дитячих та спортивних таборів, інших аналогічних об'єктів, а також земельні ділянки, надані для дачного будівництва і спорудження інших об'єктів стаціонарної рекреації (ст. 51). Для культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних і туристичних та інших цілей, громадянам та юридичним особам органами виконавчої влади або органами місцевого самоврядування із земель водного фонду можуть передаватися на умовах оренди земельні ділянки прибережних захисних смуг, смуг відведення і берегових смуг водних шляхів, озера, водосховища, інші водойми, болота та острови (ч. 4 ст. 59).

Згідно з ч. 1 ст. 51 Водного кодексу України від 6 червня 1995 р. у користування на умовах оренди для культурно-оздоровчих, лікувальних, рекреаційних, спортивних і туристичних та інших цілей можуть надаватися водосховища (крім водосховищ комплексного призначення), ставки, озера та замкнені природні водойми. Для культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних і туристичних цілей підприємствам, установам, організаціям, об'єднанням громадян, релігійним організаціям, громадянам України, іноземцям та особам без громадянства, іноземним юридичним особам також можуть надаватися у тимчасове користування за погодженням з постійними користувачами земельні ділянки прибережних захисних смуг, смуг відведення та берегових смуг водних шляхів (ч. 3 ст. 85).

Рамковою конвенцією ООН про охорону та сталий розвиток Карпат від 22 травня 2003 р., ратифікованою Законом України від 7 квітня 2004 р., туризм віднесено до окремих напрямів державної політики. Сторони вживають відповідних заходів для включення цілей збереження та сталого використання біологічного й ландшафтного різноманіття до окремих напрямів державної політики, серед яких зазначено туризм (ч. 6 ст. 4). Сторони проводять політику планування і розвитку щодо сталого транспорту та інфраструктури з урахуванням особливостей тих територій, що мають особливе значення для туризму (ч. 1 ст. 8). Окремою статтею даної Конвенції розкрито зміст поняття сталого туризму як елемента культури. Так, Сторони вживають заходів для сприяння сталому туризму в Карпатах, який приносить користь для місцевого населення та базується на неповторній природі, ландшафтах і культурній спадщині Карпат, та посилюють з цією метою співпрацю. Сторони проводять політику, спрямовану на сприяння транскордонній співпраці для підтримки роз-

витку сталого туризму, розробляючи координовані або спільні плани управління транскордонними чи прикордонними природоохоронними територіями та іншими об'єктами, що становлять інтерес для туризму (чч. 1, 2 ст. 9).

Положення зазначеної конвенції вплинули на зміст Лісового кодексу України в редакції Закону України від 8 лютого 2006 р., зокрема в частині розвитку сталого лісокористування й сталого туризму. У ч. 3 ст. 18 закріплюється можливість довгострокового тимчасового користування лісами й лісовими ділянками для культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних, туристичних, освітньо-виховних та інших цілей. У порядку спеціального використання можуть здійснюватися такі види використання лісових ресурсів, як використання корисних властивостей лісів для культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних, туристичних і освітньо-виховних цілей, з урахуванням вимог щодо збереження лісового середовища й природних ландшафтів з додержанням правил архітектурного планування приміських зон і санітарних вимог (п. 4 ч. 1 ст. 67, ч. 1 ст. 74). Використання корисних властивостей лісів для культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних, туристичних і освітньо-виховних цілей регулюється нормативно-правовими актами з ведення лісового господарства відповідно до ч. 1 ст. 37 Лісового кодексу України.

У Законі України «Про тваринний світ» від 13 грудня 2001 р. зазначається, що під час розроблення туристичних маршрутів та організації місць відпочинку населення повинні передбачатися і здійснюватися заходи щодо збереження середовища існування та умов розмноження тварин, забезпечення недоторканності ділянок, що становлять особливу цінність для збереження тваринного світу (ч. 2 ст. 39).

З метою відвернення і зменшення забруднення атмосферного повітря транспортними та іншими пересувними засобами і установками впливу пов'язаних з ними фізичних факторів згідно з ч. 1 ст. 17 Закону України «Про охорону атмосферного повітря» в редакції Закону України від 21 червня 2001 р. здійснюються: обмеження в'їзду автомобільного транспорту та інших транспортних засобів та установок у сельбищні, курортні, лікувально-оздоровчі, рекреаційні та природно-заповідні зони, місця масового відпочинку та туризму.

На розвиток еколого-правової культури туризму у розрізі вдосконалення чинного законодавства значною мірою впливають політико-правові документи концептуального характеру. Наприкінці 90-х рр. минулого століття на рівні політико-концептуального забезпечення туризму Основними напрямками розвитку туризму в Україні до 2010 р., схваленими Указом Президента України від 10 серпня 1999 р. № 973/99, було запроваджено підхід до розуміння туризму як високорентабельної галузі економіки, важливого засобу культурного та духовного виховання громадян України, відтворення їх трудового потенціалу (абз. 5 п. 1). Метою розвитку туризму в Україні передбачалось створення сприятливого організаційно-правового й економічного середовища для розвитку цієї галузі, формування конкурентоспроможного на світовому ринку вітчизняного туристичного продукту на основі ефективного використання природного та історико-культурного потенціалу України, забезпечення її соціально-економічних інтересів і екологічної безпеки (абз. 1 п. 2).

Прийнято було і Державну програму розвитку туризму на 2002–2010 роки, затверджену постановою Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2002 р. № 583, в якій зазначалось про те, що важливими факторами розвитку туристичної галузі є природно-рекреаційний та історико-культурний потенціал країни (розділ «Загальні положення»). Туризм розглядався як вид економічної діяльності та важливий соціальний інститут, що має чітку орієнтацію на використання природних ресурсів та культурної спадщини. Важливим його напрямом є ефективне й раціональне використання природних ресурсів та об'єктів культурної спадщини з одночасним їх збереженням і відновленням, профілактика та мінімізація негативного впливу туристичної діяльності на навколишнє природне середовище (розділ «Мета і основні завдання Програми»). Передбачалось створення сприятливих умов, відповідної інфраструктури та нових туристичних маршрутів для розвитку перспективних тематичних напрямів туризму, зокрема екстремального, культурно-пізнавального, мисливського та рибальського, підводного, релігійного, спортивно-оздоровчого, яхтового, круїзного та інших.

Стратегією розвитку туризму і курортів, схваленою розпорядженням Кабінету Міністрів України від 6 серпня 2008 р. № 1088-р, передбачалось: сприяння вихованню дітей і молоді на засадах патріотизму, любові до України, поваги до народних звичаїв, традицій, культурних цінностей Українського народу, інших націй і народів, до природи; забезпечення розвитку міжнародного співробітництва у сфері туризму і курортів, формування позитивного туристичного та санаторно-курортного іміджу держави (розділ «Мета і завдання Стратегії»). Реалізація Стратегії мала сприяти: створенню умов для розвитку окремих територій, своєчасного і комплексного вирішення проблем охорони навколишнього природного середовища; відродженню національної культури та народних ремесел, формуванню національної самосвідомості та вихованню молоді на засадах патріотизму; збереженню й відновленню унікальних природних та історико-культурних ресурсів, історичних місць України, залученню інвестицій у розвиток інженерно-транспортної та комунальної інфраструктури; істотному поліпшенню стану навколишнього природного середовища на територіях об'єктів туристичної та курортної інфраструктури; охороні й збереженню природних об'єктів та екосистем на територіях, де розташовується більшість курортних і туристичних об'єктів (розділ «Очікувані результати»).

Завданням цілком відповідають положення Стратегії державної екологічної політики України, затвердженої Законом України «Про основні напрями (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року» від 21 грудня 2010 року. Завданнями у галузі туризму та рекреації визначено: впровадження до 2015 р. систем екологічного управління та посилення державного екологічного контролю за об'єктами туристичного, рекреаційного призначення і готельно-ресторанного бізнесу, розвиток екологіч-

ного туризму та екологічно орієнтованої рекреації; розроблення на першому етапі економічних важелів сприяння розвитку екологічного та зеленого туризму (Ціль 4 «Інтеграція екологічної політики та вдосконалення системи інтегрованого екологічного управління»).

Цілком логічно, що наведені вище стратегічні цілі національної екологічної політики мають бути уточнені та розвинуті в Програмі популяризації України у світі та просування інтересів нашої країни у світовому інформаційному просторі, Програмі розвитку туризму, при проведенні Реформи державної політики у сфері культури, розробка яких означена за вектором гордості в рамках Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020», схваленої Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015. Для цього передбачається, зокрема, забезпечення: збільшення та оптимізації присутності України на міжнародних заходах та майданчиках; присутності у міжнародному академічному, культурному та громадському середовищі; формування і просування бренд-меседжів про Україну: Україна – країна, приваблива для туризму, Україна – країна із визначними культурними та історичними традиціями (розділ 3).

Нині завдяки процесам гармонізації, адаптації та конвергенції європейських і національних підходів у рамках розвитку екологічної політики України та ЄС наразі відбувається процес формування єдиного культурного простору для країн ЄС та України. На рівні європейського регіонального співробітництва це відображено в Угоді про асоціацію між Україною, з одного боку, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їх державами-членами, з другого боку, ратифікованій Законом України від 16 вересня 2014 року. Даною Угодою передбачаються основні напрями співпраці в економічній, політичній, правовій, екологічній, соціальній сферах, зокрема передбачаються окремі глави: «Туризм» (гл. 16), «Навколишнє середовище» (гл. 6) та «Культура» (гл. 24).

Важливість культурної спадщини, а також чітка взаємодія між туризмом та захистом навколишнього середовища визначені принципами, на яких ґрунтуватиметься співробітництво на двосторонньому, регіональному і європейському рівнях (пп. «b» і «c» ч. 1 ст. 400 гл. 16). Одним із напрямів співробітництва сторін у сфері туризму є встановлення стратегічного партнерства між державними, приватними та суспільними інтересами з метою забезпечення сталого розвитку туризму (п. «b» ст. 401 гл. 16).

На виконання зазначеної Угоди в нашій державі прийнято План заходів з імплементації Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з другої сторони, на 2014–2017 роки, затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2014 р. № 847-р.

Про залежність туризму від рівня екологічної культури та рівня екологічної культури від особливостей здійснення туризму й організації туристичної діяльності свідчать положення Закону України «Про туризм» в редакції Закону України від 18 листопада 2003 р., спрямованого на забезпечення закріплених Конституцією України прав громадян на відпочинок, свободу пересування, охорону здоров'я, на безпечне для життя і здоров'я довкілля, задоволення духовних потреб та інших прав при здійсненні туристичних подорожей. Він встановлює засади раціонального використання туристичних ресурсів та регулює відносини, пов'язані з організацією і здійсненням туризму на території України.

Згідно з ч. 4 ст. 4 Закону України «Про туризм» передбачено види туризму, частина з яких базується на засадах формування екологічної культури, створює культурно-пізнавальні гарантії ефективності реалізації правових норм, це: культурно-пізнавальний; лікувально-оздоровчий; спортивний; релігійний; екологічний (зелений); сільський; підводний; гірський; пригодницький; мисливський; автомобільний; самодіяльний тощо. Кожен із перелічених видів туризму поєднаний з використанням певних природних ресурсів та комплексів, однак на рівні правового регулювання здійснення кожного з них існує проблема недостатнього правового забезпечення. Це, в свою чергу, впливає на повноту реалізації громадянами своїх суб'єктивних екологічних та інших прав і інтересів, особливо у сфері рекреаційного природокористування, забезпечення екологічної безпеки, вільного доступу до екологічної інформації, у контексті реалізації права на екологічну освіту, на відпочинок тощо. Наприклад, попри численні пропозиції вчених та громадськості стосовно прийняття окремого закону про сільський туризм, розгляд Верховною Радою України такого законопроекту, закон до цього часу не прийнято.

Останнім часом ознак еколого-культурного туризму набувають все нові й нові види туризму, що потребує подальшого розвитку правового забезпечення цих відносин. Н. Р. Малишева звертає увагу, що швидше, ніж передбачалося, в XXI ст. починає розвиватись абсолютно нове явище, яке отримало назву «космічний туризм», коли в космічному середовищі можуть опинитись не лише професіональні космонавти, що пройшли необхідну підготовку, а й звичайні люди, організм яких не пристосований до перебування у космічному, значною мірою «ворожому» для них середовищі<sup>13</sup>. З часом і наша держава потребуватиме правового забезпечення здійснення космічних туристичних подорожей.

З метою кращої інтеграції нашої держави в міжнародний простір, на думку Ю. В. Вишневської, слід переглянути національну нормативно-правову базу туристичної сфери України<sup>14</sup>. У цьому сенсі не лише науковий, а й цілком практичний інтерес становлять Рекомендації парламентських слухань на тему: «Розвиток туристичної індустрії як інструмент економічного розвитку та інвестиційної привабливості України», схвалені постановою Верховної Ради України від 13 липня 2016 р. № 1460-VIII, врахування яких у законотворчій, управлінській та іншій діяльності сприятиме розвитку еколого-правової культури туристів і рекреантів.

У даних Рекомендаціях парламентських слухань на виконання зазначеної вище Угоди про асоціацію пропонується здійснити ряд важливих заходів, серед яких наступні: прийняти нову редакцію Закону України

«Про туризм»; забезпечити виконання плану імплементації директиви Ради ЄС від 13 червня 1990 р. № 90/314/ЄЕС про організовані туристичні подорожі, відпочинок з повним комплексом послуг та комплексні турне; створити туристичний веб-портал «Visit Ukraine» з поданням у єдиному форматі достовірної й актуальної інформації про туристичні можливості регіонів та міст України; забезпечити підготовку Державного кадастру природних курортних територій України; розробити мережу маршрутів з відвідуванням об'єктів природно-заповідного фонду України міжнародного значення, у тому числі реєстр об'єктів з підвищеним туристичним потенціалом; вдосконалити регулювання діяльності власників агросадиб, які надають послуги у сфері сільського туризму; створити інтерактивну базу даних, що включатиме інформацію про всі туристичні та рекреаційні ресурси України, придатні для використання у сфері туризму, у тому числі про об'єкти історико-культурної спадщини та природно-заповідного фонду, рекомендовані для відвідування туристами, з метою формування національної мережі туристично-екскурсійних маршрутів; розробити та затвердити план заходів з розвитку пріоритетних видів туризму (історико-культурного, ділового, конгресного, медичного, спортивного, винного, гастрономічного тощо); забезпечити розроблення національної мережі туристичних брендів України (області, райони та міста) та ін.

Не менш важливим завданням державної екологічної політики є розвиток різних напрямів екологічної освіти молоді, у тому числі еколого-правової. Г. І. Балюк зазначає про те, що сучасна система освіти, зокрема еколого-правової, потребує докорінної методологічної реформи, модернізації навчального процесу як основи якісно нового рівня навчання<sup>15</sup>. Партнерство культури і туризму, тісна співпраця між ними – поклик часу, один із категоричних імперативів XXI ст., для чого необхідними є також наукове, освітянське забезпечення<sup>16</sup>. Оскільки екологічні та еколого-правові освіта й виховання є досить потужними чинниками формування екологічної та еколого-правової культури громадян, серед зазначених вище Рекомендацій парламентських слухань – розробка стандартів вищої освіти й гармонізація кваліфікаційних вимог та стандартів вищої освіти у вищих навчальних закладах за спеціальністю «Туризм», організація постійно діючої експедиції для школярів та студентів «Україна – моя Батьківщина».

Отже, в процесі вдосконалення законодавства України зазначені напрями державної еколого-туристичної політики можуть бути впроваджені в життя з метою формування екологічної культури особи й суспільства та її важливої складової – еколого-правової культури. Важливо, як зазначається в науковій літературі, на засадах традицій, культури українського народу та її етносів відтворити та впровадити в систему правових норм шанобливе ставлення до природи<sup>17</sup>.

Оскільки особливості здійснення окремих видів туризму згідно з ч. 5 ст. 4 Закону України «Про туризм» встановлюються законом, вважаємо за доцільне внести доповнення до Закону України «Про туризм», урахувавши зазначені вище Рекомендації парламентських слухань та розширивши перелік законодавчо встановлених видів туризму. З огляду на намічені перспективи розвитку правового регулювання туризму, переважна більшість видів якого (а не лише екологічний туризм) є особливим видом природокористування, підтримуємо пропозиції науковців про доцільність створення кодифікованого акта – Туристичного Кодексу України, який: регулюватиме основні соціально-економічні процеси в даній галузі; передбачатиме класифікацію та стандартизацію туристичних товарів і послуг; визначатиме специфіку здійснення кожного з видів туризму<sup>18</sup>; сприятиме задоволенню громадянами своїх культурно-пізнавальних, рекреаційних, оздоровчих та інших потреб крізь призму реалізації конституційних культурних, екологічних та інших прав кожного.

З огляду на курс України на міжнародну та європейську інтеграцію варто було б, на наш погляд, надати правової форми й так званому «науковому» туризму. Науковий туризм може відігравати позитивну роль саме в сфері розвитку еколого-правової культури громадян, а особливо – молоді, адже сприятиме обміну науковими новаціями й досвідом та освітньо-виховними здобутками, поширенню екологічних і еколого-правових знань, широкій еколого-інформаційній діяльності, розвитку еколого-правової культури в Україні.

<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> Позняк Е. В. Еколого-правова культура туризму в контексті міжнародних інтеграційних процесів за участю України [Текст] / Е. В. Позняк // Актуальні проблеми соціального права. Еволюція правового регулювання аграрних, земельних та екологічних відносин : матеріали міжнар. наук.-практ. конференції (м. Львів, 18 листопада 2016 р.) ; за заг. ред. П.Д. Пилипенка. – Л., 2016. – С. 201–205.

<sup>3</sup> Голубець І. М. Туризм як фактор розвитку екологічної культури України (кін. XX – поч. XXI ст.) [Текст] : автореф. дис. ... канд. культурології : спец. 26.00.01 «Теорія й історія культури» / Ірина Миколаївна Голубець. – К. : Київський національний університет культури і мистецтв, 2011. – С. 5.

<sup>4</sup> Квартальнов В. А. Культура і туризм – вместе [Текст] / В. А. Квартальнов // Теория и практика физической культуры. – 2000. – № 8 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://tourlib.net/statti\\_tourism/kvartalnov.htm](http://tourlib.net/statti_tourism/kvartalnov.htm)

<sup>5</sup> Вишневецька Ю. В. Адміністративно-правові заходи забезпечення діяльності у сфері сільського туризму в Україні [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Юлія Володимирівна Вишневецька. – К. : Національний університет біоресурсів і природокористування України Кабінету Міністрів України, 2011. – С. 6.

<sup>6</sup> Голубець І. М. Вказана праця. – С. 5.

<sup>7</sup> Квартальнов В. А. Вказана праця.

<sup>8</sup> Андрейцев В. І. Правові аспекти екологічної культури [Текст] / В. І. Андрейцев // Вісник Київського університету. – К. : Либідь, 1991. – Вип. 1. – С. 69. – (Серія «Суспільно-політичні науки»).

<sup>9</sup> Опанасюк Н. А. Конституційно-правові основи туризму в Україні [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / Наталія Анатоліївна Опанасюк. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2005. – С. 7.

<sup>10</sup> Семенець О. С. Правове регулювання використання природних ресурсів для туризму в Україні [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Ольга Сергіївна Семенець. – К. : Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2012. – С. 11.

<sup>11</sup> Див.: Бобкова А. Г. Правове забезпечення рекреаційної діяльності [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право», 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Антоніна Григорівна Бобкова. – К. : Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2001. – 34 с.; Ващишин М. Я. Особливості правового забезпечення формування екологічної мережі в країнах Європи [Текст] // Вісник Львівського університету. – 2014. – Вип. 60. – С. 233–239. – (Серія «Юридична»); Ковтун О. М. Правові аспекти охорони територій та об'єктів природно-заповідного фонду України [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Олена Миколаївна Ковтун. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2008. – 16 с.; Палій Н. І. Правове регулювання використання та охорони земель рекреаційного призначення [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Наталія Іванівна Палій. – Одеса : Національний університет «Одеська юридична академія», 2011. – 18 с.; Петлюк Ю. С. Правовий режим земель оздоровчого призначення [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Юрій Степанович Петлюк. – К. : Національний університет біоресурсів і природокористування України, 2009. – 16 с.; Ткаченко О. М. Право користування курортними, лікувально-оздоровчими та рекреаційними зонами [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Олена Миколаївна Ткаченко. – Х. : Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, 1999. – 16 с.; Фролова Н. В. Правова охорона водно-болотних угідь загальнодержавного та міжнародного значення [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Олена Валентинівна Фролова. – Донецьк : Інститут економіко-правових досліджень НАН України, 2010. – 18 с.; Шмигова О. М. Правове регулювання рекреаційного природокористування в Україні та інших державах [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Ольга Миколаївна Шмигова. – К. : Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2010. – 20 с.

<sup>12</sup> Див.: Бевз О. В. Правовий режим земель історико-культурного призначення в Україні [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Олена Володимирівна Бевз. – К. : Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2013. – 18 с.; Донець О. В. Правовий режим земель історико-культурного призначення [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Ольга Володимирівна Донець. – Х. : Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 2019. – 20 с.

<sup>13</sup> Малишева Н. Р. Нові горизонти екологічного права [Текст] / Н. Р. Малишева // Сучасні тенденції та перспективи розвитку аграрного, земельного та екологічного права : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (22–23 травня 2015 р.), присвяченої 90-річчю від народження академіка В. З. Янчука / за ред. проф. В. М. Єрмоленка. – К. : Видавничий центр НУБіП України, 2015. – С. 60.

<sup>14</sup> Вишневецька Ю. В. Вказана праця. – С. 9.

<sup>15</sup> Балюк Г. І. З досвіду викладання еколого-правових дисциплін на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка [Текст] / Г. І. Балюк // Збірник матеріалів Першого зібрання фахівців споріднених кафедр з обговорення актуальних наукових проблем та методики викладання аграрного, земельного, екологічного та природоресурсного права у вищих навчальних закладах України (м. Одеса, 9–10 вересня 2016 р.) / відп. ред. проф. І. І. Каракаш. – Одеса : Юридична література, 2016. – С. 13.

<sup>16</sup> Квартальнов В. А. Вказана праця.

<sup>17</sup> Краснова М. В. Правові основи сучасної екологічної політики України: науково-методологічні питання [Текст] / М. В. Краснова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2016. – Вип. 1 (102). – С. 10. – (Серія «Юридичні науки»).

<sup>18</sup> Вишневецька Ю. В. Вказана праця. – С. 9; Опанасюк Н. А. Вказана праця. – С. 5.

## Резюме

### **Позняк Е. В. Проблеми розвитку еколого-правової культури туризму в Україні.**

Досліджено науково-теоретичні та правові підходи до розуміння туризму як важливого чинника формування еколого-правової культури та інструмента національної екологічної політики. Внесено пропозиції з удосконалення чинного законодавства з метою підвищення рівня еколого-правової культури туризму в суспільстві з урахуванням участі нашої держави в міжнародних інтеграційних процесах.

**Ключові слова:** екологічне право, еколого-правова культура, еколого-правова культура туризму, національна екологічна політика, правові засади екологічної культури, рекреаційно-туристичний потенціал.

## Резюме

### **Позняк Э. В. Проблемы развития эколого-правовой культуры туризма в Украине.**

Исследованы научно-теоретические и правовые подходы к пониманию туризма как важного фактора формирования эколого-правовой культуры и инструмента национальной экологической политики. Внесены предложения по совершенствованию действующего законодательства с целью улучшения уровня эколого-правовой культуры туризма в обществе с учетом участия нашего государства в международных интеграционных процессах.

**Ключевые слова:** национальная экологическая политика, правовые основания экологической культуры, рекреационно-туристический потенциал, экологическое право, эколого-правовая культура, эколого-правовая культура туризма.

Summary

*Pozniak E. Problems of development of environmental law culture of tourism in Ukraine.*

Scientific theoretical and legal approaches to the understanding of tourism as an important factor in the formation of eco-legal culture and national environmental policy instruments were studied in the article. Proposals were justified to improve existing legislation to improve environmental and tourism legal culture in society, considering the participation of our country in the international integration process.

**Key words:** environmental law, environmental and legal culture, environmental and legal culture of tourism, national environmental policy, legal principles of ecological culture, recreation and tourism potential.

УДК 349.42

**В. В. ДУДАРЕНКО**

*Віктор Валерійович Дударенко, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**ПОНЯТТЯ АГРАРНИХ ХОЛДИНГІВ ЯК СУБ'ЄКТІВ АГРАРНИХ ПРАВОВІДНОСИН**

Глобалізація економіки, демократизація суспільства, інтенсивна євроінтеграція України, а також вплив науково-технічного прогресу на ринок праці зумовлюють у своїй сукупності підвищення ролі аграрного сектору економіки у нашій державі. Збільшення кількості агрохолдингів у сільському господарстві України, розширення масштабів їх діяльності, підвищення активності як у географічному розрізі, так і в галузевому масштабі підтверджує той факт, що це не короткострокове явище, а стабільний фактор, який зумовлює вигідність довгострокових інвестицій в сільське господарство. Органи місцевого самоврядування зацікавлені в зростанні податкових надходжень, створенні нових робочих місць, реалізації соціальних програм завдяки поліпшенню фінансового стану підприємств, що ввійшли до складу агрохолдингів<sup>1</sup>.

Зважаючи на це, актуальним завданням правової науки є аналіз ознак агрохолдингів як суб'єктів аграрних правовідносин в умовах сучасних тенденцій законодавчого регулювання даної проблематики. Адже розвиток національного агропромислового комплексу певною мірою залежить від ефективності функціонування аграрних холдингів. Більше того, це впливає на вирішення соціальних проблем у контексті забезпечення права на працю громадян, а також становлення України як правової та соціальної держави.

В юридичній літературі України поняття агрохолдингів не стало предметом комплексного наукового дослідження. Проте окремі аспекти створення та діяльності вказаних суб'єктів аналізували у своїх роботах В. Гайворонський, В. Жушман, Д. Івашенко, П. Кулинич, Т. Щетініна, Я. Самсонова, В. Уркевич та інші вчені. Дані проблеми активно досліджуються у економічній науці. Тією чи тією мірою тематики правового регулювання діяльності агрохолдингів торкалися у своїх працях такі вчені-економісти, як: С. Авдашева, В. Амбросов, В. Андрійчук, Г. Баклаженко, О. Бородіна, А. Борщ, І. Венгерук, А. Данкевич, С. Дем'яненко, Т. Дударь, В. Геєць, В. Голота, І. Горковенко, А. Гуроров, Т. Зінчук, А. Кучер, М. Кропивко, В. Мазлаєв, Л. Молдован, Ю. Нестерчук, О. Олійник, Т. Осташко, Н. Пйонтко, М. Присяжнюк, І. Прокопа, П. Саблук, М. Солдатов, П. Стецюк, А. Судеркін, В. Шиян.

Тим не менш, не применшуючи внеску вказаних науковців у дослідження та розкриття аспектів функціонування аграрних холдингів, досі жодним з авторів не було здійснено комплексного аналізу правової природи аграрних холдингів в Україні і, відповідно, правового визначення аграрних холдингів, що й обумовлює актуальність вищезазначеної проблематики.

**Метою статті** є аналіз ознак аграрних холдингів як особливих суб'єктів аграрних правовідносин та формулювання на цій основі визначення поняття агрохолдингів у агропромисловому комплексі України.

Сучасний стан функціонування агрохолдингів має свою специфіку. Протягом останнього десятиліття в аграрному секторі економіки України відмічається різке скорочення кількості малих і середніх сільськогосподарських підприємств за рахунок переходу їх під контроль потужних агрохолдингів. Ці організаційно-правові утворення стрімко розвиваються й нині займають важливе місце в агропромисловому комплексі держави, виробляють значну частку сільськогосподарської продукції й викликають значний інтерес у науковців і практиків<sup>2</sup>.

Основною перевагою холдингових компаній в АПК є підвищення конкурентоспроможності технологічно взаємопов'язаних підприємств за рахунок концентрації та мобілізації ресурсів на необхідних напрямках, оптимізації використання залучених капіталів для всіх підприємств<sup>3</sup>. Раціонально використовуючи внутрішні ресурси і можливості ринку, що мобілізуються шляхом випуску різних цінних паперів, залучення довгострокових кредитів і т. п., агрохолдинги нарощують обсяги виробництва.

У законодавстві України поняття холдингу тлумачиться як акціонерне товариство, яке володіє, користується та розпоряджається холдинговими корпоративними пакетами акцій (часток, паїв) двох або більше кор-

поративних підприємств (ст. 1 Закону України «Про холдингові компанії в Україні» від 15 березня 2006 р.)<sup>4</sup>. Зокрема, у п. 5 ст. 126 Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р. встановлено, що холдингова компанія – це публічне акціонерне товариство, яке володіє, користується, а також розпоряджається холдинговими корпоративними пакетами акцій (часток, паїв) двох або більше корпоративних підприємств (крім пакетів акцій, що перебувають у державній власності)<sup>5</sup>. Водночас визначення поняття саме агрохолдингу в чинному законодавстві відсутнє.

У науковій літературі наявні різні позиції щодо розуміння поняття агрохолдингу. Так, у юридичній літературі під агрохолдингом розуміють групу підприємницьких структур, що спрямовані на надання різноманітних фінансово-кредитних, страхових, комерційних, посередницьких та інших послуг для забезпечення підприємницької діяльності сільськогосподарських товаровиробників<sup>6</sup>. Наприклад, А. Статівка визначає агрохолдингову компанію як специфічну форму володіння корпоративними правами, за якої материнська компанія, маючи контрольний пакет акцій інших підприємств, управляє ними, контролюючи їх діяльність, при їх об'єднанні в єдину організаційно-правову структуру з відповідними метою та цілями<sup>7</sup>. Водночас необхідно звернути увагу, що в аграрно-правовій науці не склалося єдиного підходу до розуміння юридичної природи агрохолдингу та його впливу на ефективність функціонування АПК України.

Поняття та ознаки агрохолдингів активно досліджуються в економічній літературі. Зокрема наголошується, що у сучасному розумінні агрохолдинг – це потужний бізнес-проект, створений для примноження капіталу його засновників, при цьому материнська компанія, володіючи контрольним пакетом акцій дочірніх підприємств, здійснює управління і контроль за їх діяльністю й завдяки цьому об'єднує їх в одну монолітну організаційну структуру з відповідними цілями, місією, баченням, яке забезпечує координування діяльності всіх структурних підрозділів агрохолдингу зі збереження цілісності і керованості всієї структури<sup>8</sup>. Як бачимо, даний підхід розкриває різноманітні аспекти досліджуваної категорії, наголошуючи на економічних та соціальних цілях, а також складній внутрішній структурі і вагомій ролі для розвитку держави.

У свою чергу, В. Андрійчук вказує на те, що саме поняття «агрохолдинг» в Україні є досить умовним, оскільки здебільшого є запозиченням із відповідної російської літератури й автоматично вживається як теоретиками, так і практиками, хоча більш коректно було б застосовувати словосполучення «агропромисловий холдинг»<sup>9</sup>. Звідси випливає, що вчений виходить з точки зору встановленого у законодавстві правового явища «холдинг». Уже відповідно до останнього він трактує його приналежність до конкретної сфери.

Російські науковці холдингове формування в агропродовольчій сфері розглядають як групу осіб, пов'язаних не тільки майновою, договірною і управлінською залежністю, а й інтегрованими зв'язками з просування продукції виробничо-технологічним ланцюжком. З позиції майнових відносин холдингом визнається особливий тип акціонерної компанії, що створюється для володіння контрольними пакетами акцій інших компаній з метою контролю та управління їх діяльністю<sup>10</sup>. З організаційно-управлінської точки зору холдингова компанія є сукупністю юридичних осіб, що утворюється основними й дочірніми товариствами і підприємствами, пов'язаними пайовими відносинами, що дають в основному юридичній особі право визначати шляхи і способи реалізації управлінських рішень дочірніх компаній.

Зі свого боку, Т. Липницький зазначає, що агрохолдингом, або агропромисловим холдингом, є холдинг, що займається виробництвом і/або переробкою та реалізацією сільськогосподарської продукції<sup>11</sup>. Автор вказує на різницю між агрохолдингом та іншою компанією. Так, якщо компанія є холдингом, і серед переліку інших видів діяльності реалізує сільськогосподарську продукцію, однак не виробляє й не переробляє її, а лише займається спекулятивними операціями на ринках, то таку компанію не слід називати агрохолдингом. Важливо акцентувати увагу на тому, що агрохолдинг розглядається як виключно вузькоспеціалізований саме на реалізації продуктів сільського господарства на ринку й не займається іншими видами діяльності, не пов'язаними безпосередньо з даною сферою.

Аналіз юридичної та економічної літератури свідчить про існування таких підходів до визначення поняття та істотних ознак агрохолдингів:

1) є різновидом холдингу, який визначається як сукупність материнської компанії та контрольованих нею дочірніх компаній, що здійснюють господарську діяльність у сфері виробництва та переробки сільськогосподарської продукції (А. Мартин)<sup>12</sup>. Тобто, увага звертається на структуру суб'єкта аграрного господарювання, основна діяльність якого стосується сільського господарства;

2) відзначається максимальним використанням капіталістичного типу виробництва або перенесенням досвіду такої діяльності з інших сфер економіки в агробізнес і ґрунтується на капіталізації бізнесу, залученні інвестицій та завоюванні максимально можливої ніші на ринку (О. Єранкін)<sup>13</sup>;

3) є групою організаційно і технологічно пов'язаних підприємств, у якій контрольний пакет акцій належить головній компанії і підприємства якої використовують великі земельні площі з метою виробництва, переробки, транспортування, зберігання і реалізації сільськогосподарської чи виробленої з неї продукції (Г. Черевко)<sup>14</sup>;

4) є специфічною формою володіння акціонерним капіталом, за якої материнська компанія, володіючи контрольним пакетом акцій інших підприємств, здійснює управління та контроль за їх діяльністю і завдяки цьому об'єднує їх в єдину організаційну структуру з відповідними цілями і місією (С. Дем'яненко та А. Кузнецова)<sup>15</sup>;

5) є відносинами між материнською та дочірніми компаніями на основі придбання і володіння материнською компанією контрольних пакетів акцій дочірніх компаній у сфері сільськогосподарського виробництва

з метою підвищення ефективності організації виробничого процесу від виробництва сировини до реалізації готової продукції (В. Лаготюк)<sup>16</sup>;

б) з юридичної точки зору є об'єднанням капіталів підприємств під контролем управлінської компанії (А. Данкевич)<sup>17</sup>. При цьому ініціаторами створення агрохолдингів виступають переважно переробні підприємства та транснаціональні компанії. Дослідження показують, що основними мотивами їх створення є: посилення конкурентоспроможності шляхом побудови замкнутого циклу виробництва та врегулювання міжгалузевих відносин, диверсифікація фінансових ризиків і можливість легалізувати капітали, створити бренд, забезпечити сировинну зону для власних переробних потужностей;

7) створюються з метою забезпечення обсягів виробництва конкурентоспроможної продукції та оптимального пропорційного розвитку технологічно пов'язаних підприємств (виробництво, переробка, торгівля), науково-дослідних, проектно-технологічних та конструкторських організацій, а також збільшення кінцевих результатів фінансово-господарської діяльності всіх його підприємств, забезпечуючи зниження їх сукупних податкових платежів (Н. Шкурко)<sup>18</sup>.

Аналіз приписів чинного законодавства, а також наведених вище підходів у юридичній та економічній науці допомагає визначити наступні юридичні ознаки агрохолдингів як специфічних суб'єктів аграрних правовідносин в Україні:

- а) наявність статусу юридичної особи;
- б) метою їх функціонування є задоволення корпоративних прав учасників;
- в) членський характер об'єднання;
- г) основою їх діяльності є операції з сільськогосподарською продукцією.

Узагальнюючи наведені вище юридичні ознаки можна визначити поняття агрохолдингу як різновид холдингу (сукупність материнської компанії та контрольованих нею дочірніх компаній), який за допомогою використання великих земельних площ займається виробництвом і/або переробкою, зберіганням, транспортуванням, реалізацією сільськогосподарської продукції з метою забезпечення корпоративних прав учасників. Задля удосконалення правового регулювання варто прийняти спеціалізований Закон України «Про агрохолдингові компанії в Україні», у якому передбачити правові аспекти діяльності аграрних холдингів та особливості їх правового статусу.

Таким чином, на основі вищенаведеного можемо резюмувати, що на нинішньому етапі розвитку України агрохолдинги відіграють вагомий роль у оптимізації економіки і становленні правової держави. В умовах євроінтеграції важливим є законодавче врегулювання наступних аспектів: 1) особливого правового статусу аграрних холдингів; 2) специфіки оподаткування діяльності даних структур; 3) забезпечення відповідності європейським національним соціально-правовим стандартам у даній сфері. Такий підхід забезпечить законні інтереси селян, засновників агрохолдингів, українського суспільства та держави загалом.

<sup>1</sup> Данкевич А. С. Роль агрохолдингів у соціально-економічному розвитку села / А. С. Данкевич // Агросвіт. – 2011. – № 12. – С. 30–35. – С. 34.

<sup>2</sup> Мірзоева Т. В. Агрохолдинги України в умовах сьогодення / Т. В. Мірзоева // Інноваційна економіка. – 2012. – № 8 (34). – С. 90–93. – С. 90.

<sup>3</sup> Горбунов А. Р. Дочерние компании, филиалы, холдинги. Организационные структуры. Консолидированный баланс. Налоговое планирование / А. Р. Горбунов. – М.: АНК ИЛ, 1997. – 150 с. – С. 43.

<sup>4</sup> Про холдингові компанії в Україні : Закон України від 15 березня 2006 р. № 3528-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 34. – Ст. 291.

<sup>5</sup> Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.

<sup>6</sup> Аграрне право України : підруч. / за ред. О. О. Погрібного. – К. : Істина, 2007. – 448 с. – С. 96.

<sup>7</sup> Статівка А. М. Деякі правові питання діяльності агрохолдингів в Україні / А. М. Статівка // Актуальні проблеми екологічних, земельних та аграрних правовідносин: теоретико-методологічні й прикладні аспекти : матеріали «круглого столу» (м. Харків, 5 грудня 2014 р.). – Х., 2014. – С. 61–62.

<sup>8</sup> Дем'яненко С. І. Развитие и эффективность деятельности агрохолдингов в Украине / С. И. Демьяненко, Н. П. Зарицкая // GISAP. Economics, jurisprudence and management. – 2013. – № 1. – С. 23–26. – С. 23.

<sup>9</sup> Андрійчук В. Г. Агропромислові формування нового типу в контексті стратегії розвитку вітчизняного сільського господарства / В. Г. Андрійчук // Економіка АПК. – 2013. – № 1. – С. 3–15. – С. 4.

<sup>10</sup> Ефременко Д. А. Зарубежный опыт функционирования вертикально-интегрированных структур в экономике : дис. ... канд. экон. наук : спец. 08.00.14 / Д. А. Ефременко. – М., 2004. – 195 с. – С. 101.

<sup>11</sup> Липницький Т. В. Совершенствование управления холдинговыми компаниями в агропромышленном комплексе : дис. ... канд. экон. наук : спец. 08.00.05 / Т. В. Липницький. – Великий Новгород, 2004. – 189 с. – С. 44.

<sup>12</sup> Мартин А. Захист економічної конкуренції у сільськогосподарському землекористуванні : переваги і недоліки агрохолдингів / А. Мартин // Землепорядний вісник. – 2010. – № 8. – С. 26–32. – С. 27.

<sup>13</sup> Єранкін О. О. Маркетинг в АПК України в умовах глобалізації : моногр. / О. О. Єранкін. – К. : КНЕУ, 2009. – С. 104.

<sup>14</sup> Черевко Г. Агрохолдинги як нові організаційні форми крупнотоварного господарювання в агробізнесі України / Г. Черевко // Аграрна економіка. – 2012. – Т. 5. – № 1–2. – С. 32–39. – С. 33.

<sup>15</sup> Дем'яненко С. І. Агрохолдинги в Україні : добре чи погано? / С. І. Дем'яненко. – К. : Німецько-український аграрний діалог, Серія консультативних робіт. – [Агрр № 21]. – 2008. – 80 с. – С. 8.

<sup>16</sup> Лаготюк В. О. Особливості діяльності агрохолдингів в Україні в сучасних умовах господарювання / В. О. Лаготюк // Науковий вісник Буковинського державного фінансово-економічного університету. Екон. науки. – 2013. – Вип. 2. – С. 84–90. – С. 86.



<sup>17</sup> Данкевич А. С. Формування та ефективність функціонування агрохолдингів : автореф. дис. ... д-ра екон. наук : спец. 08.00.04 / А. С. Данкевич. – К. : Б.в., 2012. – 35 с. – С. 17.

<sup>18</sup> Шкурко Н. В. Формирование холдинговых компаний в агропромышленном комплексе : дис. ... канд. экон. наук : спец. 08.00.05 / Н. В. Шкурко. – М. : РГБ, 2005. – 211 с. – С. 14–15.

#### Резюме

**Дударенко В. В. Поняття аграрних холдингів як суб'єктів аграрних правовідносин.**

У статті розкрито сутність правової природи аграрних холдингів як суб'єктів аграрних правовідносин в Україні та за кордоном. Наведено позиції вчених щодо розуміння агрохолдингу. Автором визначено поняття аграрних холдингів як суб'єктів аграрних правовідносин.

**Ключові слова:** аграрний холдинг, агрокомплекс, законодавство, аграрні правовідносини, законодавче регулювання.

#### Резюме

**Дударенко В. В. Понятие аграрных холдингов как субъектов аграрных правоотношений.**

В статье раскрыта сущность правовой природы аграрных холдингов как субъектов аграрных правоотношений в Украине и за рубежом. Приведены позиции ученых относительно понимания агрохолдинга. Автором определено понятие аграрных холдингов как субъектов аграрных правоотношений.

**Ключевые слова:** аграрный холдинг, агрокомплекс, законодательство, аграрные правоотношения, законодательное регулирование.

#### Summary

**Dudarenko V. The concept of agricultural holdings as of agrarian relations.**

In the article «The concept of agricultural holdings as of agrarian relations» revealed the essence of the legal nature of agricultural holdings as of agrarian relations in Ukraine and abroad. Given an understanding of the scientists positions on the agricultural holding. The author defined the concept of agricultural holdings as subjects of agrarian relations.

**Key words:** agricultural holding, agrocomplex, legislation, agrarian legal relations, legislative regulation.

УДК 343.9

**Г. Г. МОШАК**

*Григорій Григорович Мошак, доктор юридичних наук, професор Одеського національного морського університету*

## **НІМЕЦЬКИЙ КОНГРЕС ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИННОСТІ («DPT») ТА МІЖНАРОДНІ АСПЕКТИ ЙОГО ДІЯЛЬНОСТІ**

В українській літературі місце та роль Німецького конгресу запобігання злочинності не досліджувалися. Вивчення діяльності найбільшого у Європі щорічного зібрання кримінологів, криміналістів та їх симпатиків – Німецького конгресу запобігання злочинності («Deutscher Präventionstag», скорочено «DPT»<sup>1</sup>), а також подібної практики в Україні обґрунтовує наступні висновки.

«DPT» є некомерційним товариством з обмеженою відповідальністю з місцезнаходженням у м. Ганновер. Належить до найбільших у Європі міжнародних конгресів, що спеціалізуються на запобіганні злочинності та суміжних відхилень поведінки. Конгрес (далі – К.) засновано у 1995 р. Німецьким фондом запобігання злочинності та сприяння особам, що вчинили злочинні діяння («DVS»). Комерційним директором К. і «DVS» є Е. Маркс (Erich Marks). Президент Конгресу – відомий кримінолог, професор Тюбінгенського університету (до 2011 р. – директор Інституту кримінології зазначеного вузу) Х.-Ю. Кернер (Hans-Jürgen Kerner)<sup>2</sup>.

Серед організацій зі схожими функціями К. виділяється масштабом і різноманітністю методів роботи, залученням провідних фахівців усіх континентів, розгалуженістю функцій і структур, використанням сучасних технологій в обробці та просуванні власного продукту. Інші організації, зокрема Німецьке кримінологічне товариство (KrimG), Товариство наукової міждисциплінарної кримінології (GiwK), відрізняє від К. менший масштаб діяльності, скромніше висвітлення у ЗМІ, нижчий представницький рівень осіб, під патронатом яких відбуваються заходи.

Структура Конгресу відображає основні напрями його діяльності. Це щорічні засідання (конгреси), щоденні новини, документація, медіатека, Інститут, пошуковий портал.

За 20 років К. організував проведення у різних містах 20 засідань, у яких брали участь у якості доповідачів чи відвідувачів 50 000 зацікавлених осіб. Починаючи з липня 2011 р. К. щоденно публікує на сайті новини про події, документи, дослідження в галузі запобігання злочинності та реалізацію відповідної політики. 1 600 новин Конгрес надіслав його 5 000 читачам персонально засобами електронної пошти, RSS, Twitter, Facebook. Функція пошуку тексту на сайті Конгресу допомагає швидко знаходити у архіві усі раніше опубліковані новини.

Документація Конгресу містить інформацію про 2 700 доповідачів; 1 000 доповідей (в онлайн-режимі), декларації К., звіти з кількісно-якісними оцінками проведених засідань та публікації учасників на паперових носіях. З 1997 по 2015 рр. К. оприлюднив у видавництві «Forum Verlag Godesberg» 23 збірники, частина яких доступна для безоплатного скачування.

Медіатека Конгресу, створена у 2014 р., містить 231 документ, розміщений на його сайті та порталі YouTube. Конгрес показав на щорічних кінофорумах 99 фільмів превентивного спрямування.

Конгрес налагоджує роботу власного Науково-дослідного інституту (DPTI) з метою сприяння зв'язкам між дослідженнями, практикою та політикою; передачі знань і кваліфікацій, міжнародних обмінів, поглиблення діалогу між органами влади, асоціаціями та громадянським суспільством; надання рекомендацій партнерським організаціям.

Пошукова веб-сторінка Конгресу – «DPT-Map» – цілеспрямовано знаходить проекти, заходи, установи та людей у сфері запобігання злочинності. Предметом пошуку з допомогою ключових слів є вже опубліковані в Інтернеті тематичні банки даних уповноважених галузевих організацій.

До постійних партнерів Конгресу належать галузеве об'єднання «Союз соціальної роботи, кримінального права та кримінальної політики «DBN»; Поліцейське запобігання злочинності в землях та федерації (ProPK); Німецький форум запобігання злочинності (DFK). Міжнародними партнерами Конгресу є Всесвіт-

ній центр запобігання злочинності (ICPC, Монреаль); Європейський форум безпеки у містах (EFUS, Париж); Корейський інститут кримінології (KIC, Сеул); Альянс запобігання насильства (BOOЗ, Женева).

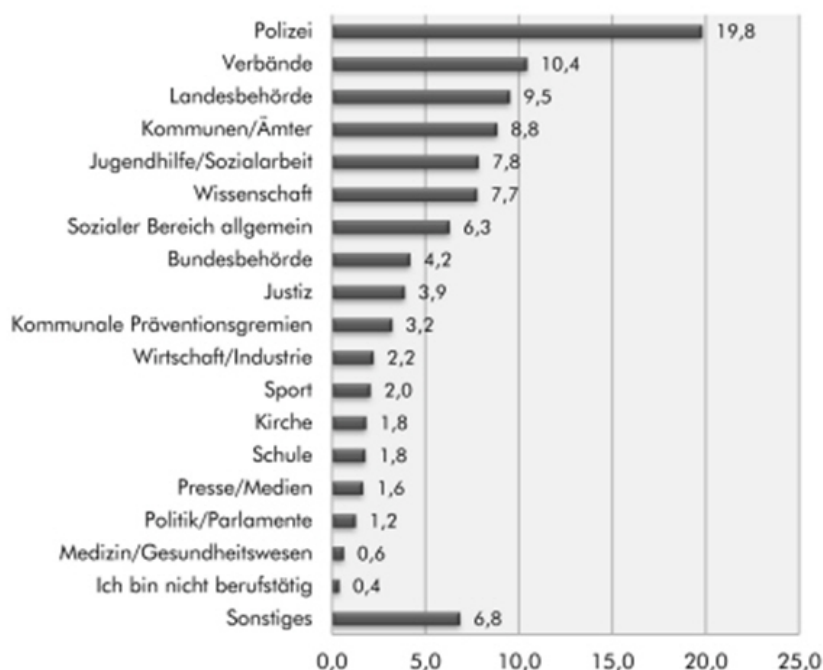
Основним джерелом існування К. є активна участь у його діяльності різних установ і організацій-партнерів, що сприяють своїм авторитетом, фінансовими та людськими ресурсами.

З 1995 р. його засідання відбуваються щорічно у різних німецьких містах, висвітлюючи нову тему. Підготовку кожного із засідань К. здійснює програмна комісія.

Entwicklung der Teilnehmendenzahlen der Deutschen Präventionstage seit 1995

Kongresse	Registrierte Kongress- teilnehmende	Registrierte Besucher der Bühne und der DPT- Universität	Gesamtzahl der registrier- ten Teilneh- menden und Besucher
01. DPT, Lübeck, 1995	168	0	168
02. DPT, Münster, 1996	195	0	195
03. DPT, Bonn, 1997	209	0	209
04. DPT, Bonn, 1998	314	0	314
05. DPT, Hoyerswerda, 1999	610	0	610
06. DPT, Düsseldorf, 2000	1.214	0	1.214
07. DPT, Düsseldorf, 2001	1.226	0	1.226
08. DPT, Hannover, 2003	1.219	50	1.269
09. DPT, Stuttgart, 2004	1.235	750	1.985
10. DPT, Hannover, 2005	1.907	1.550	3.457
11. DPT, Nürnberg, 2006	1.442	780	2.222
12. DPT, Wiesbaden, 2007	1.901	1.624	3.525
13. DPT, Leipzig, 2008	1.744	2.400	4.144
14. DPT, Hannover 2009	2.129	718	2.847
15. DPT, Berlin 2010	2.728	1.691	4.419
16. DPT, Oldenburg 2011	2.579	7.917	10.496
17. DPT, München 2012	2.333	1.357	3.690
18. DPT, Bielefeld 2013	1.946	850	2.796
19. DPT, Karlsruhe 2014	2.306	1.057	3.363
20. DPT, Frankfurt / Main 2015	2.523	592	3.115

Наведена таблиця із статті Е. Маркса «50 000 відвідувачів Конгресу за 20 років» ілюструє тенденцію зростання кількості учасників та відвідувачів (три колонки цифр показують: число зареєстрованих учасників Конгресу, зареєстрованих відвідувачів сцени та Університету Конгресу і загальне число учасників та відвідувачів).



У таблиці показана частка представників різних категорій населення на 20-ому К. Найбільше серед учасників (19,8 %) представників поліції.

Починаючи з 12-го засідання у 2007 р. Конгрес організує підготовку наукових відгуків щодо проведених засідань. З 2007 р. по 2014р. (12. – 19. ДРТ) їх складала В. Штеффен. 20-й Конгрес оцінював Ш. Л. Томз, 21-й – Р. А. Кінн.

Конгрес сприяє міжнародній інтеграції запобіжної діяльності, заохочуючи участь у засіданнях іноземних фахівців. Із 11 іноземців-учасників із 8 країн у 2005 р. на першому конгресі, що відбувся у м. Любек, загальне число зросло за 20 років до 1 300 гостей із 86 країн. Підготовка, проведення і результати конгресів широко висвітлювалися у національних ЗМІ та у восьми англомовних збірниках, котрі віддзеркалюють погляд з Німеччини на міжнародні перспективи запобігання злочинності<sup>3</sup>. Конгрес забезпечив у рамках його щорічних засідань проведення міжнародного англомовного форуму запобігання злочинності, 10-й з яких відбувся у 2016 р. у м. Магдебург<sup>4</sup>. Англійською мовою висвітлено проведення 13 останніх щорічних заходів, починаючи з 8-го конгресу, що відбувся у 2003 році<sup>5</sup>. Англомовна частина веб-сайту Конгресу містить загальну інформацію про нього, доповіді, що відбулися; архіви презентацій, відомості про учасників, матеріали Інституту Конгресу та контактні дані.

З 2002 р. Конгрес зібрав 15 000 глядачів на його виставах. Учні зі своїми вчителями та батьками побачили 114 п'єс на тему запобігання злочинності або прослухали лекції в Університеті Конгресу, котрий пропонує запобіжні рекомендації, що стосуються дітей і підлітків.

Конгрес залучає незалежних експертів для зовнішньої оцінки його щорічних засідань. Великі звіти публікуються в Інтернеті, а також у збірниках через кілька місяців після проведення чергового конгресу. Згідно з Оціночним звітом незалежної організації – Товариства соціально-наукового аналізу та консалтингу<sup>6</sup> загальний результат 20-го Конгресу досяг середньої оцінки 1,8 – це відмінний показник (90,3 % – позитивні відгуки). Тільки 1,1 % учасників вважали, що Конгрес був поганим або дуже поганим.

Розвиток превентивної думки у зарубіжних країнах під впливом К. відображають матеріали провідних світових кримінологічних організацій та ресурсів. Передовий досвід К. аналізувався у творах північноамериканських, англійських, скандинавських<sup>7</sup>, пакистанських<sup>8</sup>, російських<sup>9</sup>, українських<sup>10</sup> вчених. Щорічні міжнародні конференції НДІ ім. В. В. Сташиса об'єднує із засіданнями К. масштабність і періодичність проведення, залучення значної кількості професорів, відповідність тем конференцій розвитку кримінологічної ситуації.

Методи і технологія роботи, досвід залучення до проблем запобіжної діяльності широких верств населення можуть бути корисними для українських організаторів кримінологічної науки. Українським фахівцям на ресурсах К. доцільно показати досягнення кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (м. Харків), що розвиває класичну кримінологію понад 50 років. Вартують того ж досягнення Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України. За змістовністю фундаментальних і прикладних досліджень, за широтою їх висвітлення на власному сайті та оперативності його оновлення Інститут є кращою серед дослідницьких установ, матеріали якої здатні зацікавити німецьких колег.

<sup>1</sup> [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.praeventionstag.de/>

<sup>2</sup> Сторінка професора Х.-Ю. Кернера на сайті Тюбінгемського університету за адресою : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren\\_und\\_dozenten/kerner/](http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/kerner/)

<sup>3</sup> International Perspectives of Crime Prevention: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.praeventionstag.de/nano.cms/publications>

<sup>4</sup> The 11th Annual International Forum : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.praeventionstag.de/nano.cms/general-information>

<sup>5</sup> The 8th German Congress on Crime Prevention took place on the 28th and 29th of April 2003 in Hanover : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.praeventionstag.de/nano.cms/8-gcosp-overview>

<sup>6</sup> [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.proval-services.net>

<sup>7</sup> Balkan Criminology News : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://balkan-criminology.eu/files/newsletter/balkan-criminology-news\\_2016-02.pdf](http://balkan-criminology.eu/files/newsletter/balkan-criminology-news_2016-02.pdf)

<sup>8</sup> Giannakopoulos, A., Keller-Herzog, A., Tänzler, D. (2008). ALACs (Advocacy and Legal Advice Centres). An Innovative Instrument for the Promotion of Participation and Citizenship in Europe by “Transparency International” and the Significance of the Co-operation between Non-Governmental Organisations and Social Science. In: M. Coester/E. Marks (Eds.): International Perspectives of Crime Prevention, Contribution from the 2nd Annual International Forum/German Congress on Crime Prevention (P. 99–117). Mönchengladbach, Germany: Forum Verlag : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://s3.amazonaws.com/academia.edu/documents/42456142/1454996022.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1474223202&Signature=Cy%2BLOL9CJrdJvlt5gBukdPLSCBg%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DCivil\\_Society\\_and\\_Anti-Corruption\\_Regime.pdf](http://s3.amazonaws.com/academia.edu/documents/42456142/1454996022.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1474223202&Signature=Cy%2BLOL9CJrdJvlt5gBukdPLSCBg%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DCivil_Society_and_Anti-Corruption_Regime.pdf)

<sup>9</sup> Ляпина О. А. Уголовная превенция в Германии: Обзор 19-ого Немецкого дня превенции / О. А. Ляпина : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://CYBERLENINKA.RU/ARTICLE/N/UGOLOVNAYA-PREVENTSIYA-V-GERMANII-OBZOR-19-NEMETSKOGO-DNYA-PREVENTSII-12-13-MAYA-2014-G-KARLSRUHE>

<sup>10</sup> Публікації Г. Г. Мошака на сайті Німецького конгресу запобігання злочинності : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.praeventionstag.de/nano.cms/personen/id/2026?sb=Moshak>

#### Резюме

**Мошак Г. Г. Німецький конгрес запобігання злочинності («DPT») та міжнародні аспекти його діяльності.**

Здійснюється розгляд основних рис, структури, статусу та розвитку діяльності Німецького конгресу запобігання злочинності в національному та міжнародному аспектах.

**Ключові слова:** Німецький конгрес запобігання злочинності, структура конгресу, види запобіжної діяльності, міжнародні аспекти.

#### Резюме

**Мошак Г. Г. Немецкий конгресс предупреждения преступности («DPT») и международные аспекты его деятельности.**

Осуществляется рассмотрение основных черт, структуры, статуса и развитие деятельности Немецкого конгресса предупреждения преступности в национальном и международном аспектах.

**Ключевые слова:** Немецкий конгресс предупреждения преступности, структура конгресса, виды предупредительной деятельности, международные аспекты.

#### Summary

**Moshak G. German Congress on Crime Prevention (GCOPC) and the international aspects of its activity.**

The German Congress on Crime Prevention (germ.- Deutscher Präventionstag (DPT) is one of the largest international congresses in Europe, specializing in international theoretical and practical conferences, the main objective of which is crime prevention and related deviation in behavior.

**Key words:** German Congress on Crime Prevention, structure of Congress, kinds of preventive activities, international aspects.

УДК 343.222.7

### С. Р. БАГІРОВ

*Сергій Рамізович Багіров, кандидат юридичних наук, доцент, докторант Інституту права імені Володимира Сташиса Класичного приватного університету*

## ДИСКУСІЇ ЩОДО СПІВУЧАСТІ В НЕОБЕРЕЖНОМУ ЗЛОЧИНІ ДО РЕФОРМИ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА 1958–1961 РР. (1917–1961 РР.)

Чинне кримінальне законодавство України визначає співучасть у злочині як умисну спільну участь декількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину (ст. 26 КК України). Сучасна українська дослідниця проблем співучасті у злочині О. О. Кваша на підставі системно-структурного підходу формулює обґрунтовані висновки, що: 1) співучасть можлива лише в умисних злочинах, 2) кожен співучасник діє умисно, і з наведеного з очевидністю випливає як неможливість необережної участі в умисному злочині, так і неможливість умисної участі в необережному злочині<sup>1</sup>. Ці положення сьогодні визнані доктриною й сумнівів не викликають. У зв'язку із цим виникає питання: у чому сенс повернення до старої дискусії про можливість співучасті в необережному злочині?

Річ у тім, що в нинішній науці кримінального права існує нерозв'язана проблема кримінально-правової оцінки необережного злочину, вчиненого кількома суб'єктами. Запозичене з німецької кримінально-правової науки та запропоноване у післяреформний період (з 60-х рр. ХХ ст.) поняття «необережне співзаподіяння» продовжує викликати дискусії серед теоретиків кримінального права, та й правозастосовна практика стикається з істотними труднощами в оцінці цього явища. Вивчення ж суті необережного співзаподіяння як правового явища й певної кримінально-правової конструкції вимагає висвітлення тих дискусій, в яких обговорювались споріднені питання. Серед них і дискусія про можливість співучасті в необережних злочинах, ознайомлення з перебігом якої наштовхує на цікаві думки щодо необережного співзаподіяння.

Варто зазначити, що взагалі період розвитку теорії кримінального права до реформи 1958–1961 рр. стосовно питань співучасті у злочині становить для правознавців значний пізнавальний інтерес. Вказаний період характеризувався продовженням тих, що виникли раніше в науці ХІХ – початку ХХ ст.ст. дискусій про вчинення одного злочину кількома суб'єктами, про вину, причинний зв'язок тощо. У теорії кримінального права радянського періоду виникали окремі течії, представники яких в різній спосіб пропонували розв'язувати зазначені проблеми. Період, що вивчається, є вельми цікавим ще й тому, що в ньому обговорювались надзвичайно складні з точки зору їх теоретичного пояснення практичні випадки, наприклад, відома справа Ч. та М. (справа про стрільбу в будці). Вирішення цієї справи до нашого часу викликає суперечки, причини яких автор сформулює пізніше.

У теорії кримінального права аналізованого періоду було висунуто значну кількість плідних ідей, запропоновані цікаві аргументи на користь обстоюваних позицій. Все це дає підстави для висновку про значний науковий інтерес звернення до історії розвитку теорії кримінального права та вивчення суті дискусій про можливість співучасті в необережних злочинах.

У сучасній науці кримінального права до відповідної дискусії звертаються дуже рідко. Тому серед науковців, які вивчали це питання, назвемо безпосередніх учасників тодішньої дискусії про співучасті у необережних злочинах. Це такі автори, як С. В. Бородин<sup>2</sup>, Я. М. Брайнін<sup>3</sup>, В. І. Василенко<sup>4</sup>, Г. Б. Віттенберг<sup>5</sup>, П. І. Грішасєв<sup>6</sup>, М. І. Ковальов<sup>7</sup>, Е. Я. Немировський<sup>8</sup>, А. А. Піонтковський<sup>9</sup>, С. В. Познишев<sup>10</sup>, С. І. Тихенко<sup>11</sup>, А. Н. Трайнін<sup>12</sup>, М. Д. Шаргородський<sup>13</sup>, М. А. Шнейдер<sup>14</sup> та деякі інші.

**Мета статті** полягає у висвітленні основних наукових позицій щодо можливості співучасті в необережних злочинах та створенні підґрунтя для подальшого вивчення проблеми необережного співзаподіяння.

Насамперед зазначимо, що до 1917 р. питання про співучасті у необережному злочині торкалися більшості авторів підручників з кримінального права. Необхідно зауважити, що перша радянська монографія, присвячена співучасті у злочині, була видана проф. А. Н. Трайніним у 1941 р. У більшості випадків автори підручників розкривали зазначене питання лише мимохідь. Характерним є й те, що деякі підручники містили практично у незмінному вигляді положення про співучасті у необережному злочині, викладені раніше у працях, що були видані до 1917 р. Так, С. В. Познишев у нарисі основних засад загальної частини науки кримінального права (1923 р.) стосовно необережності при співучасті повторює положення, викладені у підручнику 1912 рік<sup>15</sup>.

Питання, що нами висвітлюється, торкався Е. Я. Немировський у підручниках 1919 р.<sup>16</sup> та 1926 рік<sup>17</sup>. До того ж позиція вченого була викладена у декількох місцях підручника 1926 р., що викликало неточну характеристику його поглядів з боку А. Н. Трайніна, який відніс Е. Я. Немировського до тих теоретиків, що заперечують можливість співучасті в необережному злочині<sup>18</sup>. Для точної характеристики поглядів Е. Я. Немировського вважаємо за потрібне звернутись до першоджерела.

Співучасті у злочині розглядається Е. Я. Немировським у розділі підручника, який названо «Модальності (форми прояву) злочинного діяння». Спочатку Е. Я. Немировський висуває положення про те, що, згідно з панівним в науці та практиці поглядом необхідно, щоб всі співучасники діяли умисно і щоб кожен знав про діяльність іншого, яка приєднується. Необережне підбурювання до умисного злочину є логічно немислимим, так само, як і необережне пособництво: касир, який забув заперти двері на ключ, не є пособником, якщо через це відбулась крадіжка, а відповідає лише за збитки. Якщо і виконавець діяв необережно, то кожен відповідає за власну необережність і без співучасті<sup>19</sup>. Тобто, йдеться про те, що логічно неможливим визнається необережне підбурювання до умисного злочину і необережне пособництво в такому ж умисному злочині.

Проте в подальшому, у примітці на сторінці 145 підручника Е. Я. Немировський зауважує: «З цієї точки зору, якщо всі учасники діяли необережно, то для відповідальності того, хто віддав необережне розпорядження або здійснив необережне сприяння також можна вдатися до поняття співучасті: напр., під час будівництва споруди, десятник наказує скинути з будівельного риштування на вулицю важку балку, не перевірявши, що на вулиці нікого нема, і вважаючи, що у цей ранній час вона є безлюдною; робітник скидає балку, інший йому допомагає і вони обидва не думають, що вона може вбити людину; балка проломилась череп перехожому. Всі відповідають за необережне вбивство, або інша конструкція: той, хто скинув – за необережне вбивство, хто допомагав – за пособництво до нього і десятник – за підбурювання до необережного вбивства. Практичний результат той самий. Наш Кодекс не перешкоджає визнанню співучасті при необережності»<sup>20</sup>.

З наведеного можна дійти висновку, що Е. Я. Немировський не визнає необережної співучасті в умисному злочині, вважаючи таку конструкцію логічно немислимою. Водночас якщо всі учасники діяли необережно під час вчинення необережного злочину, то, на думку вченого, можна вдатися до поняття співучасті під час необережності, оскільки КК 1926 р. цьому не перешкоджає. По суті, Е. Я. Немировський веде мову про те, що пізніше одержало назву «необережне співзаподіяння», хоча сам цей термін в його підручнику не вживається. Таким чином, А. Н. Трайнін необґрунтовано характеризує позицію Е. Я. Немировського як таку, що заперечує можливість співучасті в необережному злочині.

Вважаємо, що найпопулярнішим прихильником теорії можливості співучасті в необережному злочині був проф. А. Н. Трайнін. У низці наукових праць, опублікованих у період з 20-х до 50-х рр. ХХ ст., вчений відстоював погляд про можливість такої співучасті.

Утім необхідно звернути увагу на такий цікавий факт. На думку М. А. Шнейдера, вперше в радянській юридичній літературі спробу теоретично обґрунтувати необережну співучасті було здійснено А. Я. Вишинським<sup>21</sup>. Тієї ж думки дотримується С. Г. Келіна, автор параграфу «Проблеми співучасті» наукової праці «Кримінальне право. Історія юридичної науки» (1978 р.). Вчена пише: «Спираючись на положення англійського криміналіста минулого століття Стіфена, Вишинський припускав можливість відповідальності за необережне підбурювання до вчинення злочину. Це було одне з тих положень, котрі легко могли б виправдати об'єктивне інкримінування. Визнання можливості необережної співучасті знайшло теоретичну підтримку у праці А. Н. Трайніна, який вважав, що немає підстав стверджувати, «нібито співучасті у поєднанні з необережною виною взагалі є немислимою»<sup>22</sup>. Далі С. Г. Келіна зазначає, що до прийняття Основ кримінального законодавства (1958 р.) в літературі відбувались суперечки про те, чи є можливою необережна співучасті у злочині або співучасті в необережному злочині, і окремі автори у вирішенні цього питання виходили з позиції А. Я. Вишинського про допустимість співучасті в обох вищевказаних випадках<sup>23</sup>.

На нашу думку, у висловлюваннях С. Г. Келіної міститься неточність. Вчена стверджує, що «окремі автори» (судячи з всього, мається на увазі А. Н. Трайнін) виходили з позиції А. Я. Вишинського про можливість необережної співучасті. Насправді, ще задовго до публікації поглядів А. Я. Вишинського з цього питання, у підручнику Загальної частини кримінального права 1929 р. А. Н. Трайнін наводив теоретичне обґрунтування своїх поглядів про можливість співучасті в необережній співучасті. Таким чином, у монографії «Вчення про співучасть» (1941 р.) А. Н. Трайнін продовжив розвиток своїх поглядів про співучасть у необережних злочинах, висловлених у підручниках 20-х рр.

Вважаємо, що думка деяких вчених про те, що в радянській юридичній літературі саме А. Я. Вишинський вперше здійснив спробу теоретично обґрунтувати необережну співучасть, потребує уточнення. Якщо мається на увазі саме співучасть у необережному злочині, то засади цього погляду заклав А. Н. Трайнін у підручниках 20-х рр. ХХ ст. Якщо ж йдеться про необережну співучасть в сенсі необережної участі в умисному злочині, то А. Н. Трайнін таку позицію не підтримував.

А. Н. Трайнін критикує підхід, відповідно до якого істотною ознакою співучасті визнається наявність попередньої згоди між співучасниками. «Якщо вважати, – пише автор, – що попередня згода є істотною ознакою співучасті, то неминуче виключається можливість співучасті в необережному діянні: немислимо домовлятися вчинити посягання, самої можливості якого учасники не допускають. Інший висновок підказує визнання достатньої для наявності співучасті діяльності «завідомо спільно»<sup>24</sup>.

Ознаку «завідомо спільно» можна зрозуміти як усвідомлення співучасниками спільного характеру своїх діянь. Оскільки ставлення до злочинного результату може виявлятися в умислі або необережності, а співучасть не змінює підстав відповідальності, то А. Н. Трайнін вважає, що співучасник, як і особа, що діє окремо, може відповідати за наявності як умислу, так і необережності: вимога діяльності «завідомо спільно» цьому жодним чином не суперечить. Для доказу цього положення А. Н. Трайнін пропонує скористатись прикладом, який був взятий з «Казуїстики» проф. М. Д. Сергєєвського. Троє громадян А, Б і В пішли на полювання. Вийшовши у поле, вони побачили селянина, який орав землю, тримаючи люльку в зубах. А сказав, звертаючись до В: «Ти добрий стрілець і напевно зможеш вибити кулею люльку з рота селянина. Спробуй вистрілити». В погодився, але за умови, щоб хтось дозволив йому покласти рушницю собі на плече. На це погодився Б. В поклав рушницю на плече Б, поцілів і вистрілив. Куля потрапила в голову селянина і останнього було вбито на місці<sup>25</sup>.

На думку А. Н. Трайніна, у наведеному казусі дія кожного з мисливців була однією з необхідних умов настання злочинного результату – смерті селянина, далі на боці кожного з мисливців була необережність; разом із тим вони діяли «завідомо спільно». Визнання у цьому випадку співучасті – співучасті в необережному діянні, не змінюючи підстави відповідальності мисливців, відкриває лише можливість у чіткій формі відповідальності всіх за один і той самий результат – кваліфікувати діяння мисливців і визначити відносну роль і відносну небезпеку та відповідальність кожного з них. Навпаки, без допомоги інституту співучасті в наведеному випадку довелося б вести мову або про трьох самостійних виконавців, що спричинили через необережність смерть селянина – конструкція, яка лише ускладнює врахування соціальної небезпеки кожного з цих осіб, або взагалі відмовитись від притягнення до відповідальності А і Б, – висновок, який також важко визнати правильним<sup>26</sup>.

А. Н. Трайнін зазначає, що теорія зазвичай заперечує можливість співучасті в необережному діянні. Опонентами співучасті в необережному злочині вчений називає О. О. Жижиленка, Е. Я. Немировського, А. А. Піонтковського. Так, А. А. Піонтковський пише, що «деякі буржуазні криміналісти (меншість) вважають за можливе вести мову про необережну співучасть. Втім, їх побудови не мають жодного практичного значення. Судова практика буржуазного суду не дотримується цього погляду. Спільне вчинення одного необережного злочину внаслідок необережних дій кількох осіб розглядається на загальних підставах»<sup>27</sup>.

Свого часу вельми різко виступив проти співучасті в необережному злочині М. О. Чельцов-Бебутов. На думку останнього, визнавати такого роду співучасть означає «втягувати з архівної порохняви давно закинуті конструкції». А. Н. Трайнін вважає, що тут є очевидне непорозуміння: «сама за старої конструкції співучасті, як особливої підстави для солідарної відповідальності, яке передбачає попередню згоду між співучасниками (сама такою є конструкція М. С. Таганцева) природно, можливість співучасті в необережному діянні виключається. Навпаки, в системі соціального захисту, співучасть, як один з критеріїв соціальної небезпеки, може цілком мислитись і в формі вчинення кількома особами через необережність суспільно небезпечного діяння», – пише А. Н. Трайнін<sup>28</sup>.

Водночас А. Н. Трайнін критично підходить і до власних поглядів. Вчений має сумнів у самій можливості підбурювання до необережно вчинюваного суспільно небезпечного діяння, і при цьому висуває правильне і, на нашу думку, дуже важливе теоретичне положення. «Зрозуміло, – зазначає науковець, – оскільки особа, яка діє через необережність не допускає шкідливий результат, не можна вести мову про підбурювання до заподіяння цього результату. Проте тим самим ще не виключається можливість підбурювання до необережної дії (виділено мною. – С.Б.), тому що обов'язок врахування ймовірних наслідків необережної дії однаково покладений як на самого діяча, так і на тих осіб, які схилили його до цієї дії»<sup>29</sup>.

Уже згаданій монографії «Вчення про співучасть» (1941 р.) А. Н. Трайнін продовжив розвиток і укріплення поглядів про можливість співучасті в необережному злочині. У главі «Спеціальні питання у вченні про співучасть» А. Н. Трайнін у якості першого питання розглядає співучасть в необережному злочині. Вчений висуває необхідну для співучасті ознаку єдності злочинної дії і положення про те, що «співучасть є мислимою лише там, де всі спільники діють або умисно, або необережно»<sup>30</sup>.

На думку А. Н. Трайніна, співучасть не створює особливих підстав відповідальності: як і за індивідуального вчинення злочину, під час вчинення злочину у співучасті необхідно є наявність об'єктивного (причинного) та суб'єктивного (винного) зв'язку. Оскільки винний зв'язок можливий або у формі умислу, або у формі необережності, немає підстав стверджувати, нібито співучасть у поєднанні з необережною виною взагалі є немислимою<sup>31</sup>.

Наукові погляди А. Н. Трайніна зазнали гострої критики з боку низки криміналістів.

Так, С. В. Бородін зазначає, що необережна вина під час вчинення злочину кількома особами не створює того необхідного суб'єктивного (внутрішнього) зв'язку, який потребує співучасті як узгоджена діяльність кількох осіб, що вчиняють злочин. За необережної вини виключається обізнаність підбурювача і пособника про дії виконавця. Отже, без умисної вини не може бути і особливого порядку відповідальності, передбаченого за співучасть<sup>32</sup>. Подібну позицію зайняв М. А. Шнейдер, на думку якого, необережний злочин характеризується відсутністю бажання або свідомого припущення злочинних наслідків. У цих умовах змова, яка є необхідною ознакою співучасті і початком спільної суспільно небезпечної діяльності, є неможливою, тому що неможливо дійти згоди з приводу небажаних наслідків<sup>33</sup>. А. А. Піонтковський пояснював неможливість співучасті в необережних злочинах тим, що через необережний характер дій кожної особи тут не може мати місця узгоджена діяльність окремих осіб, якої вимагає поняття співучасті<sup>34</sup>. П. І. Грішаєв та Г. А. Крігер стверджували, що за відсутності бажання або свідомого припущення злочинних наслідків не можна вести мову про єдність злочинного наміру, котра є характерною для співучасті, як і про створення необхідної внутрішньої узгодженості між діями суб'єктів, яка є властивою для співучасті<sup>35</sup>.

Нескладно помітити, що С. В. Бородін, П. І. Грішаєв, Г. А. Крігер, А. А. Піонтковський, М. А. Шнейдер та інші автори в якості основного аргументу висувують тезу про те, що для співучасті невід'ємною ознакою постає узгоджена діяльність співучасників. На їхню думку, така узгодженість поведінки не може мати місця в необережному злочині, тому що не можна дійти згоди з приводу небажаних наслідків.

Утім, таку аргументацію важко визнати переконливою. І річ не тільки у тім, що теорія кримінального права визнає можливість співучасті і без попередньої змови. Питання у тому, що в деяких ситуаціях злочинні наслідки завдаються необережними діями одного з суб'єктів, який разом з іншими бере участь у певній об'єктивно небезпечній діяльності, яка була попередньо узгоджена цими суб'єктами.

Так, вагомі аргументи були висунуті Г. Б. Віттенбергом. Науковець слушно зазначає, що відсутність узгодженої діяльності окремих осіб буває далеко не у всіх випадках вчинення кількома особами одного і того ж необережного злочину<sup>36</sup>.

На підтвердження своєї тези Г. Б. Віттенберг звертається до справи Ч. і М. «Шофер Ч., перебуваючи у нетверезому стані, 6 квітня 1947 р. зайшов у будку чергового вирядника гаража, розташовану неподалік пішохідної доріжки, і запропонував шоферу М., який там перебував, випробувати пістолети, що були у них. Ч. здійснив два постріли з пістолету «Парабелум» по шапці М., яка висіла на цвяху, загнаному в брусовану стіну будки. При цьому одна з куль застрягла у брусі, а інша пройшла навиліт, але нікому шкоди не завдала. Потім М. здійснив один постріл з пістолета «ГТ» у шапку Ч., яка висіла на тому ж самому цвяху. Цього разу куля потрапила в паз брусованої стіни, пройшла навиліт і поранила в область грудної клітки студентку П., яка проходила пішохідною доріжкою. 14 травня 1947 р. П. від отриманих поранень померла»<sup>37</sup>. Г. Б. Віттенберг привертає увагу до того, що необережне вбивство П. стало результатом певним чином узгодженої діяльності групи – Ч. та М. Дії Ч., який організував стрільбу, тут мають ніби характер підбурювання. Отже, під час вчинення одного і того ж необережного злочину групою осіб узгоджена діяльність може мати місце. Проте з цього зовсім не випливає, що там, де є узгоджена діяльність кількох осіб, які спільно спричинили злочинний результат, завжди буде співучасть<sup>38</sup>.

Наведені у цій статті положення, наукові позиції, тези та аргументи учасників дискусії про співучасть у необережних злочинах дають підстави для таких висновків.

Передусім зазначимо, що зміст норм чинного законодавства України про співучасть у злочині не дозволяє вважати за можливе співучасть у необережному злочині. Проте міркування деяких авторів можуть бути корисними для створення підґрунтя концепту необережного співзаподіяння. Більшість авторів, навіть ті, які заперечували співучасть у необережному злочині, тим не менше погоджувались, що ситуація вчинення одного необережного злочину необережними діями кількох осіб цілком може мати місце. Пізніше це явище стали позначати в науці радянського кримінального права терміном «необережне співзаподіяння».

Значний евристичний потенціал має підхід А. Н. Трайніна щодо можливості «підбурювання» до необережного діяння (а не злочину). Вчений правильно зазначив: оскільки особа, яка діє через необережність, не допускає шкідливий результат, не можна вести мову про підбурювання до заподіяння цього результату. Проте тим самим ще не виключається можливість «підбурювання» до необережної дії, тому що обов'язок врахування ймовірних наслідків необережної дії однаково покладений як на самого діяча, так і на тих осіб, які схилили його до цієї дії. Зрозуміло, що це не те підбурювання, про яке йдеться у ч. 4 ст. 27 КК України. Утім, ми погоджуємось із тим, що в ситуації необережно завданого однією особою злочинного наслідку, який був результатом узгодженої небезпечної поведінки кількох суб'єктів, можуть бути підстави для встановлення причинного зв'язку та вини іншого учасника.

Наведені положення можуть слугувати підґрунтям для подальших досліджень, оскільки в сучасних умовах спільна об'єктивно небезпечна поведінка кількох суб'єктів, в ході якої один із них через необережність спричиняє суспільно небезпечні наслідки, стає все більш поширеною. Одним із її проявів є незаконні автомобільні перегони, кримінально-правова характеристика яких становить предмет окремого дослідження.



- <sup>1</sup> *Кваша О. О.* Співучасть у злочині: структура та відповідальність: монографія / О. О. Кваша; НАН України; Ін-т держ. і права ім. В. М. Корецького. – Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2013. – 560 с. – С. 128.
- <sup>2</sup> *Бородин С.* Еще раз о соучастии / С. Бородин // Социалистическая законность. – 1957. – № 12. – С. 18–24.
- <sup>3</sup> *Мунтян В. Л.* На юридическом факультете Киевского государственного университета им. Т. Г. Шевченко / В. Л. Мунтян // Советское государство и право. – 1957. – № 9. – С. 132–134.
- <sup>4</sup> Там само.
- <sup>5</sup> *Виттенберг Г. Б.* О некоторых спорных вопросах учения о соучастии / Г. Б. Виттенберг // Труды Иркутского государственного университета им. А. А. Жданова. – Том 27. – Серия юридическая. – Вып. 4. – 1958. – С. 53–68.
- <sup>6</sup> *Гришаев П. И.* Соучастие по советскому уголовному праву / П. И. Гришаев, Г. А. Кригер. – М.: Госюриздат, 1959. – 255 с.
- <sup>7</sup> *Ковалев М. И.* К вопросу о понятии соучастия в советском уголовном праве / М. И. Ковалев // Известия ВУЗов. – Правоведение. – 1959. – № 4. – С. 97–105; *Ковалев М. И.* Соучастие в преступлении. Часть первая. Понятие соучастия / М. И. Ковалев. – Свердловск: Свердловский юридический институт имени А. Я. Вышинского, 1960. – 288 с.
- <sup>8</sup> *Немировский Э. Я.* Учебник уголовного права. Общая часть / Э. Я. Немировский. – Одесса: Издание Акционерного Южно-Русского Общества Печатного Дела, 1919. – 376 с.; *Немировский Э. Я.* Советское уголовное право. Части Общая и Особенная / Э. Я. Немировский. – Изд. 2-е, изм. и доп. – Одесса: Одесполиграф, 1926. – 368 с.
- <sup>9</sup> *Пионтковский А. А.* Советское уголовное право. Т. 1. Общая часть / А. А. Пионтковский. – Изд. 3-е, испр. и доп. – М.-Л.: Госиздат, 1929. – 371 с.
- <sup>10</sup> *Познышев С. В.* Учебник уголовного права. Очерк основных начал общей и особенной частей науки уголовного права. Общая часть / С. В. Познышев. – М.: Юрид. изд-во Наркомюста, 1923. – 291 с.
- <sup>11</sup> *Мунтян В. Л.* Вказана праця.
- <sup>12</sup> *Трайнин А. Н.* Уголовное право. Общая часть / А. Н. Трайнин. – М.: Изд-во 1-го Московского государственного университета, 1929. – 511 с.; *Трайнин А. Н.* Учение о соучастии / А. Н. Трайнин. – М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1941. – 158 с.; *Трайнин А. Н.* Избранные труды / Составление, вступительная статья докт. юрид. наук, профессора Н. Ф. Кузнецовой. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 898 с.
- <sup>13</sup> *Шаргородский М. Д.* Некоторые вопросы общего учения о соучастии / М. Д. Шаргородский // Известия ВУЗов. – Правоведение. – 1960. – № 1. – С. 84–97.
- <sup>14</sup> *Шнейдер М. А.* Соучастие в преступлении по советскому уголовному праву. – М.: ВЮЗИ, 1958. – 98 с.
- <sup>15</sup> *Познышев С. В.* Вказана праця. – С. 147–149.
- <sup>16</sup> *Немировский Э. Я.* Учебник уголовного права. Общая часть / Э. Я. Немировский. – Одесса: Издание Акционерного Южно-Русского Общества Печатного Дела, 1919. – 376 с.
- <sup>17</sup> *Немировский Э. Я.* Советское уголовное право. Части Общая и Особенная / Э. Я. Немировский. – Изд. 2-е, изм. и доп. – Одесса: Одесполиграф, 1926. – 368 с.
- <sup>18</sup> *Трайнин А. Н.* Уголовное право. Общая часть / А. Н. Трайнин. – М.: Изд-во 1-го Московского Государственного Университета, 1929. – 511 с. – С. 340–341.
- <sup>19</sup> *Немировский Э. Я.* Вказана праця. – С. 144.
- <sup>20</sup> Там само. – С. 145.
- <sup>21</sup> *Шнейдер М. А.* Соучастие в преступлении по советскому уголовному праву / М. А. Шнейдер. – М.: ВЮЗИ, 1958. – 98 с. – С. 27.
- <sup>22</sup> Уголовное право. История юридической науки / Отв. ред. В. Н. Кудрявцев. – М.: Наука, 1978. – 309 с. – С. 108.
- <sup>23</sup> Там само. – С. 111.
- <sup>24</sup> *Трайнин А. Н.* Вказана праця. – С. 340.
- <sup>25</sup> Там само.
- <sup>26</sup> Там само. – С. 340–341.
- <sup>27</sup> *Пионтковский А. А.* Вказана праця. – 371 с. – С. 301.
- <sup>28</sup> *Трайнин А. Н.* Вказана праця. – С. 340–341.
- <sup>29</sup> Там само. – С. 341.
- <sup>30</sup> *Трайнин А. Н.* Избранные труды / Составление, вступительная статья докт. юрид. наук, проф. Н. Ф. Кузнецовой. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 898 с. – С. 253–254.
- <sup>31</sup> Там само. – С. 307.
- <sup>32</sup> *Бородин С.* Вказана праця. – С. 19.
- <sup>33</sup> *Шнейдер М. А.* Вказана праця. – С. 31–32.
- <sup>34</sup> Советское уголовное право. Часть общая. Учебник для вузов / Отв. ред. Чхиквадзе В. М. – М.: Госюриздат, 1952. – 511 с. – С. 293.
- <sup>35</sup> *Гришаев П. И.* Вказана праця. – С. 33–34.
- <sup>36</sup> *Виттенберг Г. Б.* Вказана праця. – С. 56.
- <sup>37</sup> Там само. – С. 57.
- <sup>38</sup> Там само.

## Резюме

**Багіров С. Р. Дискусії щодо співучасті в необережному злочині до реформи кримінального законодавства 1958–1961 рр. (1917–1961).**

У статті аналізуються погляди щодо можливості співучасті в необережному злочині. Висвітлено основні підходи до цієї проблеми. Спростовується аргумент про те, що в необережному злочині не може бути узгодженої поведінки кількох суб'єктів. Сформульовано висновок, що в ситуації необережно завданого однією особою злочинного наслідку, який був результатом узгодженої небезпечної поведінки кількох суб'єктів, можуть бути підстави для встановлення причинного зв'язку та вини іншого учасника. Створено підґрунтя для подальшого вивчення проблеми необережного співзаподіяння у кримінальному праві.

**Ключові слова:** множинність суб'єктів, співучасть у злочині, необережність, необережний злочин, необережне співзаподіяння.

Резюме

*Багіров С. Р. Дискусии о соучастии в неосторожном преступлении до реформы уголовного законодательства 1958–1961 гг. (1917–1961).*

В статье анализируются взгляды относительно возможности соучастия в неосторожном преступлении. Раскрыты основные подходы к этой проблеме. Опровергается аргумент о том, что в неосторожном преступлении не может быть согласованного поведения нескольких субъектов. Сформулирован вывод, что в ситуации неосторожно причиненного одним лицом преступного последствия, которое выступило результатом согласованного опасного поведения нескольких субъектов, могут быть основания для установления причинной связи и вины другого участника. Создана основа для дальнейшего изучения проблемы неосторожного сопричинения в уголовном праве.

**Ключевые слова:** множественность субъектов, соучастие в преступлении, неосторожность, неосторожное преступление, неосторожное сопричинение.

Summary

*Bagirov S. Discussions about a criminal complicity in crime is committed by negligence till reform of criminal legislation 1958–1961 (1917–1961).*

In the research paper author analyses views relative to possibility a criminal complicity in crime is committed by negligence. This article elucidates basic approaches to this problem. Author disproves the argument, that in crime is committed by negligence is impossible concerted behavior of several offenders. Also formulated the conclusion, that situation, when one person causes by negligence the criminal consequence, which is a result of concerted dangerous behavior by several offenders, can be grounds for ascertainment causal nexus and guilt other participant. Author created foundation for further study of the problem co-causality in crimes are committed by negligence in the doctrine of criminal law.

**Key words:** plurality of offenders, criminal complicity, negligence, crime is committed by negligence, co-causality in crimes are committed by negligence.

УДК 347.965

**Н. М. БАКАЯНОВА**

*Нана Мезенівна Бакаянова, кандидат юридичних наук, доцент Національного Університету «Одеська юридична академія», адвокат, секретар дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії Одеської області*

**ПРИНЦИПИ АДВОКАТУРИ**

Безумовне значення для розуміння сутності адвокатури мають принципи, що визначають адвокатуру як правове явище. Відповідно до п. 14 ч. 1 ст. 92, ч. 3 ст. 131 Конституції України виключно законами України визначаються засади організації та діяльності адвокатури. Законодавство України закріплює принципи здійснення адвокатської діяльності, принципи адвокатського самоврядування, принципи адвокатської етики. Певні засади організації та діяльності адвокатури не отримали чіткого законодавчого закріплення, проте впливають із положень законодавства та міжнародних стандартів адвокатської діяльності та організації адвокатури. Систематизація наукових поглядів щодо принципів адвокатури сприятиме подальшому розвитку інституту адвокатури, удосконаленню адвокатської діяльності. Крім того, доцільно визначити поняття, що використовуються при дослідженні принципів адвокатури, здійснити їх класифікацію.

У питанні принципів адвокатури вітчизняна наука більшою мірою слідує законодавству, акцентуючи увагу більше на дослідженні прямо визначених законодавством принципів, залишаючи поза межами цих досліджень інші основоположні засади організації та діяльності адвокатури, як і загалом теоретичні підходи до розуміння сутності принципів адвокатури, їх системи, значення, класифікації тощо.

Організація та діяльність адвокатури розглядалися у працях вітчизняних науковців: М. Р. Аракелян, Т. В. Варфолом'єва, Т. Б. Вільчик, І. В. Головань, С. В. Гончаренко, О. Д. Святоцький, Л. В. Тацій, Д. П. Фіолевський, С. Я. Фурса, О. Г. Яновська та ін. Проте питання про принципи адвокатури потребує подальшої наукової розробки, комплексного підходу щодо їх законодавчої регламентації.

**Метою статті** є визначення системи принципів адвокатури, понятійного апарату щодо принципів адвокатури, здійснення їх наукової класифікації.

Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»<sup>1</sup> (далі – Закон) розмежовує принципи здійснення адвокатської діяльності та принципи адвокатського самоврядування. Так, згідно з ч. 1 ст. 4 Закону адвокатська діяльність здійснюється на принципах верховенства права, законності, незалежності, конфіденційності та уникнення конфлікту інтересів; згідно ж з ч. 1 ст. 43 Закону адвокатське самоврядування ґрунтується на принципах виборності, гласності, обов'язковості для виконання адвокатами рішень органів адвокат-

ського самоврядування, підзвітності, заборони втручання органів адвокатського самоврядування у професійну діяльність адвоката. Закон «Про адвокатуру» 1992 р.<sup>2</sup>, натомість, у ст. 4 вказував на принципи діяльності адвокатури, якими були визначені принципи верховенства закону, незалежності, демократизму, гуманізму й конфіденційності.

Розділ II Правил адвокатської етики визначає основні принципи адвокатської етики, які також за своєю суттю є засадами адвокатської діяльності та організації адвокатури: незалежність та свобода адвоката у здійсненні професійної діяльності; дотримання законності; домінантність інтересів клієнтів; неприпустимості конфлікту інтересів; конфіденційності; компетентності та добросовісності; повага до адвокатської професії; вимоги до рекламування адвокатської діяльності<sup>3</sup>. У ст. 45 цих Правил згадується принцип чесності та порядності адвоката під час здійснення професійної діяльності в суді.

Принципи адвокатури закріплені також і в актах міжнародно-правового характеру. Так, наприклад, Хартія основних принципів європейської юридичної професії від 25.11.2006 р., прийнята Радою адвокатських асоціацій та правничих товариств Європи<sup>4</sup>, закріплює такі принципи адвокатської діяльності як: незалежність та свобода адвоката щодо ведення справи клієнта; конфіденційність та повага до професійної таємниці; уникнення конфлікту інтересів між клієнтами та між клієнтом і адвокатом; честь і гідність адвокатської професії, чесність та бездоганна репутація окремого адвоката; лояльність до клієнта; справедливе ставлення до клієнта у питаннях винагороди; професійна компетентність адвоката; повага до колег по професії; повага до верховенства права та справедливого відправлення правосуддя; саморегулювання адвокатської професії.

Аналіз наукової думки свідчить про те, що в науці йдеться про принципи адвокатури<sup>5</sup>, принципи діяльності адвокатури<sup>6</sup>, принципи здійснення адвокатської діяльності<sup>7,8</sup>, принципи адвокатської етики<sup>9</sup>, принципи організації адвокатури<sup>10</sup>, принципи адміністративно-правового забезпечення діяльності адвокатури<sup>11</sup>. При цьому, здається, що в більшості дослідженнях вживання того чи іншого терміна не має з боку авторів якогось спеціального смислового навантаження щодо них, яке б дозволяло диференціювати ці терміни. Так, Є. Ф. Шкробець досліджує принципи адміністративно-правового забезпечення діяльності адвокатури, поміж тим, вбачається, що вони в нього, загалом, є тотожними поняттю «принципи організації та діяльності адвокатури»<sup>12</sup>. Навіть у спеціальному дисертаційному дослідженні К. М. Северина «Принципи адвокатської діяльності» цьому питанню не приділяється увага, а, наприклад, поняття «принципи адвокатури» вживається, радше, як синонім поняття «принципи адвокатської діяльності»<sup>13</sup>.

А. О. Чаленко та О. І. Козяр, виходячи з помилкової, на наш погляд, тези про те, що ст. 4 вже нечинного Закону «Про адвокатуру» врегульовувала «принципи адвокатури», а не «принципи діяльності адвокатури», намагаються знайти підходи до розмежування «принципів адвокатури» та «принципів адвокатської діяльності»<sup>14,15</sup>. Як зазначає у зв'язку з цим, наприклад, О. І. Козяр, поняття «принципи адвокатури» та «принципи адвокатської діяльності» не є синонімічними. Вони характеризують різні аспекти досліджуваного інституту громадянського суспільства. Принципи адвокатури закріплюють стандарти забезпечення належного функціонування адвокатури як корпоративного професійного співтовариства адвокатів, тобто мають переважно організаційний характер. Принципи адвокатської діяльності мають відношення до здійснення адвокатом конкретних дій з метою надання допомоги клієнту, і тому в них переважає функціональна складова<sup>16</sup>.

На наш погляд, з філологічної точки зору використання терміна «принципи адвокатури» є не зовсім вдалим. У юриспруденції, як правило, ведуть мову про принципи або ж права загалом, або ж окремої галузі права, принципи правового регулювання чи принципи певної правової діяльності. При дослідженні правових засад, що стосуються тих чи інших правових інституцій, правова наука використовує термін «принципи організації чи діяльності правової інституції», а не «принципи правової інституції». Так, у традиційних галузях правової науки вже сформованою є відповідна термінологія, згідно з якою є «принципи організації та діяльності судів», а не «принципи суду», «принципи організації чи принципи діяльності прокуратури»<sup>17</sup>, а не «принципи прокуратури». У молодих же галузях правової науки з ще не зовсім усталеною термінологією, якою, наприклад, на наш погляд, є наука про нотаріат, трапляється термін «принципи нотаріату»<sup>18</sup>, хоча в окремих дослідженнях йдеться і про «принципи діяльності та організації нотаріату»<sup>19</sup>. Однак, не дивлячись на не зовсім прийнятне з точки зору філології використання терміна «принципи адвокатури», загалом, таке його використання можливе, але не у значенні принципів організації адвокатури, як про те зазначається в науці.

Термін «принципи організації адвокатури», на наш погляд, є цілком прийнятним для характеристики основних засад організації адвокатури. Поміж тим, наука про адвокатуру вимагає, на наш погляд, існування більш загального терміна, який охоплював би всю категорію принципів, що характеризують адвокатуру як правовий інститут. Оразу ж видно, що принципи організації та принципи діяльності адвокатури є певними виокремленими групами з більш загального поняття, їх існування є свого роду наслідком класифікації цього більш загального поняття, яке охоплює як першу, так і другу групу принципів. Саме таку загальну групу принципів, яка б характеризувала основні засади побудови, діяльності адвокатури як правової інституції, цілком обґрунтовано, на наш погляд, можна було б назвати принципами адвокатури України.

Для більш ефективного вивчення правових явищ у правовій науці застосовується метод класифікації, суть якого полягає у виявленні та фіксації істотних ознак та властивостей об'єктів, що класифікуються. Досить ефективним, вважаємо, є вивчення основоположних принципів адвокатури через їх класифікацію. Окремі групи принципів дозволяють дослідити ті чи інші аспекти адвокатури та адвокатської діяльності, виявити особливості, притаманні їм.

Досліджуючи принципи організації та діяльності адвокатури, Л. В. Тацій у своєму дисертаційному дослідженні пропонує виокремлювати принципи організації та діяльності адвокатури (якими є верховенство права, незалежність, демократизм, гуманізм, конфіденційність, професіоналізм, охорону законних прав адвоката) та спеціальні принципи адвокатської діяльності (дотримання кодексу професійної поведінки, дисциплінарної юрисдикції, безоплатності правової допомоги тим, хто не в змозі її оплатити)<sup>20</sup>. Поміж тим, що власне є об'єктом та критерієм класифікації цього дослідження, Л. В. Тацій не вказує.

О. О. Кармаза пропонує чисельні класифікації принципів адвокатської діяльності. Так, вона пропонує поділяти ці принципи, зокрема: 1) за способом закріплення на принципи, прямо виражені в нормах законодавчих актів (принцип верховенства права, законності, адвокатської таємниці, забезпечення права на захист) та принципи, які непрямо виражені в нормах законодавчих актів (принцип диспозитивності, стабільності суспільних відносин в сфері адвокатської діяльності); 2) за галузевою ознакою на принципи конституційного права (верховенства права, забезпечення правового захисту), принципи цивільного права (принцип справедливості, добросовісності та розумності), принципи адвокатури (принцип адвокатської таємниці, незалежності адвоката, професіоналізму); 3) за територією поширення на принципи закріплені на міжнародному рівні (принципи, закріплені чи впливають з діючих міжнародних договорів України: принцип поваги до людини, міжнародного співробітництва) та принципи, що закріплені чи впливають з національного законодавства України (наприклад, принципи, викладені в Законі «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»)<sup>21</sup>.

Загалом можна погодитись з запропонованими підходами до класифікації та наведеними класифікаціями, за винятком виокремлення окремих принципів у межах запропонованих груп. Так, на наш погляд, не можна вважати саме принципами адвокатської діяльності принцип забезпечення права на захист чи принцип диспозитивності. Зазначені принципи є радше принципами процесу, оскільки характеризують ті чи інші аспекти процесуальних відносин загалом, а не власне адвокатської діяльності. Не можна також погодитись з можливістю виокремлення принципів адвокатури в межах поділу принципів адвокатської діяльності за галузевою ознакою. Крім того, не завжди зрозуміло, що відображає той чи інший принцип (як наприклад, принцип стабільності суспільних відносин у сфері адвокатської діяльності) через те, що зміст принципу не розкривається.

З урахуванням загальних наукових напрацювань щодо класифікацій принципів, думок щодо класифікацій принципів адвокатури, на наш погляд, принципи адвокатури (саме принципи адвокатури, а не принципи адвокатської діяльності чи принципи організації та діяльності адвокатури) можуть бути поділені на такі групи:

1) за способом їх закріплення – на принципи, прямо закріплені законодавством про адвокатуру (наприклад, принципи верховенства права, законності, уникнення в адвокатській діяльності конфлікту інтересів), та принципи, що впливають з аналізу законодавства про адвокатуру (принципи корпоративного самоврядування, професійності адвокатів, свободи вибору форми організації адвокатської діяльності);

2) за сферою їх поширення на загальні, що є характерними для усієї сфери права, будь-яких галузей права чи будь-якої правової діяльності (принципи верховенства права, законності, гуманізму та демократизму), міжгалузеві (принципи конфіденційності, незалежності) та галузеві, притаманні винятково адвокатурі (принципи корпоративного самоврядування, домінантності інтересів клієнтів);

3) за джерелом їх закріплення на конституційні, тобто закріплені Конституцією України (принципи верховенства права, законності, пріоритетності життя та здоров'я, честі та гідності, недоторканності і безпеки людини, загальності права на правову допомогу) та такі, що закріплені спеціальним законодавством про адвокатуру (незалежності адвоката, конфіденційності, уникнення в адвокатській діяльності конфлікту інтересів). Принципи верховенства права та законності хоча й передбачені Законом «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» однак є конституційними, оскільки первинно закріплені саме в Конституції);

4) за предметом регулювання – на загальні, функціональні (принципи діяльності адвокатури) та організаційні принципи (принципи організації адвокатури). Загальними принципами, є наприклад, принципи верховенства права, законності, гуманізму; функціональними принципами є принципи незалежності адвоката при здійсненні адвокатської діяльності, конфіденційності, уникнення в адвокатській діяльності конфлікту інтересів тощо; організаційними принципами є принципи обов'язкового членства адвокатів України в Національній асоціації адвокатів України, корпоративного самоврядування адвокатури, свободи вибору форми організації адвокатської діяльності, гласності та інші.

Зазначені класифікації є умовними та не є вичерпними. Можливим є виокремлення й інших груп принципів адвокатури.

На наш погляд, найбільш значимою для розуміння сутності функціональних та організаційних основ адвокатури має остання з наведених класифікацій принципів адвокатури, а саме поділ їх на загальні, функціональні (принципи діяльності адвокатури) та організаційні (принципи організації адвокатури). Слід визнати, що кожен принцип має своє місце в системі принципів адвокатури та характеризує ту чи іншу її основу, а відтак важливим є віднайдення місця цього принципу в системі принципів адвокатури.

З урахуванням наведеного, вважаємо, що можна дійти наступних висновків. Принципи адвокатури – це основоположні, керівні ідеї, основні вихідні положення та законмірності, на яких ґрунтується призначення та сутність адвокатури, її організація та діяльність, здійснення адвокатської діяльності.

Принципи адвокатури можна класифікувати за способом їх закріплення; за джерелом їх закріплення; за сферою їх поширення; за предметом регулювання.

Принципи адвокатури мають свої ознаки: 1) принцип адвокатури містить (виражає) в собі певну ідею (погляд) щодо адвокатури, яка складає його зміст; 2) така ідея (принцип адвокатури) прямо чи опосередковано закріплена в нормативно-правових актах; 3) принцип адвокатури повинен мати загальне значення для інституту адвокатури, її побудови та функціонування; 4) принцип визначає типові риси адвокатури; 5) принципи адвокатури характеризуються значною стійкістю та стабільністю у порівнянні зі звичайними нормами права; 6) принципи адвокатури не повинні дублювати одне одного, поміж тим вони складають певну систему, в якій один з принципів може впливати з іншого або бути його гарантією.

Подальші дослідження доцільно спрямувати на питання реалізації кожного з принципів, удосконалення їх законодавчої регламентації та визначення гарантій їх дотримання.

<sup>1</sup> Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. №5076-VI. – Голос України. – 2012. – 14.08.2012. – № 148–149.

<sup>2</sup> Про адвокатуру: Закон України від 19.12.1992 р. № 2887-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2887-12>

<sup>3</sup> Правила адвокатської етики, затверджені рішенням Установчого з'їзду адвокатів України 17 листопада 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pravila-advokats%27koj-etiki.pdf>

<sup>4</sup> Хартія основних принципів європейської юридичної професії від 25.11.2006 р., прийнята Радою адвокатських асоціацій та правничих товариств Європи [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ccbe.eu/documents>

<sup>5</sup> Чаленко А. О. Принципи адвокатури та адвокатської діяльності: проблеми розмежування / А. О. Чаленко // Перспективні напрямки розвитку сучасної юридичної науки. Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції (м. Івано-Франківськ, 20–21 березня 2015 р.). У 2-х частинах. – Херсон : Видавничий дім «Гельветика», 2015. – Ч. 1. – С. 200–202.

<sup>6</sup> Северин К. М. Співвідношення принципів діяльності адвокатури України з галузевими принципами кримінального процесуального права / К. М. Северин // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 6. – С. 356–359.

<sup>7</sup> Самусь О. В. Принципи здійснення адвокатської діяльності / О. В. Самусь // Адвокатура: минуле та сучасність : матер. II Міжнар. наук. конф. молодих вчених, аспір. та студ. (м. Одеса, 2 березня 2013 р.) / відп. за вип. д.ю.н., проф. В. М. Дрьомін ; Націон. ун-т «Одеська юридична академія». – Одеса : Фенікс, 2013. – С. 148–151.

<sup>8</sup> Павленко О. Майбутнє інституту адвокатури / О. Павленко // Юридичний журнал. – 2003. – № 9 (15). – С. 75–76.

<sup>9</sup> Бакаєнова Н. М. Етичеські принципи адвокатури в Україні. – Одеса: Юридическая литература, 2005.

<sup>10</sup> Обловацька Н. О. Принципи організації та діяльності адвокатури в Україні та Росії / Н. О. Обловацька // Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. Серія № 18. Економіка і право : зб. наукових праць. – Вип. 9. – К.: Вид-во НПУ імені М. П. Драгоманова, 2010. – С. 120–126.

<sup>11</sup> Шкрібєць Є. Ф. Принципи адміністративно-правового забезпечення діяльності адвокатури України Є. Ф. Шкрібєць // Форум права. – 2015. – № 2. – С. 192–197.

<sup>12</sup> Там само. – С. 192.

<sup>13</sup> Северин К. М. Принципи адвокатської діяльності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / К. М. Северин ; М-во освіти і науки України, Східноєвропейський нац. ун-т ім. Лесі Українки. – Луцьк, 2015. – 237 с.

<sup>14</sup> Чаленко А. О. Принципи адвокатури та адвокатської діяльності: проблеми розмежування / А. О. Чаленко // Перспективні напрямки розвитку сучасної юридичної науки. Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції (м. Івано-Франківськ, 20–21 березня 2015 року). У 2-х частинах. – Херсон : Видавничий дім «Гельветика», 2015. – Ч. 1. – С. 200–202.

<sup>15</sup> Козьор О. І. Принципи адвокатури та адвокатської діяльності : проблеми розмежування / О. І. Козьор // SCIENTIA VINCEMUS! Наукою переможемо : матеріали 2-ї міжнародної науково-практичної конференції «Нотаріат, адвокатура, суд, виконавче провадження: актуальні проблеми», присвяченої 5-річчю створення кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка / ред. кол.: С. Я. Фурса, О. О. Дерій, О. М. Нікітюк; упоряд. С. Я. Фурса, О. О. Дерій, О. М. Нікітюк, М. О. Рудковська – К.: ЦУЛ, 2016. – С. 230. – С. 232.

<sup>16</sup> Там само. – С. 231.

<sup>17</sup> Факас І. Б. Конституційно-правові принципи організації та діяльності судів загальної юрисдикції в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І. Б. Факас. – К.: Б. в., 2009. – 17 с.; Малюга В. І. Принципи організації та діяльності прокуратури України: Монографія / В. І. Малюга, О. Р. Михайленко; КНУТШ – К.: Київський університет, 2005. – 130 с.; Орищенко І. В. Щодо принципів організації та діяльності прокуратури України / І. В. Орищенко // Форум права. – 2012. – № 1. – С. 691–696 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-1/12oivdpu.pdf>

<sup>18</sup> Желіховська Ю. Основні завдання та принципи нотаріату / Ю. Желіховська // Юридичний вісник. – 2014. – № 3. – С. 189–195.

<sup>19</sup> Фурса С. Я. Нотаріат в Україні. Теорія і практика : Навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса. – К.: А.С.К., 2001. – 976 с. – С. 68–85.

<sup>20</sup> Тацій Л. В. Юридична природа адвокатури в системі захисту прав і свобод людини і громадянина : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Л. В. Тацій. – Х., 2008. – 20 с. – С. 15.

<sup>21</sup> Кармаза А. А. Правовые источники и принципы осуществления адвокатской деятельности в Украине (защита прав в гражданском процессе) / А. А. Кармаза // Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей. Вып. 4 «Адвокатура» / Под ред д.ю.н., проф. Фурсы С. Я. – К.: Алерта, 2015. – С. 44–51.

## Резюме

### Бакаєнова Н. М. Принципи адвокатури.

У статті досліджуються принципи адвокатури в Україні. Законодавство України диференціює принципи організації адвокатури, принципи адвокатської діяльності, принципи адвокатського самоврядування, принципи адвокатської етики. Автор аналізує наукові погляди щодо принципів адвокатури. За результатами дослідження автор визначає поняття та характерні риси принципів адвокатури, пропонує їх класифікацію.

**Ключові слова:** адвокатура, адвокатська діяльність, адвокат, принципи адвокатури, адвокатологія.

Резюме

**Бакаянова Н. М. Принципы адвокатуры.**

В статье исследуются принципы адвокатуры в Украине. Законодательство Украины дифференцирует принципы организации адвокатуры, принципы адвокатской деятельности, принципы адвокатского самоуправления, принципы адвокатской этики. Автор анализирует научные взгляды на принципы адвокатуры. По результатам исследования автор дает определение понятию принципов адвокатуры, указывает на их характерные черты, осуществляет их классификацию.

**Ключевые слова:** адвокатура, адвокатская деятельность, адвокат, принципы адвокатуры, адвокатология.

Summary

**Bakayanova N. The principles of the Bar.**

The article investigates the principles of the Bar in Ukraine. The legislation of Ukraine separates the principles of organization of the Bar, the principles of the advocate's activity, the principles of the attorney's self-government, the principles of legal ethics. The author analyzes the scientific views on the principles of the Bar. By results of research the author defines the concept and characteristic features of the principles of the Bar, offers their classification.

**Key words:** Bar, advocate's activity, attorney, principles of the Bar, advocatology.

УДК 343.13

**Р. М. БІЛОКОНЬ**

*Руслан Михайлович Білокін, кандидат юридичних наук, здобувач Національної академії внутрішніх справ*

**ПІДСТАВИ ТА УМОВИ ЗАСТОСУВАННЯ ВИДАЛЕННЯ  
З ЗАЛИ СУДОВОГО ЗАСІДАННЯ ЯК ЗАХОДУ  
КРИМІНАЛЬНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ**

Для забезпечення ефективності діяльності суду всі особи, присутні в залі судового засідання, зобов'язані дотримуватися порядку та беззаперечно підкорятися відповідним розпорядженням головуючого. У разі невиконання цього обов'язку учасники судового провадження підлягають відповідальності. У Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про незалежність судової влади» звертається увага на те, що суди повинні належним чином реагувати на порушення учасниками процесу та іншими присутніми в залі судового засідання особами встановленого законом і судом порядку розгляду справ та за наявності підстав вирішувати питання про притягнення винних у вчиненні таких порушень до відповідальності<sup>1</sup>. Серед заходів відповідальності, які застосовуються до порушників порядку судового засідання, особливе місце посідає видалення цих осіб із зали суду.

Аналіз останніх досліджень і публікацій свідчить про те, що проблема забезпечення порядку під час судового засідання не досліджена належним чином у теорії кримінального процесу. Окремі аспекти цього питання аналізували Г. Н. Ветрова, А. В. Мурзановська, В. М. Трофименко. Але слід зауважити, що видалення особи з зали суду за порушення порядку під час засідання має міжгалузевий характер, тому варто звернути увагу на праці М. Й. Штефана, О. В. Кузьменко, В. А. Кузьменка, В. О. Кучера, які досліджували проблему видалення порушників порядку з зали судового засідання в інших галузях права.

**Метою статті** є аналіз кримінального процесуального законодавства, яке регламентує підстави та умови застосування видалення як заходу кримінальної процесуальної відповідальності, виявлення проблем правозастосування цих положень та розроблення пропозицій щодо їх вдосконалення.

Виклад основного матеріалу. Заходи, які застосовуються до порушників порядку судового засідання, визначені в ст. 330 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України. Аналіз положень цієї норми свідчить, що в разі порушення порядку в судовому засіданні та невиконання розпоряджень головуючого вперше – всі учасники судового розгляду попереджаються про застосування заходів відповідальності. У разі ж повторного порушення порядку в залі судового засідання – до його учасників можуть застосовуватися такі заходи відповідальності: щодо обвинуваченого – видалення з зали судового засідання; щодо прокурора та захисника – притягнення до відповідальності, встановленої законом; щодо інших осіб, присутніх у судовому засіданні, – видалення із зали судового засідання та притягнення до відповідальності, встановленої законом, зокрема – ст. 185-3 Кодексу України про адміністративні правопорушення «Прояв неповаги до суду».

Варто зауважити, що видалення з зали судового засідання, визначене в ст. 330 КПК України, слід відрізняти від видалення, яке регламентується статтями 346, 328, 495, 27 КПК України. У цих нормах також визначається порядок видалення певних осіб з зали суду, але не як захід кримінальної процесуальної відповідальності, а як захід, що здійснюється для забезпечення процедури проведення судового засідання відпо-

відно до правил, визначених у КПК України. Зокрема, таке видалення застосовується щодо неповнолітнього обвинуваченого на час дослідження обставин, що можуть негативно вплинути на нього (ст. 495 КПК України), під час реалізації положення про заборону свідку бути присутнім у залі судового засідання до його допиту в суді (ст. 346 КПК України) чи у разі прийняття судом рішення про здійснення кримінального провадження в закритому судовому засіданні (ст. 27 КПК України).

Отже, видалення з зали судового засідання, визначене в ст. 330 КПК України, – це захід кримінальної процесуальної відповідальності немайнового характеру, який застосовується до учасників судового провадження та інших осіб, присутніх у судовому засіданні, які допустили повторне порушення порядку судового засідання чи невиконання розпоряджень головуючого, спрямований на припинення здійснення права на участь у цьому судовому засіданні.

Дослідження проблеми видалення з зали судового засідання потребує визначення фактичних підстав його застосування. Так, правила поведінки осіб, присутніх у судовому засіданні, в визначенні в ст. 329 КПК України, де зазначено, що особи, присутні в залі судового засідання, при вході до нього суду та при виході суду повинні встати. Сторони кримінального провадження допитують свідків та заявляють клопотання, подають заперечення стоячи і лише після надання їм слова головуючим у судовому засіданні. Свідки, експерти, спеціалісти дають показання, стоячи на місці, призначеному для свідків. Особи, присутні в залі, заслуховують вирок суду стоячи. Сторони та учасники кримінального провадження звертаються до суду «Ваша честь» або «Шановний суд». Матеріали, речі і документи передаються головуючому в судовому засіданні через судового розпорядника<sup>2</sup>.

При цьому ч. 2 ст. 329 КПК України визначає, що сторони та учасники кримінального провадження, а також інші особи, присутні в залі судового засідання, зобов'язані додержуватися порядку в судовому засіданні і беззаперечно підкорятися відповідним розпорядженням головуючого в судовому засіданні. А ч. 2 ст. 321 КПК України уповноважує головуючого вживати необхідних заходів для забезпечення в судовому засіданні належного порядку.

Таким чином, у разі порушення порядку в судовому засіданні, невиконання вимог чи розпоряджень головуючого закон дозволяє застосувати заходи відповідальності, визначені в ст. 330 КПК України. Утім закон не конкретизує, за які саме порушення порядку судового засідання слід застосовувати заходи відповідальності. А вчені звертають увагу на великий спектр дій і вчинків як учасників процесу, так і присутніх, які заважають судді вести процес, та відмічають, що такими діями може бути некоректна поведінка присутніх у залі, образливі висловлювання щодо суду, непокора суду, зневажливе ставлення до зауважень суду, хамство, вигуки<sup>3</sup>.

А тому, досліджуючи це питання в різних галузях права, вчені стверджують, що «в кожному конкретному випадку суд (суддя), користуючись своїм внутрішнім переконанням про громадський порядок, вирішує: чи порушує особа, присутня в залі судового засідання, встановлений порядок»<sup>4</sup>. Втім, ми не повністю погоджуємося з таким твердженням. Адже під час оцінювання діяння суддя має враховувати не лише правила громадського порядку, а і правила поведінки, які встановлені процесуальними законами для осіб, присутніх у судовому засіданні.

Хоча дійсно, в окремих випадках можуть виникнути дискусії щодо того, чи є певна поведінка порушенням порядку судового засідання, чи ні. Адже правила поведінки в судовому засіданні учасників процесу, а також осіб, які не є учасниками процесу, передбачають дотримання на лише писаних, а й неписаних (моральних, звичаєвих) правил поведінки, яких слід дотримуватися в судовому засіданні<sup>5</sup>.

Утім, у більшості випадків порушення порядку в судовому засіданні – це діяння учасників судового провадження та присутніх в залі осіб, які полягають у невиконанні ними обов'язків, закріплених у КПК України, зокрема в ст. 329 КПК України.

Аналіз порушень порядку судового засідання дозволяє виділити певні групи порушень. Одна група – це діяння, які пов'язані з недотриманням правил, визначених в КПК України для осіб, присутніх у залі суду, так і недотримання правил громадського порядку.

Так, недотримання правил, визначених у КПК України для осіб, присутніх у залі суду, полягають у невиконанні таких вимог: встати при вході та при виході суду; давати показання стоячи на місці, призначеному для свідків; звертатися до суду «Ваша честь» або «Шановний суд», заслуховувати вирок суду стоячи тощо. Слід відмітити, що недотримання цих вимог у цілому не перешкоджає розгляду справи в суді, і закон навіть передбачає можливість їх невиконання з дозволу головуючого в судовому засіданні. Утім, самовільне невиконання вказаних в ст. 329 КПК України вимог слід розцінювати як порушення порядку судового засідання.

Окрім цього, О. В. Кузьменко та О. Н. Панченко зазначають, що порушенням порядку під час судового засідання вважається і «перебування у залі суду в нетверезому стані, паління, сварка, бійка та інші хуліганські дії, гучні репліки, жвава жестикуляція присутніх, користування мобільними телефонами, псування майна суду тощо»<sup>6</sup>.

Інша група діянь – це невиконання розпоряджень головуючого в судовому засіданні. Адже окрім того, що особи, які присутні в залі судового засідання, зобов'язані додержуватися вищевказаних правил, вони ще й зобов'язані беззаперечно підкорятися відповідним розпорядженням головуючого в судовому засіданні.

Разом із цим, слід виокремлювати порушення порядку судового засідання, які не перешкоджають розгляду справи в суді, та порушення порядку судового засідання, які перешкоджають здійсненню правосуддя, унеможливаючи реалізацію повноважень суду та прав інших учасників судового провадження. Такі діяння

завдають суттєвої шкоди кримінальним процесуальним правовідносинам і унеможливають прийняття законного та обґрунтованого судового рішення.

Застосування видалення з зали судового засідання потребує однозначного розуміння повторності, яка є обов'язковою умовою реалізації цього заходу кримінальної процесуальної відповідальності.

Так, у частинах 1, 3 ст. 330 КПК України визначено, що видалення із зали судового засідання, як захід кримінальної процесуальної відповідальності застосовується при повторному порушенні порядку судового засідання. Таке положення передбачає, що видалення застосовується при наявності преюдиційних фактів – попереднього вчинення порушення порядку в залі судового засідання та попередження про те, що в разі повторення цих діянь особу буде видалено з зали суду. При цьому «факти порушення встановленого порядку судового засідання, нехтування розпорядженнями головуючого, інші прояви неповаги до суду, а також зміст зауваження чи попередження мають бути відображені в журналі судового засідання»<sup>7</sup>.

Практична реалізація положень ст. 330 КПК України щодо видалення із зали судового засідання потребує відповіді на питання, які є дискусійними як серед науковців, так і в правозастосуванні. Адже спори ведуться щодо таких питань: чи мають видаленню передувати лише аналогічні діяння? Діяння мають повторюватися в одному засіданні, чи протягом усього судового провадження? Чи може бути декілька попереджень перед застосуванням видалення?

Так, В. В. Комаров та О. В. Рожнов стверджують, що «повторність має місце тільки в тому випадку, коли особа, до якої вже застосовувалось попередження за порушення порядку під час судового засідання або невиконання розпоряджень головуючого, вчиняє аналогічне порушення»<sup>8</sup>.

Тобто ці вчені звертають увагу на те, що повторність має місце лише при повторному вчиненні аналогічних порушень порядку в судовому засіданні. Втім вважаємо, що таке твердження є помилковим. А вірною є позиція вчених, які вважають, що повторність порушення порядку судового засідання – це не лише вчинення таких самих дій особою, яка вже була попереджена за такі самі дії, а повторність має місце й тоді, коли вчинено інше порушення порядку, ніж те, за яке було застосовано попередження<sup>9</sup>. Адже, дійсно, у ст. 330 КПК України мова йде про порушення порядку в залі судового засідання та невідкорення розпорядженням головуючого в судовому засіданні в цілому, а не щодо якихось конкретних його проявів. Так, в Ухвалі Бориспільського міськрайонного суду Київської області про видалення обвинуваченого з зали суду зазначено, що під час судового розгляду обвинувачений ОСОБА\_1 вів себе неадекватно та агресивно по відношенню до потерпілого та суду, неодноразово допускав брутальні висловлювання на адресу потерпілого, нехтував встановленими в суді правилами щодо дотримання порядку в залі судового засідання, за що неодноразово попереджався Головуючим по справі, про недопустимість такої поведінки. Незважаючи на попередження, ОСОБА\_1 своєї поведінки не змінив, за що був попереджений Головуючим про можливе видалення його з зали судового засідання. Після цього ОСОБА\_1 знову, проявляючи зневагу до встановлених у суді правил, допустив образливі висловлювання на адресу потерпілого<sup>10</sup>.

На нашу думку, спірним є й твердження окремих вчених про те, що повторність має місце тільки в тому випадку, коли особа вчиняє порушення вдруге в межах одного судового засідання<sup>11</sup>. Вважаємо, що повторність слід розглядати не в межах одного судового засідання, а в межах одного судового провадження певної інстанції. Адже на початку судового розгляду судовий розпорядник роздає особам, які беруть участь у судовому розгляді, пам'ятку про їхні права та обов'язки, передбачені КПК України. Після ознайомлення обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у судовому розгляді, з пам'яткою головуючий з'ясовує, чи зрозумілі їм їх права та обов'язки і в разі необхідності роз'яснює їх (ч. 1 ст. 345 КПК України). Учасники судового розгляду зобов'язані дотримуватися цих обов'язків протягом всього судового розгляду. І тому не має значення, на якому саме етапі судового розгляду особа порушувала порядок судового засідання. До уваги слід брати сам факт порушення порядку судового засідання під час конкретного судового провадження в окремій інстанції.

Таким шляхом йде і практика. Зокрема, під час розгляду кримінального провадження за обвинуваченням ОСОБА\_1 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 185 ч. 3 КК України головуючий в судовому засіданні неодноразово попереджав обвинуваченого про можливість його видалення з зали судового засідання, якщо він продовжуватиме порушувати порядок у судовому засіданні, що зафіксовано в журналах судового засідання від 08.04.2015 р. (час: 14:38 год., 14:45 год.), від 05.05.2015 року (час: 13:41 год.), що стало підставою винесення ухвали про видалення обвинуваченого з зали судового засідання 22.06.2015 року<sup>12</sup>.

Утім, цей приклад зумовлює запитання про кількість попереджень, які можуть виноситися головуючим до застосування видалення. Адже в наведеному вище витягу з ухвали суду видно, що до застосування видалення обвинувачений попереджався неодноразово про те, що в разі повторення порушень порядку в залі суду, його буде видалено.

Така практика зумовлена тим, що в КПК України не встановлена кількість можливих попереджень, які головуючий може зробити під час судового засідання щодо однієї особи до застосування її видалення. А тому окремі вчені висловлюють думки про те, що «суд може застосовувати декілька заходів у вигляді попередження за порушення порядку в залі судового засідання або невиконання розпоряджень головуючого»<sup>13</sup>.

Вважаємо, що такий підхід є хибним. Адже неодноразове попередження про видалення в разі повторення порушення порядку в залі суду і невиконання цього зумовлює відчуття безкарності в порушників порядку судового засідання та можливість продовження протиправної діяльності.

А тому слід підтримати думку О. В. Кузьменко та О. Н. Панченка, які стверджують, що «попередження як захід процесуального примусу обов'язково фіксується в ухвалі суду, а повторне вчинення зазначених дій



тягне за собою видалення особи із залу, яке також обов'язково фіксується в ухвалі суду. Водночас можливість застосування декількох заходів попередження за порушення порядку в залі судового засідання або невиконання розпоряджень головуєчого має місце, але тільки як профілактичні заходи попереджувального характеру, котрі не є заходами процесуального примусу і застосування яких не фіксується в ухвалі суду»<sup>14</sup>.

Слід також відмітити, що події останніх років, які відбуваються в Україні свідчать, що існує проблема не лише повторності порушення порядку судового засідання, а й масовості таких діянь, вчинення їх групою осіб, коли судові засідання використовуються для демонстрації протестів. Проте, ні КПК України, ні правозастосовна практика не виробила дієвих заходів реагування на такі протиправні діяння. Очевидно, що в такому разі має бути прийняте рішення про видалення осіб з зали судового засідання. Але лише кримінальними процесуальними заходами цю проблему вирішити не можливо. Такі діяння мають кваліфікуватися як злочин, визначений ст. 376 КК України «Втручання в діяльність судових органів», де передбачена відповідальність за втручання в будь-якій формі в діяльність судді з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися винесення неправосудного рішення.

Вищенаведене дозволяє стверджувати, що фактичними підставами для застосування видалення з зали судового засідання є порушення порядку в судовому засіданні та невиконання вимог чи розпоряджень головуєчого. Умовами застосування видалення з зали судового засідання в контексті повторності є такі правила: видаленню має передувати одне попередження, яке зафіксоване в журналі судового засідання про недопустимість вчинення подібних діянь та про можливість застосування видалення в разі їх повторення; діяння щодо порушення порядку судового засідання можуть повторюватися як протягом одного засідання, так і протягом всього судового розгляду в певній інстанції; видаленню має передувати вчинення чи тих самих дій щодо порушення порядку судового засідання, чи й інших порушень, ніж те, за яке було застосовано попередження.

<sup>1</sup> Про незалежність судової влади: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 року № 8 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-07/print1452692500273142>

<sup>2</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

<sup>3</sup> Черленяк М. Практичні питання застосування ст. 185-3 КпАП при здійсненні господарського судочинства / М. Черленяк // Слово Національної школи суддів України. – 2013. – № 3. – С. 112–117. – С. 114.

<sup>4</sup> Кузьменко О. Особливості застосування заходів процесуального примусу в адміністративних судах головуєчим у судовому засіданні / О. Кузьменко, О. Панченко // Право України. – 2008. – № 10. – С. 31–37. – С. 33.

<sup>5</sup> Кучер В. О. Видалення із залу судового засідання як захід процесуального примусу / В. О. Кучер, Ю. С. Суліковський // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2015. – Вип. 2. – С. 88–96. – С. 91–92.

<sup>6</sup> Кузьменко О. Вказана праця. – С. 33.

<sup>7</sup> Кримінальний процес: підручник / За ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. – Х.: Право, 2013. – 824 с. – С. 547.

<sup>8</sup> Курс цивільного процесу: підручник / В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.; за ред. В. В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – 1352 с. – С. 469.

<sup>9</sup> Кузьменко О. Вказана праця. – С. 34.

<sup>10</sup> Ухвала Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 30 березня 2015 року у справі № 359/11231/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43314040>

<sup>11</sup> Курс цивільного процесу: підручник / В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.; за ред. В. В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – 1352 с. – С. 469.

<sup>12</sup> Ухвала Попаснянського районного суду Луганської області від 22 червня 2015 року у справі № 423/2002/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45630130>

<sup>13</sup> Кучер В. О. Вказана праця. – С. 92.

<sup>14</sup> Кузьменко О. Вказана праця. – С. 33.

## Резюме

**Білокінь Р. М. Підстави та умови застосування видалення з зали судового засідання як заходу кримінальної процесуальної відповідальності.**

У статті проаналізовані норми кримінального процесуального законодавства, які регламентують підстави та умови застосування видалення як заходу кримінальної процесуальної відповідальності. Виявлені проблеми правозастосування цих положень та розроблені пропозиції щодо їх вдосконалення. Досліджена повторність, як обов'язкова умова застосування видалення з зали суду порушників порядку судового засідання. Звертається увага на наявність дискусійних питань визначення повторності порушення порядку в залі судового засідання.

**Ключові слова:** видалення, підстави застосування, недотримання правил поведінки, невиконання розпоряджень головуєчого, повторність.

## Резюме

**Белоконь Р. М. Основания и условия применения удаления из зала судебного заседания в качестве меры уголовной процессуальной ответственности.**

В статье проанализированы нормы уголовного процессуального законодательства, регламентирующие основания и условия применения удаления в качестве меры уголовной процессуальной ответственности. Выявлены проблемы правоприменения этих положений и разработаны предложения по их усовершенствованию. Исследована повторность, как обязательное

условие применения удаления из зала суда нарушителей порядка судебного заседания. Обращается внимание на наличие дискуссионных вопросов определения повторности нарушения порядка в зале судебного заседания.

**Ключевые слова:** удаление, основания применения, несоблюдение правил поведения, невыполнение распоряжений председательствующего, повторность.

#### Summary

##### ***Bilokin R. Grounds and conditions of removal from the courtroom as a measure of procedural criminal liability.***

The article analyzed the criminal procedure law provisions regulating the grounds and conditions of removal application as a measure of procedural criminal liability. The problems of enforcement of these provisions were identified and the proposals for their improvement were developed. Repetition as a prerequisite for removal of the trial troublemakers from the courtroom was investigated. Attention is drawn to the availability of disputed issues of the definition of repeated order violations in the courtroom.

**Key words:** removal, reasons for application, non-compliance with the rules of conduct, failure to obey the orders of the chief justice, repetition.

УДК 343.1:343.9

#### О. П. ВАЩУК

*Олеся Петрівна Ващук, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»*

### НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ: ВЕРИФІКАЦІЯ ДАНИХ

Відповідно до чинного Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)<sup>1</sup>, Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»<sup>2</sup> та Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні<sup>3</sup> у 2012 р. в Україні утворено новий самостійний процесуальний інститут негласних слідчих (розшукових) дій, який своїм становленням суттєво скоректував регламентацію досудового розслідування, доповнивши його ще одним дієвим засобом отримання доказів в кримінальному провадженні. Однак, з іншого боку, це призвело до необхідності окремого дослідження цього інституту в межах кримінального провадження, що виявило певні недоліки та особливості його сутності при верифікації даних, отриманих під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Проблематиці негласних слідчих (розшукових) дій присвячені роботи таких дослідників, як Ю. Аленін, Ю. Бражник, М. Погорецький, Л. Удалова, В. Шепітько, М. Шумило та ін. Однак, відкритими залишаються питання щодо організаційно-тактичних можливостей верифікації даних при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій та ефективного використання їх результатів.

Отже, **метою цієї статті** є висвітлення окремих питань верифікації даних при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій та внесення пропозицій щодо їх вирішення із врахуванням обставин злочинної події.

У гл. 21 КПК України регламентовано проведення негласних слідчих (розшукових) дій. У параграфі першому закріплені загальні положення про негласні слідчі (розшукові) дії. Однак, загальні положення (вимоги) до слідчих (розшукових) дій були закріплені в ст. 223 КПК України. Тобто, констатуємо процесуально регламентовану відмінність між слідчими (розшуковими) діями та негласними (слідчими) розшуковими діями. Так, якщо ст. 223 КПК України містить тільки вимоги до проведення слідчих (розшукових) дій, то ст.ст. 246–257 включають регламентацію підстав проведення, розгляд клопотань слідчим суддею, окремо розгляд клопотань про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, строки дії ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, виняткові випадки проведення негласної слідчої (розшукової) дії до постановлення ухвали слідчого судді, визначені вимоги до постанови слідчого, прокурора про проведення негласної слідчої (розшукової) дії, фіксація ходу і результатів негласних слідчих (розшукових) дій, порядок повідомлення осіб, щодо яких проводилися негласні слідчі (розшукові) дії, заходи щодо захисту інформації, отриманої в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, заходи щодо захисту інформації, яка не використовується у кримінальному провадженні, можливості використання результатів негласної слідчої (розшукової) дії у доказуванні, використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій в інших цілях або передача інформації. Аналізуючи вищевикладене, ми робимо висновок, що законодавець намагався якомога точніше нормативно закріпити умови проведення саме негласних (слідчих) розшукових дій, при цьому підкреслюючи процесуальну складність таких дій та необхідність чіткого дотримання умов їх проведення.

У КПК України ми бачимо поділ негласних слідчих (розшукових) дій на дві великі групи:

– проведення негласних слідчих (розшукових) дій у формі втручання в приватне спілкування (аудіо-, відеоконтроль особи, накладання арешту на кореспонденцію, огляд і виїмка кореспонденції, зняття інформа-

ції з транспортних телекомунікаційних мереж, зняття інформації з електронних інформаційних систем) – параграф 2 глави 21 КПК України;

– проведення інших видів негласних слідчих (розшукових) дій (обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи, установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу, спостереження за особою, річчю або місцем, аудіо-, відеоконтроль місця, контроль за вчиненням злочину, виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження та використання конфіденційного співробітництва) – параграф 3 глави 21 КПК України.

У КПК України визначено суб'єктів, які приймають рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, та тих суб'єктів, що мають право проводити їх. Окрім цього чинний КПК України запровадив судовий контроль, який здійснює слідчий суддя щодо законності проведення негласних слідчих (розшукових) дій<sup>4</sup>.

Отже, намагаючись провести паралель між гласними і негласними слідчими (розшуковими) діями з метою виявлення особливостей верифікації даних в цих діях, ми стикаємося з тим, що теоретично та практично ми маємо виокремити спільне та окреме між ними. У наших дослідженнях<sup>5,6,7</sup> ми вже отримали висновки щодо особливостей верифікації даних при проведенні слідчих (розшукових) дій, які надають можливість сформувати прийоми для збільшення ефективності кримінального провадження. При цьому, підкреслюючи умови та особливості слідчих (розшукових) дій, ми виокремили спільне та окреме у верифікації даних при проведенні слідчих (розшукових) дій, як гласних так і негласних.

Предметом верифікації при проведенні негласних (слідчих) розшукових дій є дані щодо елементів криміналістичної характеристики, що віддзеркалюються у обставинах, які підлягають встановленню в конкретній негласній слідчій (розшуковій) дії, обмежені наявністю власного предмету проведення та засобами. Коло таких даних, що будуть підлягати верифікації при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій, будуть залежати від попередньо отриманих даних, їх верифікації та обставин, які підлягають перевірці та встановленню.

Проведення негласних слідчих (розшукових) дій проходить в унікальному інформаційному просторі та комунікаційній взаємодії їх учасників. Цей інформаційний простір має свої особливості, що полягають у його односторонньому характері. Тобто, особа, щодо якої зазначені дії проводяться, є учасником негласної слідчої (розшукової) дії не усвідомлюючи цього. Вона не має можливості контролювати власну поведінку та корегувати її, готувати завчасно показання та будувати ситуації. Особа, що є учасником негласної слідчої (розшукової) дії, веде звичне для неї життя, одночасно виступаючи об'єктом дослідження з цієї негласної слідчої (розшукової) дії. Метою при цьому виступає отримання криміналістично-значущої інформації щодо злочинної події. Від завдань слідчого буде залежати її кількість, обсяг та своєчасність. Крім того, є й інші особливості, що полягають у проведенні негласних слідчих (розшукових) дій оперативними працівниками та протягом тривалого часу, що, відповідно, має своє відбиття у дійсності.

Як і в будь-якому інформаційно-комунікаційному просторі, при проведенні негласної слідчої (розшукової) дії наявні дві складові:

- вербальна;
- невербальна.

До того ж, варто врахувати чинники, які впливають на призначення, проведення та оцінку негласної слідчої (розшукової) дії:

- просторові;
- часові;
- суб'єктивні.

Теоретично варто розділити проведення негласної слідчої (розшукової) дії на певні стадії: початкову, робочу та заключну. У свою чергу, кожна з них має свої особливості, вимоги та правила на стадії планування, проведення та підбиття підсумків.

Методи, які використовуватиме слідчий при проведенні негласної слідчої (розшукової) дії, повинні враховувати особливості складових інформаційного простору. Наприклад, спостереження, як один із основних методів, що використовується при проведенні будь-яких слідчих дій, має свої особливості, що полягають у спостереженні без виявлення його ознак для особи, за якою ведеться спостереження; чи експеримент, що буде мати характер польового зі всіма обставинами, що звідти впливають.

До того ж, прийоми верифікації даних є пізнавальною діяльністю спочатку оперативних працівників, а потім вже слідчого. Тому в цьому випадку ми вже бачимо дві паралелі щодо верифікації одних і тих самих даних, однак оперативні працівники мають змогу опосередковано верифікувати дані, тоді як слідчий не має такого контакту з надавачом даних, тому йому залишається тільки варіант з верифікацією даних, не сприйнятих ним особисто, а з інших джерел (аудіо-, відеозапис, показання оперативних співробітників, інформація з транспортних телекомунікаційних мереж тощо).

У наших попередніх дослідженнях вже були сконструйовані та виділені спеціальні прийоми для верифікації даних<sup>8</sup>. Однак, їх застосування при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій має свої особливості, які утворюються в залежності від:

- наявності кримінального провадження;
- кваліфікації злочинного діяння;

- слідчої ситуації;
- версії, що перевіряється;
- предмета посягання;
- кола обставин, що підлягають встановленню;
- особи, щодо якої проводиться негласна слідча (розшукова) дія.

При плануванні проведення негласних слідчих (розшукових) дій рекомендуємо слідчому скласти план дій на цю конкретну дію з урахуванням всіх складових (встановлені і відомі дані, передбачені, однак не встановлені, невідомі, однак виявлені), виконання якого забезпечить встановлення всіх обставин злочинної події.

Отже, при верифікації даних під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій доцільно використовувати наступні прийоми:

1. Прийом експериментального верифікування даних;
2. Прийом пізнавального верифікування даних;
3. Прийом вербування сторонніх осіб.

Засобами, що будуть використовуватися під час проведення негласних (слідчих) розшукових дій, можуть бути заздалегідь ідентифіковані (помічені) або несправжні (імітаційні) засоби. Ці засоби, згідно ч. 1 ст. 273 КПК України, дозволяється виготовляти та використовувати, однак, саме в цій статті чітко не визначена мета використання таких засобів. Вказано лише, що за рішенням керівника органу досудового розслідування чи прокурора під час проведення негласних (слідчих) розшукових дій вони можуть бути використані. Далі мова вже йде про забезпечення цього використання. А мета їх використання залишається невідомою. З іншого боку, в КПК України існує обмеження щодо заборони використання зазначених засобів з іншою метою. Отже, яку мету мав на увазі законодавець?

Процес верифікації даних у межах кримінального провадження, зазвичай, супроводжується такими типовими комунікаційними ситуаціями:

1. Суб'єкт спостереження (спостерігач) + суб'єкт спостереження (за яким спостерігають) + обстановка (оточуюча);
2. Суб'єкт спостереження (спостерігач) + суб'єкт спостереження (за яким спостерігають) + суб'єкт спостереження (за яким спостерігають) + обстановка (оточуюча);
3. Суб'єкт спостереження (спостерігач) + суб'єкт спостереження (спостерігач) + суб'єкт спостереження (за яким спостерігають) + суб'єкт спостереження (за яким спостерігають) + обстановка (оточуюча);
4. Суб'єкт спостереження (спостерігач) + суб'єкт спостереження (спостерігач) + суб'єкт спостереження (за яким спостерігають) + обстановка (оточуюча).

Однак, можливі також інші варіанти типових ситуацій в залежності від підстав та складових криміналістичної характеристики кримінального провадження.

Сформовані нами результати дослідження в сфері верифікації даних при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій на досудовому розслідуванні висвітлили низку проблемних питань, які ми дослідили та пропонуємо їх вирішення наступним чином:

1. Недосконалість процесуального регламентування проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

*Рішення:* аналіз чинного нормативного закріплення негласних слідчих (розшукових) дій та усунення прогалин у формі регламентування їх чи надання інструкцій до використання на практиці.

2. Існування двох паралельних суб'єктів верифікації даних при проведенні негласних (слідчих) розшукових дій – слідчого та оперативного співробітника.

*Рішення:* проведення окремих стадій чи етапів негласної слідчої (розшукової) дії слідчому з оперативним співробітником разом для усунення заочної верифікації даних.

3. Фіксація ходу та результатів проведення негласних слідчих (розшукових) дій з урахуванням вербально-невербальних складових.

*Рішення:* внесення змін до КПК України з можливістю відео-фіксації ходу та результатів більшості негласних слідчих (розшукових) дій з метою подальшого аналізу невербальної складової.

4. Недостатня інформованість слідчого та оперативного працівника про можливості верифікації даних та значення невербальної інформації при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій.

*Рішення:* створення спеціальних інструкцій та методичних посібників з детальним описом можливостей та засобів верифікації даних під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

5. Недостатня дослідженість методів та прийомів верифікації даних при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій.

*Рішення:* аналіз наявних та формування нових знань щодо методів та прийомів верифікації даних при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій з одночасним удосконаленням існуючих та вживаних.

6. Недостатня розробленість засобів верифікації під час проведення негласних (слідчих) розшукових дій.

*Рішення:* аналіз сучасних засобів верифікації під час проведення негласних (слідчих) розшукових дій, їх удосконалення, виявлення та створення нових.

Підсумовуючи вищезазначене, підкреслимо, що верифікація даних при проведенні негласних (слідчих) розшукових дій є ефективним засобом кримінального процесуального доказування, надаючи можливість своєчасного виявлення достовірних та недостовірних злочинній події обставин. Однак верифікація даних при проведенні негласних (слідчих) розшукових дій потребує постійного удосконалення у зв'язку з наявни-

ми проблемними питаннями та поставленими завданнями для їх вирішення, перш за все – недостатньої розробленості нормативної бази та перетинання компетенцій уповноважених осіб.

<sup>1</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

<sup>2</sup> Про оперативно-розшукову діяльність : закон України від 18.02.1992 № 2135-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2135-12>

<sup>3</sup> Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12>

<sup>4</sup> Погорецький М. А. Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні / М. А. Погорецький // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 272.

<sup>5</sup> Ващук О. П. Вербалізація і верифікація в контексті проведення слідчих (розшукових) дій / О. П. Ващук // Реформування законодавства України та розвиток суспільних відносин в Україні: питання взаємодії : матер. міжнар. наук.-практ. конфер. (м. Ужгород, 30–31 березня 2013 р.). – Херсон : Видавничий дім «Гельветика», 2013. – С. 216–218.

<sup>6</sup> Ващук О. П. Прийоми верифікації даних при проведенні слідчих (розшукових) дій / О. П. Ващук // Право і суспільство. – 2013. – Вип. 6. – С. 293–298.

<sup>7</sup> Ващук О. П. Тактика використання невербальної інформації при проведенні слідчих (розшукових) дій / О. П. Ващук // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – 2013. – Т. 26 (65). – № 2-2. – С. 293–299.

<sup>8</sup> Ващук О. П. Прийоми верифікації даних при проведенні слідчих (розшукових) дій / О. П. Ващук // Право і суспільство. – 2013. – Вип. 6. – С. 294.

#### Резюме

##### **Ващук О. П. Негласні слідчі (розшукові) дії: верифікація даних.**

Стаття присвячена дослідженню верифікації даних при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій в кримінальному провадженні з урахуванням норм чинного Кримінального процесуального кодексу України. Розглянуто загальні засади негласних слідчих (розшукових) дій, визначено складові інформаційно-комунікаційного простору. При виокремленні стадій та етапів негласних слідчих (розшукових) дій охарактеризовані прийоми для верифікації даних. Запропоновано способи вирішення проблемних питань верифікації даних під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Окреслені перспективні напрями дослідження невербальної інформації при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій.

**Ключові слова:** кримінальне провадження, негласні слідчі (розшукові) дії, верифікація, вербальна інформація, невербальна інформація, методи верифікації даних, прийоми верифікації даних.

#### Резюме

##### **Ващук О. П. Негласные следственные (розыскные) действия: верификация данных.**

Статья посвящена исследованию верификации данных при проведении негласных следственных (розыскных) действий в уголовном производстве с учетом норм действующего Уголовного процессуального кодекса Украины. Рассмотрены общие основания негласных следственных (розыскных) действий, определены составляющие информационно-коммуникационного пространства. При выделении стадий и этапов негласных следственных (розыскных) действий охарактеризованы приемы верификации данных. Предложены способы разрешения проблемных вопросов верификации данных во время проведения негласных следственных (розыскных) действий. Очерчены перспективные направления исследования невербальной информации при проведении негласных следственных (розыскных) действий.

**Ключевые слова:** уголовное производство, негласные следственные (розыскные) действия, верификация, вербальная информация, невербальная информация, методы верификации данных, приемы верификации данных.

#### Summary

##### **Vashchuk O. Covert investigative (detective) actions: data verification.**

The article investigates data verification during covert investigative (detective) actions in criminal proceedings considering the actual norms of Criminal Procedure Code of Ukraine. The general principles of covert investigative (detective) actions are reviewed, the components of the information-communication space are determined. With isolating of stages and phases of covert investigative (detective) actions described methods for data verification. The ways of solving problems of data verification during covert investigative (detective) actions are proposed. The future directions of research of nonverbal information during covert investigative (detective) actions are outlined.

**Key words:** criminal proceedings, covert investigative (detective) actions, verification, verbal information, non-verbal information, methods for data verification, techniques for data verification.

**О. В. КАЛИНОВСЬКИЙ**

*Олександр Валерійович Калиновський, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, заступник начальника відділу Національної академії внутрішніх справ*

**ПРЕДМЕТ ВІДАННЯ ДЕТЕКТИВА (СЛІДЧОГО)  
В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ**

Органам досудового розслідування та їх діяльності присвячено багато праць учених-процесуалістів. У частині з них досліджується процесуальний статус та повноваження слідчого, а саме в працях Ю. М. Грошевого, А. Я. Дубинського, В. С. Зеленецького, О. В. Капліної, Л. М. Лобойка, О. Р. Михайленка, В. Т. Нора, П. П. Підюкова, Д. П. Письменного, С. М. Стахівського, Л. Д. Удалової, В. П. Шибіка, О. Г. Шило, М. Є. Шумила та ін.

У зв'язку із прийняттям Кримінального процесуального кодексу України 2012 року особливої актуальності набуває дослідження предмета відання та процесуального статусу детектива (слідчого).

Термін «предмет відання детектива (слідчого)» не визначений у нормативно-правових актах та рідко трапляється в наукових джерелах, хоча окремо цій тематиці присвятили свої праці Л. М. Лобойко і М. С. Городецька, тому здійснимо його аналіз із застосуванням загальнотеоретичного підходу.

На думку О. Ф. Скакун, предмет відання – це сфера суспільних відносин, на яку спрямована його діяльність відповідно до законодавчого встановлення: а) завдання – розкривають цілі діяльності, визначають зміст функцій держави і впливають на форму і методи їх реалізації; б) функції – виходять із завдань і виражають основне призначення даного органу (наявність у органу значної кількості прав і обов'язків для виконання основного функціонального призначення)<sup>1</sup>.

На думку М. С. Городецької, предмет відання слідчого – це сфера суспільних відносин, які пов'язані із вчиненням злочином та підлягають законному впливу під час здійснення слідчим притаманної йому кримінально-процесуальної функції з використанням встановлених законом повноважень<sup>2</sup>. По суті розподіл предмета відання – це класифікація суспільних відносин за певними ознаками злочину, внаслідок якого вони склалися, з метою розподілу праці<sup>3</sup>.

У структурі предмета відання компетентних органів Л. М. Лобойко виділяє кримінально-правовий елемент (вид злочину) і кримінально-процесуальний елемент (характеристики особи; зв'язок кримінальних справ; альтернативність можливості провадження у справі; територіальна дія повноважень органу)<sup>4</sup>.

На досудовому розслідуванні функцію обвинувачення (кримінального переслідування) здійснюють детективи (слідчі) різних відомств, що, в свою чергу, зумовлює і необхідність розмежування між ними предмета відання.

Слідчий – службова особа органу Національної поліції, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу державного бюро розслідувань, органу Державної кримінально-виконавчої служби України, підрозділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України, уповноважена в межах компетенції, передбаченої цим Кодексом, здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень (п. 17 ч. 1 ст. 3 КПК)<sup>5</sup>.

Щодо детективів, то це працівники Національного антикорупційного бюро України (далі – Національне бюро), які здійснюють оперативно-розшукові дії та досудове розслідування у кримінальних провадженнях, віднесених до підслідності Національного бюро.

Особливості статусу детектива (слідчого) визначаються тим, що він, з одного боку, виступає посадовою особою відповідного правоохоронного органу, де є підрозділи детективів або слідчі підрозділи, а з іншого – учасником кримінального провадження, тобто процесуальною фігурою. Відповідно в організаційному розумінні статус детектива (слідчого) може розглядатися як сукупність прав та обов'язків, а також вимог до детектива (слідчого) як державного службовця. Так, перед призначенням на посаду детектива Національного бюро і набуття статусу державного службовця претендент проходить конкурсний відбір, який складається з чотирьох етапів: тест на знання законодавства, тест на загальні здібності (General Skills), психологічне тестування (ММРІ), співбесіда. Переможці конкурсу проходять перевірку на поліграфі, також здійснюється перевірка поданої ним декларації. До кандидатів у команду детективів висуваються високі вимоги, серед яких досконале знання положень законодавства, володіння іноземними мовами, розвинений інтелект, логічне мислення, психологічна стійкість, вміння приймати рішення в умовах стресу.

Чинне законодавство визначає предмет відання суб'єктів, що ведуть кримінальний процес, через поняття підслідності (підсудності).

У чинному кримінально-процесуальному законі міститься ряд норм, в яких використовується термін «підслідність». До них, зокрема, належать ст.ст. 214, 216, 218 КПК України 2012 року.

У теорії кримінального процесу розрізняють до п'яти видів підслідності: предметна (родова), територіальна (місцева), персональна, альтернативна, за зв'язком справ.

Щодо предметної або родової підслідності – це підслідність за характером кримінального провадження, видом злочину, що виступає предметом розслідування.

За загальним правилом досудове розслідування має здійснюватися за кожним окремим випадком виявленого кримінального правопорушення або за всіма виявленими злочинами, що вчинені певною особою. З таких позицій і виходять у разі потреби визначення підслідності кримінальних проваджень. За неможливості виділення матеріалів у окремі кримінальні провадження для здійснення досудового розслідування прокурор, який здійснює нагляд за досудовим розслідуванням, своєю постановою визначає підслідність усіх цих злочинів. Якщо такий нагляд здійснюють кілька прокурорів у межах їхньої територіальної чи відомчої юрисдикції, то рішення щодо підслідності справ за наявності спірних підходів встановлює прокурор вищого рівня.

Відповідно до положення ч. 4 ст. 218 КПК України спір про підслідність у кримінальному провадженні, яке може належати до підслідності Національного антикорупційного бюро України, вирішує Генеральний прокурор України або його заступник.

Що ж стосується дослідження питання предмета відання детектива (слідчого) Національного бюро, то наукові праці у цій сфері відсутні. Це зумовлює потребу у дослідженні предмета відання детектива (слідчого), який в нашому розумінні є тотожним поняттю «компетенція» детектива (слідчого).

Поняття «компетенція» є правовою категорією, міститься в юридичній літературі та активно використовується в законодавстві. На жаль, в сучасній правовій науці досі немає єдиного чіткого визначення поняття «компетенція», його наукового тлумачення, рекомендацій щодо його застосування, особливо в законотворчому процесі. Для законодавства України дуже важливим є єдине розуміння та тлумачення цього терміна, оскільки термін «компетенція» міститься в Основному Законі, Кримінальному процесуальному кодексі, Законі України «Про Національне антикорупційне бюро України», Законі України «Про Вищу раду правосуддя» та ін.

О. Ф. Скакун зазначає, що у кожній юридичній особі є два блоки компетенції: перший блок становить його правосуб'єктність як юридичної особи, а другий – спеціальна компетенція (від лат. *competentia* – здатність, відання, належність за правом), яка полягає у праві в певних межах провадити професійну діяльність. А щодо компетенції державного, то це – закріплена законом або підзаконним актом сукупність його владних повноважень (прав і обов'язків), юридичної відповідальності і предмета відання (функціонального призначення)<sup>6</sup>.

Перевірка даних про вчинення корупційного правопорушення належить до компетенції детективів (слідчих) Національного бюро. Внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань допомагає підтвердити вчинення кримінального правопорушення або спростувати обставини вчинення злочину. Якщо у ході досудового розслідування буде зібрано достатньо доказів, що підтверджують обставини кримінального правопорушення, особи повідомляється про підозру, складається і направляється до суду обвинувальний акт.

Нововведенням у кримінальному судочинстві є наділення старших детективів та детективів, а також детективів внутрішнього контролю Національного бюро повноваженнями здійснювати, окрім досудового розслідування, ще й повноваженнями здійснювати оперативно-розшукову діяльність. Відповідно до змін до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» до підрозділів, які наділені правом здійснювати оперативно-розшукову діяльність належить Національне бюро – детективи, оперативно-технічні та підрозділи внутрішнього контролю.

Детективи (слідчі) Національного бюро з метою попередження, виявлення, припинення та розкриття кримінальних правопорушень, які віднесені ст. 216 КПК до його підслідності, за рішенням Директора цього Бюро та за погодженням із прокурором Спеціалізованої антикорупційної прокуратури можуть також розслідувати кримінальні правопорушення, які віднесені до підслідності інших органів. Також регламентовано питання про підслідність детективів підрозділу внутрішнього контролю Національного бюро. В останньому абзаці ч. 5 ст. 216 КПК вказано, що ці детективи розслідують злочини, передбачені ст.ст. 354, 364–370 Кримінального кодексу України, які були вчинені службовою особою Національного бюро (крім Директора НАБУ, його першого заступника та заступника).

Кожний із суб'єктів кримінального процесу, що здійснює кримінальне судочинство, має своє функціональне призначення, у процесі реалізації якого може мати місце перевищення ними своєї компетенції. Дана обставина дає підстави для дослідження всіх елементів їх кримінально-процесуальної компетенції – функцій, предмета відання, повноважень<sup>7</sup>.

Наразі, якщо оперативні підрозділи будь-якого правоохоронного органу виявляють ознаки правопорушення, вони зобов'язані направити відповідні матеріали до слідчих підрозділів з дотриманням правил предметної (ст. 216 КПК України) та територіальної (ст. 218 Кодексу) підслідності.

Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 17 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» НАБУ має право за рішенням Директора Національного бюро, погодженим з Антикорупційним прокурором, витребувати від інших правоохоронних органів оперативно-розшукові справи та кримінальні провадження, що стосуються кримінальних правопорушень, віднесених законом до підслідності Національного бюро, та інших кримінальних правопорушень, які не належать до його підслідності, але можуть бути використані з метою попередження, виявлення, припинення та розкриття кримінальних правопорушень, віднесених законом до

його підслідності. Відмова від цього правила дасть змогу оперативним підрозділам усіх правоохоронних органів направляти матеріали щодо задокументованих злочинів, розслідування яких належить до компетенції Національного бюро, на власний розсуд залежно від взаємин з певними слідчими підрозділами, нехтуючи вимогами підслідності.

Нещодавно Генеральним прокурором Юрієм Луценком була озвучена позиція, згідно з якою НАБУ не може самостійно справитися з корупціонерами<sup>8</sup>. У зв'язку з цим він анонсував розробку законопроекту, яким би надавалося право Генеральному прокурору самостійно визначити підслідність злочинів, які підвідомчі детективам (слідчим) НАБУ.

На думку директора НАБУ Артема Ситника, ідея ревізувати Кримінальний процесуальний кодекс України в частині надання Генеральному прокурору право визначати підслідність злочинів знизить ефективність боротьби з корупцією та може зашкодити міжнародному іміджу України. Чинне законодавство чітко обумовлює, які правопорушення має розслідувати Національне антикорупційне бюро. Запропоновані ймовірні зміни до КПК України, висвітлені в засобах масової інформації з посиланням на Генерального прокурора, замість злагодженої роботи правоохоронних органів із викриття фактів корупції, можуть призвести до хаосу. Наразі, якщо оперативні підрозділи будь-якого правоохоронного органу виявляють ознаки правопорушення, вони зобов'язані направити відповідні матеріали до того правоохоронного органу, до якого за підслідністю (відповідно до ст. 216 КПК) відносять вчинений злочин. Відмова від цього чіткого правила на користь декларованої ідеї допоможе оперативним підрозділам усіх правоохоронних органів (ГПУ, Національної поліції, Державної фіскальної служби, СБУ) направляти матеріали щодо задокументованих злочинів, розслідування яких належить до компетенції НАБУ, на власний розсуд залежно від взаємин з певними слідчими підрозділами, нехтуючи вимогами підслідності<sup>9</sup>.

Вважаємо, що намагання змінити кримінально-процесуальні норми, які регламентують порядок визначення підслідності слідчих органів, неприпустимо, оскільки для ефективної протидії корупції повинні бути чіткі й зрозумілі положення закону, які унеможливлять розслідування кримінальних проваджень про кримінальні правопорушення, що віднесені до виключної підслідності детективів (слідчих) Національного бюро, іншими органами досудового розслідування. Через те, що розслідування кримінального провадження за чітко визначеною статтею Кримінального кодексу України, яке входить до предмета відання детектива (слідчого) Національного бюро, орієнтуючись на предмет доказування, визначає межі доказування у кримінальному провадженні. Також маємо надію, що детективи (слідчі) Національного бюро не будуть обмежені в підслідності внаслідок запровадження слідчих підрозділів органів Державної кримінально-виконавчої служби.

Очевидним є те, що детектив (слідчий) Національного бюро чітко окреслює межі відносин, на які він повинен вплинути, щоб кримінально-правовий конфлікт, що входить до його предмета відання, був вирішений шляхом прийняття процесуального рішення.

Відповідно до ст. 40 КПК слідчий органу досудового розслідування (детектив) має право приймати процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК, у тому числі щодо закриття кримінального провадження за наявності підстав, передбачених ст. 284 КПК.

Як зазначає Ю. П. Алєнін, саме у кримінально-процесуальних рішеннях уповноважений орган або посадова особа, яка веде кримінальне провадження, в межах своєї компетенції і в передбаченому законом порядку роблять висновок про встановлені фактичні обставини кримінального правопорушення і на їх основі, керуючись законом, дають відповіді на ті правові питання, що виникли у справі та виражають владне волевиявлення про дії, виходячи зі встановлених обставин і приписів норм законодавства<sup>10</sup>.

Підсумовуючи викладене зазначимо, що до кримінально-процесуального елемента структури предмета відання, на нашу думку, необхідно також віднести і спеціалізацію детективів (слідчих), що передбачає передачу їм матеріалів про вчинення кримінального правопорушення лише певної категорії.

Спеціалізація з кримінального провадження дає можливість детективу (слідчому) отримати необхідні вміння і навички для розслідування окремих видів злочинів, оволодіти методикою розслідування і збагатити власний досвід у розслідуванні чітко окресленої категорії кримінальних правопорушень.

Проаналізувавши структуру Національного антикорупційного бюро України, слід підкреслити, що вона складається з Головного підрозділу детективів, до якого входить перший, другий, третій і четвертий підрозділи детективів, до яких входить керівник, його заступник, старший детектив і детектив Національного бюро, а також відділи детективів, до яких входять детективи. Окрім цього, Управління внутрішнього контролю Національного бюро складається з керівника, старшого детектива, відділу внутрішніх розслідувань і відділу конфлікту інтересів та IT-безпеки. Проте інформація про спеціалізацію детективів (слідчих) відсутня, це можна пояснити конфіденційністю зазначених даних і тим, що лише 60 % посад детективів (слідчих) Національного бюро укомплектовані: у їхньому штаті працюють 175 співробітників із 283 передбачених посад<sup>11</sup>.

Предмет відання детектива (слідчого) в кримінальному судочинстві України є динамічним явищем, що постійно змінюється внаслідок криміналізації та декриміналізації окремих суспільно небезпечних діянь, розширення чи звуження кримінально-процесуальної компетенції внаслідок реорганізації старих чи створення нових органів, що уповноважені здійснювати не лише досудове розслідування у кримінальних провадженнях визначених законом, але й оперативно-розшукову діяльність. А обсяг його процесуальних повноважень і процесуального положення відрізняється від слідчих інших органів досудового розслідування та залежить від відомчої приналежності.



- <sup>1</sup> Скакун О. Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підруч. / О. Ф. Скакун. – Х. : Еспада, 2009. – С. 529.
- <sup>2</sup> Городецька М. С. Кримінально-процесуальна компетенція слідчого органів внутрішніх справ : моногр. / М. С. Городецька ; за ред. Л. М. Лобойка ; МВС України. ДД УВС. – Дніпропетровськ : Ліра – ЛТД, 2010. – С. 89.
- <sup>3</sup> Там само. – С. 90–91.
- <sup>4</sup> Лобойко Л. М. Кримінально-процесуальна компетенція / Л. М. Лобойко. – Дніпропетровськ : Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, 2005. – С. 34.
- <sup>5</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page>
- <sup>6</sup> Скакун О. Ф. Вказана праця. – С. 528–529.
- <sup>7</sup> Сабадаш В. П. Предмет відання прокурора в досудовому провадженні / В. П. Сабадаш, І. В. Сна // Вісник Запорізького національного університету. – 2009. – № 2. – С. 175–176.
- <sup>8</sup> Луценко хоче сам вирішувати, які справи віддавати НАБУ: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravda.com.ua/news/2016/09/28/7122053/>
- <sup>9</sup> Ситник А. Підстави для перегляду підслідності відсутні / А. Ситник : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://nabu.gov.ua/novyny/pidstavy-dlya-pereglyadu-pidslidnosti-zlochyniv-vidсутni>
- <sup>10</sup> Аленін Ю. П. Прийняття процесуальних рішень за новим кримінальним процесуальним законодавством України : навч.-метод. посіб. / Ю. П. Аленін, В. Г. Пожар, І. В. Гловюк та ін. – Одеса : Фенікс, 2012. – С. 3–4.
- <sup>11</sup> Звіт Національного антикорупційного бюро України (лютий 2016 – серпень 2016) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://nabu.gov.ua/sites/default/files/reports/zvit\\_02\\_072016.pdf](https://nabu.gov.ua/sites/default/files/reports/zvit_02_072016.pdf)

#### Резюме

##### **Калиновський О. В. Предмет відання детектива (слідчого) в кримінальному судочинстві України.**

У статті досліджено поняття та структуру предмета відання детектива (слідчого) в кримінальному судочинстві, розкрито питання доцільності внесення змін до кримінального процесуального законодавства України щодо підслідності кримінальних правопорушень, що знаходяться у компетенції Національного антикорупційного бюро України.

**Ключові слова:** предмет відання, детектив, підслідність, кримінальне правопорушення.

#### Резюме

##### **Калиновский А. В. Предмет ведения детектива (следователя) в уголовном судопроизводстве Украины.**

В статье исследовано понятие и структуру предмета ведения детектива (следователя) в уголовном судопроизводстве, раскрыты вопросы целесообразности внесения изменений в уголовное процессуальное законодательство Украины о подследственности уголовных правонарушений, которые находятся в компетенции Национального антикоррупционного бюро Украины.

**Ключевые слова:** предмет ведения, детектив, подследственность, уголовное преступление.

#### Summary

##### **Kalynovskyi O. Competence detective (investigator) Ukraine in criminal proceedings.**

Abstract. In the article the concept and structure of jurisdiction detective (investigator) in criminal proceedings, reveals whether amendments to the criminal procedure law of Ukraine regarding jurisdiction criminal offenses that are within the competence of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine.

**Key words:** Competence, detective, investigative jurisdiction criminal offense.

УДК 343.121.4(477)

### **І. В. МУДРАК**

*Інна Василівна Мудрак, кандидат юридичних наук,  
доцент Національного університету «Одеська юри-  
дична академія»*

## **ЩОДО ОБОВ'ЯЗКОВОЇ УЧАСТІ ПРЕДСТАВНИКА ПОТЕРПІЛОГО В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

Одним із найважливіших засобів забезпечення прав і законних інтересів потерпілого у сфері кримінального судочинства є надання йому фахової правової допомоги, передовсім – з боку представників адвокатури. З огляду на те, що не в усіх випадках потерпілі спроможні оплатити послуги адвоката, така правова допомога повинна надаватися їм безоплатно, за рахунок держави. Проте у випадку неспроможності потерпілого мати представника, чинний Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 р. не передбачає можливості залучення представника потерпілого за призначенням.

Інститут представництва, що є однією з гарантій рівності громадян перед законом і судом та змагальності у кримінальному судочинстві, має важливе процесуальне значення і насамперед є способом реалізації процесуальних прав та обов'язків учасників кримінального провадження, захисту їх процесуальних інтересів.

© І. В. Мудрак, 2016

сів. Актуальною на сьогодні є проблематика забезпечення прав потерпілого у кримінальному провадженні в аспекті «закріплення права потерпілого на безоплатну правову допомогу та регламентацію переліку підстав для її надання»<sup>1</sup>, та реального доступу потерпілих в кримінальному провадженні до такої якісної безоплатної вторинної правової допомоги.

Питанням реалізації прав потерпілого в кримінальному провадженні та, зокрема, закріплення на законодавчому рівні права потерпілого на безоплатну правову допомогу за рахунок держави присвятили свої праці Ю. Аленін, Г. Ахремчик, І. Гловюк, Ю. Грошевий, С. Давиденко, І. Ібрагімов, О. Капліна, О. Кучинська, І. Марочкін, В. Нор, В. Савченко, В. Шибіко, Г. Юркова, О. Юхно, О. Яновська та ін.

Тому **метою** даної статті є визначення ролі та значення представника потерпілого в кримінальному провадженні, а також окремих підстав для обов'язкової участі представника потерпілого в кримінальному провадженні.

Згідно зі ст. 59 Конституції України кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Статтею 10 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. також врегульовано надання правової допомоги при реалізації права на справедливий суд, зокрема, відповідно до ч. 1, 2 ст. 10 кожен має право на професійну правничу допомогу; у випадках, визначених законом, держава забезпечує надання професійної правничої допомоги безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав та особи, яка надає правничу допомогу<sup>2</sup>. Частина 1 ст. 56 КПК України чітко вказує на право потерпілого протягом кримінального провадження мати представника та в будь-який момент кримінального провадження відмовитись від його послуг.

А тому правам потерпілого у кримінальному процесі має бути приділена належна увага, щоб особа не постраждала двічі – вперше від кримінального правопорушення і вдруге – від несправедливого рішення у кримінальному провадженні. Законодавець, формулюючи завдання кримінального провадження (ст. 2 КПК України), передбачає в них положення, які покликані засвідчити особливу увагу в т. ч. і до прав потерпілого: по-перше, захист потерпілого, як і кожної іншої особи, від кримінальних правопорушень, по-друге, охорону прав, свобод та законних інтересів потерпілого як учасника кримінального провадження, який має право сподіватися на доступ до правосуддя і на саме правосуддя. Важливе значення для того, щоб під час кримінального провадження і в процесуальному рішенні за результатами такого провадження були враховані права та законні інтереси потерпілого, має своєчасне залучення особи як потерпілого до участі у кримінальному провадженні, ознайомлення зі своїми процесуальними правами й активна участь у провадженні самого потерпілого та осіб, які представляють його законні інтереси – представника та законного представника<sup>3</sup>.

Зазначимо, що відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції» від 12 лютого 2015 р.<sup>4</sup> було слушно внесено зміни та доповнено ч. 2 ст. 52 КПК п. 9 і визначено, що у разі укладення угоди між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості обов'язкова участь захисника забезпечується у кримінальному провадженні з моменту ініціювання укладення такої угоди. Утім, принагідно зазначимо, що згідно з ч. 4 ст. 394 КПК серед підстав, які уможливають оскарження вироку суду першої інстанції на підставі угоди між прокурором та підозрюваним, обвинуваченим про визнання винуватості законодавець не вказує на відсутність захисника, участь якого є обов'язковою як на одну з таких підстав, що не узгоджується з п. 9 ч. 2 ст. 52, п. 4 ч. 2 ст. 412 КПК.

Однак вважаємо, наразі слід звернути увагу й на інше: досить актуальною проблемою є також обов'язкова участь представника потерпілого в кримінальному провадженні з моменту ініціювання укладення угоди між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим про примирення. Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод» від 15 листопада 2012 р. вказує на те, що ініціювати укладення угоди про примирення має право лише потерпілий чи підозрюваний, обвинувачений. Вести переговори (домовлятися) стосовно укладення угоди про примирення можуть, крім цих осіб, захисник, представник (законний представник) та інша особа, погоджена сторонами (за винятком слідчого, прокурора або судді)<sup>5</sup>. Лише після того, як потерпілий або підозрюваний чи обвинувачений виявили бажання примиритися з протилежною стороною, до процедури примирення можуть залучатися інші особи, зокрема, представники медіаційних центрів. Слід зазначити, що слідчий, прокурор зобов'язані згідно з ч. 7 ст. 469 КПК лише проінформувати підозрюваного та потерпілого про їхнє право на примирення (суддя, відповідно, під час судового провадження обвинуваченого та потерпілого), роз'яснити механізм його реалізації та в жодному разі не чинити перешкод в укладенні угоди, не ініціювати її укладення та не вести перемовин (проводити домовленості) щодо її змісту.

На нашу думку, потерпілий – жертва кримінального правопорушення, під час ініціювання та укладення угоди про примирення в кримінальному провадженні неспроможний на належному рівні відстояти свої законні інтереси в силу незначної юридичної обізнаності та домогтися суб'єктивно бажаного результату, який повинен настати після укладення й затвердження угоди про примирення. До таких висновків доходимо, зокрема, аналізуючи матеріали судової практики (Узагальнення ВССУ судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод від 22 січня 2014 р.)<sup>6</sup>, які свідчать про те, що неналежне врахування сторонами угоди про примирення вимог процесуального закону в практичній діяльності трапляється досить часто. Причому здебільшого йдеться саме про неврахування вимог процесуального закону в бік порушення прав та законних інтересів потерпілого в кримінальному провадженні.

Так, вироком Кіровоградського районного суду затверджено угоду про примирення. На вказаний вирок прокурором було подано апеляцію, в якій він просив судове рішення скасувати через неправильне застосування закону України про кримінальну відповідальність, істотне порушення вимог кримінального процесуального закону та направити кримінальне провадження за обвинуваченням О. до районного суду для проведення нового судового провадження в загальному порядку. Прокурор мотивував свої доводи тим, що суд, не забезпечивши присутність потерпілої у судовому засіданні, не пересвідчився в добровільності укладеної угоди з її боку та не роз'яснив потерпілій наслідки укладення такої угоди, таким чином поверхово перевірів обставини укладення угоди, чим припустився істотного порушення вимог кримінального процесуального закону<sup>7</sup>.

Непоодинокими є випадки, коли угоди не містили відомостей про розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, строк її відшкодування чи перелік дій, не пов'язаних з відшкодуванням шкоди, які підозрюваний чи обвинувачений зобов'язаний вчинити на користь потерпілого, а також строк їх вчинення. Так, із цих підстав Хмельницький міськрайонний суд ухвалою від 5 червня 2013 р. відмовив у затвердженні угоди між обвинуваченим за ч. 1 ст. 296 КК К. В. М. та потерпілою Г. Г. О., оскільки в угоді було зазначено лише про те, що обвинувачений зобов'язується відшкодувати шкоду, без зазначення її розміру і строку відшкодування. Крім того, угодою було передбачено звільнення від відбування покарання, але без посилання на норму закону як підставу такого звільнення. Також сторони в угоді вказали на відсутність обтяжуючих покарання обставин, тоді як обвинувачений вчинив злочин у стані алкогольного сп'яніння<sup>8</sup>.

В угоді про примирення між потерпілим П. О. та підозрюваним М. Р., затвердженій вироком Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької області, не визначено строки відшкодування шкоди потерпілому, у якого було викрадено майно. За змістом угоди, яку було надано до суду з обвинувальним актом, вбачається, що підозрюваний М. Р. під час розслідування визнав себе винуватим і зобов'язується у найкоротші строки відшкодувати збитки потерпілому. При цьому, які саме збитки та про які строки йшлося в угоді, встановити з її змісту неможливо. Інші дані щодо поновлення прав потерпілого в матеріалах провадження відсутні<sup>9</sup>.

Ухвалою Хмельницького міськрайонного суду від 5 червня 2013 р. відмовлено у затвердженні угоди між обвинуваченим К. В., дії якого органом досудового розслідування кваліфіковано за ч. 1 ст. 296 КК, та потерпілою Г. Г., оскільки у тексті угоди зазначалося про обов'язок обвинуваченого відшкодувати шкоду без зазначення її розміру і строку відшкодування<sup>10</sup>.

А тому доходимо висновку про те, що досить часто потерпілі з огляду на свою правову недосвідченість залишаються пасивними учасниками укладення угоди, при цьому їхні права внаслідок затвердження судом такої угоди не поновлюються. Не завжди, як свідчить судова практика, належним чином реагує на такі порушення й суд, який зобов'язаний перевірити умови угоди на відповідність кримінальному та кримінальному процесуальному закону і у разі встановлення такої невідповідності прийняти рішення щодо відмови в затвердженні угоди.

Ухвалою Голопристанського районного суду Херсонської області від 21 березня 2013 р. було відмовлено в затвердженні угоди між обвинуваченим К. С., дії якого кваліфіковано за ч. 1 ст. 125 КК, та потерпілим К. Ю. у зв'язку з тим, що попри констатацію в угоді про примирення обов'язку обвинуваченого відшкодувати потерпілому матеріальні та моральні збитки, заподіяна шкода, як засвідчила перевірка в судовому засіданні умов угоди, потерпілому ані на момент укладення угоди, ані на час підготовчого судового провадження відшкодована не була. З підстав незазначення в угоді відомостей про відшкодування чи невідшкодування шкоди, факт завдання якої в судовому засіданні підтвердили потерпілі, Хмельницький міськрайонний суд ухвалою від 30 квітня 2013 р. цілком правильно прийняв рішення про відмову в затвердженні угоди між обвинуваченим за ч. 1 ст. 185 КК Ч. О. і потерпілою Р. Н.<sup>11</sup>

Крім того, угода про примирення також може укладатися, якщо її сторонами чи стороною є неповнолітні. У такому випадку угода укладається за участю законних представників і захисників неповнолітніх. При цьому якщо неповнолітній досяг 16-річного віку, він має право укладати угоду про примирення самостійно, але за наявності згоди його законного представника. Якщо ж неповнолітній не досяг 16 років, угоду про примирення за його згодою укладає законний представник неповнолітнього<sup>12</sup>. Тому очевидно видається обов'язкова участь у кримінальному провадженні представника потерпілого, яким є неповнолітня особа.

Загалом слід погодитись, що проблема забезпечення права потерпілого мати свого представника в кожному кримінальному провадженні загострилася у зв'язку з прийняттям КПК України 2012 р. і появою в ньому нових, раніше не відомих кримінальному процесу України інститутів (інституту укладення угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим), нових процесуальних дій (особливо негласних слідчих (розшукових) дій), нових положень щодо збирання та оцінювання доказів під час досудового розслідування і в судовому провадженні (щодо допустимості доказів, оцінювання показань з чужих слів тощо)<sup>13</sup>.

На наше переконання, обов'язкова участь представника потерпілого в кримінальному провадженні має забезпечуватись у разі укладення угоди між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим про примирення з моменту ініціювання укладення такої угоди.

<sup>7</sup> Аленін Ю. Потерпілий у кримінальному провадженні: деякі питання / Ю. Аленін, І. Гловюк // Право України. – 2013. – № 11. – С. 112–119.

<sup>8</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-viii>

<sup>3</sup> Шибіко В. П. Проблема забезпечення прав потерпілого за новим КПК України 2012 р. / В. П. Шибіко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravnuk.info/2013-12-27-15-13-14/382-problema-zabezpechennya-prav-poterpilogo-zanovim-kpk-ukra%D1%97ni-2012-roku.html>

<sup>4</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції : Закон України від 12 лютого 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/198-19>

<sup>5</sup> Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 листопада 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/VRR00081.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VRR00081.html)

<sup>6</sup> Узагальнення ВССУ судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод від 22 січня 2014 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zib.com.ua/ua/print/92557-uzagalnennya\\_vssu\\_sudovoi\\_praktiki\\_zdiysnennya\\_kriminalnogo\\_html](http://zib.com.ua/ua/print/92557-uzagalnennya_vssu_sudovoi_praktiki_zdiysnennya_kriminalnogo_html)

<sup>7</sup> Там само.

<sup>8</sup> Там само.

<sup>9</sup> Там само.

<sup>10</sup> Там само.

<sup>11</sup> Там само.

<sup>12</sup> Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15 листопада 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/VRR00081.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VRR00081.html)

<sup>13</sup> Шибіко В. П. Вказана праця.

#### Резюме

##### **Мудрак І. В. Щодо обов'язкової участі представника потерпілого в кримінальному провадженні.**

У статті досліджено проблемні аспекти реалізації права на захист потерпілого в кримінальному провадженні, зокрема законодавче врегулювання права потерпілого на безоплатну правову допомогу в кримінальному провадженні.

**Ключові слова:** потерпілий у кримінальному провадженні, захист прав потерпілого, представник потерпілого, безоплатна правова допомога.

#### Резюме

##### **Мудрак І. В. К вопросу об обязательном участии представителя потерпевшего в уголовном производстве.**

В статье исследованы проблемные аспекты реализации права на защиту потерпевшего в уголовном производстве, в частности законодательное урегулирование права потерпевшего на бесплатную правовую помощь в уголовном производстве.

**Ключевые слова:** потерпевший в уголовном производстве, защита прав потерпевшего, представитель потерпевшего, бесплатная правовая помощь.

#### Summary

##### **Mudrak I. To the question of mandatory participation of the victim's representative in criminal proceedings.**

The article studies the problem aspects of realization of the right for protection of the victim in criminal proceedings, legislative settlement of the right of the victim for free legal aid in a criminal proceeding.

**Key words:** the victim in a criminal proceeding, protection of the rights of the victim, the victim's representative, free legal aid.

УДК 343.132

#### Є. В. СКРИПА

*Євгеній Васильович Скрипа, кандидат юридичних наук, заступник декана факультету № 1 Національної академії внутрішніх справ*

### КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ МІСЦЬ НЕСВОБОДИ: НАЦІОНАЛЬНИЙ ТА МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД

Актуальність теми статті визначається тим, що з часу набрання чинності Закону України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 р. масово порушуються конституційні права осіб, затриманих за підозрою у вчиненні кримінальних правопорушень, та осіб, підданих адміністративному арешту під час утримання в органах та установах Національної поліції, а також під час конвоювання взятих під варту осіб працівниками поліції.

Відповідно до частини другої ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

© Є. В. Скрипа, 2016

У Конституції України (ч. 1 ст. 29) передбачено, що ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. Відповідно до частини другої ст. 7 Закону України «Про Національну поліцію» обмеження прав і свобод людини допускається виключно на підставах та в порядку, визначених Конституцією і законами України.

Завданнями Національної поліції на сучасному етапі реформування держави взагалі та її правоохоронної системи зокрема є надання поліцейських послуг у сферах:

- забезпечення публічної безпеки і порядку;
- охорони прав і свобод людини, а також інтересів суспільства і держави; протидії злочинності;
- надання в межах, визначених законом, послуг з допомоги особам, які з особистих, економічних, соціальних причин або внаслідок надзвичайних ситуацій потребують такої допомоги.

Слід зауважити, що поліцейський захід застосовується виключно для виконання повноважень поліції і має бути законним, необхідним, пропорційним та ефективним. Поліцейські заходи використовують у публічному управлінні для охорони суспільних відносин, що виникають у окремих сферах публічної діяльності, а механізм правового регулювання застосування поліцейських заходів встановлює підстави й порядок застосування відповідних превентивних або примусових заходів. Порядок застосування превентивних та примусових заходів здебільшого регулюють норми адміністративного права, що включають норми законодавства або адміністративно-правові норми актів виконавчих органів<sup>1</sup>.

Однак серед установленого законом переліку відсутні такі повноваження, як утримання та конвоювання осіб, затриманих за підозрою у вчиненні кримінальних правопорушень, осіб, щодо яких обрано запобіжний захід тримання під вартою, а також осіб, підданих адміністративному арешту.

У зв'язку з цим лише впродовж листопада та грудня 2015 р. були порушені права близько 68 тисяч осіб, які утримувалися в установах органів Національної поліції та конвоювалися працівниками поліції<sup>2</sup>.

Питання правової регламентації та процедури затримання особи у зарубіжних країнах завжди привертало увагу науковців, особливо в галузі кримінального права, проте щодо адміністративного (поліцейського) затримання проблема досліджена недостатньо, оскільки в більшості зарубіжних країн фактично відсутній поділ протиправних діянь на правопорушення та злочини. Нетяжкі кримінально карані діяння мають назву кримінальних проступків, і відповідальність за їх вчинення регламентована нормами кримінального та кримінально-процесуального права.

У результаті аналізу нормативно-правового врегулювання заходів примусу у досудових процесуальних діях органів поліції в країнах континентальної Європи, Великобританії та США можна констатувати наступне: вимога застосовувати примус (утримання) особи стосується лише виключних випадків; наявність у цих країнах нормативно-правових актів, що регулюють питання застосування поліцією заходів примусу, пов'язаних із триманням особи у місцях несвободи; існуванням судового (переважно) або прокурорського контролю за застосуванням заходів примусу, пов'язаних з триманням особи у місцях несвободи.

Водночас зазначимо, що прямих аналогів ізоляторів тимчасового тримання (далі – ІТТ) у досліджених країнах континентальної Європи, Великобританії та США як структурної одиниці поліції не існує, функції затримання або арешту особи ми розглядаємо крізь призму інститутів кримінально-процесуального права.

Отже, затримання органами поліції або прокуратури європейських країн осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, становить:

- 24 години, а саме, в Румунії, Іспанії, Македонії;
- 48 годин в Албанії, Австрії, Великобританії, Естонії, Ліхтенштейні, Литві, Мальті, Польщі, Португалії, Словенії, Франції, Чехії;
- 96 годин у Словаччині, але може бути подовжений до 120 годин.

У Німеччині затриманий має бути доставлений до суду у максимально короткий термін, але не пізніше наступного дня після затримання.

Екстрадиційний арешт за рішенням суду може тривати до 18 днів в Албанії, 40 днів (Австрія, Бельгія, Болгарія, Кіпр, Чехія, Естонія, Угорщина, Норвегія, Румунія, Словаччина, Словенія, Іспанія, Швеція, Швейцарія, Македонія), до трьох місяців у Хорватії<sup>3</sup>. Через відносно нетривалі терміни (за винятком екстрадиційного арешту) затримання або арешту особи, остання у більшості країн має бути якнайшвидше доставлена до суду. Після розгляду доводів обвинувачення (поліції або прокуратури) суддя вирішує, чи варто накладати на особу арешт у межах певного кримінального впровадження.

Поліція США пішла шляхом видання Інструкції про порядок тимчасового затримання особи. Така Інструкція містить чіткі процедурні норми, якими визначено права особи, яку тимчасово затримано, і обов'язки посадових осіб поліції, які здійснюють нагляд. На офіційних сайтах департаментів поліції США розміщується офіційна інформація про порядок тимчасового затримання особи. Наприклад, на офіційному сайті Департаменту поліції Філадельфії<sup>4</sup> зазначено, що існує спеціальний підрозділ для роботи із затриманими (Police Detention Unit). Цей підрозділ забезпечує функціонування окремого центру для доставлення затриманих. Підрозділ працює цілодобово і його обслуговує одночасно 21 офіцер поліції. Щодо всіх осіб, яких тимчасово затримано, обов'язково проводяться дактилоскопіювання, ідентифікація, фотографування, перевірка по обліках. Центр розраховано на одночасне перебування 265 осіб. Запроваджені чіткі правила доступу захисника до затриманого, періодичність харчування, можливість користування туалетом за першою вимогою, цілодобове чергування медичного працівника в центрі, порядок надання медичної допомоги, порядок огляду особи, тимчасового вилучення особистих речей та їх повернення. За затриманими постійно

ведеться відеоспостереження. Така відеоінформація зберігається певний час із метою розгляду можливих скарг осіб, що тимчасово затримані<sup>5</sup>.

Момент затримання регулюється ст. 209 КПК України: «Особа є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою».

Відповідно до ст. 210 КПК України: «Уповноважена службова особа зобов'язана доставити затриману особу до найближчого підрозділу органу досудового розслідування...»<sup>6</sup>.

Органами досудового розслідування є:

1) слідчі підрозділи:

а) органів Національної поліції;

б) органів безпеки;

в) органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства;

г) органів державного бюро розслідувань;

2) підрозділ детективів, підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України.

Відповідно до вимог п. 1 ст. 212 КПК України у підрозділі органу досудового розслідування мають бути призначені одна або декілька службових осіб, відповідальних за перебування затриманих. Єдиним підрозділом органу досудового розслідування є слідчий підрозділ. Таким чином, відповідальність за затриманих осіб покладено на працівника слідчого підрозділу, проте п. 2 зазначеної статті підкреслюється, що відповідальними за перебування затриманих не можуть бути слідчі, дана особа все одно буде працівником слідчого підрозділу. Як наслідок, підрозділ, що безпосередньо здійснює розслідування, одночасно є й відповідальним за затриману особу, яка підозрюється у вчиненні злочину.

Чинний КПК України не дає визначення місця перебування затриманих осіб. Із змісту статей зрозуміло, що це місце перебування неподільно пов'язане з органом досудового розслідування, в який доставляють затриману особу. Водночас юридичний статус, наприклад, місць несвободи (ізоляторів тимчасового тримання) відповідних установ законодавчо не визначено. Тому можна сказати, що ці установи на даний час діють поза межами закону. Отже, юридичне місце перебування затриманої особи має бути чітко визначеним. Така ситуація, як зазначає Уповноважена Верховної Ради України з прав людини Валерія Лутковська, створює підґрунтя для потенційних порушень прав та свобод затриманої особи<sup>7</sup>.

З цього випливає, що забезпечення права на захист одразу після фактичного затримання особи є одним із найефективніших запобіжників від неналежного поведіння та порушень інших прав затриманої особи.

Сьогодні пріоритетним завданням органів державної влади має бути забезпечення належних умов перебування в них затриманими, які б не принижували їх гідність. Оскільки головним призначенням місць несвободи (ізоляторів тимчасового тримання) є обмеження свободи вільного пересування та спілкування з іншими людьми, вони не призначені для відбування покарання, відповідно, умови тримання в них повинні відрізнятися від умов виправних закладів. Головною підставою для цього є конституційний принцип презумпції невинуватості, людина не має нести покарання до обвинувального рішення суду. У зв'язку з цим ми вважаємо, що із наведеної тези випливає висновок про неможливість тримання в місцях несвободи (ізоляторах тимчасового тримання) засуджених до позбавлення волі, вирок стосовно яких набрав законної сили, або якщо у вирок суду, який не набрав законної сили, було зазначено рішення про продовження строків тримання під вартою засудженому. Засуджена особа має знаходитись у слідчому ізоляторі, звідки етапується до місця відбування покарання, або звільняється безпосередньо в залі суду, якщо суд прийме рішення, не пов'язане із позбавленням волі.

Законодавством України визначено виключний перелік місць, які дозволено використовувати в органах внутрішніх справ (територіальних органах Національної поліції) для тимчасового тримання різних категорій осіб, позбавлених свободи. Для тимчасового тримання осіб в ОВС передбачені КЗД (кімнати для затриманих та доставлених чергових частин органів внутрішніх справ). Також для проведення слідчих дій із затриманими особами в ОВС передбачені спеціально обладнані слідчі кімнати (кімнати для проведення слідчих дій). Слідчі кімнати призначені для проведення документування фактів огляду доставлених в органи внутрішніх справ осіб та вилучення одягу і предметів, які є носіями явних слідів злочину або перебувають поза цивільним обігом і потребують спеціального дозволу на володіння ними, особистих речей доставлених, проведення опитувань про обставини вчинення злочинів, а також невідкладних та першочергових слідчих дій (допитів, очних ставок, пред'явлень для впізнання, освідувань, пред'явлень обвинувачень тощо), інших передбачених законодавством України заходів за участю осіб, які затримані за підозрою у вчиненні злочинів у порядку, передбаченому КПК України<sup>8</sup>.

Відповідно до наказу МВС від 16 вересня 2009 р. № 404 «Про забезпечення прав людини в діяльності органів внутрішніх справ України» для забезпечення виконання зазначених функцій слідча кімната повинна бути належним чином обладнана, зокрема, системою відеоспостереження із архівацією даних не менше одного місяця. Однак на практиці затримані особи часто годинами перебувають у коридорах та інших приміщеннях ОВС, а слідчі (розшукові) дії та інші передбачені законодавством заходи із затриманою особою проводяться переважно в кабінетах слідчих та оперативних працівників. У Національній поліції України слідчі кімнати або взагалі відсутні, або не обладнані належним чином, або просто не використовуються за призначенням.

Варто змінити ситуацію, яка склалася із забезпечення відеоспостереження в місцях несвободи і запровадити позитивний досвід зарубіжних країн щодо цілодобового відеоспостереження за приміщеннями, в яких тримаються затримані особи, що забезпечує об'єктивний розгляд скарг на неправомірні дії співробітників правоохоронних органів чи інші порушення прав і свобод людини. Лише у такий спосіб може бути гарантовано запровадження міжнародних стандартів утримання осіб, які затримані правоохоронними органами.

Окрім цього, позитивним є досвід діяльності поліції Великої Британії. У цій країні створено системне законодавство у сфері забезпечення прав особи під час поліцейського затримання. Передбачено ведення статистики всіх затримань, які контролюються Незалежною комісією розгляду скарг на діяльність поліції (Independent Police Complaints Commission). За її даними, у Великій Британії щорічно затримуються понад два мільйони осіб<sup>9</sup>.

Повноваження цієї Незалежної комісії визначаються Законом про реформу поліції (Police Reform Act 2002). Особа, яка затримується поліцією у Великій Британії, також доставляється до поліцейської установи. Аналогічно досвіду поліції США, у Великій Британії діє система спеціальних місць для затриманих. Так, створено спеціальні підрозділи з роботи із затриманими. Існує чітка процедура ідентифікації особи. Також обов'язково проводяться дактилоскопіювання, фотографування, перевірка по обліках. Вся інформація про затриманого передається до кількох загальнонаціональних баз даних. Насамперед інформація передається до Національної дактилоскопічної бази (National Fingerprint Database).

Законом про реформу поліції (Police Reform Act 2002) передбачено створення системи незалежного громадського контролю за умовами, в яких знаходяться затримані особи. Прийнята спеціальна Інструкція про порядок незалежного відвідування затриманих (Code of Practice on Independent Custody Visiting)<sup>10</sup>.

У Великобританії відповідно до кримінально-процесуального законодавства застосувати арешт має право окрім суду ще й Шотланд-Ярд Британської імперії (ст. 8) – тобто поліцейські. На час арешту, накладеного Шотланд-Ярдом, який не може тривати довше ніж 48 годин, особа поміщується до слідчої тюрми при Високому суді Лондону (п. 6 ст. 24)<sup>11</sup>.

Отже, на законодавчому рівні не врегульовано порядок тримання осіб, затриманих за підозрою у вчиненні кримінальних правопорушень, та визначення їх правового статусу. Таким чином, постає необхідність реалізації міжнародного та національного досвіду для внесення змін і доповнень до національного кримінально-процесуального законодавства з метою легалізації зазначених функцій правоохоронних органів.

<sup>1</sup> Про Національну поліцію : Закон України від 2 липня 2015 р. № 580-VIII // Відомості Верховної Ради. – 2015. – № 40–41. – Ст. 379.

<sup>2</sup> Доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини на тему: «Моніторинг місць несвободи в Україні: стан реалізації національного превентивного механізму (доповідь за 2015 рік)». – К., 2016. – С. 33–34 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/docs/presentations/&page=3>

<sup>3</sup> European Committee on Crime Problems, Committee of Experts on the Operation of European Convention in the penal field, PC-OC/ INF 71, Strasbourg 15 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.coe.int/ru/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/167>

<sup>4</sup> Офіційний сайт Департаменту поліції Філадельфії Сполучених Штатів Америки : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.phillypolice.com>

<sup>5</sup> Весельська Т. Адміністративне затримання особи: українські реалії та міжнародний досвід / Т. Весельська // Право України. – 2010. – № 2. – С. 246.

<sup>6</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство. – К. : Паливода А. В., 2013. – 328 с.

<sup>7</sup> Так само. – С. 37.

<sup>8</sup> Про затвердження Положення про кімнати для проведення слідчих дій та інших заходів в органах та підрозділах внутрішніх справ України, затверджене наказом МВС від 18.12.2003 № 1561 : наказ МВС України від 18 грудня 2003 р. № 1561.

<sup>9</sup> Офіційний сайт Незалежної комісії розгляду скарг на діяльність поліції Великої Британії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ipcc.gov.uk/en/Pages/default.aspx>

<sup>10</sup> Офіційний сайт Міністерства внутрішніх справ Великої Британії : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.homeoffice.gov.uk/police>

<sup>11</sup> CRIMINAL PROCEDURE CODE : Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://newrespublika.ru/topic/17563-ugolovno-protcessualnyj-kodeks-britanskoj-im/>

## Резюме

**Скрипа Є. В. Кримінально-процесуальна регламентація функціонування місць несвободи: національний та міжнародний досвід.**

Стаття присвячена дослідженню питання кримінально-процесуальної регламентації функціонування місць несвободи. Досліджено правові механізми, що забезпечують дотримання права на захист особи. Здійснено порівняльний аналіз правової регламентації діяльності місць несвободи в Україні та досвіду інших країн.

**Ключові слова:** місця несвободи, органи досудового розслідування, затримання, органи внутрішніх справ, поліція.

## Резюме

**Скрипа Е. В. Уголовно-процессуальная регламентация функционирования мест несвободы: национальный и международный опыт.**

Статья посвящена исследованию вопроса уголовно-процессуальной регламентации функционирования мест несвободы. Исследованы правовые механизмы, обеспечивающие соблюдение права на защиту лица. Осуществлен сравнительный анализ правовой регламентации деятельности мест несвободы в Украине и опыта других стран.

**Ключевые слова:** места несвободы, органы предварительного расследования, задержания, органы внутренних дел, полиция.

Summary

**Scrypa E. Criminal procedural regulation place of captivity: national and international experience.**

The article investigates the issue of criminal procedure regulation of the functioning place of captivity. Abstract legal mechanisms to ensure respect for the right to the protection of persons. The comparative analysis of legal regulation of activity of unfreedom places in Ukraine and other countries' experiences.

**Key words:** place of captivity, bodies of preliminary investigation, arrest, law-enforcement bodies, the police.

УДК 343.232 / 343.213.1 (447)

**I. В. ЧЕРНИЧЕНКО**

*Ірина Василівна Черниченко, кандидат юридичних наук, викладач ДВНЗ «Ужгородський національний університет»*

**ВПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОСТУПКІВ В УКРАЇНІ**

Пріоритетною складовою процесу інтеграції України до Європейського Союзу є виконання третього Копенгагенського та Мадридського критерію, тобто адаптація національного законодавства *acquis communautaire* (з фр. – «добробок спільноти», правова система ЄС)<sup>1</sup>. Одним із напрямів адаптації є гуманізація кримінальної відповідальності. З прийняттям Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. (далі – КПК України), норми якого визначають проступок і злочин видами кримінального правопорушення, питання впровадження інституту кримінальних проступків набуло неабиякої актуальності. Тим більше, що у розділі Х «Прикінцеві положення» Кодексу зазначається про необхідність прийняття Закону України про кримінальні проступки<sup>2</sup>. Проте уже чотири роки КПК України залишається єдиним чинним законодавчим актом, у якому містяться положення стосовно нової категорії.

Вчені присвячують свої праці питанням поняття кримінального проступку, його ознакам, співвідношенню зі злочином та адміністративним правопорушенням тощо. Зокрема, зазначену проблематику досліджували М. М. Дмитрук, Н. Ф. Кузнецова, Н. М. Мирошніченко, В. О. Навроцький, А. С. Політова, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, Г. В. Федотова, П. Л. Фріс та інші. Дискусії у сучасній кримінально-правовій доктрині щодо доцільності запровадження кримінальних проступків втрачають свою актуальність з огляду на обраний законодавчий курс. Нагальне питання постає в розробленні та реалізації ефективного механізму впровадження цього інституту в національне законодавство. Саме тому **метою статті** є дослідження нормативного закріплення кримінального проступку шляхом аналізу і порівняння концептуальних положень законопроектів.

Даний правовий інститут не є новим для вітчизняного та зарубіжного законодавства про кримінальну відповідальність. Наприклад, в «Уложенні про покарання кримінальні та виправні» 1845 р. діяння класифікувалися за критерієм суспільної небезпеки та залежно від об'єкта посягання на злочини і проступки. У разі посягання на недоторканність прав Влади Верховної та установлені нею права і безпеки суспільства або приватних осіб такі дії кваліфікувалися як злочинні. За їх вчинення передбачалися кримінальні покарання. Порушення правил, встановлених для охорони визначених законами прав, громадської або особистої безпеки визнавалося проступком і каралося виправними покараннями<sup>3</sup>.

У Кримінальному уложенні Російської імперії 1903 р. залежно від виду покарання злочинні діяння поділялися на три групи: 1) тяжкі злочини, за вчинення яких передбачалися смертна кара, каторга, заслання; 2) злочини – ув'язнення у виправному домі, фортеці, тюрмі; 3) проступки, що каралися арештом або грошовим штрафом<sup>4</sup>.

У законодавстві країн колишнього СРСР проступки як самостійний інститут кримінального права не виділявся. Хоча на рівні теоретичних розробок думка щодо доцільності виокремлення цієї категорії висловлювалась, наприклад, М. Д. Шаргородським. Специфіка полягала в альтернативній відповідальності: покарання державним судом або заходи громадського впливу, що мали застосовуватись мировим судом<sup>5</sup>.

У період дії Кримінального Кодексу 1960 р. був підготовлений і згодом підданий критиці проект Кодексу про кримінальні проступки (1973 р.). Однак Н. А. Кузнецова запропонувала декриміналізувати малозначні злочини, не виділяючи їх в окремий кодекс. Ця позиція частково знайшла своє відображення у кримінальному законодавстві, а в 1977 р. було введено адміністративну відповідальність за діяння, що не становлять великої суспільної небезпеки<sup>6</sup>.

У незалежній Україні питання запровадження проступку вперше було поставлено у Концепції реформування кримінальної юстиції України від 8 квітня 2008 року. У ній пропонується певну частину злочинів трансформувати у кримінальні (підсудні) проступки, обмежити сферу застосування покарань, пов'язаних із



позбавленням волі, замінивши їх штрафними санкціями. Концепцією не визначено чіткі критерії, за якими має формуватись коло кримінальних проступків, але зазначено, що ними мають стати: а) окремі діяння, що за Кримінальним Кодексом України (далі – КК України) належать до злочинів невеликої тяжкості й будуть визнані законодавцем такими, що не мають значного ступеня суспільної небезпеки; б) передбачені Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) діяння, які мають судову юрисдикцію і не є управлінськими (дрібно хуліганство, дрібно викрадення чужого майна тощо)<sup>7</sup>.

У подальшому Кабінетом Міністрів України було затверджено «План заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України», який передбачав розробку проекту Кодексу України про кримінальні проступки та Закону про внесення змін до КК України щодо розмежування правопорушень, залежно від ступеня суспільної небезпеки<sup>8</sup>.

28 лютого 2012 р. групою народних депутатів було подано проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків», яким передбачено поширення дії загальних положень КК України на всі види кримінальних правопорушень. Кримінальним проступком пропонувалося вважати діяння, за яке передбачено покарання у виді громадських робіт, або інше, більш м'яке, покарання, за винятком основного покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян<sup>9</sup>.

Альтернативним проектом від 3 березня 2012 р., який був поданий народним депутатом В. Д. Швецем, регламентовано поділ Особливої частини КК України на дві книги. Кримінальним проступком називалося передбачене Книгою 2 («Про кримінальні проступки», що охоплює 14 розділів) Особливої частини Карного кодексу суспільно небезпечне винне діяння, вчинене суб'єктом кримінального проступку<sup>10</sup>.

Як бачимо, підходи до визначення нової категорії, викладені у законопроектах, суттєво відрізняються. При цьому в документі від 28 лютого 2012 р. не виокремлено критеріїв розмежування проступку зі злочиним і відсутня стаття про класифікацію злочинів, а у законопроекті від 3 березня 2012 р. класифікація злочинів залишається незмінною.

Водночас запропоновані новели не було узгоджено з Конституцією України. У п. 22 ч. 1 ст. 92 Основного Закону держави відображено поділ правопорушень на види, відповідно до якого виокремлено злочини, адміністративні та дисциплінарні правопорушення. Вказівка на кримінальне правопорушення або проступок відсутня.

Враховуючи недоліки, обидва проекти були відкликані.

Важливим поштовхом для запровадження кримінальних проступків стало прийняття 13 квітня 2012 р. КПК України, яким передбачено особливості їх досудового розслідування і судового провадження. Вже через місяць Президентом України була утворена робоча група у складі 42 осіб з питань реформування законодавства про адміністративні правопорушення та запровадження інституту кримінальних проступків. І хоча її членами В. Я. Тацієм, М. І. Хавронюком, В. О. Навроцьким, П. С. Берзіним опубліковано низку наукових статей, що висвітлювали ознаки, місце, концептуальну модель нового інституту, після трьох років існування вказаної робочої групи її ліквідовано.

У проекті Закону України від 12 грудня 2012 р.<sup>11</sup>, який на даний час повернуто Президентом України, пропонувалося привести термінологію, яка використовується у законодавчих актах, у відповідність до понятійного апарату КПК України. Для досягнення вказаної мети передбачалося внести певні зміни та доповнення до Кримінального, Кримінально-виконавчого, Господарського процесуального, Цивільного процесуального, Митного кодексів України та Кодексу адміністративного судочинства України, а також окремих законів. Але запропоновані зміни мали суто технічний характер і були фрагментарними, адже передбачали просто заміну слова «злочин» на «кримінальне правопорушення».

Черговим кроком став проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» від 8 січня 2013 р.<sup>12</sup>, положення якого теж викликають зауваження. Проаналізувавши запропоновані визначення «кримінального проступку» та «злочину» доходимо висновку, що єдиною відмінністю є вказівка на Книгу 1 «Про злочини» та Книгу 2 «Про кримінальні проступки» Особливої частини КК України. Деякі норми суперечать усталеним положенням національної кримінально-правової доктрини. Насамперед це стосується такого правового наслідку, як судимість, що відрізняє кримінальну від інших видів юридичної відповідальності (адміністративної, дисциплінарної тощо). Зі змісту ст.ст. 88–91 проекту випливає, що набрання законної сили обвинувальним вироком у справі про кримінальний проступок не тягне за собою визнання засудженої особи такою, що має судимість. Тоді який сенс у притягненні особи саме до кримінальної відповідальності, адже види, розміри та наслідки покарань, передбачені за проступки, майже нічим не відрізняються від адміністративних стягнень, передбачених КУпАП? Не зрозуміло також, чи створює множинність вчинення злочину і проступку та яким чином визначати розмір остаточного покарання. Наприклад, особа спочатку вчиняє крадіжку (ч. 1 ст. 185 законопроекту, злочин), а потім – дрібно викрадення чужого майна (ст. 481, проступок)<sup>13</sup>.

Альтернативним проектом від 8 січня 2013 р. був проект від 17 жовтня 2013 р.<sup>14</sup>, зареєстрований у ВРУ за поданням народного депутата В. С. Малишева і на даний час відкликаний. Аналіз вказаних документів свідчить про те, що їх основні положення є майже ідентичними. Однакові й недоліки, які вже були описані вище.

Черговою спробою вирішити проблему встановлення відповідальності за проступок став проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України» від 16 квітня 2014 року<sup>15</sup>. В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін, Ю. В. Гродецький та

А. О. Байда надали ґрунтовний критичний аналіз документу, адже ним пропонується внести до Загальної та Особливої частин КК України низку змін на 160 сторінках. Суттєві заперечення викликала побудова санкцій у законопроекті, де, на відміну від сучасного підходу національного законодавства, запропоновано у цілому ряді випадків визначати лише ступені видів покарань, а не конкретні їх межі. Це безпідставно ускладнить роботу суду і може призвести до численних помилок<sup>16</sup>.

Особливу частину КК України поділено на дві книги. До Книги 2 «Кримінальні проступки» пропонується включити 173 статті. Із них 91 склад проступків є адміністративними проступками, передбаченими КУпАП і Митним кодексом України, та 100 простих складів проступків, які за чинним КК України є злочинами невеликої тяжкості<sup>17</sup>.

Аналізований проект Закону України є більш досконалим порівняно з іншими, оскільки проведено систематизацію понять, що вживаються в тексті чинного КК України, запропоновано правила кримінально-правової кваліфікації, однак цей документ також було відкликано.

Наразі найбільш обговорюваним є доопрацьований законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження кримінальних проступків» від 19 травня 2015 року<sup>18</sup>. Системний аналіз його положень свідчить, що анонсованої мети в частині реалізації державної політики стосовно гуманізації кримінальної відповідальності, наслідком якої стане суттєве зменшення чисельності судимих осіб і осіб, які позбавлятимуться волі, не буде досягнуто. Навпаки, кримінально-правова репресія буде поширена на діяння, які сьогодні є адміністративними правопорушеннями.

Головне науково-експертне управління апарату ВРУ зазначає, що передбачені у редакції проекту кримінальні проступки, зважаючи на вид та розмір санкцій за їх вчинення, є злочинами невеликої тяжкості. До того ж чіткого розмежування проступків та злочинів у Загальній частині КК не проведено, а дефініції цих двох категорій є майже ідентичними. Критику викликають і норми щодо визначення видів кримінального покарання. Адже нелогічною є залежність розміру штрафу від розміру мінімальної заробітної плати або прожиткового мінімуму, які кожного року визначаються Законом України «Про державний бюджет України». Ці суми змінюються незалежно від завдань кримінального права, що із часом призводить до того, що розмір штрафу не відповідає ступеню суспільної небезпеки вчиненого діяння. Авторами проекту з метою усунення цієї проблеми запропоновано ще більш складну систему встановлення штрафу – в розмірі, кратному кількості штрафних ставок<sup>19</sup>.

Залишається незрозумілою і градація на ступені від I до III таких видів покарання, як громадські, виправні роботи, службові обмеження та арешт. Підхід суперечить загальній ідеї розмежування кримінального проступку та злочину. З огляду на те, що покарання можна застосовувати виключно за вчинення злочину, логічним було б за кримінальний проступок передбачити інший вид кримінально-правового впливу (наприклад, «стягнення»)<sup>20</sup>.

На підставі викладеного доходимо висновку, що розробники КПК України створили передумови для реалізації європейських принципів та подальшої гуманізації кримінальної відповідальності. Однак на даний час Кодекс залишається єдиним чинним нормативно-правовим актом, який регламентує інститут кримінальних проступків. Проаналізовані законопроекти потребували доопрацювання, адже їх зміст не відповідав Основному Закону та принципам кримінально-правової доктрини. П'ять із них були відкликані, один повернуто з підписом Президента України, і тільки доопрацьований проект від 3 червня 2015 р. очікує розгляду.

Суперечливість і недосконалість нормативних актів негативно впливає на процес реалізації прав і виконання обов'язків суб'єктами кримінально-правових відносин. А тому текст законопроекту стосовно проступків необхідно узгодити з Конституцією України, чітко визначити поняття, суб'єкта кримінального проступку, виокремити критерії відмежування від злочину та адміністративного правопорушення, передбачити систему покарань чи стягнень, загальні засади їх призначення, установити, чи існуватиме повторність злочинів і кримінальних проступків та її правові наслідки тощо.

<sup>1</sup> Загальнодержавна програма адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Затв. Законом України від 18 березня 2004 р. №1629-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1629-15>

<sup>2</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. із змін. і доп. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

<sup>3</sup> Уложение о наказаниях уголовных и исправительных от 15 августа 1845 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://xixvek.ru/material/item/f00/s00/z0000003/st070.shtml>

<sup>4</sup> Новое уголовное уложение. Утв. 22 марта 1903 г., С.-Петербург, Издание Каменноостровского Юридического Книжного Магазина В. П. Анисимова. – 1903. – 249 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://vk.com/doc54366131\\_327310335?hash=4fc9996e44289b48ca&dl...](https://vk.com/doc54366131_327310335?hash=4fc9996e44289b48ca&dl...) – С. 11.

<sup>5</sup> Шаргородский М. Д. Вопросы общего учения о наказании в теории советского права на современном этапе / М. Д. Шаргородский : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=1145410>

<sup>6</sup> Мирошниченко Н. А. Визначення проступку та злочину в кримінальному праві України / Н. А. Мирошниченко // Актуальні проблеми політики. – 2014. – Вип. 51. – С. 331–332.

<sup>7</sup> Концепція реформування кримінальної юстиції України. Затв. Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/311/2008>

<sup>8</sup> План заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України. Затв. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27 серпня 2008 р. № 1153-р : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1153-2008-p>

<sup>9</sup> Проект Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо запровадження інституту кримінальних проступків» від 28 лютого 2012 р. № 10126 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=42706](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42706)

<sup>10</sup> Проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» від 3 березня 2012 р. № 10146 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=42733](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=42733)

<sup>11</sup> Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення законодавства у відповідність з Кримінальним процесуальним кодексом України» від 12 грудня 2012 р. № 0894 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=45166](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45166)

<sup>12</sup> Проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» від 8 січня 2013 р. № 1202 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=45306](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45306)

<sup>13</sup> Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо введення інституту кримінальних проступків» (нова редакція) від 20 лютого 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=45306](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45306)

<sup>14</sup> Проект Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо запровадження інституту кримінальних проступків» від 17 жовтня 2013 р. № 3438 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=48706](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=48706)

<sup>15</sup> Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реалізації положень Кримінального процесуального кодексу України» від 16 квітня 2014 р. № 4712 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=50664](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50664)

<sup>16</sup> Тацій В. Я. Ще одна спроба «гуманізації» кримінального законодавства України / В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін, Ю. В. Гродецький, А. О. Байда // Вісник Асоціації кримінального права України : електронне наукове видання. – 2014. – Вип. 1 (2). – С. 312–330 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2015/07/2\\_21.pdf](http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2015/07/2_21.pdf) – С. 322.

<sup>17</sup> Дмитрук М. М. Кримінальний проступок : аналіз деяких законодавчих ініціатив / М. М. Дмитрук // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2015. – № 2 (5). – С. 91.

<sup>18</sup> Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження кримінальних проступків» від 19 травня 2015 р. № 2897 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=55214](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55214)

<sup>19</sup> Висновок Головного науково-експертного управління апарату ВРУ на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження кримінальних проступків» від 16 лютого 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=55214](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55214)

<sup>20</sup> Татаров О. Кримінальні проступки : бути чи не бути // Закон і бізнес. – 2016. – 14–20 травня : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zib.com.ua/ua/123569kriminalni\\_prostupki\\_buti\\_chi\\_ne\\_buti.html](http://zib.com.ua/ua/123569kriminalni_prostupki_buti_chi_ne_buti.html)

## Резюме

### **Черниченко І. В. Впровадження інституту кримінальних проступків в Україні.**

Запровадження кримінальних проступків в Україні зумовлено одним із напрямів кримінально-правової політики держави, який полягає у гуманізації кримінальної відповідальності. У статті здійснено аналіз та порівняння законодавчих пропозицій щодо необхідності поділу кримінального правопорушення на види та закріплення інституту кримінального проступку в національному законодавстві.

**Ключові слова:** гуманізація кримінальної відповідальності, кримінальне правопорушення, кримінальний проступок, злочин, адміністративне правопорушення.

## Резюме

### **Черниченко І. В. Внедрение института уголовных проступков в Украине.**

Введение уголовных проступков в Украине обусловлено одним из направлений уголовно-правовой политики государства, которое заключается в гуманизации уголовной ответственности. В статье осуществлен анализ и сравнение законодательных предложений о необходимости разделения уголовного правонарушения на виды и закрепления института уголовного проступка в национальном законодательстве.

**Ключевые слова:** гуманизация уголовной ответственности, уголовное преступление, уголовный проступок, преступление, административное правонарушение.

## Summary

### **Chernichenko I. Introduction of misdemeanors in Ukraine.**

The introduction of misdemeanors in Ukraine predetermined by one of the directions of criminal law policy – criminal liability humanization. The analysis and comparison of legislative proposals for the criminal offense classification and implementation of misdemeanors into national legislation have been given in the article.

**Key words:** criminal liability humanization, criminal offenses, misdemeanor, crime, administrative offenses.

К. Г. БИКОВ

*Клим Геннадійович Биков, аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ***МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ СТАНДАРТИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ КОРУПЦІЙНИХ ЗЛОЧИНІВ,  
ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НЕЗАКОННИМ ЗАВОЛОДІННЯМ МАЙНОМ  
АБО ІНШИМИ ПРЕДМЕТАМИ**

Попри зміну політичної еліти в Україні та прихід до влади нових людей, корупція в нашій державі не зменшилася, а в деяких сферах навіть зросла на 5–18 %. Про це свідчить порівняльний аналіз досліджень рівнів корупції в Україні, які проводилися компаніями Transparency International, Gallup International і Центром Разумкова. За їх оцінкою, у 2013 р. 47,3 % українців вважали, що судова система повністю корумпована. На сьогодні таку думку висловили вже 66 % українців (зростання становить майже 20 %). Аналогічна динаміка зростання спостерігається і в інших сферах: правоохоронної (18,6 %), державних органах (11,1 %), медицині (13,4)<sup>1</sup>. І це не зважаючи на значне реформування правоохоронної та судової систем, а також створення нових антикорупційних органів і численних громадських організацій, що ставлять за мету свого утворення викриття й протидію корупції.

Не залишається осторонь від зазначених процесів і Парламент України, який упродовж останніх трьох років прийняв велику кількість нових нормативно-правових актів, спрямованих на протидію корупції, та вніс численні зміни до системи діючих законів нашої держави з тією самою метою. Законом України від 12 лютого 2015 р. № 198-VIII<sup>2</sup> до групи корупційних злочинів було віднесено суспільно небезпечні діяння, передбачені ст.ст. 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також злочини, передбачені ст.ст. 210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368–369-2 Кримінального кодексу України (далі – КК України). Таким чином на законодавчому рівні було визначено коло діянь, які за рівнем своєї суспільної небезпечності та способом вчинення (шляхом зловживання службовим становищем) є корупційними злочинами. Звертає на себе увагу та обставина, що значна кількість наведених вище складів злочинів безпосередньо пов'язана з незаконним заволодінням шляхом зловживання службовим становищем майном або іншими предметами, а саме злочини, передбачені ч. 1 ст. 357 та ч. 2 ст.ст. 191, 262, 308, 312, 313, 410 КК України. Саме аналізу міжнародно-правових стандартів криміналізації наведеної групи корупційних злочинів і присвячена дана робота.

Нині кримінальне право України стає юридичним фундаментом для протидії протиправній поведінці, масштаби й географія якої роблять безперспективною боротьбу із ними силами та засобами лише окремої держави<sup>3</sup>. Інтеграція України до демократичної світової спільноти актуалізує механізми, що позначаються на всіх сферах суспільно-політичного життя нашої країни, вносять корективи у хід розбудови національної правової системи та розвиток окремих її складових<sup>4</sup>. Тому актуальними напрямками розвитку кримінального права України стало посилення в ньому ролі міжнародного права, ускладнення взаємозв'язків між міжнародним і кримінальним правом, вирішення проблем узгодженості закону України про кримінальну відповідальність з положеннями міжнародних договорів, які ратифіковано Верховною Радою України.

З метою належного забезпечення національних інтересів щодо протидії та запобігання корупції, здійснення цілей, завдань і принципів зовнішньої політики нашої держави у цьому напрямі Верховною Радою України було ратифіковано низку міжнародних договорів щодо протидії та запобігання корупції. Згідно зі ст. 9 Конституції України<sup>5</sup>, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, стають частиною національного законодавства нашої держави. За визначенням ч. 1 ст. 2 Закону України «Про міжнародні договори України», міжнародний договір України – це договір, укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо)<sup>6</sup>.

Характеризуючи особливості міжнародного договору як джерела національного права, Н. М. Раданович зазначає, що такі договори мають насамперед координуючий характер, є зразком, за яким «вивіряється» національне законодавство на предмет його відповідності міжнародним стандартам, а їх метою є сприяння зближенню законодавства України з нормативно-правовими актами міжнародного характеру. Як правило, такі договори містять лише загальну характеристику суспільно небезпечного діяння або вказують на ті основні (криміноутворюючі) ознаки певної негативної (на думку світової спільноти) поведінки, а їх норми містять оціночні поняття та визначаються деяким рівнем абстрактності<sup>7</sup>. На думку О. М. Броневицької, міжнародно-правові акти щодо протидії та запобігання корупції безумовно мають кримінально-правовий характер і являють собою міжнародну домовленість, що виражається в єдиному формальному акті, метою якого є боротьба з певними злочинними діяннями та запобігання таким злочинним проявам<sup>8</sup>.

Виходячи з наведеного, норми міжнародних договорів кримінально-правового характеру не призначені безпосередньо для кваліфікації конкретних діянь як злочинних і не містять точних підстав для відповідальності. Крім того, жоден із таких договорів не стосується найважливіших питань реалізації кримінальної відповідальності – видів і меж покарання, що можуть бути призначені у разі його вчинення. У зв'язку з цим реалізація положень міжнародних актів кримінально-правового характеру забезпечується виключно прийняттям національних юридичних актів. А оскільки міжнародні договори кримінально-правового характеру потребують внесення Верховною Радою України змін або доповнень до закону про кримінальну відповідальність, такі договори повинні мати статус міждержавних та укладатися від імені України виключно Президентом України, Прем'єр-міністром України або Міністром закордонних справ України (іншими особами – тільки за спеціальними повноваженнями).

Так, 27 січня 1999 р. від імені України була підписана Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією Ради Європи<sup>9</sup> (далі – Кримінальна конвенція), а 31 жовтня 2003 р. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції<sup>10</sup> (далі – Конвенція ООН). Також 15 травня 2003 р. від імені України був підписаний Додатковий протокол до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією<sup>11</sup> (далі – Додатковий протокол). 18 жовтня 2006 р. зазначені вище міжнародно-правові акти щодо протидії та запобігання корупції було ратифіковано Верховною Радою України Законами України «Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією»<sup>12</sup>, «Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції»<sup>13</sup> та «Про ратифікацію Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією»<sup>14</sup>. Водночас у наведених Законах зазначалося, що ці нормативно-правові акти набувають чинності з дня набуття чинності законом України про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення.

Водночас, алгоритм приєднання України до вищенаведених антикорупційних міжнародно-правових актів та їх ратифікації Верховною Радою України звертають на себе увагу не лише через значну перерву між часом їх підписання та часом ратифікації, а й через відсутність будь-якого системного підходу до прийняття національних законодавчих актів (насамперед кримінально-правового спрямування) щодо протидії та запобігання корупції<sup>15</sup>. У такому алгоритмі ратифікації Україною міжнародних угод О. Виноградова вбачає негативну тенденцію та наголошує, що складається враження про намагання України шляхом підписання того чи іншого договору лише черговий раз «засвітитися» у привабливому ракурсі, підтримуючи у такий спосіб нібито сучасні ініціативи міжнародної спільноти<sup>16</sup>. Стосовно цього, на нашу думку, слід підтримати позицію В. В. Лунєєва, який наголошував, що криміналізація завжди пов'язана з її вибірковим запізненням, особливо тоді, коли визнання тієї або іншої поведінки злочинною не є бажаним для певної частини політичної, економічної чи правлячої еліти<sup>17</sup>. Ми також повністю поділяємо оцінку М. І. Хавронюка, який констатує, що, з одного боку, в антикорупційні закони «напхано» чимало такого, чого у наведених конвенціях немає, а з іншого – багато положень національних антикорупційних законів суперечить вимогам міжнародних конвенцій. Врешті, Україна відзвітувала світовій спільноті про виконання взятих на себе зобов'язань щодо протидії та запобігання корупції, але для правозастосовних органів дієвого та ефективного нормативно-правового механізму («нормального продукту») не виробила<sup>18</sup>.

Аналізуючи положення Конвенції ООН<sup>19</sup>, передусім необхідно звернути увагу, що главою III «Криміналізація та правоохоронна діяльність» передбачений перелік діянь, які або повинні бути обов'язково криміналізовані державами-учасниками цієї конвенції, або рекомендовані до включення у перелік кримінально-караних за національним законодавством відповідних держав. Згідно з цим *обов'язкової криміналізації* у законодавстві держави-учасниці підлягають такі кримінальні правопорушення: 1) підкуп національних державних посадових осіб; 2) підкуп іноземних державних посадових осіб і посадових осіб міжурядових організацій; 3) розкрадання, неправомірне привласнення або інше нецільове використання майна державною посадовою особою; 4) відмивання доходів, здобутих злочинним шляхом; 5) перешкоджання здійсненню правосуддя.

Відповідно до інших положень Конвенції ООН, кожна держава-учасниця *розглядає можливість* вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами у національному кримінальному законодавстві таких правопорушень: 1) підкуп іноземних державних посадових осіб і посадових осіб міжурядових організацій; 2) зловживання впливом; 3) зловживання службовим становищем; 4) незаконне збагачення; 5) підкуп у приватному секторі; 6) розкрадання майна в приватному секторі; 7) приховування умисно вчиненого корупційного злочину.

Наведений аналіз дає змогу зробити попередній висновок про наявність у міжнародно-правових актах щодо протидії корупції як обов'язку, так і рекомендації для будь-якої держави-учасниці Конвенції ООН встановлювати підстави кримінальної відповідальності за заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем щодо розкрадання чи неправомірного привласнення майна державною посадовою особою (ст. 17 Конвенції ООН) або розкрадання такою особою майна в приватному секторі (ст. 22 Конвенції ООН). Отже, віднесення у примітці до ст. 45 КК України заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (ч. 2 ст. 191 КК) до групи корупційних злочинів повністю узгоджується з положеннями Конвенції ООН і є цілком виправданим.

На відміну від Конвенції ООН, Кримінальна конвенція [9] визначає всі заходи, які необхідно вживати на національному рівні як імперативну (зобов'язальну) умову для всіх держав-членів Ради Європи та інших держав, що підписали цю Конвенцію. Глава II Кримінальної конвенції містить коло діянь, що підлягають криміналізації за національним законодавством держав-членів цієї Конвенції, а саме: 1) дача хабара національним державним посадовим особам; 2) одержання хабара національними державними посадовими осо-

бами; 3) хабарництво членів національних представницьких органів; 4) хабарництво іноземних державних посадових осіб; 5) хабарництво членів іноземних представницьких органів; 6) дача хабара у приватному секторі; 7) одержання хабара у приватному секторі; 8) хабарництво посадових осіб міжнародних організацій; 9) хабарництво членів міжнародних парламентських асамблей; 10) хабарництво суддів і посадових осіб міжнародних судів; 11) зловживання впливом; 12) відмивання доходів, отриманих від злочинів, пов'язаних із корупцією; 13) фінансові злочини.

Як і у Конвенції ООН, у Кримінальній конвенції передбачено певні заходи щодо удосконалення загальних положень кримінальних законів держав-членів Ради Європи та інших держав, які підписали цю Конвенцію, а також інших питань, пов'язаних із реалізацією положень Кримінальної конвенції, щодо співучасті (ст. 15), імунітету (ст. 16), юрисдикції (ст. 17), відповідальності юридичних осіб (ст. 18), санкцій та заходів (ст. 19), спеціалізованих органів (ст. 20), співробітництва із національними органами та між ними (ст. 21), захисту помічників правосуддя та свідків (ст. 22), заходів щодо сприяння збиранню доказів і конфіскації доходів (ст. 23). Але на сьогодні такі заходи вже передбачені чинним законодавством України.

Таким чином, Кримінальна конвенція не містить жодної вимоги (обов'язку) держави-члена Ради Європи або іншої держави, яка підписала цю Конвенцію, вживати таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння майном чи іншими предметами, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем. Тобто, Кримінальна конвенція не відносить зазначені суспільно небезпечне діяння до групи корупційних правопорушень, як на цьому наголошується у примітці до ст. 45 КК України.

Не можна залишити поза увагою і підписання Україною 15 травня 2003 р. Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції<sup>20</sup>, який був ратифікований нашою державою 18 жовтня 2006 р. і набув для неї чинність 1 березня 2010 року. Додатковий протокол зобов'язує кожну державу-члена Ради Європи та іншу державу, що його підписала, вживати таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для встановлення у своєму національному законодавстві кримінальної відповідальності за вчинення кримінальних правопорушень із залученням національних та іноземних арбітрів чи присяжних засідателів, а також надав визначення термінів «арбітр», «арбітражна угода» та «присяжний засідателю». Тобто, знов-таки, Додатковий протокол жодним чином не торкається питання встановлення підстав кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння майном або іншими предметами, у випадку їх вчинення службовою особою шляхом зловживання службовим становищем.

Зважаючи на Резолюцію (97) 24 Комітету міністрів Ради Європи, яка стосується двадцяти керівних принципів боротьби із корупцією, ухвалену Комітетом міністрів 6 листопада 1997 р. на 101-му засіданні, 5 травня 1998 року було створено групу держав по боротьбі з корупцією (далі – GRECO)<sup>21</sup>. Відповідно до Статуту GRECO<sup>22</sup> діяльність цієї групи може складатися з рекомендацій, які надсилаються державі-члену, що підлягає оцінці, з метою удосконалення національного законодавства та практичної діяльності щодо боротьби з корупцією. Стосовно приведення законодавства України у відповідність до Конвенції ООН та Кримінальної конвенції GRECO провела шість раундів оцінювання щодо інкримінації Україною міжнародно-правових актів, спрямованих на протидію та запобігання корупції. Водночас, оціночні звіти GRECO стосовно України не містять згадування щодо аналізу групи суспільно небезпечних посягань, що належать до корупційних злочинів як у цілому, так і щодо таких, які пов'язані з незаконним заволодінням чужим майном або іншими предметами у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем.

<sup>1</sup> За останні 2 роки рівень корупції в Україні зріс на 18 % – дослідження. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.rbc.ua/ukr/news/poslednie-goda-uroven-korruptsii-ukraine-1428572826.html> (дата звернення: 17.10.2016).

<sup>2</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції : Закон України від 12 лютого 2015 р. № 198-VIII // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/198-19> (дата звернення: 25.10.2016).

<sup>3</sup> Баулін Ю. В. Тенденції розвитку сучасного кримінального права України / Ю. В. Баулін // Юридичний вісник України. – 2007. – № 15. – С. 1, 8–9.

<sup>4</sup> Житий О. О. Кримінальне право України в міжнародному вимірі (порівняльно-правовий аналіз) : моногр. / О. О. Житий. – Х. : Одиссей, 2013. – 376 с.

<sup>5</sup> Конституція України : Закон від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 09.11.2016).

<sup>6</sup> Про міжнародні договори України : Закон України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1906-15> (дата звернення: 23.11.2016).

<sup>7</sup> Раданович Н. М. Особливості міжнародного договору як джерела національного права // Актуальні проблеми держави і права. – Одеса, 2008. С. 258–263.

<sup>8</sup> Броневецька О. М. Відповідність норм кримінального законодавства України чинним міжнародним договорам : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / О. М. Броневецька ; Львів. держ. ун-т внутр. справ. – Л., 2011. – 389 с.

<sup>9</sup> Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) від 27 січня 1999 р. // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994\\_101](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_101) (дата звернення: 12.12.2016).

<sup>10</sup> Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 р. // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16) (дата звернення: 18.10.2016).

<sup>11</sup> Додатковий протокол до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 191) від 15 травня 2003 р. // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994\\_172](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_172) (дата звернення: 18.11.2016).

<sup>12</sup> Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон від 18.10.2006 № 252-V // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/252-16> (дата звернення: 15.11.2016).

<sup>13</sup> Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції : Закон України від 18 жовтня 2006 р. № 251-V // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/251-16> (дата звернення: 15.11.2016).

<sup>14</sup> Про ратифікацію Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон України від 18 жовтня 2006 р. № 253-V // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/253-16> (дата звернення: 15.11.2016).

<sup>15</sup> Юрченко М. М. Теоретико-методичні питання імплементації норм міжнародного права до законодавства України / М. М. Юрченко // Південноукраїнський правовий часопис. – 2006. – № 2. – С. 23–26. – С. 25.

<sup>16</sup> Виноградова О. Реалії законодавчого забезпечення міжнародно-правового співробітництва у сфері кримінального судочинства / О. Виноградова // Вісник академії правових наук України. – 2009. – № 2 (57). – С. 178–184.

<sup>17</sup> Лунев В. В. Преступность XX века. Мировые, региональные и российские тенденции : мировой криминологический анализ / В. В. Лунев ; предисл. В. Н. Кудрявцев. – М. : Норма, 1997. – 525 с.

<sup>18</sup> Хавронюк М. Кримінальна відповідальність за хабарництво : європейський досвід / М. Хавронюк // Право України. – 2005. – № 6. – С. 117–120.

<sup>19</sup> Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 р. // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16) (дата звернення: 18.10.2016).

<sup>20</sup> Додатковий протокол до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 191) від 15 травня 2003 р. // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994\\_172](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_172) (дата звернення: 18.11.2016).

<sup>21</sup> Угода про створення групи держав по боротьбі з корупцією (GRECO) від травня 1998 р. // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_145](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_145) (дата звернення: 15.10.2016).

<sup>22</sup> Статут Групи держав по боротьбі з корупцією (GRECO) від 5 травня 1998 р. // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_144](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_144) (дата звернення: 15.10.2016).

#### Резюме

**Биков К. Г. Міжнародно-правові стандарти криміналізації корупційних злочинів, пов'язаних із незаконним заволодінням майном або іншими предметами.**

У статті розглядаються питання міжнародно-правових стандартів криміналізації корупційних злочинів, пов'язаних з незаконним заволодінням майном або іншими предметами. Досліджується відповідність визначення злочинів, передбачених статтями 191, 262, 308, 312, 313, 357, 410 КК України, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, до кола корупційних діянь, визначених основоположними міжнародно-правовими актами у цій сфері. Робиться висновок про необгрунтоване розширення кола корупційних злочинів, передбачене приміткою до ст. 45 КК України.

**Ключові слова:** корупційні злочини, міжнародно-правові стандарти, криміналізація, зловживання службовим становищем.

#### Резюме

**Биков К. Г. Международно-правовые стандарты криминализации коррупционных преступлений, связанных с незаконным завладением имуществом или другими предметами.**

В статье рассматриваются вопросы международно-правовых стандартов криминализации коррупционных преступлений, связанных с незаконным завладением имуществом или другими предметами. Исследуется соответствие отнесения преступлений, предусмотренных статьями 191, 262, 308, 312, 313, 357, 410 УК Украины, в случае их совершения путем злоупотребления служебным положением, к кругу коррупционных деяний, определенных основополагающими международно-правовыми актами в этой сфере. Делается вывод о необоснованном расширении круга коррупционных преступлений, указанных в примечании к ст. 45 УК Украины.

**Ключевые слова:** коррупционные преступления, международно-правовые стандарты, криминализация, злоупотребление служебным положением.

#### Summary

**Bykov K. International legal standards of criminalization of corruption crimes, related to the illegal laying hands on property or other objects.**

The questions of international legal standards of criminalization of corruption crimes, related to the illegal laying hands on property or other objects are examined in the article. Accordance of taking of crimes, foreseen the articles 191, 262, 308, 312, 313, 357, 410 Criminal code of Ukraine, in the case of their feausance by cumshawing, to the circle of corruption acts, certain fundamental international legal acts in this sphere. Drawn a conclusion about groundless expansion of circle of corruption crimes, indicated in a note to the item 45 Criminal code of Ukraine.

**Key words:** corruption crimes, international legal standards, криминализация, misfeasance.

**К. К. БІЛЕЦЬКА**

*Катерина Костянтинівна Білецька, науковий співробітник Національної академії внутрішніх справ*

## **СУДОВИЙ КОНТРОЛЬ ТА ПРОКУРОРСЬКИЙ НАГЛЯД ЗА ВИКОНАННЯМ УХВАЛИ СЛІДЧОГО СУДДІ ПРО ОБРАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ОСОБИСТОЇ ПОРУКИ**

Одним із найбільш актуальних питань у практиці досудового розслідування і судового провадження є питання застосування запобіжних заходів як виду заходів забезпечення кримінального провадження, пов'язаних з обмеженням деяких конституційних прав і свобод людини. Сьогодні дедалі гостріше постає необхідність застосування запобіжних заходів, не пов'язаних з ізоляцією особи.

Особиста порука є дієвим засобом, оскільки це спрямовано не лише на виконання завдань кримінального провадження, а й мінімізує обмеження прав та свобод людини, що відповідає міжнародним стандартам.

Окремі питання особистої поруки розглядалися такими українськими вченими, як А. В. Захарко, Ю. М. Грошевий, В. Я. Горбачевський, Т. В. Данченко, Є. Д. Лук'янчиков, В. Т. Малярєнко, В. Т. Нор, М. А. Погорецький, В. О. Попелюшко, В. В. Рожнова, С. М. Смоков, Д. О. Савицький, Л. Д. Удалова, Д. А. Чухраєв, О. Г. Шило, А. Д. Шульга, В. М. Юрчишин, О. Г. Яновські та ін.

Згідно з ч. 4 ст. 176 КПК особиста порука, як і інші запобіжні заходи, застосовується під час досудового розслідування слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором, або за клопотанням прокурора<sup>1</sup>.

С. І. Данілова визначає особисту поруку як добровільну, вільну волю поручителя, його щире бажання взяти на себе передбачені кримінальним процесуальним законом зобов'язання щодо здійснення контролю над підозрюваним, обвинуваченим, підсудним для реалізації цілей цього запобіжного заходу<sup>2</sup>.

На думку О. Г. Васильєвої, особиста порука «полягає у письмовому зобов'язанні вартої довіри особи в тому, що вона ручається своїм словом за належну поведінку обвинуваченого (підозрюваного). Наслідки за невиконання зобов'язання полягають в накладенні на поручителя грошового стягнення, сума якого заздалегідь не обумовлюється»<sup>3</sup>.

Прийняттям слідчим рішення про складання цього клопотання має передувати розгляд письмової заяви осіб, які виявили бажання бути поручителями. Слідчому слід впевнитися у тому, що ці особи дійсно заслуговують на довіру. Ними повинні бути громадяни з високими моральними якостями, які є соціально адаптованими, сумлінно ставляться до праці та виконання громадських обов'язків, мають авторитет у колективі чи за місцем проживання, а також користуються повною повагою підозрюваного та можуть завдяки цьому забезпечити його належну поведінку. Ці дані можуть бути встановлені шляхом витребування характеристик, довідок тощо<sup>4</sup>.

Якщо слідчий переконається у тому, що вищевказані особи заслуговують на довіру, після перевірки даних, що їх характеризують, та взаємовідносини з підозрюваним, він вирішує питання про звернення до слідчого судді з клопотанням про застосування запобіжного заходу у вигляді особистої поруки.

Зміст клопотання слідчого про застосування цього запобіжного заходу має відповідати вимогам ч. 1 ст. 184 КПК.

Згідно з ч. 1 ст. 184 КПК клопотання слідчого, прокурора про застосування запобіжного заходу у вигляді особистої поруки має бути подано до місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування.

Після отримання клопотання слідчий суддя повинен перевірити його відповідність ст. 184 КПК і своєчасність надання підозрюваному копії клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність застосування запобіжного заходу.

Якщо клопотання про застосування запобіжного заходу відповідає встановленим вимогам, слідчий суддя відповідно до ч. 1 ст. 187 КПК повинен призначити дату судового засідання та здійснити судовий виклик підозрюваного.

Згідно зі ст. 186 КПК розгляд клопотання про застосування запобіжного заходу має бути проведений слідчим суддею невідкладно, але не пізніше 72 годин з моменту фактичного затримання підозрюваного або з моменту надходження до суду клопотання, якщо підозрюваний перебуває на свободі, чи з моменту подання підозрюваним, його захисником до суду відповідного клопотання.

У ст. 194 КПК визначено, які обставини потрібно довести в судовому засіданні з тим, щоб слідчий суддя прийняв рішення про застосування запобіжного заходу, які обов'язки при цьому можна покласти на підозрюваного.



Згідно з ч. 1 цієї статті, під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу слідчий суддя зобов'язаний встановити, чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про: наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним кримінального правопорушення; наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 цього Кодексу, і на які вказує слідчий, прокурор; недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні.

Залежно від доведеності цих обставин слідчий суддя відповідно до вимог ч.ч. 2–5 ст. 194 КПК приймає одне із рішень по суті поданого слідчим, прокурором клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді особистої поруки.

Згідно зі ст. 205 КПК ухвала слідчого судді щодо застосування запобіжного заходу у вигляді особистої поруки підлягає негайному виконанню після її оголошення. За її виконанням здійснюється судовий, відомчий контроль, прокурорський нагляд.

Відповідно до п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК судовий контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні здійснює слідчий суддя суду першої інстанції, а у випадку, передбаченому ст. 247 цього Кодексу, голова чи за його визначенням інший суддя Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя.

Під час виконання ухвали про застосування запобіжного заходу у вигляді особистої поруки слідчий суддя за відповідним клопотанням слідчого, прокурора може прийняти рішення про:

- 1) зміну запобіжного заходу;
- 2) накладення грошового стягнення на поручителя, якщо з'ясується, що він не виконує процесуальні обов'язки.

Порядок зміни запобіжного заходу нами був розглянутий раніше, тому не будемо на ньому зупинятися. Сконцентруємо увагу на процедурі застосування щодо поручителя такого заходу забезпечення кримінального провадження, як накладення грошового стягнення на поручителя, якщо з'ясується, що він не виконує процесуальні обов'язки.

Частина 5 ст. 180 КПК визначає, що у разі невиконання поручителем взятих на себе зобов'язань на нього накладається грошове стягнення в розмірі:

- 1) у провадженні щодо кримінального правопорушення, за вчинення якого передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше трьох років, або інше, більш м'яке покарання, – від двох до п'яти розмірів мінімальної заробітної плати;
- 2) у провадженні щодо злочину, за вчинення якого передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох до п'яти років, – від п'яти до десяти розмірів мінімальної заробітної плати;
- 3) у провадженні щодо злочину, за вчинення якого передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років, – від десяти до дванадцяти розмірів мінімальної заробітної плати;
- 4) у провадженні щодо злочину, за вчинення якого передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк понад десять років, – від двадцяти до п'ятдесяти розмірів мінімальної заробітної плати.

Визначення терміна «розмір мінімальної заробітної плати» надано у п. 16 ч. 1 ст. 3 КПК. Це грошова сума, що дорівнює місячному розміру мінімальної заробітної плати, встановленої законом на 1 січня календарного року, в якому приймається процесуальне рішення або здійснюється процесуальна дія.

Згідно з підпунктом 8 пункту 1 ст. 40 Бюджетного кодексу України розмір мінімальної заробітної плати визначається в Законі України про Державний бюджет на відповідний рік. Так, у 2016 р. затверджені такі розміри: 1378 грн (з 1 січня по 30 квітня); 1450 грн (з 1 травня по 30 листопада); 1550 грн (з 1 грудня по 31 грудня)<sup>5</sup>.

Процедура ініціації питання про накладення грошового стягнення на поручителя та його вирішення слідчим суддею регламентована ст.ст. 144–147 глави 12 КПК.

Під час досудового розслідування грошове стягнення накладається на особу слідчим суддею за клопотанням слідчого, прокурора чи за власною ініціативою. Цей процесуальний документ повинен відповідати вимогам ч. 1 ст. 145 КПК.

У клопотанні про накладення грошового стягнення на поручителя має зазначатися: найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер; прізвище, ім'я, по батькові та місце проживання поручителя, про накладення грошового стягнення, на якого заявлено клопотання; обов'язок, який покладено на поручителя відповідно до ч. 1 ст. 180 КПК; обставини, за яких поручитель не виконав обов'язок; відомості, які підтверджують невиконання поручителем обов'язку; прізвище, ім'я, по батькові та посада слідчого, прокурора; дата та місце складення клопотання.

До клопотання необхідно додати копії матеріалів, якими слідчий, прокурор обґрунтовує свої доводи. Ці матеріали повинні підтверджувати невиконання поручителем зобов'язань із забезпечення виконання підозрюваним покладених на нього обов'язків, а також зобов'язання доставити його до органу досудового розслідування чи в суд на першу про те вимогу.

Відповідно до вимог ч. 1 ст. 146 КПК клопотання слідчого, прокурора про накладення грошового стягнення на поручителя слідчий суддя повинен розглянути не пізніше трьох днів із дня його надходження до суду. Про час та місце розгляду клопотання повідомляється службова особа, яка його внесла, та поручитель, проте їх неприбуття не перешкоджає розгляду питання.

У ч. 3 ст. 146 КПК зазначено: слідчий суддя, встановивши, що особа не виконала покладений на неї обов'язок без поважних причин, накладає на неї грошове стягнення.

Зі змісту цієї норми можна дійти висновку, що під час судового розгляду обов'язково має досліджуватися питання, чи не було викликано саме поважними причинами невиконання поручителем взятих на себе зобов'язань. Такими можуть бути: обставини непереборної сили (епідемії, військові події, стихійні лиха або інші подібні обставини); відсутність поручителя у тому місці, де перебуває підозрюваний, протягом тривалого часу внаслідок відраджень тощо; тяжка хвороба або перебування в закладі охорони здоров'я у зв'язку з лікуванням; смерть близьких родичів, членів сім'ї чи інших близьких осіб; інші обставини, які об'єктивно унеможливають виконання поручителем взятих на себе зобов'язань.

Окремі процесуалісти, коментуючи ч. 3 ст. 146 КПК, пишуть, що немає необхідності у дослідженні вказаного питання. Так, наприклад, В. Т. Нор зазначає, що слідчий суддя «не завжди повинен враховувати причини невиконання особою відповідних обов'язків для вирішення питання про накладення грошового стягнення, а зобов'язаний його накласти незалежно від них, зокрема, при невиконанні вимог особистої поруки (ч. 5 ст. 180 КПК)...». Науковець продовжує, що у наведеному випадку «причини невиконання особою відповідних обов'язків можуть бути враховані лише при визначенні розміру стягнення»<sup>6</sup>.

З цією думкою ми не погоджуємося. На наше переконання, під час судового розгляду клопотання про накладення грошового стягнення на поручителя слідчий суддя обов'язково має досліджувати питання про причини невиконання ним процесуального обов'язку. Якщо буде встановлено, що поручитель з поважних причин не виконав цей обов'язок, має бути прийнято рішення про відмову у накладенні на нього грошового стягнення.

Ухвала слідчого судді про накладення грошового стягнення на поручителя повинна відповідати загальним вимогам, що передбачені ст. 372 КПК. Ця ухвала має складатися з:

1) вступної частини із зазначенням: дати і місця її постановлення; даних про слідчого суддю, секретаря судового засідання; найменування (номера) кримінального провадження; відомостей про особу поручителя та підозрюваного; закону України про кримінальну відповідальність, що передбачає кримінальне правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа; сторін кримінального провадження та інших учасників судового провадження;

2) мотивувальної частини із зазначенням: суті питання, що вирішується ухвалою, і за чиєю ініціативою воно розглядається; встановлених судом обставин із посиланням на докази, а також мотивів неврахування окремих доказів; мотивів, з яких слідчий суддя виходив при постановленні ухвали, і положення закону, яким керувався;

3) резолютивної частини із зазначенням: висновків суду щодо накладення грошового стягнення на поручителя; строку і порядку набрання ухвалою законної сили.

Поручитель, на якого накладено грошове стягнення за невиконання взятих на себе обов'язків, може ініціювати перегляд ухвали слідчого судді про застосування щодо нього цього заходу забезпечення кримінального провадження.

У ч. 6 ст. 180 КПК зазначено, що контроль за виконанням зобов'язань про особисту поруку здійснює слідчий. Однією з гарантій законності цієї діяльності слідчого є відомчий контроль.

Такий контроль здійснює керівник органу досудового розслідування. Це – начальник Головного слідчого управління, слідчого управління, відділу, відділення Національної поліції, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу державного бюро розслідувань, підрозділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України та його заступники, які діють у межах своїх повноважень (п. 8 ч. 1 ст. 3 КПК).

Керівник органу досудового розслідування наділений організаційними та процесуальними повноваженнями. Організаційні повноваження визначаються відомчими нормативними актами. Так, наприклад, про них йдеться у наказі МВС України від 9 серпня 2012 р. № 686 «Про організацію діяльності органів досудового розслідування Міністерства внутрішніх справ України»<sup>7</sup>.

Завдання керівника органу досудового розслідування полягає в тому, щоб організувати роботу очолюваного ним слідчого підрозділу зі всебічного, повного й об'єктивного досудового розслідування кожного кримінального правопорушення, підслідного цьому органу. Для виконання цього завдання його наділено необхідними повноваженнями<sup>8</sup>.

Так, якщо під час ознайомлення з матеріалами досудового розслідування керівник органу досудового розслідування встановить, що підозрюваний не виконав один чи декілька обов'язків, покладених на нього ухвалою слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді особистої поруки, він має дати слідчому письмову вказівку ініціювати розгляд слідчим суддею питання про зміну запобіжного заходу, а також про накладення грошового стягнення на поручителя за невиконання своїх обов'язків.

За тим, як слідчий виконує вимоги ч. 6 ст. 180 КПК щодо контролю за виконанням зобов'язань про особисту поруку, також здійснюється прокурорський нагляд.

Відповідно до ч. 1 ст. 25 Закону України «Про прокуратуру», прокурор здійснює нагляд за додержанням законів органами, які провадять досудове слідство, користуючись при цьому правами і виконуючи обов'язки, передбачені КПК<sup>9</sup>.

Повноваження прокурора з нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням визначені у ст. 36 КПК, наказі Генерального прокурора України від 19 грудня 2012 р. № 4гн «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні»<sup>10</sup>.

Усі наглядові повноваження прокурора спрямовано на виявлення, усунення та попередження порушень закону з боку слідчого. Інакше кажучи, «це самостійні складові елементи наглядової діяльності прокурора у досудовому розслідуванні»<sup>11</sup>. Під час виконання ухвали слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді особистої поруки прокурор здійснює нагляд за додержанням встановлених законом порядку й умов реалізації цього заходу.

Передусім прокурор повинен перевірити виконання припису ч. 2 ст. 202 КПК. У цій нормі зазначено, що у разі застосування запобіжного заходу у вигляді особистої поруки підозрюваний, який був затриманий, звільняється з-під варті негайно після надання його поручителями визначеного зобов'язання.

Прокурор має перевірити діяльність слідчого щодо фіксування фактів виконання: підозрюваним – обов'язків, покладених на нього відповідно до ч. 5 ст. 194 КПК рішенням слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді особистої поруки; поручителем – зобов'язання доставити підозрюваного до слідчого на першу про те вимогу.

Якщо прокурор встановить, що поручитель ухиляється від виконання своїх обов'язків, він повинен ініціювати розгляд питання про застосування щодо нього такого заходу забезпечення кримінального провадження, як накладення грошового стягнення. Крім того, відповідно до ст. 200 КПК прокурор має звернутися у порядку, передбаченому ст. 184 цього Кодексу, до слідчого судді із клопотанням про зміну запобіжного заходу.

Необхідно звернути увагу на те, що ч. 6 ст. 180 КПК не визначає, якими повноваженнями наділяється слідчий для здійснення контролю за виконання зобов'язань про особисту поруку.

З тим, щоб відомчий процесуальний контроль та прокурорський нагляд за цією діяльністю слідчого був ефективним, вважаємо, що законодавець має врегулювати це питання. Вказану норму необхідно доповнити положенням, де чітко зазначити процесуальні дії, які повинен здійснити слідчий, якщо ним буде встановлено факт невиконання підозрюваним покладених на нього обов'язків.

<sup>1</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України : станом на 21 грудня 2016 р., відповідає офіц. тексту : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>

<sup>2</sup> Данилова С. И. Избрание, отмена или изменение меры пресечения в виде личного поручительства в ходе предварительного расследования / С. П. Данилова // СПС КонсультантПлюс. – 2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.center-bereg.ru/955.html>

<sup>3</sup> Васильева Е. Г. Меры уголовно-процессуального принуждения : моногр / Е. Г. Васильева. – Уфа : Изд-во Башкирского государственного университета, 2003. – С. 97.

<sup>4</sup> Курс лекцій з кримінального процесу за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (Загальна частина) [Рожнова В. В., Савицький Д. О., Коношенко Я. Ю. та ін.]. – К. : Нац. акад. внутр. справ, 2012. – С. 125.

<sup>5</sup> Бюджетний кодекс України : станом на 21 грудня 2016 р., відповідає офіц. тексту : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2456-17>

<sup>6</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін. ; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – Т. 1. – 768 с.

<sup>7</sup> Про організацію діяльності органів досудового розслідування Міністерства внутрішніх справ України : наказ МВС України від 9 вересня 2012 р. № 686 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://osipov.ua/z/13133-nakaz-mnsterstva-vnutrshnh-sprav-ukrayini-09082012-n-686.html>

<sup>8</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.

<sup>9</sup> Про прокуратуру : Закон України : станом на 21 грудня 2016 р., відповідає офіц. тексту : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>

<sup>10</sup> Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні : наказ Генерального прокурора України від 19 грудня 2012 р. № 4 гн : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?\\_m=publications&\\_t=rec&id=94102](http://www.gp.gov.ua/ua/gl.html?_m=publications&_t=rec&id=94102)

<sup>11</sup> Юрчишин В. М. Місце і роль прокурора у досудовому розслідуванні та їх відображення в теорії, законодавстві і практиці : моногр. / В. М. Юрчишин. – Чернівці : Вид. дім. «Родовід», 2013. – С. 109.

## Резюме

**Білецька К. К. Судовий контроль та прокурорський нагляд за виконанням ухвали слідчого судді про обрання запобіжного заходу у вигляді особистої поруки.**

У статті досліджуються судовий контроль та прокурорський нагляд за виконанням ухвали слідчого судді про обрання запобіжного заходу у вигляді особистої поруки.

**Ключові слова:** особиста порука, судовий контроль, прокурорський нагляд, поручитель, відповідальність.

## Резюме

**Белецкая Е. К. Судебный контроль и прокурорский надзор за исполнением постановления следственного судьи об избрании меры пресечения в виде личного поручительства.**

В статье исследуются судебный контроль и прокурорский надзор за исполнением постановления следственного судьи об избрании меры пресечения в виде личного поручительства.

**Ключевые слова:** личное поручительство, судебный контроль, прокурорский надзор, поручитель, ответственность.

Summary

*Biletska K. Judicial control and prosecutorial supervision over the implementation of decisions of the investigating judge of a preventive measure in the form of personal surety.*

The article examines judicial control and prosecutorial supervision over the implementation of decisions of the investigating judge of a preventive measure in the form of personal surety.

**Key words:** personal responsibility, judicial control, prosecutorial supervision, guarantor, responsibility.

УДК 342.25

**Д. В. ВІТРОВА**

*Дар'я Володимирівна Вітрова, аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ*

## СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВА ОБУМОВЛЕНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА СЕПАРАТИЗМ

Докорінні зміни, які сьогодні відбуваються у зовнішньому та внутрішньому середовищі України, а саме втрата частини території – Автономної Республіки Крим і міста Севастополь, розв'язання воєнної агресії на Сході України та намагання зруйнувати ідеологічні засади єдності українського народу і неподільності її території – є принципово новими загрозами для України та її громадян. У світлі таких подій особливої актуальності набуває питання сепаратизму, як одне з найбільш складних проблем сучасного українського суспільства.

У Стратегії національної безпеки України до 2020 року зазначені актуальні загрози національній безпеці а саме: розвідувально-підривна і диверсійна діяльність, дії, спрямовані на розпалювання міжетнічної, міжконфесійної, соціальної ворожнечі й ненависті, сепаратизму й тероризму, створення та всебічна підтримка, зокрема військова, маріонеткових квазідержавних утворень на тимчасово окупованій території частини Донецької та Луганської областей<sup>1</sup>. Як бачимо, сепаратизм є однієї з них. У цьому ж документі прописані стратегічні цілі національної безпеки України: мінімізація загроз державному суверенітету та створення умов для відновлення територіальної цілісності України у межах міжнародно визнаного державного кордону України, гарантування мирного майбутнього України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави<sup>2</sup>.

Вважаємо, що досягнення зазначених цілей нині неможливо без комплексного вивчення сепаратизму як негативного соціально-правового явища. Сепаратистські процеси, які нині відбуваються в країні, є не тільки проблемами вузького кола суб'єктів, вони є соціальними, що своїм існуванням зачіпають інтереси всього суспільства. А отже, постає потреба не тільки в подоланні негативних (деструктивних) явищ та процесів, які пов'язані з руйнівним впливом сепаратизму, а в нашому випадку – ще й обмежити подальше їх поширення задля зменшення масштабів їх дестабілізуючого впливу. У таких випадках виникає потреба вироблення адекватних, а отже, й ефективних засобів впливу на цей негативний чинник.

Поряд з іншими соціально спрямованими засобами боротьби з явищами або процесами, що набувають значної суспільної небезпечності, не останню роль відіграє й криміналізація, тобто визначення певних діянь людської активності в нормативно-правовому акті як злочинних. Практика розвитку кримінального законодавства знає багато випадків, коли раніше не карані у кримінальному порядку діяння потім визнавалися законодавцем злочином. Причинами таких змін криминологи спрощено називають: а) підвищення суспільної небезпеки певних діянь; б) необхідність усунення прогалів законодавства; в) появу нових суспільних відносин, що потребують охорони за допомогою норм кримінального права<sup>3</sup>.

Потрібно також розуміти, що кримінальна відповідальність є найсуворішим видом юридичної відповідальності. Саме тому визнання законодавцем певних діянь злочинними та караними, тобто криміналізація, має бути особливо виваженим рішенням. Воно обґрунтовується наявністю нагальних потреб суспільства в кримінально-правовій забороні й більшою чи меншою мірою адекватно відображає ці потреби у кримінально-правовій нормі<sup>4</sup>. Межі втручання кримінального закону визначаються необхідністю охорони від злочинних посягань найбільш важливих особистих, суспільних та державних інтересів. Водночас при цьому не можна допускати утисків прав, свобод і законних інтересів громадян. Також важливо, щоб кримінально-правове втручання держави та її органів з охорони порядку не перешкоджало розвитку економічних, соціальних, культурних або інших суспільних відносин<sup>5</sup>.

Отже, для того, щоб закон працював, був ефективнішим у боротьбі з відповідними суспільно небезпечними діяннями, ніж інші правові норми, кримінально-правова заборона повинна бути соціально та криминологічно зумовленою.

Важливим моментом у криміналізації злочину є чітке визначення підстав криміналізації. Під підставами криміналізації розуміють процеси, що відбуваються в матеріальному і духовному житті суспільства, роз-

виток яких породжує об'єктивну необхідність кримінально-правової охорони тих чи інших цінностей. Підстави криміналізації – це те, що створює дійсну потребу в кримінально-правовій новелі, внутрішня необхідність виникнення правової норми<sup>6</sup>. В. Д. Філімонов виділяє такі підстави криміналізації суспільно небезпечних діянь: коли виявляється новий вид суспільно небезпечної поведінки; коли змінюється стан злочинності, тобто поширюються ті чи інші злочинні діяння у країні чи її окремих регіонах; якщо динаміка злочинності за той чи інший період виявляє сталу тенденцію до збільшення певних суспільно небезпечних діянь<sup>7</sup>.

Під терміном «підстава криміналізації» можуть розуміти дійсні фактори, обумовлені соціальними причинами виникнення або зміни кримінально-правової норми. Отже, підстави криміналізації відсилають дослідження до іншої важливої категорії – соціальна обумовленість. На думку М. І. Коржанського, «соціальна обумовленість» кримінально-правової заборони визначається соціальною цінністю суспільних відносин, економічними факторами та ефективністю правової охорони<sup>8</sup>. П. С. Тоболкін переконував, що сутність проблеми соціальної обумовленості криміналізації злочинів у найбільш простій формі полягає в розкритті факторів, що породжують існування норм кримінального права, а й прогнозування їх розвитку. До таких факторів він відніс економічні, політичні, психологічні, моральні<sup>9</sup>. При цьому єдиною умовою встановлення кримінальної відповідальності діянь, на його погляд, є суспільна небезпечність<sup>10</sup>. Таким чином, суспільна небезпечність – найголовніша та найнеобхідніша підстава криміналізації діяння. М. І. Хавронюк називає її єдиною підставою криміналізації діянь<sup>11</sup>. Однак слід зазначити, що суспільна небезпечність, хоч і головна, але не єдина підстава криміналізації.

Так, на думку В. О. Навроцького, до соціальної обумовленості належать соціальні та соціально-психологічні фактори, що виражають суспільну небезпечність і політичну доцільність встановлення кримінальної відповідальності за те чи інше діяння. До них відносять: суспільну небезпечність діяння, його відносну поширеність, домірність позитивних і негативних наслідків криміналізації та кримінально-політичну адекватність криміналізації<sup>12</sup>. Натомість В. А. Робак зазначає, що завдання визначення соціальної обумовленості криміналізації злочинів зводиться до такого: інформує населення про суспільну небезпечність діяння, що визнані злочинами; створює образ (стереотип) злочинця, що має значення при проведенні профілактичних заходів; створює юридичні основи для застосування заходів державного примусу (санкцій) для злочинців<sup>13</sup>.

З огляду на вищеведене та з метою встановлення соціальної обумовленості такого суспільно небезпечного явища, як сепаратизм, визначимо основні підстави та фактори, сукупність яких є необхідною і достатньою для пояснення встановлення кримінальної відповідальності за злочин такого характеру. Щодо сепаратизму, то підставами криміналізації можна вважати достатньо високий рівень суспільної небезпечності діяння, негативна динаміка поширення цього суспільно небезпечного явища як у нашій державі, так і в усьому світі, наявність умов вчинення цього злочину, котрі неможливо усунути без застосування кримінальної відповідальності, необхідність кримінально-правової гарантії охорони конституційних прав та свобод.

Як уже зазначалось, основним фактором криміналізації є суспільна небезпечність. Це, по суті, найголовніший з критеріїв криміналізації, оскільки саме ним оперує суспільна думка, визнаючи те чи інше діяння злочинним, іноді навіть раніше, ніж це робить законодавець. Для того, щоб криміналізувати діяння, необхідно визначити, що рівень його суспільної небезпеки настільки великий, що воно не може розглядатися як провинна, а повинно тягнути за собою застосування кримінально-правових заходів<sup>14</sup>.

Суспільну небезпечність у кримінально-правовій науці визначають як внутрішню, об'єктивну, сутнісну, стрижневу властивість злочину, що існує в реальній дійсності незалежно від бажання законодавця. Суспільна небезпечність – це не застигла категорія, вона змінюється залежно від потреб кримінальної політики, від соціально-політичної, економічної ситуації в країні, а нині – ще й від міжнародної кримінальної політики.

Суспільна небезпечність злочинних діянь полягає у здатності породжувати шкідливі, з точки зору громадян, суспільства та держави, зміни в охоронюваних кримінальним законом суспільних відносинах та створювати загрозу майбутніх шкідливих змін у цих відносинах<sup>15</sup>. Слушною є думка П. Л. Фріса, який зазначає, що визнання діяння злочинним є об'єктивно залежним від суспільно-політичної ситуації та від соціально-психологічних установок народу<sup>16</sup>. Суспільна небезпечність є матеріальною ознакою злочинного діяння, яке розкриває його соціальну сутність<sup>17</sup>.

Для характеристики суспільної небезпечності використовують такі основні поняття, як характер та ступінь суспільної небезпечності, де характер є якісною властивістю, яка визначається сукупністю ознак об'єкта посягання, наслідків, формою вини, способу скоєння злочину, а ступінь – кількісною. Вона залежить від розміру завданої або потенційної шкоди, вини суб'єкта, його мотивів та цілей тощо.

Керуючись сформованими поняттями, визначимо характер суспільної небезпеки сепаратизму, який проявляється насамперед у посяганні на територіальну цілісність та недоторканність держави, а також проникнення в суспільство ідеології етнічної ідентичності з іншими народами, штучного розпалювання ненависті до своєї нації, ворожого ставлення до держави та її керівництва. Прямий зв'язок з організованими злочинними групами, які уміло використовують стихійну незадоволеність та виставляють себе в якості захисників нації, відстоюють так звані національні інтереси певної групи агресивно налаштованих мас. Рівень суспільної небезпеки функціонування таких організацій полягає в тому, що вони, маніпулюючи національною свідомістю певної соціальної групи, за необхідності завжди можуть підняти або знизити рівень конфліктності в регіоні ворожості, надати йому потрібний рівень спрямованості. Крім того, сепаратизму притаманний високий рівень суспільної небезпеки, оскільки він в деяких своїх проявах носить міжнародний характер. Сепаратистська ідеологія використовується іноземними державами з метою вторгнення у внутрішні справи

України, задля підриву внутрішньополітичного спокою у державі, а також сприяє скоєнню насильницьких дій щодо органів державної влади, що є небезпечним не тільки для політичної сили, яка знаходиться при владі, а й для держави в цілому. Зовнішні союзники здатні стати джерелом ресурсів, надавати політичну та інформаційну підтримку, здійснювати дипломатичний, економічний чи навіть військовий тиск на користь сепаратистів.

Кількісна характеристика такого суспільно небезпечного явища, як сепаратизм, знаходить своє юридичне вираження і в економічній сфері. Потрібно розуміти, що з відокремленням території разом з нею відходять і об'єкти господарчої діяльності. Це стає причиною втрати значних надходжень в якості податків до державного бюджету України. Окрім цього фінансування дій сепаратистів певною мірою здійснювалося шляхом вчинення злочинів економічного спрямування, а це тягне за собою підриг економічної безпеки України.

Ще однією кількісною характеристикою є потенціал сепаратизму, який залежить передусім від потужності регіональної спільноти, у середовищі якої поширюються чи можуть поширюватися сепаратистські настрої. Йдеться як про її чисельність, так і про привабливість відповідної ідентичності; наявність спільних інтересів, відмінних від інтересів решти населення країни; існування помітних мовних, культурних, конфесійних особливостей, обумовлених історією регіону. Досить часто формуванню такої спільноти сприяє існування тих чи інших географічних бар'єрів, що ускладнюють комунікації всередині держави (водні перешкоди, гори тощо), як приклад – півострів Крим в Україні.

Враховуючи викладене, необхідно зробити висновок про те, що суспільна небезпечність сепаратизму має цілком достатній рівень для криміналізації.

Другою підставою криміналізації є негативна динаміка сепаратизму. Вона полягає в тому, що така форма антисуспільної поведінки має бути не випадковою та неодноразовою. Г. А. Злобін виділяє верхню та нижню межі криміналізації, встановлені даною підставою. Суть нижньої межі полягає в тому, що такі діяння повинні бути відносно поширеними. Однак неможливо не враховувати існування верхньої межі, сутність якої полягає в тому, що такі діяння не можуть бути ні загально використовуваними, ні навіть занадто поширеними<sup>18</sup>.

Поширеність сепаратистських процесів в Україні протягом останнього десятиріччя не викликає сумнівів. Такі процеси мають доволі специфічний характер і активізується в певних умовах, під впливом різних груп факторів, пов'язаних із політичною та соціокультурною трансформацією суспільства, істотним ослабленням або посиленням центральної влади. Ще кілька років тому загроза сепаратизму в Україні здавалася перебільшеною і не належала до основних викликів національній безпеці держави. Однак вчені багато років поспіль задовго до вибуху сепаратистських проявів в Україні у 2014 р., констатували посилення етнорегіональних відмінностей, диспропорцій, відцентрованих рухів етнополітичного спрямування, що за певних умов можуть набути ознак сепаратизму. В. Дівак в 2009 р., аналізуючи процеси в політичному та соціально-економічному житті країни за останні десять років, вказувала на наявність в Україні окремих регіонів з потенційними проявами сепаратизму (Автономна Республіка Крим, Закарпаття, Донбас, Північна Буковина).

Отже, потрібно зазначити, що процеси сепаратизму мають тенденцію до поширення, не є поодинокими та випадковими, і водночас їх можна віднести до загальновикористовуваних.

Третьою підставою криміналізації виступає наявність умов вчинення цього злочину, котрі неможливо усунути без застосування кримінальної відповідальності. О. І. Коробеев зауважує, що криміналізуючи певне діяння, яке є породженням якихось антисуспільних поглядів, традицій, моделей поведінки, право: а) дає антисоціальної моделі поведінки різко негативну оцінку з боку суспільства; б) спонукає певну частину громадян утримуватися від такої поведінки; в) стимулює боротьбу із такою поведінкою з боку суспільства<sup>19</sup>. Оцінка поведінки як антисоціальної, у вигляді закону, є об'єктивно необхідною. Оскільки не всі форми прояву сепаратизму можна усунути без застосування кримінального закону. Неможливо негайно підняти рівень життя в Україні до європейського рівня, неможливо перекреслити всі кордони, неможливо вплинути на свідомість громадян, неможливо побудувати нове суспільство, та зрештою, неможливо забезпечити (без криміналізації) караність винних осіб таким чином, щоб злочинці відчували невідворотність та суворість покарання. Слід зазначити, що криміналізація не здагна усунути більшість проблеми, які виникають в суспільстві, але її результат – кримінально-правова норма – є ефективним засобом стримування злочинності. Існування кримінально-правової заборони дійсно змусить певну частину громадян утриматися від такої поведінки під загрозою кримінального покарання, а також продемонструє громадянам, що держава готова йти на конструктивні діалоги та захищати не тільки свої території, а й свою націю.

**Необхідність кримінально-правової гарантії охорони конституційних прав та установлень.** Сепаратизм посягає на такі загальні принципи, які передбачені Конституцією України: а) суверенітет України (ст. 2 Конституції України); б) принцип єдиного громадянства (ст. 4 Конституції України); в) консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, а також розвитку етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України.

Цей перелік порушуваних принципів є далеко не повним, оскільки сепаратистські процеси зачіпають різні сфери існування не тільки самої держави, суспільства, а й кожного громадянина, порушуючи при цьому низку їх прав, свобод та законних інтересів. У період загострення сепаратистських процесів держава та її народ потрапляє в незвичні умови існування. Тобто, безпосередньо або побічно прихильники сепаратизму порушують права іншого народу, який проживає з ними на одній території, керуючись виключно своїми егоїстичними ідеями. Тому існує незаперечна необхідність кримінально-правової охорони цих конституційних прав та охорони території і її населення, які потенційно можуть зазнати в майбутньому руйнівних наслідків

сепаратизму. Таким чином, в Україні справді існують об'єктивні підстави криміналізації сепаратизму. На сьогодні протидія цьому явищу без кримінально-правових заходів неможлива.

**Суттєва матеріальна та моральна шкода, що спричинює діяння.**

Криміналізації підлягають тільки ті діяння, які спричиняють або можуть спричинити достатньо велику матеріальну або моральну шкоду. Повертаючись до подій, які розвивалися в АРК та на Донбасі, зазначимо, що сепаратисти в Криму, на півдні і сході України прагнули розколоти нашу державу, аж ніяк не зберегти свою культурну та національну самобутність. Незважаючи на таку неоднорідність регіонів в етнічному плані, на конституційному рівні закріплені норми, які захищають громадян України від будь-якого утиску національних прав, традицій, віросповідання, мови. Стаття 24 Конституції України зазначає, громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного й соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками<sup>20</sup>. Моральна та матеріальна шкода від сепаратизму завдається усьому українському суспільству. Руйнуючи таким чином абсолютно всі засади, на яких ґрунтується державність, ставлячи під сумнів спільне існування української нації. Негативна інформація такого змісту, потрапляючи в суспільство, створює загрозу його розколу та породжує ненависть одне до одного.

Аналіз розглянутих підстав криміналізації дає змогу зробити наступні висновки. По-перше, на сьогодні у законодавця є всі підстави криміналізації сепаратизму. Це явище має достатній для криміналізації ступінь суспільної небезпечності. Воно носить явно не випадковий та неодноразовий характер, підігрітий антиконституційними поглядами, що аксіоматично не може бути загальновикористовуваним у демократичному суспільстві. У нашій країні об'єктивно існують умови загострення сепаратистських процесів, котрі неможливо усунути без застосування кримінальної відповідальності. Враховуючи наведені обставини та той факт, що сепаратизм може порушувати велику кількість передбачених Конституцією принципів, криміналізація цього явища є соціально обумовленим кроком.

<sup>1</sup> Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року «Про Стратегію національної безпеки України»: Указ Президента України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/287/2015> – Назва з екрану

<sup>2</sup> Так само.

<sup>3</sup> *Беляев Н. А.* Уголовно-правовая политика и пути ее реализации / Н. А. Беляев. – Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1986. – С. 76.

<sup>4</sup> *Наумов А. В.* Российское уголовное право. Общая часть [Текст]: курс лекций / 2-е изд., перераб. и доп. / А. В. Наумов. – М.: БЕК, 1999. – С. 124.

<sup>5</sup> *Энциклопедия уголовного права* [Текст]. – СПб.: Изд. проф. Малинина – СПб. ГКА, 2011. – Т. 16: Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина. – С. 13.

<sup>6</sup> *Основания уголовного-правового запрета. Криминализация и декриминализация* / П. С. Дагель, Г. А. Злобин, С. Г. Келина, Г. Л. Кригер и др.; отв. ред.: В. Н. Кудрявцев, А. М. Яковлев. – М.: Наука, 1982. – С. 205.

<sup>7</sup> *Филимонов В. Д.* Криминологические основы уголовного права / В. Д. Филимонов. – Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1981. – С. 15.

<sup>8</sup> *Коржанский Н. И.* Объект и предмет уголовно-правовой охраны / Н. И. Коржанский. – М.: Акад. МВД СССР, 1980. – С. 171.

<sup>9</sup> *Дзундза В. В.* Кримінальна відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / В. В. Дзундза. – Х., 2005. – С. 7.

<sup>10</sup> *Тоболкин П. С.* Социальная обусловленность уголовно-правовых норм / П. С. Тоболкин. – Свердловск, 1983. – С. 49–53.

<sup>11</sup> *Дудоров О. О.* Злочини у сфері підприємництва: навч. посіб. / О. О. Дудоров, М. І. Мельник, М. І. Хавронюк. – К.: Атіка, 2001. – С. 55.

<sup>12</sup> *Брич Л. П.* Кримінально-правова кваліфікація ухилення від оподаткування в Україні: моногр. / Л. П. Брич, В. О. Навроцький. – К.: Атіка, 2000. – С. 14.

<sup>13</sup> *Робак В. А.* Підстави криміналізації злочину, передбаченого ст. 310 Кримінального Кодексу України / В. А. Робак // Кримський юридичний вісник. – 2009. – № 3. – С. 313–314.

<sup>14</sup> *Коробеев А. И.* Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации: моногр. / А. И. Коробеев. – Владивосток: Изд-во Дальневосточного университета, 1987. – С. 61.

<sup>15</sup> *Мицкевич А. Ф.* Уголовное наказание: понятие, цели и механизмы действия / А. Ф. Мицкевич. – СПб.: Юрид. Центр Прес, 2005. – С. 75.

<sup>16</sup> *Фріс П. Л.* Нарис історії кримінально-правової політики України: моногр. / П. Л. Фріс – К.: Атіка, 2005. – С. 15.

<sup>17</sup> *Кримінальне право України: Загальна частина: підруч.* – 2-е вид., перероб. і допов. / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін., за ред. проф. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 288.

<sup>18</sup> *Основания уголовного-правового запрета. Криминализация и декриминализация* / П. С. Дагель, Г. А. Злобин, С. Г. Келина, Г. Л. Кригер и др.; отв. ред.: В. Н. Кудрявцев, А. М. Яковлев. – М.: Наука, 1982. – С. 197.

<sup>19</sup> *Коробеев А. И.* Уголовная наказуемость общественно-опасных деяний (основания установления, характер и реализация в деятельности органов внутренних дел): учеб. пособ. / А. И. Коробеев. – Хабаровск: Хабаровская высшая школа МВД СССР, 1986. – С. 61.

<sup>20</sup> Конституція України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> – Назва з екрану.

Резюме

**Вітрова Д. В. Соціально-правова обумовленість кримінальної відповідальності за сепаратизм.**

У даній статті висвітлено у загальному вигляді проблему визначення сепаратизму як явища, що має доволі глибокі історичні корені. Окрім цього, в статті зазначені деякі положення, спрямовані на вирішення питань кримінально-правового забезпечення національної безпеки України та вдосконалення кримінального законодавства України у цьому плані.

**Ключові слова:** соціально-правова обумовленість, сепаратизм, кримінальна відповідальність, територіальна цілісність та недоторканність, національна безпека, кримінально-правова протидія, руйнівні наслідки, соціально небезпечне явище.

Резюме

**Ветрова Д. В. Социально-правовая обусловленность уголовной ответственности за сепаратизм.**

В данной статье освещена в общем виде проблема определения сепаратизма, как явления, имеющего довольно глубокие исторические корни. Кроме этого, в статье указаны некоторые положения, направленные на решение вопросов уголовно-правового обеспечения национальной безопасности Украины и совершенствования уголовного законодательства Украины, в этом плане.

**Ключевые слова:** социально-правовая обусловленность, сепаратизм, уголовная ответственность, территориальная целостность и неприкосновенность, национальная безопасность, уголовно-правовое противодействие, разрушительные последствия, социально опасное явление.

Summary

**Vitrova D. Social and legal conditionality of criminal responsibility for separatism.**

This article covered in a general way the problem of definition of separatism as a phenomenon that has quite deep historical roots. Additionally, this article lists some provisions are aimed at addressing issues of criminal law to ensure national security of Ukraine and the perfection of the criminal legislation of Ukraine in this regard.

**Key words:** social and legal conditioning, separatism, criminal responsibility, territorial integrity and inviolability, national security, criminal-legal counteraction, devastating social and dangerous phenomenon.

УДК 343.36

**Н. Ю. КАРПОВА**

*Наталія Юрївна Карпова, аспірант Академії адвокатури України*

## ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ ПОТЕРПІЛОГО ВІД ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ

Відповідно до ч. 1 ст. 59 Конституції України<sup>1</sup> кожен має право на правову допомогу. Це право є одним із конституційних, невід'ємних прав людини і має загальний характер.

За змістом ч. 1 ст. 64 Конституції України<sup>2</sup> конституційне право кожного на правову допомогу у жодному випадку не може бути обмежено.

Конституційний суд України<sup>3</sup> тлумачить його «як гарантовану державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі та формах, визначених нею, незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб'єктами права» і звертає свою увагу при тлумаченні<sup>4</sup> на те, що «поняття “кожен” охоплює всіх без винятку осіб – громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які перебувають на території України».

Конституційний суд України вважає<sup>5</sup>, що «конституційне право кожного на правову допомогу за своєю суттю є гарантією реалізації, захисту та охорони інших прав і свобод людини і громадянина, і в цьому полягає його соціальна значимість».

Конституційний суд України окремо підтвердив<sup>6</sup> право свідка та особи, що надає пояснення у державних органах, на користування правовою допомогою захисника.

Правова допомога є багатоаспектною, різною за змістом, обсягом та формами і може включати консультації, роз'яснення, складення позовів і звернень, довідок, заяв, скарг, здійснення представництва, зокрема в судах та інших державних органах, захист від обвинувачення тощо. Вибір форми та суб'єкта надання такої допомоги залежить від волі особи, яка бажає її отримати.

Одним із видів правової допомоги за п. 7 ч. 4 ст. 5 Закону України «Про соціальні послуги» є «здійснення захисту прав та інтересів осіб, які перебувають у складних життєвих обставинах, сприяння застосуванню державного примусу і реалізації юридичної відповідальності осіб, що вдаються до протиправних дій щодо цієї особи (оформлення правових документів, адвокатська допомога, захист прав та інтересів особи тощо)»<sup>7</sup>.

Конституція України закріплює у ч. 2 ст. 63<sup>8</sup> право на захист підозрюваного, обвинуваченого, підсудного і стверджує у ч. 3 ст. 29<sup>9</sup> право на користування правовою допомогою захисника у заарештованого та затриманого.



Загальноприйнятим у юридичній науці є принцип прямої дії конституційних норм. Дотримання цього принципу передбачає встановлення більш широкого, ніж є зараз у КК України<sup>10</sup>, кола осіб, які мають право на захист і чие право на захист у кримінальному процесі, як і інші права, гарантовані Конституцією України, повинно знаходитися під кримінально-правовою охороною КК України<sup>11</sup>.

Також необхідно зазначити, що гарантування кожному права на правову допомогу в контексті основних положень Конституції України<sup>12</sup> покладає на державу відповідні обов'язки щодо забезпечення особи правовою допомогою належного рівня. Такі обов'язки обумовлюють необхідність визначення в законах України та інших правових актах порядку, умов і способів надання цієї допомоги.

При аналізі диспозиції ст. 374 КК<sup>13</sup>, яка визначає злочином недопущення чи ненадання своєчасно захисника, чи інше грубе порушення права на захист, стає зрозумілим, що ця стаття присвячена саме охороні конституційного права на захист і встановлений законом порядок забезпечення реалізації цього права при здійсненні правосуддя та діяльності, що сприяє його здійсненню в аспекті надання особі, яка має право на захист, у встановленому законом порядку можливості реалізації її права на захист спеціальними уповноваженими на це відповідно до закону службовими особами – слідчим, прокурором, суддею.

Але безпосередньо в законі про кримінальну відповідальність склалася парадоксальна ситуація, коли під кримінально-правовою охороною знаходиться надання можливості реалізації права на захист лише перелічених у відповідній статті Конституції України<sup>14</sup> категорій осіб. Лише підозрюваний і обвинувачений, можуть бути учасниками охоронюваних суспільних відносин у якості потерпілих. Лише порушення права на захист підозрюваного чи обвинуваченого може стати причиною відкриття кримінальної справи за ст. 374 КК<sup>15</sup>. Сучасний стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні, однією з найважливіших частин якого є дотримання права на захист, змушує по-новому підійти до розгляду багатьох «білих плям», що існують у правозастосовній діяльності. Однією з причин, що породила ту «білу пляму», яку ми зараз розглядаємо, є недостатність теоретичних напрацювань доктрини кримінального права щодо окреслення кола потерпілих від порушення права на захист.

Проблемами порушення права на захист останнім часом займалися такі українські автори, як В. В. Сміх<sup>16</sup>, Л. В. Трушківська<sup>17</sup>, Н. П. Сиза<sup>18</sup>, але проблема визначення усіх видів потерпілих від порушення права на захист під час кримінального провадження залишилась поза їх увагою.

**Метою** цієї статті є підтвердження факту існування такого явища, як право на захист усіх категорій осіб та визначення усіх видів потерпілих від порушення права на захист під час кримінального процесу. При встановленні переліку осіб, які можуть розраховувати на кримінально-правову охорону свого права на захист від його порушень, не враховано те, що право особи на захист діє в усіх видах кримінального провадження, до яких належить і провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру. Оскільки право на захист охоплює усі види кримінального провадження, ми повинні розглянути такий специфічний різновид кримінального провадження, як кримінальне провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру. Кримінальне провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру, передбачених законом України про кримінальну відповідальність, здійснюється відповідно до ч. 1 ст. 503 КПК України<sup>19</sup> за наявності достатніх підстав вважати, що:

- 1) особа вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене законом України про кримінальну відповідальність, у стані неосудності;
- 2) особа вчинила кримінальне правопорушення у стані осудності, але захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку.

Особою, яка має право на захист і потребує допомоги захисника під час цього виду кримінального провадження є особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішувалося питання про їх застосування. Як правило, така особа є неосудною чи обмежено осудною чи під час кримінального провадження розглядається питання про визнання такої особи неосудною чи обмежено осудною, але в усіх вищеперелічених випадках наявна психічна хвороба цієї особи, з чого випливає її повна неспроможність самостійно захищати свої законні права та інтереси та користуватися правами підозрюваного та обвинуваченого в повному обсязі, передбаченому ч. 3, ч. 4, ч. 5 ст. 42 КПК України<sup>20</sup>, під час кримінального провадження. Закон враховує цю особливість особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, що відображено в п. 5 ч. 2 ст. 52 КПК України<sup>21</sup>, відповідно до якого участь захисника у справах щодо осіб, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішується питання про їх застосування, є обов'язковою. Відповідно до ст. 6 Закону України «Про соціальні послуги»<sup>22</sup> право на отримання соціальних послуг мають громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах та у складних життєвих обставинах. Ми можемо обґрунтовано вважати психічну хворобу до перебування у складних життєвих обставинах. Відповідно до ч. 1 ст. 506 КПК України<sup>23</sup> особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, користується правами підозрюваного та обвинуваченого в обсязі, який визначається станом її психічного здоров'я та здійснює їх через законного представника, захисника. Стан її психічного здоров'я визначається висновком судово-медичної експертизи. Відповідно до ч. 1 ст. 509 КПК України<sup>24</sup> слідчий чи прокурор зобов'язаний залучити експерта (експертів) для проведення судово-психіатричної експертизи в разі, якщо під час кримінального провадження будуть встановлені обставини, які дають підстави вважати, що особа під час вчинення суспільно небезпечного діяння була в неосудному або обмеже-

но осудному стані або вчинила кримінальне правопорушення в осудному стані, але після його вчинення захворіла на психічну хворобу, яка позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії або керувати ними. Такими обставинами є:

1) наявність згідно з медичним документом у особи розладу психічної діяльності або психічного захворювання;

2) поведінка особи під час вчинення суспільно небезпечного діяння або після нього була або є неадекватною (затмарення свідомості, порушення сприйняття, мислення, волі, емоцій, інтелекту чи пам'яті тощо).

При цьому слід зазначити, що висновок про неосудність знаходиться за межами компетенції експерта – психіатра<sup>25</sup>. Особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, має право на застосування до неї спеціальних запобіжних заходів, що є проявом гуманності до психічно хворої людини. Такими заходами є: 1) передання на піклування опікунам, близьким родичам чи членам сім'ї з обов'язковим лікарським наглядом; 2) поміщення до психіатричного закладу в умовах, що виключають її небезпечну поведінку. Ці запобіжні заходи застосовуються судом до особи з моменту встановлення факту розладу психічної діяльності чи психічної хвороби (ст. 508 КПК України)<sup>26</sup>. Також тепер допускається уже не тільки зміна або припинення застосування примусових заходів медичного характеру, а й їх продовження<sup>27</sup>. Але зрозуміло, що психічно хвора особа не може самостійно подати клопотання про застосування до неї спеціальних запобіжних заходів, і це повинен робити її захисник.

Якщо стан психічного здоров'я цієї особи не дозволяє їй брати участь у проведенні будь-яких процесуальних дій чи брати участь у судовому засіданні, то за рішенням прокурора чи суду будь-яка процесуальна дія чи судове засідання проводяться без її участі. Фактично, дотримання законних прав та інтересів цієї особи під час кримінального провадження повністю залежить від діяльності її захисника чи законного представника, і будь-яка перешкода у допуску до неї її захисника чи законного представника чи ненадання неї захисника будуть мати своїм наслідком відсутність дотримання її законних прав та інтересів під час кримінального провадження. Тому відсутність особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішується питання про їх застосування, у переліку осіб, які можуть розраховувати на кримінально-правову охорону свого права на захист від його порушень є антигуманно, суперечить принципу рівності сторін захисту та обвинувачення під час кримінального провадження та потребує усунення.

*Apriori*, подібна неоднозначність у суб'єктному складі охоронюваних суспільних відносин абсолютно неприйнятна у кримінальному праві і тим паче для визначення об'єкта складу злочину. Як справедливо підкреслює В. Я. Тацій, «визначення учасників чи одне й те ж, суб'єктного складу відносин, їх соціальних функцій в ньому, в багатьох випадках дозволяє визначити ті суспільні відносини, які є об'єктом того чи іншого злочину, встановити їх сукупність, а відповідно, і межі дії самого кримінального закону»<sup>28</sup>.

А «в правозастосовній діяльності неприпустимо ні розширення, ні звуження кола суб'єктів охоронюваних відносин, оскільки це пов'язано з порушенням компетенції законодавця»<sup>29</sup>.

Також це свідчить про неналежне виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань, бо приєднавшись у 1997 р. до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 1950 р.<sup>30</sup>, Україна взяла на себе зобов'язання привести у відповідність до неї свої нормативні акти та реалізувати її принципи і стандарти у практичній діяльності органів держави для забезпечення належного рівня захисту прав і свобод людини.

Згідно з цією Конвенцією<sup>31</sup> особа має право на ефективний засіб правового захисту у разі порушення її права на захист. Крім того, гарантування кожному права на правову допомогу необхідно для дотримання взятих Україною міжнародно-правових зобов'язань відповідно до положень Загальної декларації прав людини 1948 р.<sup>32</sup> та Міжнародного пакту про громадянські й політичні права 1966 року<sup>33</sup>.

Відповідно до загальної теорії права лише КК України<sup>34</sup> забезпечує в Україні охорону прав і свобод людини і громадянина від злочинних посягань тим, що бере їх під охорону за допомогою своїх норм.

Отже, з наведеного випливає невтішний висновок про те, що наявність такого обмеженого переліку осіб, які можуть розраховувати на кримінально-правову охорону свого права на захист від його порушень, який зараз є в диспозиції ст. 374 КК<sup>35</sup>, призводить до обмеження змісту та обсягу права кожного на правову допомогу.

На нашу думку, наявний у диспозиції ст. 374 КК<sup>36</sup> перелік осіб, які можуть розраховувати на кримінально-правову охорону свого права на захист від його порушень, і є учасниками охоронюваних цією статтею суспільних відносин, потребує корекції з урахуванням прямої дії ч. 1 ст. 59 Конституції України<sup>37</sup> та ратифікованих Україною міжнародних договорів. Тільки тоді обсяг охоронюваних ст. 374 КК<sup>38</sup> суспільних відносин буде відповідати окресленому в Конституції України<sup>39</sup> та ратифікованих Україною міжнародних договорах обсягу права на захист.

Автор пропонує відредагований ним перелік осіб, які можуть розраховувати на кримінально-правову охорону свого права на захист від його порушень, до якого повинні входити: підозрюваний, обвинувачений, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішувалося питання про їх застосування.

У підсумку автор пропонує свою редакцію диспозиції ст. 374 КК<sup>40</sup>:

«Стаття 374. Порушення права на захист

1. Недопущення чи ненадання своєчасно захисника, а також інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, на захист, вчинене слідчим, прокурором або суддею...».

- <sup>1</sup> Конституція України. – К. : Велес, 2008. – Ч. 1. – Ст. 59.
- <sup>2</sup> Там само. – Ст. 64.
- <sup>3</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу), п. 3.2. м. Київ. Справа № 1-23/2009 від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 / Офіційний web-сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>
- <sup>4</sup> Там само. – П. 3.1.
- <sup>5</sup> Там само. – П. 3.1.
- <sup>6</sup> Там само. – П. 4; Рішення, п. 2.
- <sup>7</sup> Про соціальні послуги : Закон України, п. 8 ст. 5 // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 45. – Ст. 358.
- <sup>8</sup> Конституція України. – К. : Велес, 2008. – Ч. 2. – Ст. 63.
- <sup>9</sup> Там само. – Ч. 4. – Ст. 29.
- <sup>10</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. Офіц. видання. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре» 2008. – Ст. 374.
- <sup>11</sup> Там само. – Ст. 374.
- <sup>12</sup> Конституція України. – К. : Велес, 2008. – Ч. 2. – Ст. 3, 59.
- <sup>13</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. Офіц. видання. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре» 2008. – Ст. 374.
- <sup>14</sup> Конституція України. – К. : Велес, 2008. – Ч. 2. – Ст. 63.
- <sup>15</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. Офіц. видання. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре» 2008. – Ст. 374.
- <sup>16</sup> *Сміх В. В.* Кримінальна відповідальність за порушення права особи на правову допомогу : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Сміх Василь Володимирович. – Л., 2011. – 232 с.
- <sup>17</sup> *Трушківська Л. В.* Кримінально-правова охорона особистих благ захисника чи представника особи у зв'язку з наданням ними правової допомоги (ст.ст. 398, 400 КК України) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Трушківська Леся Вікторівна. – К., 2012. – 230 с.
- <sup>18</sup> *Сиза Н. П.* Повноваження слідчого судді щодо здійснення судового контролю у кримінальному процесі України / Н. П. Сиза // Часопис Національного університету «Острозька академія». – 2012. – № 2 (6). – (Серія «Право») : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12snpkpu.pdf>
- <sup>19</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України : [ Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
- <sup>20</sup> Там само.
- <sup>21</sup> Там само.
- <sup>22</sup> Про соціальні послуги : Закон України, п. 8 ст. 5 // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 45. – Ст. 358.
- <sup>23</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України : [ Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
- <sup>24</sup> Там само.
- <sup>25</sup> *Шаренко С. Л.* Кримінально-процесуальні проблеми застосування примусових заходів медичного характеру : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / С. Л. Шаренко. – Х., 1999. – 175 с. – С. 70.
- <sup>26</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України : [ Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>
- <sup>27</sup> *Смирнова-Бартенева В. В.* Особенности прокурорского надзора за законностью доказывания невменяемости в соответствии с требованиями нового УПК / В. В. Смирнова-Бартенева // Теорія і практика правознавства. – 2013. – № 1 (3). – С. 1–12. – С. 11.
- <sup>28</sup> *Тацій В. Я.* Объект и предмет преступления в советском уголовном праве / Василий Яковлевич Тацкий. – Х. : Вища школа, 1988. – 196 с.
- <sup>29</sup> *Глистин В. К.* Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений / Виталий Константинович Глистин. – Л. : ЛГУ, 1979. – 127 с.
- <sup>30</sup> Конвенція про захист людини і основоположних свободах від 1950 р., ратифікована Верховною Радою України 17 липня 1997 р. // Урядовий кур'єр. – 2010. – № 215.
- <sup>31</sup> Там само. – Ст. 13.
- <sup>32</sup> Загальна декларація прав людини 1948 р. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – С. 89. – Ст. 3103, код акту 45085/2008.
- <sup>33</sup> Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р., ратифікований Указом Президії Верховної Ради УРСР від 19 жовтня 1973 р. № 2148-08 / Офіційний web-сайт Верховної Ради України : [ Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>
- <sup>34</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. / Офіц. видання. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. – Ст. 1.
- <sup>35</sup> Там само. – Ст. 374.
- <sup>36</sup> Там само. – Ст. 374.
- <sup>37</sup> Конституція України. – К. : Велес, 2008. – Ч. 1. – Ст. 59.
- <sup>38</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. / Офіц. видання. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. – Ст. 374.
- <sup>39</sup> Конституція України. – К. : Велес, 2008.
- <sup>40</sup> Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. / Офіц. видання. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. – Ст. 374.

#### Резюме

##### **Карпова Н. Ю. Особливості визначення потерпілого від порушення права на захист.**

У статті досліджується таке питання, як право кожного на захист у кримінальному процесі. Надана стаття включає розгляд такого питання, як законна підстава визначення потерпілого від порушення права на захист у кримінальному процесі. Розглядаються такі поняття, як особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, охорона права на захист, право кожного на правову допомогу. Головна увага приділяється охороні права на захист. Основна ідея даної статті стосується таких питань, як право кожного на захист у криміналь-

ному процесі, визначення особи, яка має право на захист, визначення потерпілого від порушення права на захист у кримінальному процесі.

**Ключові слова:** потерпілий від порушення права на захист, право кожного на захист, право кожного на правову допомогу, особа, яка має право на захист, особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру, охорона права на захист.

### Резюме

**Карпова Н. Ю. Особенности определения пострадавшим от нарушения права на защиту.**

В статье исследуется такой вопрос, как право каждого на защиту в криминальном процессе. Данная статья включает в себя рассмотрение такого вопроса, как законное основание для определения потерпевшего от нарушения права на защиту в криминальном процессе. Рассматриваются такие понятия, как лицо, относительно которого предусматривается применение принудительных мер медицинского характера или раньше рассматривался вопрос об их применении, охрана права на защиту, право каждого на правовую помощь. Главное внимание уделяется охране права на защиту. Основная идея данной статьи касается таких вопросов, как право каждого на защиту в криминальном процессе, определение лица, имеющего право на защиту, определение потерпевшего от нарушения права на защиту в криминальном процессе.

**Ключевые слова:** лицо, относительно которого предусматривается применение принудительных мер медицинского характера или раньше рассматривался вопрос об их применении, потерпевший от нарушения права на защиту, право каждого на защиту, право каждого на правовую помощь, лицо, которое имеет право на защиту, охрана права на защиту.

### Summary

**Karpova N. Peculiarities of the definition of trespassed because of being violated from the right to be defended.**

The published article is determined for studying such a question as a right of everybody to be defended during criminal proceeding. The suggested article includes observing such a question as the lawful ground of the definition of trespassed because of being violated from the right to be defended during criminal proceeding. The article produces such notions as the individual concerning who the application of medical coercive measures is applied, the protection of right to be defended, a right of everyone to counsel. The main attention is given to the protection of right to be defended. The key note concerns such issues as a right of everybody to be defended during criminal proceeding, the definition of a person having a right to be defended, the definition of trespassed because of being violated from the right to be defended during criminal proceeding.

**Key words:** the individual concerning who the application of medical coercive measures is applied, trespassed because of being violated from the right to be defended, a right of everybody to be defended, a right of everyone to counsel, a person having a right to be defended, a protection of right to be defended.

УДК 343.1

### Л. П. КРАСНОПОЛЬСЬКА

*Людмила Петрівна Краснопольська, аспірант Національного педагогічного університету ім. М. П. Драгоманова*

## УГОДИ ЯК КОМПРОМІСНЕ ВИРІШЕННЯ КОНФЛІКТНИХ СИТУАЦІЙ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Конфлікт суспільства, держави, окремої особи, з одного боку, і злочинця – з іншого, тривалий час вирішувався переважно за допомогою каральних заходів, спрямованих на боротьбу зі злочинністю. Однак лише посилення репресивних заходів впливу на осіб, які вчиняють суспільно небезпечні діяння, не дозволяє повною мірою забезпечити якісну боротьбу зі злочинністю.

Актуальним є пошук нових підходів у розкритті і розслідуванні злочинів, викритті винних у їх вчиненні, що обумовлюється необхідністю наукового опрацювання такого прийому, як компроміс, при якому сторони обвинувачення і захисту готові вирішити конфлікт, що виник внаслідок вчинення злочину, шляхом взаємних поступок.

**Мета статті** полягає в дослідженні інституту угод в кримінальному провадженні України, застосування компромісів при вирішенні конфліктів під час досудового та судового провадження, вироблення на цій основі пропозицій щодо вдосконалення кримінально-процесуального законодавства з метою демократичного вирішення питань підходу до підозрюваного та обвинуваченого.

У новому Кримінальному процесуальному кодексі України передбачено нову особливу форму судового провадження – провадження на підставі угод. Відповідно до ст. 468 КПК у кримінальному провадженні може бути укладено такі види угод: 1) угода про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим; 2) угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості.

Цей новий інститут тільки починає аналізуватись вченими. На користь запровадження даного інституту називають такі аргументи: введення інституту угод відображає напрям розвитку кримінального процесу

України щодо його подальшого скорочення і спрощення; такі зміни пов'язані з більшим спрямуванням Кодексу на розвиток процесу в напрямі його гуманізації, забезпечення змагальності та рівності сторін.

Провадження на підставі угоди є різновидом застосування більш широкого поняття – компромісу. Компроміс (лат. *compromissum* – угода, договір) – угода між представниками різних інтересів на основі взаємних поступок<sup>1</sup>.

Компроміс визначається як угода між учасниками досудового розслідування на підставі взаємних поступок, укладання якої відбувається у порядку, врегульованому нормами кримінального і кримінально-процесуального законодавства, морально-етичними правилами, із використанням криміналістичних прийомів з метою розв'язання завдань кримінального судочинства<sup>2</sup>.

Подібний спосіб вирішення кримінальних правовідносин відомий ще за сивої давнини, на що звертають увагу дослідники<sup>3</sup>, але особливо цікавий даний інститут сьогодні.

Угоди – це інститут кримінального процесу, спрямований на спрощення і скорочення процедури розгляду кримінальних справ, зменшення строків перебування осіб під вартою, заощадження коштів та часу, що витрачаються на розгляд кримінальної справи, позасудове вирішення конфліктних ситуацій, зменшення навантаження на суд та суддю<sup>4</sup>.

Кримінально-процесуальний компроміс – це система процесуальних норм, що регулюють процедуру укладення угоди між конфліктуючими сторонами (державою в особі її правоохоронних органів і потерпілою особою, з одного боку, та особою, яка вчинила злочин – з іншого) на основі закріплених у законі чітких правил надання поступок і гарантій їх виконання<sup>5</sup>.

Згідно із законодавством України формами юридичного компромісу є мирова угода; дієве каяття, а також в даний час активно обговорюється питання ще однієї форми судового компромісу – угоди в кримінальному процесі.

Про доцільність укладання компромісу в кримінальному провадженні свідчить зарубіжний досвід. Поняття компромісу у країнах Західної Європи втратило абстрактно-теоретичний характер і набуває інструментального змісту для досягнення практичної мети, що сприяє втіленню основних завдань боротьби зі злочинністю. Досягнення компромісу зосереджує увагу на вольових аспектах, свідомому, цілеспрямованому зближенні позицій сторін.

Завдання кримінального судочинства – швидке і повне розкриття злочинів та викриття винних – поєднуються з охороною прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть у ньому участь, і забезпеченням правильного застосування Закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до кримінальної відповідальності і жоден невинний не був покараний (ст. 2 КПК). З огляду на це постає проблема необхідності прискорення і спрощення судового провадження за умови забезпечення прав учасників процесу.

Вирішенню завдань, передбачених ст. 2 КПК України, сприятиме укладання угод (компромісу) у кримінальному провадженні.

Інститут угод є абсолютно новим явищем для кримінального процесуального законодавства України. Проте витоки угод мають давню історію на території нашої держави.

Приклади альтернативного вирішення кримінальних конфліктів містяться в «Руській правді», яка визначала деякі підстави звільнення від кримінальної відповідальності на підставі угоди між сторонами.

Відповідно до Судебників 1497 та 1550 рр. визнання особою своєї вини у вчиненні злочину звільняло позивача від подальшого розслідування, а винна особа передавалась судді та безпосередньо піддавалась покаранню. Ще одним прикладом є Соборне уложеніє 1649 р., згідно з яким особа, що вчинила вбивство «без умислу», звільнялась від відповідальності у разі явки з повинною.

У другій половині XVII ст. відповідно до Литовських статутів, які застосовувалися судами при вирішенні справ за вчинення різнорідних злочинів, «будь-яка особа, крім «затятого злодія», при порушенні норм поведінки могла сподіватися на полегкість. При цьому також відігравали неабияку роль висока релігійність і природна незлобність до тих, хто вчинив злочин. Коли останні «щиро каялися за учинене, то їх нерідко прощали».

Кодекс «Права, за якими судиться малоросійський народ» містив вичерпний перелік способів доказування та джерел доказів, якими встановлюються доводи і докази обвинувачення і виправдання, а саме: через самовільне зізнання, через письмо, через свідків, через присягу, через розшук або тортури і муки. У теорії формальних доказів, яка домінувала у XIX ст., зізнання обвинуваченого вважалося кращим доказом. Тому логічним було спрямування всіх зусиль слідства на отримання зізнання обвинуваченого, які супроводжувалися жорстокими способами та прийомами впливу.

Вперше правові норми, які справді враховували позитивні посткримінальні дії злочинця, були законодавчо закріплені у кримінальному законодавстві Російської імперії за часів судової реформи 1864 року. Після введення у дію Судових статутів судоустрій та судове провадження у Російській імперії зазнали докорінних змін. Так, зокрема, зізнання обвинуваченого не надавалося значення «кращого» доказу, але воно мало певні процесуальні наслідки, а саме, відповідно до ст. 681 Статуту суд мав право, не розглядаючи інших доказів, перейти до заключних дебатів за умови, якщо таке зізнання не викликало сумніву.

У 1912 р. аналогічне правило було введено і в мирових судах. Передбачалося, що у разі, якщо обвинувачений визнавав себе винним і визнання його не викликало жодного сумніву, суддя міг приступити до винесення вироку, не проводячи подальшого розслідування (ст. 91.1) У ст. 277 Статуту було закріплено правило стосовно того, що провадження слідства у кримінальній справі може бути припинено тільки судом. Припинення справи в такому порядку, на думку процесуалістів, відповідало покладеній на суд функції вирішення

справи, презумпції невинуватості обвинуваченого, а також дозволяло передбачити процедуру скасування постанови про закриття справи, що дає можливість заінтересованим особам захистити свої права.

Кримінально-процесуальні кодекси УСРР 1922 та 1927 рр. не передбачали пільг за визнання особою своєї вини, а лише сприймали таке визнання як основний її доказ.

У КПК України 1960 р. існували певні положення щодо скорочення та спрощення кримінального провадження у кримінальних справах. Зокрема, була передбачена можливість для суду не проводити судове слідство, обмежившись лише допитом підсудного, який повністю визнав себе винним у пред'явленому йому обвинуваченні (ст.ст. 299, 301-1 КПК України 1960 р.). На практиці це значно спрощувало кримінальний процес, оскільки суд фактично не проводив повного дослідження усіх доказів, у зв'язку з чим суттєво скорочувалась судова процедура. Крім того, КПК України 1960 р. передбачалася протокольна форма досудової підготовки матеріалів як одна із форм диференційованого кримінального судочинства щодо злочинів, які не становлять підвищеної небезпеки та були вчинені, як правило, в умовах очевидності<sup>6</sup>.

Подібна процедура передбачена і чинним КПК України, де відповідно до вимог ст. 381 суд за клопотанням прокурора або слідчого, погодженого з прокурором, має право розглянути обвинувальний акт щодо вчинення кримінального проступку без проведення судового розгляду в судовому засіданні за відсутності учасників судового провадження, якщо обвинувачений, що був представлений захисником, беззаперечно визнав свою вину, не оспорує встановлені досудовим розслідуванням обставини і згоден з розглядом обвинувального акта за його відсутності, а потерпілий не заперечує проти такого розгляду.

Отже, такий елемент угоди про визнання винуватості, як визнання особою своєї вини, відіграє неабияку роль у процесі ведення судочинства вже тривалий час на території України та сягає ще часів існування Київської Русі, що відображено у перших нормативно-правових актах.

Міжнародним нормативно-правовим актом, у якому зазначено про необхідність спрощення процедури судового розгляду та попереднього слідства, є передусім Рекомендація № 6 П (87) 18 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам від 17 вересня 1987 р. «Стосовно спрощення кримінального правосуддя», яка розглядає угоди як принципи та способи процесуальної економії; спрощення та скорочення процедури розгляду кримінальних справ, зменшення строків перебування осіб під вартою.

Із прийняттям КПК 2012 р. законодавець розширив можливості укладання компромісу у кримінальному провадженні, зокрема на стадії досудового розслідування.

Щодо інституту угоди в юридичній літературі є різні, протилежні думки вчених. Аналізуючи роботи науковців стосовно судового компромісу, можна побачити таке: кримінальне судочинство потребує процесуально-правової технології, яка визначала б умови й межі компромісу в кримінальному процесі, критерії й гарантії забезпечення справедливого вирішення справи та захисту прав і свобод учасників процесу. У процесі особливе значення повинен мати принцип пріоритетності інтересів потерпілого (неухильного забезпечення прав потерпілого), адже саме цей учасник є вирішальною фігурою в судовому компромісі. У цьому випадку компроміс набуває таких виявів, як спрощена процедура судового розгляду справи або як різновид дієвого каяття. При цьому не можна ототожнювати інститут угоди про визнання вини з примиренням сторін, мировою угодою та дієвим каяттям, бо угода про визнання вини полягає у тому, що її предметом є питання факту – сама істина (визнання чи невизнання вини) та юридична кваліфікація дій особи, часто незалежно від доказів у справі та самої об'єктивної істини. Угоди про визнання вини, на думку В. Тертишника, не виключають, а навпаки, збільшують ризик судової помилки, отже, не є допустимими в кримінальному судочинстві України<sup>7</sup>.

Разом із тим для забезпечення застосування інших різновидів судового компромісу, а також подальшої процесуальної економії і спрощення судочинства в Україні доцільно запровадити модель діяльності мирових суддів, яка існувала за часів Статуту кримінального судочинства 1864 року. У дореволюційному кримінальному праві Російської імперії діяло Уложення про покарання, які накладаються мировими судьями від 1885 р., що передбачало відповідальність за проступки проти власності, особистої безпеки, честі, народного здоров'я. Ідея мирових суддів уже давно пробиває собі шлях до визнання. Сьогодні інститут мирових суддів існує в багатьох країнах і виконує функції примирення та правосуддя.

Отже, можемо зробити такі висновки. Активне застосування компромісу є об'єктивною необхідністю, яка спрямована на розв'язання завдань кримінального судочинства. Місце і роль компромісу визначено на підставі його відповідності завданням кримінального судочинства – охорона прав та законних інтересів осіб, які беруть у ньому участь, та забезпечення швидкого й повного розкриття злочинів, викриття винних у їх вчиненні та його основних принципів – рівність всіх учасників досудового слідства, повага до гідності особи, невтручання в її особисте та сімейне життя, а також право на свободу та особисту недоторканність, недоторканність житла.

<sup>1</sup> Осипова Н. П. Компромiс / Н. П. Осипова // Юридична енциклопедія : в 6 т. – К. : Українська енциклопедія ім. П. Бажана, 2001. – Т. 3.

<sup>2</sup> Паризький І. В. застосування компромісів при вирішенні конфліктів під час досудового розслідування / І. В. Паризький : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://mydisser.com/ru/search.html/>

<sup>3</sup> Туркота С. Виникнення та розвиток правового компромісу: історичні передумови / С. Туркота // Право України. – 2002. – № 5.

<sup>4</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / Ю. П. Аленін, Л. І. Аркуша, В. Д. Басай та ін. – Х., 2013. – 1104 с. ; Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К., 2012.

<sup>5</sup> Парфіло О. А. Кримінально-процесуальний компроміс – необхідність, продиктована часом // Теорія та практика криміналістичного забезпечення розкриття та розслідування злочинів у сучасних умовах : тези доп. наук.-практ. конф. – К. : НАВСУ, 2001. – Ч. 1. – С. 53–56.

<sup>6</sup> Прилуцький П. В. Угода про визнання винуватості в кримінальному провадженні: новела процесуального законодавства України / П. В. Прилуцький // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 4. – С. 128–135.

<sup>7</sup> Тертишник В. Компроміс у кримінальному процесі / В. М. Тертишник // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 11. – С. 107–112.

#### Резюме

**Краснопольська Л. П. Угоди як компромісне вирішення конфліктних ситуацій у кримінальному судочинстві України.**

У статті розглянуто основні положення інституту угод, досягнення компромісу між сторонами провадження, проведено аналіз застосування компромісного вирішення конфліктів, відзначено позитивні та негативні аспекти реалізації цього інституту у кримінальному процесі України.

**Ключові слова:** інститут угод, компроміс, дискреційні провадження, принципи примирення.

#### Резюме

**Краснопольская Л. П. Соглашения, как компромиссное решение конфликтов в уголовном судопроизводстве Украины.**

В статье анализируются проблемы становления и развития новой формы уголовного производства – производство на основании соглашения о примирении и признании вины, достижение компромисса между сторонами судопроизводства. При этом раскрываются недостатки процессуальной формы данного производства и пути ее совершенствования. Проведено аналитическое применение компромиссного решения конфликтов, отображены позитивные и негативные аспекты реализации указанного института в уголовном судопроизводстве Украины.

**Ключевые слова:** процессуальная форма, сделки, компромисс, признание вины, судопроизводство.

#### Summary

**Krasnopolskaya L. Agreements as compromise permissions of conflicts in the criminal trial of Ukraine.**

Annotation: In the article the problems of becoming and development of new form of criminal production are analysed is a production on the basis of agreement about reconciliation and confession of guilt, achievement of compromise between the sides of the legal proceeding. Judicial formal of this production and way of its perfection defects open up thus. Analytical application of compromise permission of conflicts is conducted, the positive and negative aspects of realization of ukazanogo institute are represented in a criminal trial.

**Key words:** judicial form, transactions, compromise, confession of guilt, legal proceeding, the criminal proceeding.

УДК 343.341

### І. О. КРИВОРУЧКО

*Іван Олександрович Криворучко, здобувач Київського університету права НАН України*

## ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПРОТИДІЇ ТЕРОРИСТИЧНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ З УРАХУВАННЯМ СВІТОВОГО ДОСВІДУ

На даний час в більшості держав здійснюються заходи з удосконалення кримінальних законів в частині протидії терористичній діяльності. Організацією Об'єднаних Націй прийнято 13 конвенцій, що являють собою нормативно-правову базу для організації боротьби з проявами тероризму. Більшістю країн прийнято відповідне національне законодавство.

За роки незалежності в Україні вжито чимало заходів, спрямованих на протидію тероризму. Зокрема, прийнято Закони України «Про боротьбу з тероризмом», «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом», ратифіковано ряд міжнародних конвенцій антитерористичної спрямованості, Кримінальний кодекс України (далі – КК України) містить низку статей, які передбачають кримінальну відповідальність за скоєння злочинів, пов'язаних із терористичною діяльністю (ст.ст. 258–258<sup>5</sup>). Разом із тим вжиті заходи ще не привели до створення належної правової бази у сфері протидії тероризму.

Водночас в умовах загострення соціально-економічної кризи в Україні, поширення терористичної діяльності та організованої злочинності, вирішення зазначеної проблеми набуває особливої актуальності.

Значна увага протидії терористичній діяльності присвячена в роботах науковців В. Антипенка, Ю. Антоняна, О. Багрій-Шахматова, О. Бантишева, В. Борисова, В. Глушкова, А. Данилевського, В. Смельянова, В. Журавльова, В. Коваленка, В. Комісарова, В. Крутова, В. Кубальського, С. Кузьміна, Б. Леонова, В. Ліпкана, В. Мальцева, С. Мохончука, І. Рижова, Б. Романюка, Л. Новікової, А. Ізетова, Л. Сав'юка, М. Семикіна, О. Семенюка, М. Рибачука, В. Тихого, О. Шамари та інших вчених.

**Мета** цієї роботи полягає в дослідженні актуальних питань кримінально-правової протидії терористичній діяльності та розробка на цій основі рекомендацій щодо підвищення ефективності кримінально-правових заходів для якісного нормативно-правового забезпечення у вказаній сфері.

Як зазначає С. Мохончук, «по ставленню до тероризму західних дослідників можна розділити на «катастрофістів» (таких, що вважають тероризм катастрофою) та поміркованих. Дослідники, які дотримуються крайніх поглядів, екстремістський виклик вважають глобальним лихом сучасного суспільства, наступним етапом якого можуть стати напади на найважливіші життєві комунікації, що призведе до розпаду цивілізованого життя. Помірковано орієнтовані дослідники вважають тероризм рутинною стратегією, хоча й незвичайною відносно засобів, що застосовуються. Не дивлячись на різні підходи, всі вони єдині в своєму висновку про небезпечність характеру терористичних викликів та явну визначеність міждержавної спрямованості тероризму»<sup>1</sup>.

З урахуванням цього між більшістю держав на даний час триває активне співробітництво, спрямоване на протидію тероризму. Чільне місце серед документів, які регламентують вказані питання, займає Декларація Генеральної Асамблеї ООН про заходи щодо ліквідації міжнародного тероризму, затверджена резолюцією № 49/60 від 9 грудня 1994 р., наступні резолюції Ради Безпеки ООН, Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом, Токійська конвенція про злочини і деякі інші акти, що вчиняються на борту повітряних суден, Гаазька конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден, Монреальська конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації, Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників, Міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим тероризмом, Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансовим тероризмом.

Одним із перших загальних визначень поняття міжнародного тероризму надано в Рамочній угоді про боротьбу з тероризмом, що прийнята в 2001 р. Радою Європейського Союзу, відповідно до якого терористичні злочини класифікуються як умисні дії, які можуть нанести суттєві збитки державі чи міжнародній організації в тому випадку, якщо вони вчинені з метою залякування населення чи незаконного примушування уряду чи міжнародної організації до виконання чи утримання від виконання певних дій, чи серйозної дестабілізації чи руйнування основних політичних, конституційних економічних чи соціальних структур держави чи міжнародної організації». У подальшому в Рамочній угоді, що прийнята Європейським Союзом в 2002 р., визначено три основні цілі тероризму: «суттєво залякати населення», «примусити уряд чи міжнародну організацію скоїти чи утриматись від скоєння певної дії» або «суттєво дестабілізувати чи зруйнувати фундаментальні політичні, економічні чи міжнародні організації».

Внутрішня політика держав у сфері боротьби з тероризмом відображається у відповідних положеннях національного (у т. ч. кримінального) законодавства. Одним із перших нормативних актів щодо протидії тероризму в сучасній історії став Указ Тимчасової державної ради Ізраїлю «Про запобігання тероризму», прийнятий у 1948 році. У подальшому відповідні нормативні акти прийняті і в інших країнах. Зокрема, у Великобританії в 1974 р. прийнято Закон «Про запобігання тероризму», в Італії в 1979 р. – Закон «Про терористичні заходи по захисту демократичного порядку і суспільної безпеки», в Індії у 1985 р. – Закон «Про боротьбу з тероризмом і підривною діяльністю», в Німеччині в 1986 р. – Закон «Про боротьбу з тероризмом», у Франції в цьому ж році – Закон «Про боротьбу з тероризмом та посяганням на державну безпеку», в Туреччині в 1991 р. – Закон «Про боротьбу з тероризмом», в США у 1996 р. – Закон «Про боротьбу з тероризмом і застосування смертної кари», в Російській Федерації в 1998 р. – Закон «Про боротьбу з тероризмом», в Азербайджанській Республіці та Казахстані в 1999 р. – Закони «Про боротьбу з тероризмом», у 2002 р. в Республіці Білорусь – Закон України «Про боротьбу з тероризмом», у 2005 р. в Вірменії – Закон «Про боротьбу з тероризмом», в Російській Федерації – «Про протидію тероризму».

Аналіз міжнародно-правових норм засвідчує, що єдина антитерористична політика проводиться і в рамках Європейського співтовариства. Базовим документом для опрацювання національних стратегій країнами Європейського Союзу є Контртерористична стратегія ЄС 2005 року (EU Counter-Terrorism Strategy), яка визначає чотири головні напрями діяльності:

- запобігання (радикалізації та залученню до тероризму) – «Prevent»;
- захист (потенційних цілей/об'єктів нападу) – «Protect»;
- упровадження (виявлення та припинення діяльності терористичних мереж/терористів) – «Pursue»;
- реагування (дії у відповідь на теракти) – «Respond».

Контртерористичні заходи ЄС включають європейський ордер на арешт, посилення візової системи в межах Шенгенської зони, біометричні дані у паспортах, протидію фінансуванню тероризму, запобігання радикалізації молоді<sup>2</sup>.

З урахуванням викладеного та концептуальних напрямів Контртерористичної стратегії Європейського Союзу 2005 року, для ефективної протидії терористичній діяльності вдосконаленню підлягають, окрім кримінально-правових норм, також і відповідні норми адміністративного, цивільного, цивільно-процесуального, конституційного, міжнародного, кримінально-виконавчого та інших галузей права, які необхідні для ефективного запобігання тероризму, виявлення й припинення діяльності терористичних організацій.

Як слушно підкреслив В. Кубальський, хоча в преамбулі Закону України «Про боротьбу з тероризмом» зазначено, що окрім захисту особи, держави і суспільства, він прийнятий з метою виявлення та усунення причин і умов, які його породжують, за великим рахунком, цей закон мав би називатися по-іншому – «Про боротьбу з актами тероризму», оскільки в ньому фактично відсутні норми, безпосередньо спрямовані на усу-



нення причин і умов цього явища. Розглядуваний підхід знайшов своє втілення, зокрема, при розробленні та прийнятті в Росії, Казахстані та інших зарубіжних державах законів про протидію тероризму. До введення в дію останніх чинними на території зазначених держав були закони про боротьбу з тероризмом. Але головне, звісно, не зміна назви закону, а сутність підходу, закріпленого в законі, до протидії цьому складному соціально-правовому явищу. Зважаючи на сукупність особливостей тероризму як складного міжнародного соціального явища, має бути суттєво переглянута концепція і система вітчизняного антитерористичного законодавства<sup>3</sup>.

Разом із тим, очевидно, що заходи, спрямовані на запобігання тероризму, не здатні забезпечити ефективну протидію цьому явищу без належної кримінально-правової бази.

Вивчення вказаних нормативних актів засвідчує, що з метою ефективної протидії тероризму більшість держав розширює коло діянь, які мають ознаки терористичного характеру, та посилює рівень репресії за їх вчинення.

Для прикладу, з метою боротьби з організованою злочинністю і тероризмом в 70-х рр. ХХ ст. в Італії було прийнято так зване «надзвичайне законодавство». Наприклад, Закони № 152 від 22 травня 1975 р., № 191 від 18 травня 1978 р., № 15 від 16 лютого 1980 р. збільшили кримінально-правові санкції за вчинення діянь, що пов'язані з організованою злочинністю і тероризмом. Ці ж закони передбачили широке застосування пожиттєвого тюремного ув'язнення, правило не враховувати пом'якшуючих обставин та не застосовувати умовного звільнення<sup>4</sup>.

У 1996 р. в США прийнято Закон «Про боротьбу з тероризмом та застосування смертної кари», який суттєво посилив дію кримінального федерального законодавства країни. До актів тероризму при цьому віднесено: «вбивство, напад, що потягнув тяжкі тілесні ушкодження, чи напад з застосуванням небезпечної зброї відносно будь-якої особи в межах США; створення істотного ризику нанесення суттєвих ушкоджень іншій особі шляхом руйнування чи нанесення шкоди будівлі, транспортному засобу або іншому нерухомому або особистому майну в межах США, та зговір вчинити дії такого роду» у тому випадку, коли ці діяння «розраховані на застосування тиску чи спричинення шкоди діям уряду шляхом погроз і шантажу чи шляхом примушування чи розраховані на здійснення заходів проти дій уряду».

На особливу увагу заслуговує той факт, що окремі країни відступали від фундаментальних принципів кримінального права. Зокрема, у 1977 р. у Великобританії допущено відступ від принципу презумпції невинуватості, а саме на законодавчому рівні передбачено, що будь-яка особа, якій пред'явлено обвинувачення в незаконному зберіганні зброї, боєприпасів та вибухових речовин, самостійно повинна довести свою невинуватість.

У 1978 р. відповідно до ч. 2 ст. 55 Конституції Іспанії визнано конституційність певних обмежень прав громадян у зв'язку з розслідуванням діяльності озброєних банди чи терористичних елементів<sup>5</sup>.

Незважаючи на те, що одним із принципів демократичного права є принцип зворотної сили кримінального закону, в 1987 р. у Франції прийнято поправку, згідно з якою дії антитерористичного законодавства розповсюджуються на злочини, що скоєні до її прийняття.

Відповідно до четвертої поправки до Конституції США встановлено, що обшук і розкриття кореспонденції можуть здійснюватись тільки за законно виданим ордером, який повинен бути персональним і містить мету слідчих дій. Верховний суд США розповсюдив дію IV поправки на телефонні розмови і будь-які засоби комунікації<sup>6</sup>.

Незважаючи на вказані норми, у 2001 р. в США прийнято антитерористичний закон «Акт 2001 року, що об'єднує і змінює Америку за допомогою забезпечення належними засобами, потрібними для ліквідації та запобігання тероризму» («Патріотичний акт США 2001 року»), який надав спецслужбам надзвичайні повноваження на втручання в приватне життя громадян (допустив спрощену процедуру отримання дозволів на прослуховування, оперативне спостереження тощо) та розширив їх можливості за рахунок прав громадян, що зафіксовані в четвертій поправці до Конституції США<sup>7</sup>.

Таким чином, світовий досвід переконливо підтверджує наявність обмежень деяких конституційних прав та свобод в державах, для яких актуальною є проблема ефективної протидії системному тероризму. Разом із тим треба враховувати, що наявні обмеження під приводом боротьби з тероризмом можуть використовуватись окремими силами в політичних, комерційних та інших цілях та зазначити, що за наявності відповідних обмежень конституційних прав необхідно сформулювати і закріпити на законодавчому рівні чіткі критерії оцінки правомірності обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина в інтересах національної безпеки. Так, у 2014 р. вітчизняні законодавці також внесли зміни до ст. 14 Закону України «Про боротьбу з тероризмом», відповідно до яких у районі проведення антитерористичної операції можуть вводитися тимчасово обмеження прав і свобод громадян. Також з метою захисту громадян, держави і суспільства від терористичних загроз у районі проведення довготривалої антитерористичної операції, як виняток, може здійснюватися превентивне затримання осіб, причетних до терористичної діяльності, на строк понад 72 години, але не більше ніж на 30 діб.

Таким чином, фактично обмежено дію ст. 29 Конституції України, відповідно до якої ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. У разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його зупинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом 72 годин має бути перевірена судом.

При цьому згідно зі ст. 64 Конституції України в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. Однак не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені ст.ст. 24, 25, 27, 28, 29, 40, 47, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 цієї Конституції.

Також у ст. 14 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» передбачено, що «превентивне затримання може здійснюватись до осіб, причетних до терористичної діяльності». Таке формулювання, на нашу думку, є некоректним і неконкретним. По-перше, під інститутом причетності до злочину у кримінальному праві розуміється діяльність особи, що не є співучастю, і полягає у сприянні вчиненню злочину у виді потурання, приховування й недонесення.

По-друге, в згаданому Законі чітко не розкрито, які конкретно дії особи слід відносити до «терористичної діяльності», а відповідно до ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» терміном «терористична діяльність» охоплюється досить широке коло діянь, зокрема: планування, організація, підготовка і реалізація терористичних актів; підбурювання до терористичної акції, насильство над фізичними особами або організаціями, знищення матеріальних об'єктів з терористичною метою; організація незаконного збройного формування, злочинного співтовариства (злочинної організації), організованої групи для реалізації терористичної акції, а також участь у такій акції; вербування, озброєння, навчання і використання терористів; пропаганда і поширення ідеології тероризму; фінансування завідомо терористичної організації або терористичної групи або інше сприяння їм. Крім того, за певні види терористичної діяльності, визначені в Законі, не передбачено кримінальної відповідальності. Так, у Кримінальному кодексі України немає відповідальності за пропаганду й поширення ідеології тероризму.

Таким чином, погоджуючись із нагальною потребою у вжитті активних заходів протидії тероризму, на нашу думку, вищевказаний Закон потребує корекції, адже його норми не відповідають ст. 29, ст. 64 Конституції України та суперечать ст. 5 Європейської Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини сторони, норми якої гарантують кожній людині, яка знаходиться під їх юрисдикцією, захист основних прав і свобод (право на життя, свободу і особисту недоторканність та ін.).

З урахуванням цього, вбачається доцільним внести зміни до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» та конкретизувати, що підставою превентивного затримання є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою злочинів, передбачених ст.ст. 258–258-5 Кримінального Кодексу України.

Важливим засобом кримінально-правової охорони є встановлені Кримінальним кодексом України строки давності. У багатьох кримінальних кодексах зарубіжних держав закріплено правило про незастосування строків давності за злочини терористичної спрямованості, що продиктовано викликами тероризму окремим державам та міжнародній спільноті. Аналіз кримінальних кодексів держав пострадянського простору вказує на те, що сьогодні спостерігається тенденція до розширення переліку злочинів, щодо яких давність не застосовується, та включення до їх переліку злочинів терористичної спрямованості.

Для прикладу, п. 5 ст. 78 Кримінального Кодексу Російської Федерації передбачено, що строки давності не застосовуються до осіб, які скоїли злочини, передбачені ст.ст. 205 (терористичний акт), 205.1 (сприяння терористичній діяльності), 205.3 (проходження навчання з метою здійснення терористичної діяльності), 205.4 (організація терористичної спільноти), 205.5 (організація діяльності терористичної організації та участь у діяльності такої організації), ч. 3, 4 ст. 211, ст.ст. 353, 356, 357, 358, 361 даного Кодексу та особами, які скоїли злочини, пов'язані зі здійсненням терористичної діяльності, злочини, передбачені ст.ст. 277, 278, 279 і 360 даного Кодексу<sup>8</sup>.

З урахуванням цього З. А. Загинею висловлює слушну думку щодо доповнення ч. 5 ст. 49 Кримінального Кодексу України, яка передбачає правило незастосування строків давності, вказівкою на ст.ст. 258, 258-3, 258-4 КК України (тобто встановити, що в разі вчинення цих злочинів давність не застосовується)<sup>9</sup>.

Аналіз розвитку кримінального законодавства на пострадянському просторі свідчить також про тенденцію до введення кримінальної відповідальності за недонесення про вчинення злочинів, пов'язаних зі здійсненням терористичної діяльності. Так, 6 липня 2016 р. Кримінальний Кодекс Російської Федерації доповнено ст. 205.6, згідно з якою передбачено кримінальну відповідальність за неповідомлення про злочини, про особу (осіб), які по достовірно відомим даним готує, скоює або скоїло хоча б один із злочинів, передбачених ст.ст. 205, 205.1, 205.2, 205.3, 205.4, 205.5, 206, 208, 211, 220, 221, 277, 278, 279, 360 і 361 даного Кодексу.

Статтею 434 Кримінального Кодексу Республіки Казахстан від 2 липня 2014 р. передбачено кримінальну відповідальність за неповідомлення про достовірно відомий підготовлюваний або скоєний особливо тяжкий злочин або достовірно відомий підготовлюваний акт тероризму<sup>10</sup>.

Як зазначає О. М. Смушак, кримінальна відповідальність за причетність до злочину в кримінально-правовій політиці держави виступає засобом забезпечення неминучості покарання й запобігання злочинності. Вона слугує створенню чіткої конструкції кримінальної відповідальності. Відсутність у чинному законі про кримінальну відповідальність нормативного забезпечення охорони суспільних відносин, благ та інтересів від діянь, що утворюють причетність до злочину, є прогалиною, яка потребує заповнення шляхом відповідної правової регламентації, у зв'язку з чим необхідно ввести в розділ XVIII «Злочини проти правосуддя» Кримінального Кодексу України ст. 396-1 «Неповідомлення про злочин і осіб, які його вчинили» наступного змісту: про достовірно відомий вчинений, або такий, що готується, особливо тяжкий злочин, про особу, яка його вчинила, місцезнаходження такої особи, а також щодо предметів, добутих злочинним шляхом, слідів злочину, знарядь і засобів вчинення злочину – карається обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк<sup>11</sup>.

Погоджуючись з викладеним, вважаємо, що у вказаній нормі доцільно передбачити відповідальність за неповідомлення не тільки про особливо тяжкі злочини, а також за вчинені, або такі, що готуються, злочини, передбачені ст.ст. 258, 258<sup>1</sup>, 258<sup>4</sup>, 258<sup>5</sup> КК України.

Таким чином, проведені дослідження свідчать про необхідність вдосконалення вітчизняного законодавства з метою створення ефективної кримінально-правової протидії терористичній діяльності, у зв'язку з чим пропонуємо наступне:

1. Внести зміни до ст. 14 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» наступного змісту: «З метою захисту громадян, держави і суспільства від терористичних загроз у районі проведення довготривалої анти-терористичної операції, як виняток, з урахуванням особливостей, встановлених цим Законом, може здійснюватися превентивне затримання осіб, що підозрюються у вчиненні злочинів, передбачених ст.ст. 258, 258<sup>1</sup>, Кримінального Кодексу України, на строк понад 72 години, але не більше ніж на 30 діб»; до ст. 15<sup>1</sup>: «Підставою для превентивного затримання є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою злочинів, передбачених ст.ст. 258–258<sup>5</sup> Кримінального кодексу України».

2. Пункт 5 ст. 49 Кримінального кодексу України після слова «злочинів» доповнити формулюванням «статтями 258, 258<sup>3</sup>, 258<sup>4</sup> цього Кодексу».

3. Розділ XVIII «Злочини проти правосуддя» Кримінального кодексу України доповнити новою статтею: «Стаття 396-1. Неповідомлення про злочин».

1. Неповідомлення про достовірно відомий вчинений, або такий, що готується, особливо тяжкий злочин, а також злочин, передбачений ст.ст. 258, 258<sup>1</sup>, 258<sup>4</sup>, 258<sup>5</sup> цього Кодексу, про особу, яка його вчинила, місцезнаходження такої особи, а також щодо предметів, добутих злочинним шляхом, слідів злочину, знарядь і засобів вчинення злочину, – карається обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк».

<sup>1</sup> Мохончук С. М. Законодавство іноземних держав про боротьбу з тероризмом / С. М. Мохончук // Право і безпека. – 2003. – № 4. – С. 141–143.

<sup>2</sup> Леонов Б. Д. Композитна стратегія протидії мережевим та гібридним викликам сучасного тероризму / Б. Д. Леонов, І. М. Рижов // Правова інформатика. – 2015. – № 1. – С. 68–73.

<sup>3</sup> Запобігання радикалізації і тероризму: міжнародний досвід і національний вимір : зб. матеріалів «круглого столу» / за ред. М. Г. Гуцало. – К. : НІСД, 2012. – С. 98.

<sup>4</sup> Уголовное право зарубежных государств. Общая и особенная части : учеб. пособ. / под ред. И. Д. Козочкина. – М. : Волтерс-Клувер, 2010. – 1056 с. – С. 462–470.

<sup>5</sup> Конституція Іспанії 1978 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.domeuropa.eu/leys/23-fales/50-konstitucziya-ispanii>

<sup>6</sup> Конституція США 1787 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://studentforever2007.narod.ru/constusa.html>

<sup>7</sup> Власихін В. А. «Патріотичний акт»: юридичний аналіз / В. А. Власихін : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.agentura.ru/dossier/usa/zakon-antiterror/>

<sup>8</sup> Кримінальний Кодекс Російської Федерації : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.uk-rf.com/>

<sup>9</sup> Загинеї З. А. Строки давності за вчинення кримінальних корупційних правопорушень: постановка проблеми / З. А. Загинеї // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. – 2014. – № 2. – С. 44–51.

<sup>10</sup> Кримінальний Кодекс Республіки Казахстан : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://kodeks-advocate.kz/ru/460-ugolovnyj\\_kodeks\\_respubliki\\_kazahstan.html](http://kodeks-advocate.kz/ru/460-ugolovnyj_kodeks_respubliki_kazahstan.html)

<sup>11</sup> Смушак О. М. Кримінально-правова політика в сфері відповідальності за причетність до вчинення злочину : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. : 12.00.08 / О. М. Смушак. – Х., 2016. – 17 с.

## Резюме

**Криворучко І. О. Вдосконалення кримінально-правової протидії терористичній діяльності з урахуванням світового досвіду.**

У статті досліджуються проблемні питання вдосконалення кримінально-правових заходів протидії терористичній діяльності.

На підставі аналізу законодавства іноземних країн та наукових праць В. Кубальського, З. Загинеї, О. Смушак, С. Мохончука, автором запропоновано низку змін до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» та Кримінального кодексу України з метою створення ефективної кримінально-правової протидії терористичній діяльності.

**Ключові слова:** тероризм, терористична діяльність, боротьба з тероризмом.

## Резюме

**Криворучко І. О. Усовершенствование уголовного-правового противодействия террористической деятельности с учетом международного опыта.**

В статье исследуются проблемные вопросы усовершенствований уголовного-правовых средств противодействия террористической деятельности.

На основании анализа законодательства зарубежных стран и научных трудов В. Кубальского, З. Загинеи, О. Смушак, С. Мохончука, автором предложено ряд изменений в Закон Украины «Про борьбу с терроризмом» и Уголовный кодекс Украины с целью создания эффективного уголовного-правового противодействия террористической деятельности.

**Ключевые слова:** терроризм, террористическая деятельность, борьба с терроризмом.

## Summary

**Krivoruchko I. The improvement of criminal law combating terrorism including global experience.**

The article investigates the problematic issues of the improvement of criminal legal counteractions against terrorism.

Based on the analysis of legislation of foreign countries and scientific works of V. Kubalskyi, Z. Zagynya, O. Smushak, S. Mokhonchuk, the author proposed a number of amendments to the Law of Ukraine "On combating terrorism" and the Criminal Code of Ukraine in order to create effective criminal law combating terrorism.

**Key words:** terrorism, terrorist activity, fight against terrorism.

УДК 343.8

**М. Ю. ЧЕЧИН**

*Микита Юрійович Чечин, аспірант Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України*

**ЗАВДАННЯ НЕФОРМАЛЬНОЇ ОСВІТИ ЗАСУДЖЕНИХ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ**

Освіта дорослих засуджених є одним із важливих чинників профілактики рецидивної злочинності. Вона повинна включати в себе весь комплекс поступальних процесів формального чи іншого навчання, за допомогою яких такі особи мали б можливість розвивати свої здібності, збагачувати свої знання та вдосконалювати технічні й професійні кваліфікації або ж застосовувати їх у новому напрямі для задоволення своїх потреб. Навчання дорослих засуджених має охоплювати як формальну, так і безперервну освіту, неформальне навчання і весь спектр неофіційного й побаченого навчання, що існують у суспільстві. За встановленими стандартами формальна освіта не спроможна забезпечити формування у людини всіх необхідних компетенцій для соціально-активного життя в суспільстві, тому вона має поєднуватись з неформальною та інформальною освітою. Не є винятком із цього правила й особи, які тримаються в місцях позбавлення волі, оскільки кінцевою метою кримінального покарання є, врешті-решт, створення умов для повернення людини в суспільство та подальше законослухняне життя.

Питання неформальної освіти розглядалось в наукових джерелах недостатньо глибоко. Окремі питання були предметом досліджень таких вчених, як А. П. Геля, Т. А. Денисова, О. Г. Колб, О. В. Лисодед, М. С. Пузирьов, А. Х. Степанюк, С. В. Сюр, О. В. Таволжанський, В. М. Трубников, С. В. Хуторна, Н. К. Щепкиной, І. С. Яковець та ін. Однак більшість із публікацій вказаних авторів мало прикладний характер.

**Мета** статті – висвітлити окремі аспекти здійснення неформальної освіти в установах виконання покарань та запропонувати можливі шляхи вирішення існуючих проблем.

Неформальна освіта – це освіта, що необов'язково має організований і систематичний характер, може здобуватися поза межами навчальних закладів (індивідуальні заняття під керівництвом тренерів, репетиторів, тренінги, короткотермінові курси, спрямовані на досягнення практичних короткострокових цілей)<sup>1</sup>. Неформальна освіта не має вікових, професійних чи інтелектуальних обмежень щодо учасників, часто не обмежується часовими рамками. Заклади чи організації, що займаються неформальною освітою, як правило, не присвоюють кваліфікацій і не здійснюють формального оцінювання навчальних досягнень учасників. У цьому секторі найчастіше застосовують інноваційні підходи, апробують новаторські методики й технології навчання. На даний час в Україні існування неформальної освіти охоплює такі галузі: позашкільна освіта; післядипломна освіта та освіта дорослих; громадянська освіта (різнопланова діяльність громадських організацій); шкільне і студентське самоврядування (через можливість набуття управлінських, організаторських, комунікативних та ін. умінь); освітні ініціативи, спрямовані на розвиток додаткових умінь і навичок (комп'ютерні та мовні курси, гуртки за інтересами тощо). Останнім часом розпочали роботу кілька університетів третього віку, що надають освітні послуги старшим особам<sup>2</sup>.

Неформальну освіту розуміють, по-перше, як будь-яку навчальну діяльність у робочий чи позаробочий час у колі фахівців, друзів, родини, що не є структурованою, організованою чи спланованою; по-друге, як навчальний процес, що відповідає структурі цієї діяльності, набуває організованої форми, не належить до державних програм обов'язкової освіти і визначається цілеспрямованістю. Зазначена форма освіти не завжди передбачає видачу сертифікатів, посвідчень, що засвідчують рівень одержаної кваліфікації після її завершення<sup>3</sup>.

Чинне кримінально-виконавче законодавство не передбачає норм, які б прямо стосувались неформальної освіти засуджених, хоча комплексний підхід, який включає у себе поєднання процесів формального та неформального навчання, є інструментом, за допомогою якого люди, поєднуючи навчальну діяльність з практичною участю у виробничій, соціальній, сімейно-побутовій сферах суспільного життя, розвивають свої здібності, збагачують свої знання, вміння, навички, особистісні якості, удосконалюють або набувають нові професійні кваліфікації або ж застосовують їх у новому напрямі для задоволення власних потреб чи потреб

громади<sup>4</sup>. Неформальна освіта є не альтернативою, а доповненням та продовженням діючих освітніх «формальних» національних систем освіти. Зазвичай її розглядають як ланку єдиного ланцюга неперервної освіти та розвитку людини впродовж життя, складну соціально-педагогічну поліфункціональну систему, спрямовану на задоволення фундаментальних потреб людини в освіті, культурі, саморозвитку, самореалізації власних сутнісних сил<sup>5</sup>. А відсутність нормативного визначення, хоча б і у загальних рисах, такого навчання фактично нівелює неформальну освітню в процесі виконання кримінальних покарань, з огляду на що в літературі висловлювались думки, що в діюче законодавство необхідно ввести норму, якою слід зобов'язати адміністрацію установ виконання покарань надавати засудженим можливість отримання неформальних освітніх послуг<sup>6</sup>.

Тобто, така головна ознака неформальної освіти, як її неорганізованість, не виключає створення концепцій та планів цієї діяльності. Тому, як справедливо підкреслює Й. Корбін, актуальним завданням є розробка комплексу національних заходів і спеціальних освітніх програм з неформальної освіти, які сприяють реалізації права людини на освіту тих, хто потребує особливих умов отримання освіти і соціального захисту (зокрема, засуджені)<sup>7</sup>. Досягнення цих цілей має здійснюватись на базі аналізу матеріалів європейських міжнародних конференцій з освіти дорослих (ЮНЕСКО), доповідей з питань освіти на міжнародних форумах, офіційної документації освітніх інституцій Європейського Союзу та Ради Європи, монографічних досліджень експертів з теорії і практики освіти, що дає змогу інтерпретувати та проводити моніторинги стану розвитку неформальної освіти і робити відповідні узагальнення й випереджальні прогнози та висновки стосовно рівномірного поширення глобальної ідеї розвитку неформальної освіти у європейських країнах. Для цього необхідно запровадити такі заходи: провести оцінку прогресу неформальної освіти на національному рівні, виявити актуальні проблеми й розробити рекомендації стосовно її вдосконалення<sup>8</sup>.

Сьогодні процес неформальної освіти не може ефективно функціонувати і розвиватись без сучасного інформаційного забезпечення, створення та використання баз даних, забезпечення сучасною технікою інформаційних потоків, використання комп'ютерних технологій, включаючи Інтернет, що надає можливість навчатися дистанційно. В Україні активно реформується сфера неформальної освіти, що історично зумовлено в сучасних умовах необхідністю демократизації національної системи освіти, важливістю її модернізації відповідно до світових та європейських стандартів, перепідготовкою й підвищенням кваліфікації кадрів<sup>9,10</sup>. Вирішення цієї проблеми залежить зокрема від: створення правової бази, що регулює розвиток неформальної освіти; організаційно-управлінського, інформаційного та фінансового забезпечення неформальної освіти; розробки й реалізації загальних принципів злагоженої політики у сфері діяльності громадських організацій; співробітництва з міжнародними і європейськими організаціями з розвитку освіти та впровадження організаційно-управлінських механізмів міждержавної співпраці та науково-дослідницької роботи<sup>11</sup>.

У місцях позбавлення волі неформальна освіта зводиться до первинних кроків у напрямі налагодження співпраці з обмеженим колом організацій, що займаються такою освітою. За даними ДПТС України, «з метою розширення доступу засуджених до освіти, а також залучення уваги громадськості до питань реалізації права засуджених на освіту та гуманізацію виправної системи, 25 лютого 2015 р. було укладено Меморандум про взаєморозуміння та співпрацю між Міністерством освіти і науки України, Державною пенітенціарною службою України та Представництвом німецької неурядової організації «Німецьке об'єднання народних університетів» DVV International в Україні. У рамках співпраці з вказаною організацією представником апарату ДПТС України здійснено відрядження до міста Гомель з метою ознайомлення із практичним досвідом Республіки Білорусь та інших країн-партнерів щодо реалізації проекту «Освіта дорослих для ресоціалізації і професіоналізації у виправних установах». На цій конференції було презентовано українську модель надання освітніх послуг засудженим, яка отримала схвальні оцінки представників пенітенціарних систем інших країн. Протягом травня-червня 2015 р. проведено певну роботу з Міністерством освіти і науки України та Державним підприємством «Інфоресурс» щодо внесення випускників професійно-технічних навчальних закладів, які функціонують при установах ДПТС України, до Єдиної державної електронної бази з питань освіти»<sup>12</sup>. Наведеним діяльністю із формування єдиної концепції неформальної освіти в місцях позбавлення волі фактично вичерпується.

Науковці вказують, що неформальна освіта може здійснюватись за допомогою лекторіїв, курсів, тренінгів, консультацій фахівців з використанням можливостей радіо, телебачення, преси, Інтернет-ресурсів та ін. Багато некомерційних громадських та релігійних організацій надають засудженим різні просвітницькі програми, спрямовані на підвищення їх правової грамотності, уміння застосувати отримані знання після звільнення. Така освіта має більшою мірою соціальний характер і спрямована на зміну особистісних якостей засуджених, їхніх життєвих стереотипів, розвиток здатності до прийняття самостійних рішень, а також мотивації до продовження освіти<sup>13</sup>. Але ДПТС України не виокремлює неформальну освіту в місцях позбавлення волі, включаючи навчальну діяльність до соціально-виховної роботи.

Так, офіційні повідомлення про діяльність громадських організацій у напрямі неформальної освіти засуджених обмежуються висвітленням загального числа проведених заходів та їх спрямуванням: «сьогодні з установами ДКВС України у питанні ресоціалізації засуджених співпрацюють 202 об'єднання громадян, 23 із яких – міжнародні неурядові благодійні організації, 35 організацій всеукраїнського та 140 – регіонального рівня. Безпосередньо відвідують установи та проводять заходи із засудженими 1093 представників цих організацій. У 2015 році представниками громадських організацій було здійснено 3030 відвідувань установ, проведено 3940 заходів. Спрямування цих заходів охоплює широке коло напрямків соціально-виховної робо-

ти, а саме: надання засудженим правової та благодійної допомоги; проведення бесід, лекцій, культурно-масових та спортивно-оздоровчих заходів; сприяння адміністрації установ у вдосконаленні житлово-побутових умов для засуджених, їх матеріально-побутового та медико-санітарного забезпечення; лікування та профілактика тяжких соціально-небезпечних захворювань; підготовка засуджених до звільнення та їх поступенціарний супровід тощо. Загалом у 2015 р. громадськими організаціями в установах виконання покарань реалізовано 69 проектів інформаційного, аналітично-дослідницького, соціального та благодійного спрямування»<sup>14</sup>.

Цікаво, що кількість громадських інституцій, з яким співпрацює ДПтС України, залишається незмінним протягом тривалого часу: у 2012 р. таких об'єднань громадян було 203, в тому числі 23 – міжнародні неурядові благодійні організації, 39 організацій всеукраїнського та 141 – регіонального рівнів. Безпосередньо відвідували установи виконання покарань та працювали з засудженими понад 600 представників громадських організацій (у 2010 р. – понад 800 осіб). Незважаючи на зменшення кількості представників громадськості, що залучалися до роботи із засудженими, активність цієї діяльності, навпаки, збільшилася, адже протягом 2010 р. ними було здійснено близько 4 тис. відвідувань установ, проведено понад 6 тис. заходів, участь у яких взяли понад 70,5 тис. засуджених, за перше півріччя 2011 р., відповідно – 5 тис. відвідувань, 3,2 тис. заходів. Число засуджених, які взяли в них участь, залишилось незмінним<sup>15</sup>. Проте жоден із проведених аналізів цієї діяльності не вказує на наявність якихось змін та позитивний вплив на конкретних засуджених, тому не можна констатувати існування більш-менш сталої системи неформальної освіти в місцях позбавлення волі.

Найпоширенішим напрямом неформальної освіти серед засуджених є профілактика ВІЛ/СНІДу та інших захворювань, що передаються статевим шляхом, туберкульозу. Це викликано значними обсягами донорських коштів, що направляються на забезпечення функціонування благодійних та громадських організацій, які працюють у цій сфері. Інші напрями неформальної освіти впроваджуються безсистемно, хоча й за схожою тематикою. Приміром, із засудженими однієї області проводяться заняття щодо профілактики суїциду та подолання конфліктів (лекційні заняття на теми: «Позитивні та негативні емоції в спілкуванні», «Шляхи подолання тривожних станів», «Моральний ідеал людини» та тренінгові заняття на тему: «Конфлікти та шляхи виходу з конфліктних ситуацій», «Агресія та шляхи її подолання»)<sup>16</sup>; в іншій – лекційні заняття з профілактики наркоманії, присвячені Дню боротьби з наркоманією<sup>17</sup>, семінар-тренінг з навчання правил пожежної безпеки<sup>18</sup>, тренінгове заняття з елементами Форум-театру «Стратегії пошуку роботи»<sup>19</sup> чи психологічний тренінг «Подолання самотності»<sup>20</sup> тощо. Суїцид, профілактика ВІЛ/СНІДу, конфлікти, ресоціалізація – цими темами у більшості випадків робота із засудженими й вичерпується. При цьому громадські організації, як правило, не вивчають ані потреби засуджених відповідного регіону, ані реальну спроможність впроваджуваних заходів впливати на формування компетенцій, необхідних для життя в суспільстві.

Як висновок, варто зазначити, що саме через відсутність посадових осіб, відповідальних за організацію неформальної освіти в процесі виконання покарання у виді позбавлення волі, а також пасивної позиції адміністрації виправних колоній та низького рівня взаємодії з громадськими інституціями така освіта перебуває у занепаді. Адміністрація має виступати в цій ситуації замовником тематики та видів навчання, яке необхідне засудженим, та формувати такий запит відповідно до встановлених потреб. Для цього слід змінити чинне законодавство, поклавши такий обов'язок на посадових осіб органів і установ виконання покарань.

<sup>1</sup> Пічугіна І. С. Особливості використання вебінарів для розвитку духовно-моральних цінностей у неформальній освіті дорослих / І. С. Пічугіна // Інформаційні технології і засоби навчання. – 2014. – Т. 43. – Вип. 5. – С. 94–103. – С. 96.

<sup>2</sup> Гусейнова Е. І. Неформальна освіта як важливий елемент безперервної освіти / Е. І. Гусейнова, Ю. М. Лук'янова // Педагогические науки: Стратегические направления реформирования системы образования ; Сумський національний аграрний університет. – 2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.rusnauka.com/11\\_NPE\\_2012/-Pedagogica/4\\_106261.doc.htm](http://www.rusnauka.com/11_NPE_2012/-Pedagogica/4_106261.doc.htm)

<sup>3</sup> Білоус І. Чи потрібна Україні неформальна освіта? / І. Білоус // Студентський інтернет-журнал «Освіта та ...» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://osvitata.com/osvita-ta-suspilstvo/chi-potribna-ukra-ni-neformalna-osvita.html>

<sup>4</sup> Чернилевский Д. В. Дидактические технологии в высшей школе : учеб. пособ. / Д. В. Чернилевский. – М. : ЮНИТИ, 2002. – 437 с. – С. 189.

<sup>5</sup> Фольварочний І. В. Просвітницька діяльність громадських організацій у сфері освіти дорослих (європейський досвід) : моногр. / І. В. Фольварочний; за наук. ред. Г. Г. Філіпчука. – Тернопіль : Джура, 2014. – 396 с. – С. 338.

<sup>6</sup> Ивашин Д. И. Правовое положение осужденных к лишению свободы в Российской Федерации : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Д. И. Ивашин ; ДЮИ МВД РФ. – Хабаровск, 2003. – 194 с. – С. 114.

<sup>7</sup> Corbin J. A Study of Factors Influencing the Growth of Nonprofits in Social Services / J. Corbin // Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly. – Vol. 28. – № 3. – 199 p. – P. 8–9.

<sup>8</sup> Biesta G. Good Education in an Age of Measurement: Ethics, Politics, Democracy: Stirling: Paradigm. – 2010. – 160 p. – P. 13–15.

<sup>9</sup> Грицай І. О. Актуальні питання правового регулювання діяльності громадських об'єднань в Україні: проблеми та шляхи вдосконалення / І. О. Грицай // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2015. – № 1. – С. 221–229.

<sup>10</sup> Зязюн І. Педагогічне наукове дослідження у контексті цілісного підходу / І. Зязюн // Порівняльна професійна педагогіка. – 2011. – № 1. – С. 19–30.

<sup>11</sup> Фольварочний І. В. Вказана праця. – С. 331.

<sup>12</sup> В апараті ДПтС України підсумували стан організації навчання для засуджених у підпорядкованих установах : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kvs.gov.ua/peniten/control/main/uk/publish/article/783678;jsessionid=B795EE323A1C963746E79C0C583C98F7>

<sup>13</sup> Щепкина Н. К. Модернизация системы непрерывного образования в местах лишения свободы / Н. К. Щепкина // Вестник Амурского государственного университета. – 2014. – Вып. 66. – С. 42–47. – С. 46. – (Серия «Гуманитарные науки»).

<sup>14</sup> Стан взаємодії ДПтС України з громадськими об'єднаннями щодо їх участі у виправленні та ресоціалізації засуджених під час виконання кримінальних покарань : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kvs.gov.ua/peniten/control/zap/uk/img/main/uk/publish/article/811233>

<sup>15</sup> Висновок за результатами проведення громадської експертизи діяльності Державної пенітенціарної служби України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&ved=0CDQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fumdp1.info%2Ffiles%2Fdocs%2F1323976862.doc&ei=hSK8UcOfHcSwPNatgLAe&usg=AFQjCNEAjhlyjfl5uhP-VYUAojx0wkWMA&sig2=lAREQBCaik7ZkAu8NQS2fg&bvm=bv.47883778,d.Yms>

<sup>16</sup> Тиждень профілактики суїциду проведено в установах виконання покарань управління ДПтС України в Чернігівській області : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kvs.gov.ua/peniten/control/main/uk/publish/article/839943>

<sup>17</sup> Для засуджених Біленьківської ВК управління ДПтС України в Запорізькій області (№ 99) проведено захід, присвячений міжнародному дню боротьби з наркоманією : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kvs.gov.ua/peniten/control/main/uk/publish/article/839042>

<sup>18</sup> Семинар-тренінг по навчанню правил пожежної безпеки засуджених Ковельської виховної колонії управління ДПтС України у Волинській області : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kvs.gov.ua/peniten/control/main/uk/publish/article/840472>

<sup>19</sup> У Форум-театрі вихованці Кременчуцької виховної колонії управління ДПтС України в Полтавській області навчалися стратегіям пошуку роботи : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kvs.gov.ua/peniten/control/main/uk/publish/article/826738>

<sup>20</sup> Долати самотність вчили засуджених жінок Орджонікідзевського виправного центру управління ДПтС України у Дніпропетровській області (№ 79) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kvs.gov.ua/peniten/control/main/uk/publish/article/819960>

#### Резюме

##### **Чечин М. Ю. Завдання неформальної освіти засуджених до позбавлення волі.**

У статті аналізуються та узагальнюються існуючі проблеми у сфері отримання неформальної освіти засудженими до позбавлення волі. Наголошується на необхідності зміни підходів до організації цього виду освіти. Вказується, що адміністрація установ виконання покарання має займати активну позицію щодо формування актуальної для засуджених тематики занять. Зазначається, що саме через відсутність посадових осіб, відповідальних за організацію неформальної освіти в процесі виконання покарання у виді позбавлення волі, а також пасивної позиції адміністрації виправних та виховних колоній і низького рівня взаємодії з громадськими інституціями така освіта перебуває у занепаді.

**Ключові слова:** позбавлення волі, освіта засуджених, виправлення, ресоціалізація, неформальна освіта.

#### Резюме

##### **Чечин М. Ю. Задачи неформального образования осужденных к лишению свободы.**

В статье анализируются и обобщаются существующие проблемы в сфере получения неформального образования осужденными к лишению свободы. Подчеркивается необходимость изменения подходов к организации этого вида образования. Указывается, что администрация учреждений исполнения наказания должна занимать активную позицию по формированию актуальной для осужденных тематики занятий. Отмечается, что именно из-за отсутствия должностных лиц, ответственных за организацию неформального образования в процессе исполнения наказания в виде лишения свободы, а также пассивной позиции администрации исправительных и воспитательных колоний и низкого уровня взаимодействия с общественными институтами такое образование находится в упадке.

**Ключевые слова:** лишение свободы, образование осужденных, исправления, ресоциализация, неформальное образование.

#### Summary

##### **Chechyn M. The task of informal education sentenced to prison.**

The article analyzes and summarizes existing problems in receiving formal education sentenced to prison. Emphasized on the necessity of separating the process of obtaining educational services to inmates of administration. It is claimed that proper entity to provide education institutions must be representatives of the Ministry of Education and civil society.

**Key words:** prison, sentenced education, correction, resocialization, informal education.

О. С. ЧОРНУХА

*Олександр Сергійович Чорнуха, аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ*

### ОБ'ЄКТИВНА СТОРОНА ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НЕПРАВОМІРНИМ ЗБИРАННЯМ, РОЗГОЛОШЕННЯМ ТА ВИКОРИСТАННЯМ КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ

Відповідно до положень ст. 3 Закону України від 7 червня 1996 р.<sup>1</sup>, відносини, пов'язані зі захистом від недобросовісної конкуренції, регулюються цим Законом, Законом України «Про захист економічної конкуренції»<sup>2</sup>, Законом України «Про Антимонопольний комітет України»<sup>3</sup>, Паризькою конвенцією про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р.<sup>4</sup>, міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, іншими актами законодавства, виданими на підставі законів чи постанов Парламенту України.

Регламентуючи право інтелектуальної власності на комерційну таємницю, ст. 505 глави 46 Книги 4 Цивільного кодексу України<sup>5</sup> (далі – ЦК України) визначає, що комерційною таємницею є інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з чим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію. Комерційною таємницею можуть бути відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, за винятком тих, які відповідно до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці.

Кримінально-правове забезпечення охорони комерційної таємниці має достатньо давні історичні витoki. Так, розглядаючи аксіологічні аспекти охорони права інтелектуальної власності, А. С. Нерсесян вказував, що одним з основних досягнень Уложення про покарання кримінальні та виправні 1845 р. було законодавче закріплення охорони секретів виробництва (комерційної таємниці, секретів промислу, «ноу-хау») на заводах та фабриках<sup>6</sup>. Така охорона була передбачена ст. 1864 Уложення, згідно з якою відповідальності підлягали робітники заводу чи фабрики, які оприлюднювали таємний і довірений їм у вигляді таємниці спосіб, що застосовується при виробництві й оздобленні виробів цих заводів та фабрик. Зазначені порушення в той час були також поширеними, а вказана норма, безумовно, актуальною, адже виробники намагалися зберегти ті секрети виробництва, які допомогли б їм у конкурентному протистоянні з іншими виробниками. Тим більше, що конкурентам було набагато простіше та дешевше шляхом підкупу здобути виробничі секрети інших продуцентів, ніж витратити значні кошти й час на їх самостійний пошук і впровадження.

Глава 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» до протиправних дій, пов'язаних з комерційною таємницею відносить такі діяння: 1) неправомірне збирання комерційної таємниці (ст. 16); 2) розголошення комерційної таємниці (ст. 17); 3) схилення до розголошення комерційної таємниці (ст. 18); 4) неправомірне використання комерційної таємниці (ст. 19). Відповідно до положень ч. 2 ст. 32 Господарського кодексу України<sup>7</sup> (далі – ГК України), неправомірне збирання, розголошення та використання комерційної таємниці також є проявами недобросовісної конкуренції. Встановлюючи підстави кримінальної відповідальності за протиправну поведінку щодо комерційної таємниці, чинний Кримінальний кодекс України<sup>8</sup> (далі – КК України) передбачає два самостійних склади злочину: 1) незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну таємницю (ст. 231 КК України); 2) розголошення комерційної таємниці (ст. 232 КК України).

Розглядаючи суспільно небезпечне діяння, що характеризує об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 231 КК, слід зауважити, що на відміну від аналогічної норми КК України 1960 р. ознака незаконного характеру дій у диспозиції статті відсутня. Однак саме незаконний характер діяння, що полягає у збиранні або використанні відомостей, є необхідною умовою для визнання вчиненого діяння злочином. На нашу думку, підстави кримінальної відповідальності за вказаний злочин мають місце лише за умов незаконного отримання та незаконного використання відомостей, що являють собою комерційну таємницю.

Диспозиція зазначеної статті наголошує саме на вчиненні попередньої діяльності, тобто на діях, спрямованих на отримання відомостей, в той час як такі дії повинні спричинити певні наслідки. Але попередня діяльність якраз і характеризується відсутністю будь-яких наслідків. Безумовно, можна припустити, що законодавець пов'язує настання певних наслідків лише з незаконним використанням відомостей, що становлять комерційну таємницю, а дії, спрямовані на отримання таких відомостей з метою розголошення чи іншого їх використання, вважаються закінченим злочином з часу їх вчинення. Так, автори підручника з Особливої частини кримінального права України вважають, що у цій формі (вчинення дій, спрямованих на отримання відомо-



мостей) злочин визнається закінченим незалежно від того, чи отримав винний відомості, що становлять комерційну таємницю<sup>9</sup>, тобто спричинення істотної шкоди не характеризує вказане діяння. Водночас, ч. 3 ст. 164-3 Кодексу України про адміністративні правопорушення<sup>10</sup> (далі КУпАП) передбачає адміністративну відповідальність за отримання, використання, розголошення комерційної таємниці з метою заподіяння шкоди діловій репутації або майну іншого підприємця. Тобто за умов, що отримання таких відомостей вже передбачає склад адміністративного правопорушення, дії, спрямовані на отримання відомостей, за будь-яких обставин не можуть утворювати склад закінченого злочину.

Крім того, термін «отримання» не відображає активної форми протиправної поведінки. Водночас ст. 16 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» використовує щодо комерційної таємниці інший термін – «збирання» та визначає, що неправомірним збиранням комерційної таємниці вважається добування протиправним способом відомостей, які відповідно до законодавства України становлять комерційну таємницю, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання. Вказаний термін якнайкраще відображає форму поведінки особи, оскільки має зовсім інший зміст: «поступово приєднувати, складати щось одне до одного, частину до частини; брати щось з різних місць, від різних осіб і таке інше; обирати потрібні предмети з-поміж інших»<sup>11</sup>. Крім того, цей термін є поширеним і усталеним у кримінальному праві України. Виходячи з наведеного, правильним і доцільним щодо першого альтернативного діяння, передбаченого ч. 1 ст. 231 КК, необхідно визначити його в законі як «незаконне збирання відомостей, що становлять комерційну таємницю».

За визначенням О. Е. Радутного, збирання може полягати в добуванні відомостей, що становлять комерційну таємницю, будь-яким способом (розпитування осіб, підслуховування розмов, зображення або фотографування певних об'єктів, таємне, відкрите або насильницьке викрадення вказаних відомостей тощо)<sup>12</sup>. Але слід зазначити, що така злочинна дія повинна чинитися з певною метою, яка безпосередньо зазначена в законі, – розголошення чи інше використання цих відомостей. О. І. Перепелиця під незаконним збиранням розуміє отримання інформації шляхом розкрадання, підкупу, використання різноманітних погроз і шантажу щодо осіб, які володіють комерційною таємницею, або їх близьких, незаконне ознайомлення з документами або їх копіювання різними способами, з використанням спеціальних технічних засобів<sup>13</sup>. Водночас В. О. Навроцький під збиранням відомостей, що являють собою комерційну таємницю, розуміє отримання інформації будь-яким способом, а саме: шляхом викрадення, підслуховування, фотографування, аудіо- та відеофіксації, використання різноманітних технічних пристроїв (у тому числі проникнення в комп'ютерні мережі чи мережі електрозв'язку). На його думку, збирання слід вважати незаконним за наявності однієї з таких умов: 1) використання методів збирання, які заборонені законом і вже становлять злочин або інше правопорушення – викрадення предметів або документів; підслуховування телефонних розмов, перлюстрація кореспонденції; отримання інформації шляхом застосування погроз або насильства; втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів) чи автоматизованих систем; 2) відсутність згоди особи, яка правомірно визначила інформацію комерційною таємницею<sup>14</sup>. Але якщо особою обирається такий спосіб збирання відомостей, який сам по собі утворює інший закінчений злочин (наприклад, незаконне проникнення до житла, порушення особистої таємниці, несанкціоноване втручання в роботу комп'ютерів тощо), вказані дії утворюють ідеальну сукупність злочинів<sup>15</sup>.

Наразі неправомірне збирання комерційної таємниці утворює склад відповідного злочину виключно за умов, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання. Таке визначення безпосередньо вказує на загальний підхід до розкриття змісту зазначеного суспільно небезпечного діяння, яке, залежно від наявності певних наслідків, тягне за собою або кримінальну, або адміністративну відповідальність. Таким чином, можна дійти висновку, що збирання відомостей, які становлять комерційну таємницю, – це активна, свідома, вольова, суспільно небезпечна та протиправна поведінка суб'єкта, що чиниться будь-яким способом, який особа вважає необхідним і достатнім для отримання відповідної інформації, що є комерційною таємницею.

Альтернативною протиправною формою поведінки, яка відображає об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 231 КК України, є використання відомостей, що становлять комерційну таємницю. На думку О. Е. Радутного, незаконне використання відомостей, що являють собою комерційну таємницю, може чинитися з певною метою: 1) передача інформації будь-якому адресату; 2) впровадження у власному технологічному або виробничому циклі; 3) вимагання винагороди за повернення чи подальше нерозголошення такої інформації; 4) вчинення дій, спрямованих на підризу ділової репутації або на інше спричинення шкоди конкурентові; 5) використання корисних властивостей зібраної інформації іншим чином<sup>16</sup>. Але слід погодитися з позицією О. І. Перепелиці, що обов'язковою умовою протиправності такого використання є або відсутність згоди особи, яка правомірно визначила інформацію комерційною таємницею, або відсутність законних підстав щодо використання таких відомостей<sup>17</sup>. Відповідно до ст. 19 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» неправомірним використанням комерційної таємниці є впровадження у виробництво або врахування під час планування чи здійснення господарської діяльності без дозволу уповноваженої на те особи відомостей, що становлять комерційну таємницю. Такі дії можуть чинитися як особою, що їх збрала, так і іншими особами, за умов усвідомлення ними неправомірності її отримання.

Наведене дає змогу зробити висновок, що використання інформації, яка становить комерційну таємницю, – це активна, вольова, суспільно небезпечна, протиправна поведінка особи за умов усвідомлення нею, що ці відомості правомірно визначені іншою особою як комерційна таємниця.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 232 КК, вказує на суспільно небезпечне діяння, що полягає у розголошенні комерційної таємниці без згоди її володільця. Водночас необхідно наголосити на невідповідності визначення в законі суб'єкта, без згоди якого вчиняється зазначене суспільно небезпечне діяння. Відповідно до міжнародних нормативно-правових актів та цивільного законодавства України, у наведеному випадку така особа повинна бути визначена як така, що законно контролює цю інформацію, або як особа, яка правомірно визначила інформацію комерційною таємницею.

Термін «розголошення» достатньо поширений у чинному законі про кримінальну відповідальність, а його зміст, як правило, не викликає суперечок у науці кримінального права. Науковці визначають розголошення як протиправний розголос (усне або письмове повідомлення третіх осіб, показ чи передача тих або інших документів чи матеріалів, що містять певну інформацію). Воно може виявлятися як в активній поведінці особи (сповіщення інших осіб, демонстрація документів, розміщення інформації для загального ознайомлення тощо), так і в пасивній формі (ігнорування встановлених правил, заборон чи обмежень, що створює умови для ознайомлення з предметом таємниці). На думку Л. Д. Гаухмана та С. В. Максимова, розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю – це несанкціоноване усіма володільцями такої інформації ознайомлення з нею будь-яким способом хоча б однієї сторонньої особи (тобто особи, яка не є володільцем або співволодільцем такої інформації, або особи, що не має до неї доступу на підставі закону або договору)<sup>18</sup>.

Але ст. 17 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» визначає розголошенням комерційної таємниці ознайомлення іншої особи без дозволу особи, уповноваженої на те, з відомостями, що становлять комерційну таємницю, особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання. Тобто, суспільно небезпечне діяння, що характеризує об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 232 КК України, – це вольова, суспільно небезпечна, протиправна поведінка суб'єкта злочину, що може проявлятися як у вчиненні дії (активної поведінки), так і бездіяльності (пасивної поведінки), за умов, що певна інформація відома особі у зв'язку з її професійною або службовою діяльністю. Водночас злочинна бездіяльність щодо розголошення інформації матиме місце тільки за умов, якщо ознайомлення з відомостями третіх осіб відбулося через невиконання особою своїх обов'язків, які були покладені на неї у зв'язку з професійною або службовою діяльністю.

Особливої уваги потребує положення ст. 18 наведеного Закону, що схиленням до розголошення комерційної таємниці є спонукання особи, якій були довірені в установленому порядку або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків відомості, що становлять комерційну таємницю, до розкриття цих відомостей, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання. Таке схилання слід розглядати як співучасть (підбурювання) до вчинення злочину, передбаченого ст. 232 КК, а у випадку відмови особи, яка схиляється до розголошення комерційної таємниці, як невдале підбурювання (готування до злочину, передбаченого ст. 232 КК України).

<sup>1</sup> Про захист від недобросовісної конкуренції : Закон України від 7 червня 1996 р. № 236/96-ВР // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 25.10.2016).

<sup>2</sup> Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11 січня 2001 р. № 2210-III // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2210-14> (дата звернення: 27.10.2016).

<sup>3</sup> Про Антимонопольний комітет України : Закон України від 26 листопада 1993 р. № 3659-XII // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3659-12> (дата звернення: 28.10.2016).

<sup>4</sup> Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_123](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_123) (дата звернення: 29.10.2016).

<sup>5</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 30.10.2016).

<sup>6</sup> *Нерсисян А. С.* Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності : моногр. / А. С. Нерсисян. – Хмельницьк : Хмельниц. ун-т управління та права, 2010. – 192 с. – С. 27.

<sup>7</sup> Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 05.11.2016).

<sup>8</sup> Кримінальний кодекс України : Закон від 5 квітня 2001 р. № 2341-III // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 03.11.2016).

<sup>9</sup> Кримінальне право України. Особлива частина : підруч. / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін [та ін.] ; за ред. проф. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., перероб. і допов. – Х. : Право, 2015. – 680 с. – С. 243.

<sup>10</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон від 7 грудня 1984 р. № 8073-X // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення: 08.11.2016).

<sup>11</sup> Новий тлумачний словник української мови : у 3 т. : 200000 сл. / уклад. В. Яременко, О. Сліпущко. – 2-е вид., випр. – К. : Аконті, 2007. – Т. 1 : А–К. – 926 с. – С. 740.

<sup>12</sup> *Радутний О. Е.* Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю : моногр. / О. Е. Радутний. – Х. : Ксілон, 2008. – 202 с. – С. 128.

<sup>13</sup> *Перепелица А. И.* Уголовная ответственность за хозяйственные преступления в сфере предпринимательской деятельности : комментарий / А. И. Перепелица. – Х. : Рубикон, 1997. – 136 с.

<sup>14</sup> Навроцький В. О. Господарські злочини : лекції для студ. юрид. ф-ту / В. О. Навроцький; Львів. держ. ун-т ім. І. Франка. – Л., 1997. – 60 с. – С. 31.

<sup>15</sup> Харченко В. Б. Кримінально-правова охорона прав на результати творчої діяльності та засоби індивідуалізації в Україні : моногр. / В. Б. Харченко. – Х. : ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2011. – 479 с. – С. 247.

<sup>16</sup> Радутний О. Е. Вказана праця. – С. 135.

<sup>17</sup> Перепелиця А. И. Вказана праця. – С. 41.

<sup>18</sup> Гаухман Л. Д. Преступления в сфере экономической деятельности / Л. Д. Гаухман, С. В. Максимов. – М. : ЮрИнфоР, 1998. – 296 с.

#### Резюме

**Чорнуха О. С. Об'єктивна сторона злочинів, пов'язаних із неправомірним збиранням, розголошенням та використанням комерційної таємниці.**

У статті розглядаються питання визначення змісту суспільно небезпечної поведінки, пов'язаної з неправомірним збиранням, розголошенням та використанням комерційної таємниці. Аналізується сутність неправомірного збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю як об'єктивних ознак складів злочинів, передбачених статтями 231 та 232 КК України. Дається визначення наведених суспільно небезпечних діянь як ознак об'єктивної сторони складів злочинів, які розглядаються.

**Ключові слова:** право інтелектуальної власності, захист від недобросовісної конкуренції, комерційна таємниця, ноу-хау.

#### Резюме

**Чорнуха А. С. Объективная сторона преступлений, связанных с неправомерным сбором, разглашением и использованием коммерческой тайны.**

В статье рассматриваются вопросы определения содержания общественно опасного поведения, связанного с неправомерным сбором, разглашением и использованием коммерческой тайны. Анализируется сущность неправомерного сбора, разглашения и использования сведений, составляющих коммерческую тайну как объективных признаков составов преступлений, предусмотренных статьями 231 и 232 УК Украины. Дается определение указанных общественно опасных деяний как признаков объективной стороны составов рассматриваемых преступлений.

**Ключевые слова:** право интеллектуальной собственности, защита от недобросовестной конкуренции, коммерческая тайна, ноу-хау.

#### Summary

**Chornukha A. Objective side of crimes, related to illegal collection, disclosure and use of commercial secret.**

In the article questions are examined of determination of maintenance publicly of dangerous conduct, related to illegal collection, disclosure and use of commercial secret. Essence of illegal collection, disclosure and use of lists is analysed, constituents commercial secret as objective signs of compositions of crimes, foreseen the articles 231 and 232 Criminal code of Ukraine. Determination is given indicated publicly dangerous acts as signs of objective side of compositions of the examined crimes.

**Key words:** right of intellectual ownership, protecting from an unfair competition, commercial secret, now-how.

УДК 343.3

А. Д. о. ГУЛИЕВ

*Ариф Джамиль оглы Гулиев, доктор юридических наук, профессор Национального авиационного университета, заслуженный работник образования Украины, академик Украинской академии наук, глава ОО «Ученый совет азербайджанцев Украины»*

### ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ТЕРРОРИЗМ – НЕОТЪЕМЛЕМЫЙ ЭЛЕМЕНТ ПОЛИТИКИ ЭКСПАНСИИ НАГОРНОГО КАРАБАХА АЗЕРБАЙДЖАНА

Террор, если перевести это слово с латинского, означает страх, ужас<sup>1</sup>. Единого определения этого явления в международных документах не существует. Однако практически все исследователи отмечают, что терроризм можно охарактеризовать как стремление к достижению политических или иных публичных целей с помощью насильственных методов: убийств, захватов заложников, похищений людей, диверсионных актов и т.д.

Корни армянского терроризма уходят в конец прошлого века и связаны с созданием в 1890 г. революционной партии «Дашнакцутюн»<sup>2</sup>. История становления этой партии показывает, что основным методом политической борьбы «Дашнакцутюн» была и остается организация террора, грабежей и убийств. Позже все свои террористические акции армянские боевики прикрывали лозунгом «мести за геноцид» и борьбы за создание «великой Армении»<sup>3</sup>. В середине 70-х гг. прошлого столетия дашнаки создали ряд самостоятельных террористических организаций, из которых наиболее активной является АСАЛА. В период существования СССР АСАЛА осуществила несколько десятков террористических актов, против турецких объектов, что по идее их инициаторов должно было способствовать международному признанию т.н. армянского вопроса, т.е. геноцида «армян» в 1915 г. в Турции<sup>4</sup>.

С середины 80-х гг. XX ст. по настоящее время армянский государственный терроризм в своем развитии прошел два организационных этапа.

**Первый** связан с последними годами СССР, когда руководство Армении, стремившееся к независимости от контроля центральных органов советской власти, начало широкомасштабную кампанию по сбору в Ереване активистов радикальных организаций зарубежной диаспоры, а по сути – боевиков различных террористических организаций, созданных «Дашнакцутюн» АСАЛА, МАГ, «Союз армян», «Армянский Освободительный Фронт» и др.<sup>5</sup> Используя создавшуюся в регионе ситуацию вакуума контроля, на территорию Азербайджана, населенную армянами, по линии помощи, оказываемой армянской диаспорой через Армению стали направляться террористы, оружие и финансы из Ирана, Ливана, Франции, США, России, Греции и других стран. Правительство Армении дало разрешение на деятельность в республике указанных организаций, предоставило убежище находящимся в розыске активистам, обеспечило деньгами, поддельными документами, транспортом и оружием.

**Второй этап** реализации задач, стоящих перед международным сообществом армянских террористов, связан с дальнейшим становлением государственной независимости Армении. После реорганизации спецслужб Армении «стихийный» период деятельности армянских террористических организаций завершился.

Таким образом, **разноликий** армянский терроризм всё более приобретает государственное лицо.

В Ереване уже на государственном уровне организовываются компании по поддержке армян, осужденных за теракты. Так, для реабилитации уроженца Сирии, члена АСАЛА Варужана Карапетяна, осужденного во Франции за взрыв в июне 1983 г. в аэропорту г. Орли, спецслужбами Армении через возможность Эчмиадзинской церкви был осуществлен сбор около миллиона подписей с требованиями об его освобождении.

Прибывающие в Ереван террористы впервые были задействованы в изгнании азербайджанцев из Армении. В атмосфере террора и всеобщего психоза с их участием насильственным путем было убито свыше 100, изгнано около 250 тыс. азербайджанцев. Позже, пытаясь переложить вину за раскрытые и ставшие достоянием мировой общественности факты деятельности в Армении зарубежных террористических организаций, бывший президент Л. Тер-Петросян пытался всё свалить на свою оппозицию в лице дашнаков. В своём

известном выступлении в парламенте Армении он заявил: «Дашнакцутюн» создало на территории Армении запрещенные законом ячейки, кружки, и молодежные организации».

Выпущенный из французской тюрьмы известный международный террорист, гражданин США Монте Мелконян появился в Армении в 1990 г. и сразу же был переправлен в Нагорный Карабах. Являясь руководителем АСАЛА и профессиональным террористом, он был учеником известного международного террориста Карлоса. Пройдя школу по подготовке террористов в долине Бека в Ливане, среди единомышленников он слыл специалистом по взрывным устройствам. Свой опыт сполна он использовал и в Карабахе, где руководил террористическими группами, которые участвовали в осуществлении вышеперечисленных акций.

Впоследствии в ходе боя с частями азербайджанской армии летом 1993 г. Монте Мелконян был убит. На его похоронах в г. Ереване приняли участие почти все официальные лица «демократической» Армении, включая президента. Он объявлен национальным героем Армении<sup>6</sup>, а его именем назван один из диверсионных центров Министерства обороны РА.

На фоне выступлений армян Карабаха за «самоопределение», «справедливое урегулирование конфликта» и их «борьбы за исторические права» правительство Армении направляло в регион всё новых членов АСАЛА. Так, в 1992 г. в г. Ханкенди вертолетом из Еревана был переброшен Вазген Сислян – террорист, участвовавший в захвате турецкого посольства в Париже в 1981 году. Переквалифицировавшись в «борца за свободу Арцаха» (Карабаха), в интервью газете «Московские новости» Сислян заявил, что политика насилия имеет большую важность для привлечения общественного внимания к армянскому делу.

Свою «лепту» в истреблении мирных азербайджанских жителей, крестьян Карабаха внесли также террористы с Ближнего Востока Абу Али и Гильберт Минасян, побывавшие в Ереване и Карабахе и дополнившие кровавые деяния своих сообщников<sup>7</sup>.

Согласно материалам различных СМИ, армянскими террористами в Нагорном Карабахе в 1989–1994 гг. было совершено 29 крупных терактов на средствах транспорта, сбито два гражданских вертолета и два самолета.

Так, 16 сентября 1989 г. армянскими террористами был взорван автобус «Тбилиси-Баку»<sup>8</sup>. Погибло пять человек, ранено 25. 7 октября 1989 г. террористом Абрамяном был взорван мост на окраине Ханкенди. Группой Аванесяна 16 февраля 1990 г. был осуществлен взрыв в маршрутном автобусе «Шуша – Баку». Было убито два и ранено 13 мирных граждан. 10 июня 1990 г. бандой Аркадия Асрияна было совершено нападение на автоколонну в Кельбаджарском районе Азербайджанской Республики. 10 августа 1990 г. другая группа террористов взорвала пассажирский автобус, следовавший маршрутом «Тбилиси – Агдам»<sup>9</sup> (убито 20 и ранено 30 человек). Указанная группа была арестована и осуждена в Грузии после неудавшегося теракта в июле 1991 г. в автобусе по маршруту «Тбилиси – Баку».

Группой террористов, орудующих на дороге Лачин – Шуша 9 января 1991 г. в автомобиле были расстреляны корреспондент газеты «Молодежь Азербайджана» С. Аскерова и три офицера Советской Армии<sup>10</sup>. Несмотря на то, что организаторы и исполнители теракта А. М. Мкртчян, Т. А. Петросян, А. А. Мангасарян и Т. М. Арутюнян были арестованы и приговорены судом к высшей мере наказания – расстрелу, в настоящее время они нашли убежище в Армении.

Официальный Ереван, вооружая различные группы террористов современным оружием, в том числе зенитно-ракетным, непосредственно несет ответственность за теракт, совершенный 20 ноября 1991 г. вблизи села Каракент Ходжавендского района Азербайджана<sup>11</sup>. Подобные злодеяния оказались не единственными.

Кровавым венцом армянской террористической вакханалии является геноцид<sup>12</sup>, устроенный в Карабахе в феврале 1992 г. над целым городом Ходжалы, население которого составляло 7 тысяч человек. В ходе крупномасштабной акции после захвата Ходжалы армянскими формированиями при участии «зарубежных специалистов» и регулярных российских спецподразделений было зверски заколото, расстреляно и убито около 1000 мирных азербайджанских граждан. Ныне город, расположенный на оккупированной армянами территории, превращен в развалины. Акция была осуществлена для устрашения и с целью поколебать надежду азербайджанского населения Карабаха на мирные проживание в указанном регионе Азербайджана. Данная практика была продолжена и в ходе захвата основного центра карабахских азербайджанцев г. Шуши, где к настоящему времени уничтожены все памятники культуры, свидетельствующие о его исторической принадлежности Азербайджану.

Армянские террористы, не ограничиваясь территорией самого Азербайджана, перекинули свою деятельность и на территории других сопредельных регионов, в особенности Российской Федерации. Так, в Ростове-на-Дону в 1991 г. ими было осуществлено убийство заместителя начальника Управления внутренних войск в Закавказье полковника Владимира Блахотина. Из географии приведенных ниже терактов следует, что по замыслу вдохновителей армянского терроризма кровавое кольцо должно было опоясать Азербайджан по всему периметру его границ. В этой связи из Армении в сопредельные страны были направлены несколько групп террористов. Их усилиями был совершен ряд взрывов на железнодорожных путях, соединяющих Азербайджан с соседними странами: 30 мая 1991 г. вблизи станции Хасавюрт (Дагестан) взорван пассажирский поезд «Москва – Баку», погибло 11 и ранено 22 человека. 31 июля 1991 г. вблизи станции Темиртау (Дагестан) взорван поезд, следовавший до Баку, погибло 16 и ранено 20 человек. 8 января 1992 г. взорван морской паром «Красноводск – Баку», погибло 25 и ранено 88 человек. 28 февраля 1993 г. вблизи станции Гудермес (Чечня) взорван пассажирский поезд «Кисловодск – Баку», погибло 11 и ранено 18 чело-

век. 1 февраля 1994 г. на железнодорожном вокзале г. Баку взорван пассажирский поезд «Кисловодск – Баку», погибло 3 и ранено свыше 20 человек. 13 апреля 1994 г. на станции «Дагестанские огни» (РФ) взорван пассажирский поезд «Москва – Баку», погибло 6 и ранено 3 человека.

В результате перечисленных терактов основную массу погибших и искалеченных людей составили гражданские лица из числа азербайджанцев.

Одним из направлений деятельности спецслужб Армении стало использование традиционных армянских террористических организаций в государственных интересах Армении.

Так, в г. Пятигорске под прикрытием ассоциации «Казис» армянскими спецслужбами был создан центр, занимающийся диверсионно-подрывной работой против Азербайджана. Деятельностью центра руководили кадровые офицеры МНЕ Армении, которые занимались подготовкой и осуществлением терактов. Отличительной особенностью Пятигорского центра стало то, что в своей деятельности им были сделаны акценты на индивидуальный террор – убийства. Так, исходя из опубликованных в СМИ Азербайджана обличительных материалов, можно полагать, что центр причастен к убийству нескольких азербайджанских бизнесменов, работающих на Северном Кавказе. Центр имеет также прямое отношение к серии взрывов на железнодорожных путях, идущих из Северного Кавказа в Азербайджан. В настоящее время террористы из указанного центра скрываются в Армении. О причастности силовых структур Армении к террористической деятельности в Азербайджане свидетельствуют многочисленные факты расследования по делу Хатковского, а также взрыва в бакинском метро в марте 1994 г., осуществленного активистами лезгинского сепаратистского движения «Садвала». Исходя из преданных огласке материалов следует, что в 1992 г. спецслужбы РА, с целью осуществления акции террора на территории Азербайджана, установили контакт с лидерами «Садвала». В апреле 1992 г. 17 активистов «Садвала» проходили обучение по ведению диверсионных операций в поселке Лусакер Наирийского района Армении. В последующем, в марте 1994 г., ими был произведен взрыв бакинского метро. В результате погибло 14 человек, 42 получили ранения. В ходе следствия доказано, что в Армении их инструктировали и обучали взрывному делу сотрудники спецслужб, а также армяне-террористы из-за рубежа. В августе 1993 г. на железнодорожном вокзале в г. Баку спецслужбами Азербайджана при попытке совершения очередного теракта задержан гражданин РФ Игорь Хатковский, который признался, что был завербован сотрудниками армянских спецслужб с целью проведения на территории Азербайджана диверсионных и террористических актов. Было установлено, что в засылке И. Хатковского в Азербайджан принимали активное участие должностные лица нацбезопасности Армении подполковник Д. Оганесян и майор А. Галоян, а также причастные к спецслужбам РА жители г. Москвы Б. Симонян и В. Петросян. Следствием задокументированы и доказаны факты осуществленного И. Хатковским в июне 1993 г. взрыва пассажирского вагона на железнодорожном вокзале г. Баку, минирование в мае 1993 г. грузового состава на станции г. Дербент. Организаторы акций были арестованы спецслужбами России, при них были обнаружены взрывчатые средства. В ходе следствия они признались в содеянном.

Однако в последующем судебное разбирательство по организаторам терактов, по личной просьбе президента Армении Л. Тер-Петросяна, было переведено из Москвы в периферийный г. Тамбов. Вскоре после суда возглавлявший группу подполковник Джаан Оганесян – начальник отдела диверсионных операций ГУНБ Армении и его заместитель майор Ашот Галоян, как и другие организаторы преступлений, были отпущены и нашли укрытие на территории Армении. Несмотря на неоднократные обращения прокуратуры Азербайджана, преступников не только не выдали, а напротив они были повышены в званиях в Армении. О политике государственного терроризма нынешнего руководства Армении и ее причастности к международному терроризму свидетельствуют и другие факты.

Поставив на службу государственным интересам международный террор, официальный Ереван активно пытается использовать в русле этой политики и «курдский вопрос».

Он, как явление, должен уйти из жизни человечества. Находясь рядом с таким сепаратистским костром, как Нагорно Карабах, мы хорошо почувствовали, что такое терроризм. Поэтому Азербайджан после событий 11 сентября одним из первых поддержал борьбу против международного терроризма и сегодня активно участвует в этой борьбе<sup>13</sup>.

Таким образом, приведенные в данной статье факты и доводы дают, как нам представляется достаточно основанный признать армянский терроризм как часть государственной политики руководящих структур Республики Армении, направленной на экспансию Нагорного Карабаха Азербайджанской Республики.

Официальному Еревану, несмотря на все усилия, за весь период с начало конфликта не удалось убедить международное сообщество в обоснованности своих притязаний на часть территории Азербайджанской Республики. Пределом достижений армянской стороны стали лишь крайне сомнительные мнения отдельных неправительственных организаций гнусные действия руководимых ею террористических центров, исправно отрабатывающих финансовые вливания в свои бюджетные претворения в жизнь преступных политических заказов.

Позиция Азербайджанской Республики всегда была конструктивной и носит миролюбивый характер. Несмотря на нанесенный ущерб, армянской стороне предлагается мир на основе международного права, справедливости и гуманности, гарантия безопасности армянскому населению Нагорного Карабаха, в том числе гуманитарного коридора между Нагорным Карабахом и Республикой Армения. Азербайджан – за восстановление на взаимной основе нормального функционирования коммуникаций и обсуждение статуса Нагорного Карабаха в составе Азербайджанского государства.

Азербайджан в Совете Европы документально доказал, что территория Нагорного Карабаха является неконтролируемой. Она стала одной из основных дорог распространения наркотических веществ. Там создано и кладбище ядерных отходов. Уничтожены все азербайджанские памятники, ценности, школы, мечети.

Азербайджан достаточно подробно сообщил в Совете Европы, мировых структур о многочисленных террористических актах и произвел там колоссальное впечатление. Поэтому нам лучше, чем многим другим, известно о том, насколько опасен террор. Террор на земле должен быть искоренен, против кого бы он ни был направлен. Мы внесем свой вклад в искоренение террора. Но вместе с тем все мировое сообщество должно знать, что следует дать отпор и террору, направленному против Азербайджана.

<sup>1</sup> Словарь иностранных слов. – М., 1987. – С. 494.

<sup>2</sup> Мархулия Г. Р. Армяне в поисках Армении. Генеральная линия партии «Дашнакцутюн». – Тбилиси: Универсал, 2010. – С. 55–114.

<sup>3</sup> Файгл Э. Правда о терроре. Армянский терроризм истоки и причины. – Баку: Азернешр, 2000. – 176 с.; Преступления армянских террористических и бандитских формирований против человечества (XIX–XX вв.) / под. ред. Р. Мустафаева. – Баку, 2002. – С. 47–48.

<sup>4</sup> Документы и материалы по внешней политике Закавказья и Грузии. – Тифлис, 1919. – № 46. – С. 83–84; *Намик Алиев*. Агрессия Республики Армения против Азербайджанской Республики и ее правовые последствия: сборник документов. – Тбилиси: Универсал, 2009. – 180 с.

<sup>5</sup> Деятельность армянских террористических организаций против Азербайджана [Текст] / Фонд Гейдара Алиева. – Баку : Фонд Гейдара Алиева, 2006. – 14 с. – С. 5. (Из серии «Карабахские реалии»).

<sup>6</sup> Памяти Монте // Голос Армении. – 1997. – 27 ноября.

<sup>7</sup> *Tutunsi M.* Caucasus. War & Peace. The New World Disorder & Caucasian. – Haarlem, SOTA, 1998.

<sup>8</sup> Деятельность армянских террористических организаций против Азербайджана [Текст] / Фонд Гейдара Алиева. – Баку : Фонд Гейдара Алиева, 2006. – 14 с. – С. 5–8. (Из серии «Карабахские реалии»).

<sup>9</sup> Там же.

<sup>10</sup> Бакинский рабочий. – 1991. – 11 января.

<sup>11</sup> Там же.

<sup>12</sup> *Мехтиев Р.* Реаліі геноциду азербайджанців / Раміз Мехтієв. – Х.: Форд, 2009. – 176 с.

<sup>13</sup> *Гулиев А.* Институт президентства в противодействии международному терроризму: сравнительно-правовой анализ законодательств Украины и Азербайджанской Республики : моногр. / Ариф Гулиев. – К. : НАУ, 2012. – 440 с.

#### Резюме

**Гулиев А. Д. о. Государственный терроризм – неотъемлемый элемент политики экспансии Нагорного Карабаха Азербайджана.**

В статье представляется достаточно оснований признать армянский терроризм как часть государственной политики руководящих структур Республики Армения, направленной на экспансию Нагорного Карабаха Азербайджанской Республики.

**Ключевые слова:** государственный терроризм, геноцид, террор, армянский терроризм, сепаратизм, Нагорный Карабах, экспансии, Армения, Азербайджан, теракты.

#### Резюме

**Гулієв А. Д. о. Державний тероризм – невід’ємний елемент політики експансії Нагорного Карабаху Азербайджану.**

У статті наводиться достатньо причин для того, щоб визнати вірменський тероризм частиною державної політики керівних структур Республіки Вірменії, спрямованої на експансію Нагорного Карабаху Азербайджанської Республіки.

**Ключові слова:** державний тероризм, геноцид, терор, вірменський тероризм, теракти.

#### Summary

**Guliev A. The state terrorism – an essential element of the expansion policy of Nagorno-Karabakh Azerbaijan.**

The article presents a sufficient reason to recognize the Armenian terrorism as part of state policy of governing structures of the Republic of Armenia aimed at the expansion of the Nagorno-Karabakh of the Republic of Azerbaijan.

The emergence of the bloody trail of the Armenian state terrorism in the territory of Azerbaijan is directly related to the purposeful activity of state structures of Armenia on the exclusion of Nagorno-Karabakh in the last years of the USSR, and in the period of the independent Azerbaijan.

**Key words:** state terrorism, genocide, terror, Armenian terrorism, separatism, Nagorno-Karabakh, expansion, Armenia, Azerbaijan, terrorist attacks.

А. В. ПАЗЮК

*Андрій Валерійович Пазюк, доктор юридичних наук, доцент Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ЗАХИСТУ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ У ПОЛІЦЕЙСЬКОМУ СЕКТОРІ: СУЧАСНИЙ СТАН І ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ

Законодавче забезпечення захисту персональних даних в Україні знаходиться у стані розвитку, про що, зокрема, свідчать періодичні зміни в чинному Законі України «Про захист персональних даних», і це є позитивною ознакою розвитку національної галузі інформаційного права. Між тим, більш розгалуженого регулювання питань обробки персональних даних потребують усі сектори економіки та сфери правозастосування, зокрема й правоохоронна діяльність. У цій сфері необхідність науково-теоретичного осмислення проблематики захисту персональних даних практично пов'язана, серед іншого, з ухваленням законодавчих актів у сфері запобігання і боротьби з корупцією, що передбачають електронне декларування, відкритий доступ громадськості до персональних даних і заходи з моніторингу способу життя посадовців.

Тому орієнтація законодавця на міжнародні стандарти у цій сфері допоможе запобігти зловживанням владою та порушенням прав людини. Про нагальність дослідження цієї теми свідчить відкриття Конституційним Судом України провадження за зверненням народних депутатів України про визнання неконституційними окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», зокрема в частині втручання у приватне життя як посадовців, так і близьких ним осіб<sup>1</sup>.

*Проблематика* захисту [прав осіб стосовно обробки]\* персональних даних у правоохоронній діяльності, зокрема в сфері боротьби з корупцією, й досі залишається не достатньою мірою дослідженою в українській правовій науковій думці. Перші спроби підійти до цієї тематики були зроблені п'ятнадцять років тому в праці автора<sup>2</sup>. Серед сучасніших публікацій можна виділити колективну науково-педагогічну роботу для викладання спецкурсу з цієї тематики підготовано за сприянням Ради Європи вітчизняними науковцями-практиками М. В. Бемом, І. М. Городиським, Г. Сагтоною, О. М. Родіоненкою<sup>3</sup>. Однак навіть згадана публікація, датована 2015 р., вже певною мірою втратила актуальність, що пов'язано зі стрімким розвитком цієї сфери та насамперед реформою європейського законодавства з питань захисту персональних даних, проведеною в Європейському Союзі у 2016 році.

**Метою** цієї статті є аналіз актуального стану розвитку європейських стандартів у сфері правового регулювання обробки персональних даних, що, зокрема, має сприяти удосконаленню теоретичного розуміння питань захисту права людини на захист персональних даних, покращенню якості законотворчої діяльності, наближенню законодавства України до кращих світових стандартів у цій сфері.

Викладення основного матеріалу почнемо з аналізу нормотворчості і застосування права Ради Європи, а далі – в законодавстві Європейського Союзу. Концепція права на захист персональних даних, за часом, виникла пізніше прийняття Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (ЄКПЛ), проте Комісія і Суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) долучились до розвитку концепції, базуючись на широкому тлумаченні «права на повагу» до приватного життя, яке гарантоване в ст. 8 ЄКПЛ.

Практика ЄСПЛ стосовно порушення права на захист персональних даних ґрунтується на застосуванні ст. 8 ЄКПЛ. Приватне життя в інформаційному контексті включає в себе конфіденційність комунікацій, що охоплюють секретність телефонних розмов, електронної пошти та інших форм спілкування; інформаційну недоторканність приватного життя, в тому числі персональних даних в Інтернеті<sup>4</sup>. Категорія «персональні дані» охоплює не тільки друковану текстову інформацію, а й також зображення людини (фотографії, відео і голос)<sup>5</sup>, у тому числі зафіксовані у громадських місцях<sup>6</sup>. Такий вид контенту (інформаційного наповнення) може включати в себе також конфіденційну особисту інформацію про сімейне життя<sup>7</sup>.

Державні органи мають право на отримання у постачальників (провайдерів) послуг з доступу до Інтернету інформації, що стосується користувачів, якщо це відповідає вимогам закону, має законну мету, а також є необхідним у демократичному суспільстві й пропорційним обмеженням<sup>8</sup>.

Питання захисту персональних даних на універсальному міжнародному рівні регламентується вищезгаданою спеціальною Конвенцією Ради Європи № 108 «Про захист індивідів щодо автоматизованої обробки персональних даних» (м. Страсбург, 1981)<sup>9</sup>, яка відкрита для участі не лише держав-членів Ради Європи, а будь-яких держав та міжнародних організацій. Так само й Додатковий протокол щодо органів нагляду та транскордонних потоків даних (м. Страсбург, 2001 р.), який доповнив Конвенцію положеннями щодо обов'язковості функціонування незалежного органу (органів) нагляду та перевірки адекватності рівня захис-

© А. В. Пазюк, 2016

\* Скорочення терміна «захист прав осіб стосовно обробки персональних даних» на більш лаконічний – «захист персональних даних» є загальноприйнятим.



ту у разі передачі персональних даних до одержувачів під юрисдикціями держав, що не є учасницями Конвенції<sup>10</sup>.

Конвенцію № 108 і Додатковий протокол ратифіковано Законом України № 2438-VI від 6 липня 2010 р.<sup>11</sup>. Закон України «Про захист персональних даних» від 1 липня 2010 р. № 2297-VI<sup>12</sup> заснований на положеннях Конвенції № 108 і Додаткового протоколу до неї.

Під «обробкою» персональних даних розуміється будь-яка дія або сукупність дій, таких як: збирання, реєстрація, накопичення, зберігання, адаптування, зміна, поновлення, використання, поширення (розповсюдження, реалізація, передача), знеособлення, знищення тощо (ст. 2 Закону України «Про захист персональних даних»).

Загальні принципи обробки персональних даних визначені у ст. 5 Конвенції № 108, яким кореспондують положення ст. 6 Закону України «Про захист персональних даних». Зокрема, персональні дані, що піддаються автоматизованій обробці, повинні: а) отримуватися та оброблятися сумлінно та законно; б) зберігатися для визначених і законних цілей та не використовуватися в спосіб, не сумісний із цими цілями; с) бути адекватними, відповідними та не надмірними стосовно цілей, для яких вони зберігаються; д) бути точними та в разі необхідності оновлюватися; е) зберігатися у формі, яка дозволяє ідентифікацію суб'єктів даних не довше, ніж це необхідно для мети, для якої такі дані зберігаються.

У практиці правозастосування ЄСПЛ (ст. 8 ЄКПЛ) також було підкреслено важливість таких положень, що відображені як принципи обробки персональних даних у ст. 5 Конвенції № 108:

– *принцип законності обробки персональних даних* (мета та підстави обробки персональних даних визначені в законодавстві) – справи «Ротару проти Румунії», «М. К. проти Румунії», «Заїченко проти України», «П. Г. проти Об'єднаного Королівства», «Кеннеді проти Великобританії», «Гардель проти Франції»;

– *принцип легітимної мети* (конкретні і законні цілі обробки) – справи «М. К. проти Франції», «Л. Х. проти Латвії», «Леандер проти Швеції»;

– *принцип необхідності та пропорційності обробки* (адекватності, відповідності та ненадмірності персональних даних, обмеження ідентифікації – не довше, ніж це необхідно для законних цілей) – справи «Гардель проти Франції», «С. і Марпер проти Великобританії», «Л. Х. проти Латвії», «Узун проти Німеччини»; «М. К. проти Франції»;

– *принцип якості даних* (персональні дані мають бути точними, достовірними та оновлюватися в міру потреби, визначеної метою їх обробки) – справи «Гарнага проти України», «Чуботару проти Румунії»;

– *принцип добросовісності і підвітності* (відкритості, прозорості обробки із застосуванням засобів та у спосіб, що відповідають визначеним цілям такої обробки, контролю) – справи «Леандер проти Швеції», «Шимоволос проти Росії», «Гаскін проти Великобританії», «І. проти Фінляндії»<sup>13</sup>.

Стосовно особливої категорії персональних даних, т. зв. «вразливих даних», встановлені особливі вимоги, як-от виключність обставин і наявність додаткових гарантій. До особливої категорії даних у ст. 6 Конвенції № 108 віднесено персональні дані, що свідчать про расову приналежність, політичні, релігійні чи інші переконання, а також дані, що стосуються здоров'я, статевого життя або засудження в кримінальному порядку.

З метою забезпечення дотримання правил обробки персональних даних для суб'єктів даних передбачені відповідні права у ст. 8 Конвенції, що включають можливість: а) з'ясувати існування файлу персональних даних для автоматизованої обробки, його головні цілі, а також особу та постійне місце проживання чи головне місце роботи контролера файлу; б) отримувати через обґрунтовані періоди та без надмірної затримки або витрат підтвердження або спростування факту зберігання персональних даних, що її стосуються, у файлі даних для автоматизованої обробки, а також отримувати такі дані в доступній для розуміння формі; в) вимагати у відповідних випадках виправлення або знищення таких даних, якщо вони оброблялися всупереч положенням внутрішнього законодавства; г) використовувати засоби правового захисту в разі порушення вищезазначених прав.

Наслідуючи формулювання ч. 2 ст. 8 ЄКПЛ, у Конвенції № 108 (ст. 9) передбачається можливість застосування обмежень «у відповідності із законом», якщо вони є в демократичному суспільстві необхідним заходом, спрямованим на: а) захист державної та громадської безпеки, фінансових інтересів держави або на боротьбу з кримінальними правопорушеннями; б) захист суб'єкта даних або прав і свобод інших людей.

Адаптація положень Конвенції № 108 до вимог часу, її пристосування до різних сфер, в яких відбувається обіг персональних даних, здійснювалась Комітетом Міністрів Ради Європи шляхом схвалення профільних рекомендацій, що мають характер «м'якого права» Ради Європи<sup>14</sup>. Запланований перегляд Конвенції № 108 очікується після вступу в дію нового покоління законодавства у сфері захисту персональних даних в Європейському Союзі у 2018 р., на розвиток якого суттєво вплинула практика як Європейського Суду з прав людини (ЄСПЛ), так і Суду Європейського Союзу (Суд ЄС).

Право на захист персональних даних – міжгалузевий інститут права ЄС і автономне юридичне право людини. Про це, зокрема, свідчить включення норми щодо захисту персональних даних до ст. 16 Договору про функціонування Європейського Союзу як однієї з його інституційних основ<sup>15</sup>.

У Хартії прав Європейського Союзу, що включена як невід'ємна частина до Лісабонського Договору, праву на захист персональних даних присвячена ст. 8<sup>16</sup>. У свою чергу, право на повагу до приватного і сімейного життя окремо передбачено у ст. 7 Хартії. Цим, зокрема, підкреслюється автономний юридичний характер права на захист персональних даних, який впливає з поширення правил захисту персональних даних не лише на приватне життя, а й публічну сферу.

Базові та спеціальні нормативно-правові акти з питань захисту персональних даних в ЄС пройшли декілька етапів розвитку. До цього часу в Європейському Союзі залишається чинною *Директива 95/46/ЄС «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних»* від 24 жовтня 1995 року<sup>17</sup>.

Спеціальні правила стосовно обробки персональних даних в правоохоронній діяльності визначені в *Директиві щодо захисту фізичних осіб стосовно обробки персональних даних уповноваженими органами в цілях запобігання, розслідування, встановлення або переслідування кримінальних правопорушень або виконання кримінальних покарань та щодо безперешкодної передачі таких даних* (далі – Директива про обробку даних для боротьби із злочинністю)<sup>18</sup>. Ця Директива вступає в дію разом із Регламентом у квітні 2018 року.

У 2016 р. в Європейському Союзі було прийнято нові правила щодо поводження з персональними даними. На заміну Директиви 95/46/ЄС прийнято *Загальний Регламент ЄС про захист даних* (далі – Регламент), який вступить в дію у квітні 2018 року<sup>19</sup>.

Спеціальні правила стосовно обробки персональних даних в правоохоронній діяльності визначені в *Директиві щодо захисту фізичних осіб стосовно обробки персональних даних уповноваженими органами в цілях запобігання, розслідування, встановлення або переслідування кримінальних правопорушень або виконання кримінальних покарань та щодо безперешкодної передачі таких даних* (далі – Директива про обробку даних для боротьби із злочинністю)<sup>20</sup>. Ця Директива вступає в дію разом із Регламентом у квітні 2018 року.

Спеціальні вимоги для збереження персональних даних в телекомунікаційному секторі визначені в Директиві 2006/24/ЄС<sup>21</sup>. Зокрема, ця Директива містить правила, згідно з якими провайдери інтернет-послуг та інші телекомунікаційні компанії повинні зберігати персональні дані про користувачів та детальну інформацію про використання засобів електронного зв'язку (мета-дані), що підлягала наданню на запити правоохоронних органів\*.

Суд Європейського Союзу (Суд ЄС) у своїй практиці не оминув питання захисту персональних даних, що значною мірою вплинуло на зміст нових правил захисту персональних даних в Європейському Союзі. Зупинимось на правових позиціях Суду ЄС більш докладно, оскільки в них розглянуто низку питань, що стосуються обробки (пошуку, збирання, зберігання) персональних даних третіх осіб.

У своєму рішенні від 8 квітня 2014 р., визнаючи Директиву 2006/24/ЄС недійсною, Суд ЄС постановив, що збереження персональних даних з метою розслідування злочинів відповідає вимогам європейського законодавства і є «необхідним у демократичному суспільстві», але вимоги, викладені в Директиві, є непропорційними, оскільки вони:

- тягнуть за собою широкомасштабні та особливо серйозні порушення фундаментальних прав – права на захист персональних даних і права на повагу до приватного життя;
- не окреслюють, як з процесуальної так і матеріальної точок зору, поняття «серйозного злочину»;
- не встановлюють чіткі й точні правила щодо регулювання ступеня втручання у фундаментальні права;
- не створюють достатніх гарантій для забезпечення ефективного захисту збережених персональних даних від ризиків незаконного використання, доступу та використання цих даних;
- не забезпечують застосування достатньо високого рівня захисту і безпеки з боку провайдерів шляхом впровадження технічних та організаційних заходів;
- період збереження персональних даних (від 6 до 24 місяців) занадто загальний і має бути адаптований до конкретних цілей (злочинів, з якими необхідно боротися);
- не забезпечує незворотного видалення персональних даних наприкінці періоду збереження даних<sup>22</sup>.

Іншою широко відомою стала справа про «*право бути забутим*». У рішенні від 13 травня 2014 р. Суд ЄС дав оцінку поняттю «обробка персональних даних» в контексті діяльності пошукового сервісу *Google*. Заявник через іспанські суди вимагав видалення застарілої інформації про продаж нерухомості, що містилася в пошукових результатах *Google*, які відсилали користувачів до архіву газети, в якій містилося відповідне оголошення заявника.

У рішенні Суд ЄС постановив:

1) по-перше, діяльність пошукової системи, що складається з пошуку інформації, опублікованої або розміщеної в Інтернеті третіми особами, автоматичне індексування, тимчасове зберігання і, нарешті, що робить доступними результати пошуку для інтернет-користувачів за відповідним рейтингом, повинна бути класифікована як «обробка персональних даних» в значенні ст. 2 (б) Директиви 95/46/ЄС, коли ця інформація містить персональні дані і, по-друге, оператор пошукової системи повинен бути розцінений як «контролер» щодо цієї обробки, за змістом ст. 2 (d) Директиви 95/46/ЄС;

2) правила захисту даних ЄС (Директива 95/46/ЄС) застосовуються до операторів пошукових систем, якщо у них є філія або дочірнє підприємство в державі-члені, які сприяють продажу рекламних площ, пропонувананих пошуковою системою;

3) оператор пошукової системи зобов'язаний видалити зі списку відображуваних після пошуку результатів персональні дані, опубліковані третіми особами на веб-сторінках, навіть якщо вони відповідають вимогам закону, *однак*;

4) рішення з цього питання буде залежати від результатів співвідношення інтересів суб'єкта персональних даних та легітимних суспільних потреб, що включатиме оцінювання, чи не переважає загальносуспіль-

\* Директива визнана недійсною рішенням Суду ЄС від 8 квітня 2014 року.

ний інтерес в доступі до інформації, про яку йдеться, шляхом включення до списку пошукових результатів в кожному окремому випадку<sup>23</sup>.

На підставі проведеного аналізу актуального стану розвитку міжнародно-правових стандартів захисту персональних даних встановлено наявність базових мінімальних стандартів у сфері захисту персональних даних, схвалених Радою Європи 35 років тому (Конвенція № 108), яких Україна має дотримуватись. При оцінці чинного галузевого інформаційного законодавства України у сфері захисту персональних даних (Закон України «Про захист персональних даних»), а також спеціальних нормативно-правових актів у сфері обробки персональних даних (таких як Закон України «Про запобігання корупції») слід орієнтуватися на нове покоління актів Європейського Союзу, зокрема *Загальний Регламент ЄС про захист даних (2016)*, а також спеціальні правила захисту персональних даних у правоохоронній сфері (*Директива 2016/680*). Практика ЄСПЛ та Суду ЄС за цією категорією справ є вкрай важливою для врахування при розробці проектів нормативно-правових актів, застосуванні діючого законодавства та його тлумаченні.

*Подальшій науковій розробці* автора в цій сфері включатимуть аналіз положень Закону України «Про запобігання корупції» щодо збирання та обробки та оприлюднення персональних даних посадовців в ході електронного декларування на відповідність вищезазначеним вимогам європейських стандартів.

<sup>1</sup> Конституційне подання 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень абзацу чотирнадцятого частини першої статті 1, пункту 3 частини першої статті 3, пункту 2 частини першої статті 12, пункту 2 з приміткою 1, пунктів 3, 8, 9, 10, 11 частини першої статті 46, частини третьої статті 46, абзаців другого, третього частини першої статті 47, частин першої, третьої статті 50, статті 51, частини другої статті 52, підпункту 3 пункту 3 частини п'ятої Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 року № 1700-VI, статті 3661 Кримінального кодексу України // КСУ. – Електрон. дані. – 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ccu.gov.ua:8080/docscatalog/document?id=297857> – Назва з екрана. – Дата звернення: 03.12.2016 р.

<sup>2</sup> Пазюк А. В. Захист прав громадян у зв'язку з обробкою персональних даних у правоохоронній діяльності: європейські стандарти і Україна / А. В. Пазюк. – К. : Прайвесі Юкрейн, 2001. – 206 с.

<sup>3</sup> Захист персональних даних: правове регулювання та практичні аспекти : наук.-практ. посіб. / М. В. Бем, І. М. Гордиський, Г. Саттон, О. М. Родіоненко ; Європейський Союз, Рада Європи. – К. : К.І.С., 2015. – 220 с.

<sup>4</sup> *Copland v. the United Kingdom*, no. 62617/00, ECHR 2007-I.

<sup>5</sup> *Sciaccia v. Italy*, no. 50774/99, § 29, ECHR 2005-I; *Von Hannover v. Germany* (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 96, ECHR 2012.

<sup>6</sup> *Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, §§ 60-63, ECHR 2003-I; *Khmel v. Russia* (no. 20383/04, 12 December 2013).

<sup>7</sup> *Verlagsgruppe News GmbH and Bobi v. Austria* case, no. 59631/09, 4 December 2012.

<sup>8</sup> *Ringler v. Austria*, no. 2309/10, communicated to the respondent Government in May 2013; *Benedik v. Slovenia*, no 62357/14, communicated in April 2015.

<sup>9</sup> Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, CETS No. 108, Strasbourg, 28.01.1981 // The Council of Europe. – Електрон. дані. – 1981 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> – Назва з екрана. – Дата звернення: 12.12.2016 р.

<sup>10</sup> Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows, CETS No. 181, Strasbourg, 2001 // The Council of Europe. – Електрон. дані. – 2001 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG> – Назва з екрана. – Дата звернення: 12.12.2016 р.

<sup>11</sup> Про ратифікацію Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних та Додаткового протоколу до Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних стосовно органів нагляду та транскордонних потоків даних : Закон України № 2438-VI від 6 липня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 46. – Ст. 542.

<sup>12</sup> Про захист персональних даних : Закон України від 1 липня 2010 р. № 2297-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 34. – Ст. 481.

<sup>13</sup> Захист персональних даних: правове регулювання та практичні аспекти : наук.-практ. посіб. / М. В. Бем, І. М. Гордиський, Г. Саттон, О. М. Родіоненко ; Європейський Союз, Рада Європи – К. : К.І.С., 2015. – 220 с.

<sup>14</sup> Recommendation Rec(87)15 of the Committee of Ministers to member states regulating the use of personal data in the police sector, available at : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e7a3c>

<sup>15</sup> Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу (2010/C83/01) // Міністерство юстиції України. – Електрон. дані. – 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://minjust.gov.ua/file/23491> – Назва з екрана. – Дата звернення: 12.12.2016 р.

<sup>16</sup> European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union, 26 October 2012, 2012/C 326/02, available at : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3b70.html> – [accessed 12 December 2016].

<sup>17</sup> Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних : Директива 95/46/ЄС від 24 жовтня 1995 р. // ВРУ. – Електрон. дані. – 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994\\_242](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_242) – Назва з екрана. – Дата звернення: 12.12.2016 р.

<sup>18</sup> Directive 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016, on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, OJ L 119, 4.5.2016, p. 89–131.

<sup>19</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88.

<sup>20</sup> Directive 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016, on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, OJ L 119, 4.5.2016, p. 89–131.

<sup>21</sup> Директива 2006/24/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС щодо збереження персональних даних, які генеруються або обробляються у зв'язку з використанням послуг засобів загальнодоступного електронного зв'язку в загальних мережах зв'язку та якою вносяться зміни до Директиви 2002/58/ЄС, OJ 2006 L 105, с. 54.

<sup>22</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber), 8 April 2014, *Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others*, available at : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0293&from=EN>

<sup>23</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber), 13 May 2014, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*; available at : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12>

### Резюме

**Пазюк А. В. Європейські стандарти захисту персональних даних у поліцейському секторі: сучасний стан і тенденції розвитку.**

У сфері обробки персональних даних в секторі правоохоронної діяльності в Україні відчувається недостатність правового регулювання, що може призводити до зловживання владою та порушення прав людини. Прийняття нових законодавчих актів у сфері запобігання і боротьби з корупцією, що передбачають електронне декларування, відкритий доступ громадськості до персональних даних і заходи з моніторингу способу життя посадовців для забезпечення прозорості публічної влади, потреба належних правових гарантій захисту персональних даних і приватності як посадовців, так і близьких до них осіб.

У статті подається аналіз наявних актів Ради Європи, Європейського Союзу, а також практики ЄСПЛ та Суду ЄС з цієї категорії справ. Результати дослідження можуть бути використані при оцінюванні на відповідність міжнародним стандартам діючого та пропонованого законодавства України, його тлумаченні Конституційним Судом України щодо відповідності Конституції України.

**Ключові слова:** захист персональних даних, право на приватність, правоохоронна діяльність, боротьба із корупцією, міжнародно-правові стандарти.

### Резюме

**Пазюк А. В. Европейские стандарты защиты персональных данных в полицейском секторе: современное состояние и тенденции развития.**

В сфере обработки персональных данных в секторе правоохранительной деятельности в Украине ощущается недостаточность правового регулирования, что может приводить к злоупотреблению властью и нарушению прав человека. Принятие новых законодательных актов в сфере предотвращения и борьбы с коррупцией, предусматривающих электронное декларирование, открытый доступ общественности к персональным данным и мероприятия по мониторингу образа жизни чиновников для обеспечения прозрачности публичной власти, требует надлежащих правовых гарантий защиты персональных данных и приватности должностных лиц и близких к ним лиц.

В статье дается анализ действующих актов Совета Европы, Европейского Союза, а также практики ЕСПЧ и Суда ЕС по этой категории дел. Результаты исследования могут быть использованы при оценке на соответствие международным стандартам действующего и предлагаемого законодательства Украины, его толковании Конституционным Судом Украины относительно соответствия Конституции Украины.

**Ключевые слова:** защита персональных данных, право на приватность, правоохранительная деятельность, борьба с коррупцией, международно-правовые стандарты.

### Summary

**Pazyuk A. European approach to the data protection in the police sector: current status and trends.**

There is a lack of legal regulation in the field of processing of personal data in law enforcement sector in Ukraine, which may lead to abuse of power and violation of human rights. The newly adopted acts in the field of prevention and fight against corruption provide for the electronic declaration, open public access to personal data and monitoring of expenditures by public officials to ensure transparency of public authority. It requires appropriate legal guarantees for the protection of personal data and privacy of public officials and their relatives.

The current legal instruments of the Council of Europe and the European Union, as well as the practice of the ECtHR and the EU Court of Justice in the data protection field are analysed.

The conclusions can be used to assess compliance of domestic legal acts and drafts with international standards, as well as for interpretation by the Constitutional Court of Ukraine in the mentioned case concerning constitutionality of the Act 'On Prevention of Corruption'.

**Key words:** protection of personal data, the right to privacy, law enforcement, anti-corruption, international legal standards.

**І. В. БРАТКО**

*Ірина Василівна Братко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного торговельно-економічного університету*

**МІЖНАРОДНИЙ СУД ООН У РОЗВИТКУ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА**

Останніми роками інтерес до правотворчої діяльності міжнародних судових установ пов'язаний з активізацією їх роботи та розв'язання в судовому процесі складних теоретичних та практичних завдань, що в деяких випадках виходять за рамки загальноновизнаних норм міжнародного права та потребують додаткового осмислення та тлумачення.

Про роль та значення міжнародних судів у розвитку міжнародного права велись та ведуться широкі дискусії, серед яких можна виділити декілька напрямів, а саме: обговорення питання компетенції міжнародних судів; питання про правотворчість міжнародних судів та вплив консультативних висновків міжнародних судів на формування міжнародного права; роль прецеденту у вирішенні міжнародних спорів; тлумачення норм міжнародного права у судовому впровадженні міжнародними та національними судами; виявлення прогалин у міжнародно-правовому регулюванні.

У роботі поставлено **мету** дослідити питання участі Міжнародного суду ООН у розвитку міжнародного права та його роль у формуванні норм міжнародного права; розглянути діяльність Міжнародного суду ООН з точки зору його впливу на формування норм та інститутів міжнародного права та з цієї позиції проаналізувати роботи вітчизняних і зарубіжних вчених у сфері врегулювання міжнародних спорів.

Теоретичні й практичні питання діяльності Міжнародного суду ООН розглядалися зарубіжними на вітчизняними правознавцями фактично з моменту його створення. Серед цих питань особливе місце займає питання розвитку міжнародного права в рамках роботи Міжнародного суду ООН та вплив суду на формування норм міжнародного права. Так, Е. Х. де Аречага (суддя Міжнародного суду ООН у 1970–1979 рр.) звертав увагу на те, що МС ООН має можливість завдяки судочинству на постійній основі «створювати судову традицію, що сприяє поступовому розвитку права»<sup>1</sup>. Питання правотворчості міжнародних судів висвітлюється також у працях Р. Дженнінс, Р. Каламкаряна, Г. Ширкаревської, Г. Тункіна, І. Лукашука, С. Ушакова тощо.

Міжнародний суд як інституція складається з незалежних суддів, покликаний вирішувати спори на основі міжнародного права та приймає юридично обов'язкові рішення<sup>2</sup>. Безперечно, основна функція міжнародних судових установ – це вирішення міжнародних спорів, і ця функція спрямована передусім на забезпечення нормальних добросусідських відносин між державами та на підтримку миру у світі. Міжнародні суди у своїх діяльності завжди підкреслюють це положення та свою роль у врегулюванні міжнародних відносин. Утім, важливими складовими практичної діяльності суду є міра урегульованості спірних правовідносин, наявність нагальної потреби у сторін вирішити спір з позиції міжнародного права, юридична сила прийнятих міжнародним судом рішень та належне виконання рішення міжнародного суду.

На думку проф. Г. Ширкаревської, «правовий спір, що підлягає розгляду у міжнародному суді у порядку міжнародної судової процедури – це об'єктивно існуюча розбіжність з питань права або конфлікт юридичних точок зору чи інтересів, що підтверджуються послідовними, юридично значущими діями та має значення для юридичних прав сторін»<sup>3</sup>. З цієї позиції перед міжнародним судом виникають рівноцінно важливі питання: по-перше, надати юридичну оцінку правовідносинам, що склалися між сторонами спору, на відповідність міжнародному праву, та, по-друге, визначити, які принципи, норми та механізми правового регулювання сторони повинні застосувати при врегулюванні спору. Вирішення цих питань неминує приводить до необхідності детального й прискіпливого аналізу міжнародного права та його тлумачення в судовому впровадженні. Такий підхід міжнародних судів до розгляду спорів обумовлює їх участь у правотворчості.

Вчені звертають увагу на важливість правотворчої діяльності міжнародних судів у формуванні міжнародного права, що пов'язано, по-перше, з питанням фрагментації міжнародного права, по-друге, особливостями його застосування у судовому процесі та, по-третє, необхідністю під час судового впровадження заповнити «прогалини» у міжнародному праві, якщо міжнародне право не містить прозорої та ясної норми регулювання спірних правовідносин<sup>4</sup>. Разом із цими питаннями одночасно розглядається питання компетенції міжнародних судів у правотворчій діяльності та їх функцій у правотворчості загалом.

Особливе значення для мирного вирішення спорів між державами має Міжнародний суд ООН. Виходячи із ст. 92 Статуту Організації Об'єднаних Націй Міжнародний суд є головним судовим органом ООН. Його основне призначення полягає у вирішенні будь-яких міжнародних спорів, що будуть передані суду державами. У п. 1 ст. 33 Статуту ООН наголошено на застосуванні мирних засобів врегулювання міжнародних спорів, одним із яких є судовий розгляд, а саме розгляд міжнародних спорів Міжнародним судом ООН, що діє на постійній основі<sup>5</sup>.

Загальновизнано, що міжнародні суди розглядають спори на основі джерел міжнародного права. Це зафіксовано Статутом ООН, Статутом Міжнародного суду ООН та міжнародними угодами. При цьому ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН сприймається вченими як базове положення для визначення джерел міжнародного права. Утім, слід звернути увагу, що ця стаття стосується передусім застосування Міжнародним судом ООН джерел міжнародного права як основи для судового впровадження та прийняття судового рішення. У міжнародних угодах, зокрема у Конвенції ООН з морського права 1982 р. міститься аналогічна норма, що вказує на застосування при вирішенні спору зазначеної конвенції та інших норм міжнародного права (ст. 293)<sup>6</sup>.

Традиційне уявлення про правотворчу діяльність міжнародних судів у рамках міжнародної практики вирішення міжнародних спорів як такої, що стосується виключно «констатації наявності норм міжнародного права та їх тлумачення»<sup>7</sup> поступово змінюється більш детальним аналізом їх нормотворчої діяльності, і насамперед це стосується роботи Міжнародного суду ООН. Суддя Р. Дженнінс, що багато років був суддею Міжнародного суду ООН та плідно займався науковою діяльністю, у своїх роботах звертав увагу на функціональні особливості діяльності міжнародного суду, зокрема, на необхідність застосування вже існуючих, визнаних норм або принципів міжнародного права, навіть у тих випадках, коли суд створює право в сенсі його розвитку, модифікації, заповнення «прогалін», тлумачення, або навіть визначає новий напрям врегулювання правовідносин<sup>8</sup>.

Практична діяльність Міжнародного суду ООН, що впливає на появу норм, інститутів та механізмів міжнародно-правового регулювання пов'язана процесуальними особливостями судового впровадження. Тому вплив міжнародного суду на формування міжнародного права слід відрізнити від правотворчої діяльності суб'єктів міжнародного права. У ст. 59 Статуту Міжнародного суду ООН вказано, що рішення цього суду обов'язкове тільки для сторін у спорі і тільки стосовно справи, що розглядалась<sup>9</sup>. Конвенція з морського права 1982 р. також містить аналогічну норму, що передбачає обов'язковість для сторін прийнятого судом або арбітражем рішення лише за справою, що розглядалась (ст. 296)<sup>10</sup>.

Незважаючи на те, що Міжнародний суд ООН, як і інші міжнародні суди, не має повноважень займатись правотворчою діяльністю, рішення та консультативні висновки Міжнародного суду ООН значною мірою впливають на розвиток міжнародного права. Приміром, розгляд справ Fisheries jurisdictions (United Kingdom v. Iceland)<sup>11</sup> та Fisheries jurisdictions (Federal Republic of Germany v. Iceland)<sup>12</sup> у 1974 р. став поштовхом до розвитку такого інституту міжнародного права, як інститут виключних економічних зон у міжнародному морському праві. Доцільно більш детально розглянути ці справи Міжнародного суду ООН.

На початку 70-х років ХХ ст. між Ісландією та Великобританією виник спір щодо питання юрисдикції над рибними промислами біля берегів Ісландії. У 1948 р. в Ісландії було прийнято національний закон, що дозволяв створювати у районі континентального шельфу зони, де заборонялось здійснювати рибну ловлю з метою забезпечення умов відновлення рибних ресурсів. У 1971 р. Ісландія розповсюдила дію національного закону на територію 50-мильної зони. З цим не погодились Великобританія і ФРН та звернулись до МС ООН з позовом визнати розширення в односторонньому порядку виключної юрисдикції над цією частиною моря таким, що не відповідає міжнародному праву<sup>13</sup>. Суд визнав, що Ісландія не має прав в односторонньому порядку закрити доступ промисловим судам за межами своєї 12-мильної зони, визначеної між країнами в результаті обміну нотами у 1961 році. Проте рішення суду містило декілька важливих висновків. Зокрема, Міжнародний суд ООН вказував на важливість охорони рибних ресурсів та їх раціональне використання. На додаток, суд зобов'язав сторони проводити моніторинг цієї території та спільно вирішувати питання збереження, розвитку й справедливого використання рибних ресурсів, а при необхідності обмежувати вилов риби й запроваджувати квотування її промислу<sup>14</sup>. Аналіз проблем стосовно раціонального та ошадливого використання рибних ресурсів та підходи до їх усунення було актуалізовано у Конвенції ООН з морського права 1982 р. та Угоді про сприяння дотримання риболовними судами у відкритому морі міжнародних заходів зі збереження живих ресурсів та управління ними<sup>15</sup> у частині захисту навколишнього морського середовища та інституту виключних економічних зон у міжнародному морському праві. Цей приклад також наглядно демонструє процес об'єктивізації міжнародно-правового регулювання, що відбувається в рамках розгляду судом спірних міждержавних відносин.

Активна нормотворча діяльність міжнародних судів здійснюється у сфері кодифікації міжнародного права. Цей напрям роботи Міжнародного суду підтримується Комісією з міжнародного права. Так, Міжнародним судом ООН у судовому процесі неодноразово розглядалися правила та норми регулювання делімітації кордонів континентального шельфу. У рішенні Міжнародного суду ООН у справі Fisheries case (United Kingdom v. Norway)<sup>16</sup> містяться висновки та аналізуються підходи розмежування континентального шельфу, що у подальшому було прийнято до уваги Комісією з міжнародного права ООН та застосовувалось при підготовці проекту Женевської конвенції про територіальне море та прилеглу зону. У результаті ст. 4 Женевської конвенції про територіальне море та прилеглу зону 1958 р. містить базові підходи до застосування методу вихідних ліній при визначенні ширини територіального моря та можливість застосовувати інші підходи залежно від економічних та географічних особливостей держав, що відповідає позиції Міжнародного суду ООН<sup>17</sup>.

Порядк з вирішенням спорів Міжнародний суд ООН, як і більшість міжнародних судів, надає консультативні висновки з юридичних питань. За визначенням професора Г. Шинкаревської надання консультативного висновку міжнародними судами є окремим методом участі судів у правотворчості<sup>18</sup>.

Запит на надання консультативного висновку від Міжнародного суду ООН мають право подавати виключно лише інституції, що відповідно до Статуту ООН наділені таким правом. При цьому Міжнародний

суд ООН самостійно вирішує питання про наявність такого права шляхом визначення своєї компетенції щодо розгляду спору. Враховуючи те, що суд не має компетенцію розглядати спори за участю міжнародних організацій, міжнародні організації використовують своє право звертатись до Міжнародного суду ООН з проханням надати консультативний висновок щодо спору, одночасно зазначаючи про прийняття ними юридичної обов'язковості щодо виконання рішення за консультативним висновком. Правом звертатись за консультативними висновками має обмежена кількість міжнародних організацій. Зокрема, лише 16 міжнародних організацій отримали таке право, серед них МОП, ЮНЕСКО, ФАО, ВОЗ, МБРР, МФК, ІКАО, ІМО, ЮНІДО, МАГАТЕ тощо. Правом подавати запит на отримання консультативного висновку мають також деякі органи ООН, а саме: Генеральна Асамблея, Рада Безпеки, Економічна та Соціальна Рада, Рада з Опіки, Міжсесійний комітет Генеральної Асамблеї<sup>19</sup>.

Процедура винесення консультативного висновку є одним із найнадійніших засобів регламентації інституційної системи ООН. Практика надання консультативних висновків Міжнародним судом досить різноманітна і передбачає детальний аналіз нормативно-правового регулювання міжнародних відносин у відповідній сфері. Враховуючи значну кількість консультативних висновків, їх можна розглядати як спеціалізовані наукові дослідження з певних проблемних питань, що їх проводять судді на запит міжнародних організацій та керівних органів системи ООН. При цьому міжнародні організації мають можливість робити запити щодо надання консультативних висновків Міжнародного суду ООН в інтересах та на прохання держав.

Отже, правотворча діяльність Міжнародного суду ООН являє собою вагому частину динамічного розвитку міжнародного права і втілюється в різноманітних формах та методах. Міжнародний суд ООН при розгляді спору досліджує правові підстави виникнення спору, аналізує проблемні правовідносини між державами та надає обґрунтоване рішення, застосовуючи при цьому всі правові засоби. В рамках цієї діяльності здійснюється кодифікація міжнародного права та об'єктивізація правовідносин, що мають бути врегульовані міжнародним правом.

Консультативна діяльність Міжнародного суду ООН у позасудовому процесі дає змогу детально розглянути проблемні питання міжнародних відносин з позиції міжнародного права, проаналізувати подальший розвиток ситуації, запропонувати правові механізми вирішення проблемних питань, за необхідності подолати негативні наслідки або запобігти їх появі. Це є вагомою перевагою у врегулюванні міжнародних відносин та, у свою чергу, вказує на значний потенціал застосування консультативного методу врегулювання міжнародних відносин у подальшому.

<sup>1</sup> Де Аречага Е. Х. Современное международное право / Е. Х. де Аречага. – М.: Прогресс, 1983. – 479 с. – С. 222.

<sup>2</sup> Лукашук И. И. Общая часть / И. И. Лукашук; 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 432 с. – С. 270.

<sup>3</sup> Шинкаревская Г. Что значит «разрешить спор в суде»? / Г. Шинкаревская // *NB: Международное право*. – 2014. – № 3. – С. 193–200. – С. 193.

<sup>4</sup> Каламкарян Р. А. Роль Международного Суда ООН в деле поддержания международного правопорядка / Р. А. Каламкарян // *NB: Международное право*. – 2013. – № 1. – С. 184–214; Шинкаревская Г. Международные суды и развитие международного права / Г. Шинкаревская // *NB: Международное право*. – 2014. – № 4. – С. 141–167.

<sup>5</sup> Статут Міжнародного суду ООН: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/charter-united-nations/index.html> – Назва з екрана.

<sup>6</sup> Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/lawsea.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/lawsea.shtml) – Назва з екрана.

<sup>7</sup> Тункин Г. И. Теория международного права / Г. И. Тункин – М.: Междунар. отношения, 1970. – 511 с. – С. 208.

<sup>8</sup> Jennings R. Y. General course on principles of international law (Volume 121) / Jennings, R. Y. – Recueil Des Cours: Boston, 1967. – P. 343–344. – 514 p.

<sup>9</sup> Статут Міжнародного суду ООН: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/charter-united-nations/index.html> – Назва з екрана.

<sup>10</sup> Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/lawsea.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/lawsea.shtml) – Назва з екрана.

<sup>11</sup> Fisheries jurisdictions (United Kingdom v. Iceland): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=305&code=bi&p1=3&p2=3&case=56&k=f9&p3=5>

<sup>12</sup> Fisheries jurisdictions (Federal Republic of Germany v. Iceland) July 1974, International Court of justice: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f9&case=56&code=bi&p3=4>

<sup>13</sup> Там само.

<sup>14</sup> Там само.

<sup>15</sup> Угода про виконання положень Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права від 10 грудня 1982 року, які стосуються збереження транскордонних рибних запасів та запасів далеко мігруючих риб і управління ними: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_560](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_560) – Назва з екрана.

<sup>16</sup> Fisheries case (United Kindom v. Norway) Judgment of 18 December 1951 International Court of justice: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&PHPSESSID=0c06f607c01df57cdda2d7353283df55&case=5&code=ukn&p3=4&PHPSESSID=0c06f607c01df57cdda2d7353283df55>

<sup>17</sup> Женевська конвенція про територіальне море та прилеглу зону, підписана 30 жовтня 1958 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_178](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_178) – Назва з екрана.

<sup>18</sup> Шинкаревская Г. Вказана праця. – С. 141–167.

<sup>19</sup> Международный суд. Главный судебный орган Организации Объединенных Наций: вопросы и ответы / ООН. – Нью Йорк: Издание Департамента общественной информации ООН, 2001. – 84 с. – С. 44–46.

Резюме

**Братко І. В. Міжнародний суд ООН у розвитку міжнародного права.**

Досліджуються питання діяльності Міжнародного суду ООН (МС ООН) у формуванні міжнародного права. Розглянуто участь МС ООН у процесах правотворчості як частини розвитку міжнародного права. Автор виділяє значення Міжнародного суду ООН у кодифікації та розвитку міжнародного права. Висвітлено питання особливостей надання МС ООН консультативних висновків як способу формування норм та інститутів міжнародного права.

**Ключові слова:** міжнародне право, міжнародний суд, Міжнародний суд ООН, міжнародний спір, кодифікація, консультативний висновок.

Резюме

**Братко И. В. Международный суд ООН в развитии международного права.**

Исследуются вопросы деятельности Международного суда ООН (МС ООН) в формировании международного права. Рассмотрено участие МС ООН в процессах правотворчества как элемента развития международного права. Автор выделяет значение МС ООН в кодификации и создании норм международного права. Освещен вопрос особенностей предоставления МС ООН консультационных выводов как способа формирования норм и институтов международного права.

**Ключевые слова:** международное право, международный суд, Международный суд ООН, международный спор, кодификация, консультационный вывод.

Summary

**Bratko I. International Court of Justice in the development of international law.**

Questions of the International Court of Justice (ICJ) in the formation of international law are investigated. The role of the ICJ in the processes of law-making as part of the development of international law is considered. The author highlights the importance of the ICJ in the codification and the establishment of norms of international law. The questions of the ICJ consultative conclusions as the method of forming the norms of international law and institutions are investigated.

**Key words:** international law, consultative conclusions, International Court of Justice, codification.

УДК 341.2

**І. С. о. НУРУЛЛАСВ**

*Ількін Садагат огли Нуруллаєв, кандидат юридичних наук, доцент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**НАУКОВІ ПІДХОДИ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ  
ТА ВИДІВ МІЖНАРОДНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ**

Важливість та необхідність досліджуваної проблеми полягає в тому, що сам термін «міжнародна злочинність», незважаючи на його постійне вживання, не має досить чіткого й узгодженого визначення. Більшість вчених радянського періоду злочинність розглядали як внутрішню проблему. Окрім цього, досить тривалий час міжнародні аспекти злочинності не привертали до себе достатньої уваги науковців. Разом із тим сучасні підходи щодо визначення поняття та видів міжнародної злочинності є неоднозначними.

В українській доктрині міжнародного права деякі проблеми щодо визначення поняття та видів міжнародної злочинності досліджували такі вчені: М. В. Буроменський<sup>1</sup>, В. А. Василенко<sup>2</sup>, О. В. Задорожний<sup>3</sup>, Є. Л. Стрельцов<sup>4</sup>, В. І. Ролінський<sup>5</sup>, М. М. Гнатівський<sup>6</sup>, Н. А. Зелінська<sup>7</sup>, С. М. Мохончук<sup>8</sup>, О. В. Столярський<sup>9</sup>, однак ці питання потребують нового комплексного наукового підходу з огляду на сучасні виклики та загрози.

Основною метою написання цієї статті є дослідження основних наукових підходів щодо визначення поняття та видів міжнародної злочинності, а також аналіз основних доктринальних позицій радянських, українських і зарубіжних вчених юристів-міжнародників в різні часові періоди та з'ясування особливостей розуміння поняття й видів міжнародної злочинності в сучасний період.

Слід наголосити на тому, що у колишній радянській юридичній доктрині вчені, підхід яких багато в чому визначався офіційною позицією держави, розкриваючи поняття та види міжнародної злочинності, використовували загальноновизнану класифікацію, згідно з якою міжнародна злочинність поділялася на «міжнародні злочини» та «злочини міжнародного характеру». Такий підхід до класифікації міжнародної злочинності підтримується більшістю вчених і сьогодні.

Наприклад, С. В. Бородин, і Е. Г. Ляхів, наполягаючи на принциповій розбіжності цих категорій злочинів, свого часу стверджували, що виникла проблема пов'язана зі спробою порівняти міжнародні злочини, деякі кримінальні діяння й інший вид насильницьких дій. Тобто, в одну загальну групу намагалися об'єднати масові революційні і визвольні виступи, національні кримінальні діяння і міжнародні злочини<sup>10</sup>.



Нагомість Р. М. Валєєв зауважував, що прирівнювання злочинів проти миру і людяності, військових злочинів до простих загальнокримінальних діянь суперечить загальноновизнаним принципам сучасного міжнародного права і насамперед принципам ненападу, мирного співробітництва, поваги прав людини<sup>11</sup>.

Особливістю цього періоду було те, що термін «міжнародна злочинність» використовувався в його традиційному кримінологічному, а не в «міжнародно-правовому» значенні. Вже з часом термін «міжнародний» відображав транснаціональний характер злочинної діяльності, що поширюється за межі однієї держави.

Водночас П. І. Грішаєв наголошував на тому, що поняття «міжнародного злочину», а, отже, і поняття міжнародної злочинності, з'явилося набагато пізніше, ніж поняття «загальнокримінальної злочинності». На його переконання, конструктивною ознакою поняття «міжнародної злочинності» є злочин, до якого входять діяння, передбачені міжнародними конвенціями й угодами<sup>12</sup>.

Однак така інтерпретація поняття «міжнародна злочинність» викликала низку заперечень. Наприклад, професор А. Н. Трайнін, критикуючи концепцію, побудовану на тому, що міжнародними варто вважати злочини, для боротьби з якими укладені міжнародні конвенції, вказував, що цей критерій явно недостатній. Він переконував: не можна не помітити, що «злочини з міжнародного права», тобто дії, криміналізовані міжнародним правом або відображені в міжнародних угодах, становлять лише частину міжнародної злочинності<sup>13</sup>.

Обсяг поняття «міжнародна злочинність» залежить не від кількості конвенцій і кількості їхніх учасників, а від об'єктивних параметрів злочинності, що виходить за межі однієї держави, набуваючи міжнародні зв'язки, причини і наслідки. Розвиток міжнародної злочинності значно випереджає процес прийняття міжнародних угод. «За своєю юридичною природою і за фактичним значенням конвенції щодо боротьби з окремими кримінальними злочинами є однією з різних форм кримінально-правової взаємодопомоги держав, маючи за мету раціоналізацію боротьби зі злочинністю. Ця взаємодопомога не позбавлена практичного значення, але вона не пов'язана безпосередньо з проблемою інтернаціональних деліктів. Зовсім незалежно від міжнародного значення конвенцій, у низці випадків можуть бути укладені конвенції для більш ефективної боротьби з окремими видами злочинів»<sup>14</sup>.

Разом із тим К. С. Родіонов зазначав, що поняття «міжнародна злочинність», на відміну від внутрідержавної, національної, злочинності, у світовій правовій науці недостатньо вивчене. Проте цей термін ввійшов у лексику працівників поліції і фахівців Інтерполу. Звертаючи увагу на те, що замість загальнокримінальної злочинності в переробленому тексті статуту зазначений інший об'єкт боротьби Інтерполу – міжнародна злочинність<sup>15</sup>.

Таким чином, можна стверджувати, що поняття «міжнародна злочинність», почавши своє існування у контексті поліцейського співробітництва, розвивалося в тому ж напрямі.

Так, для формулювання основних цілей Інтерполу поняття «міжнародна злочинність» стали визначати як «злочин чи злочинну діяльність, що виходять за межі кордонів країни, або коли злочинна діяльність, скоєна поза країною, відображається на інших країнах»<sup>16</sup>.

Як слушно наголошував у 1967 р. Генеральний секретар Інтерполу Ж. Непіт: «сьогодні майже всі злочини, передбачені загальним кримінальним правом, мають міжнародну поширеність» з огляду на що «широко використовуваний термін «міжнародна злочинність» не можна обмежуватись якоюсь специфічною категорією правопорушень, визначених у праві»<sup>17</sup>.

Однак В. Н. Кудрявцева зауважує, що в умовах високих технологій всіх сфер людського буття, транспарентності кордонів і взаємозалежності членів світового співтовариства пропозиція деяких вчених-криміналістів відокремити міжнародну злочинність від не міжнародної (загальнокримінальної) винятково традиційними методами – за складом злочину – через об'єктивні причини вже не може адекватно відображати суть предмета. Таким чином, міжнародна злочинність стає загалом явищем загальнокримінальним і, разом з тим, загальнокримінальна злочинність набула зовнішніх рис і змістовних ознак міжнародної<sup>18</sup>.

Уникаючи однобічності трактувань, які ототожнюють міжнародну і загальнокримінальну злочинність, або протиставляючи їх один одному, І. І. Лукашук та А. В. Наумов пропонують широке тлумачення поняття «міжнародна злочинність», вказуючи на те, що ядро міжнародної злочинності становлять міжнародні злочини. Вони у своїх спільних працях розглядають міжнародний злочин як «скоєне індивідом порушення норми міжнародного кримінального права». Такий злочин посягає на загальні інтереси миру і безпеки. Не підтримуючи традиційної класифікації, І. І. Лукашук і А. В. Наумов поділяють міжнародні злочини на два основні види. До першого відносять злочини міжнародного права (за загальним міжнародним правом). До другого виду міжнародних злочинів відносять злочини конвенційні, склад яких встановлений міжнародними конвенціями<sup>19</sup>.

На думку В. П. Панова, ці розбіжності мають термінологічний характер і подані назви фактично є синонімами: «Усі ці злочини найчастіше посягають на внутрідержавний, національний порядок. Одночасно вони посягають на інтереси інших держав чи міжнародного співтовариства»<sup>20</sup>.

Щодо сучасної української доктрини міжнародного права, то, наприклад, професор М. В. Буромєнський досить слушно стверджує, що деякі види злочинів не слід розглядати як такі, що посягають на міжнародну безпеку або як такі, що пов'язані із забезпеченням зовнішньої безпеки держав, і тому боротьба з ними залишається у сфері виключної внутрішньої компетенції держав. Однією з таких «проблемних» галузей виключної внутрішньої компетенції поки є боротьба з організованою злочинністю. Особлива небезпека організованої злочинності, пов'язана з виникненням злочинних організацій і співтовариств, їх швидким розвитком, структуруванням і перетворенням у транснаціональні, стала причиною розробки спеціальних міжнародно-правових актів<sup>21</sup>.

В. А. Василенко відносить до категорії найважчих міжнародних злочинів міжнародні правопорушення, ознаки яких чітко сформульовані в міжнародних договорах, угодах та інших актах, що відіграють особливо важливу роль у системі норм міжнародного права. Вони зумовлюють не тільки відповідальність держави, а й міжнародну відповідальність винних посадових осіб<sup>22</sup>.

Інші представники сучасної української доктрини, наприклад такі, як О. В. Задорожний, В. М. Буткевич, В. В. Мицик стверджують, що в українській науці міжнародного права міжнародно-правові порушення за характером наслідків і ступенем небезпеки поділяють на три види: найважчі міжнародні злочини; серйозні міжнародні правопорушення; ординарні міжнародні правопорушення<sup>23</sup>.

На підтримку цієї позиції С. Л. Стрельцов зауважує, що кримінальна відповідальність фізичних осіб настає за здійснення таких злочинів: 1) міжнародні злочини, відповідальність за які фізичні особи несуть тільки за умови, що їхні діяння пов'язані зі злочинною діяльністю держав; 2) за здійснення злочинів міжнародного характеру<sup>24</sup>.

В. І. Ролінський стверджує, що в юридичній доктрині міжнародні злочини були виділені в особливу категорію правопорушень у результаті тієї великої суспільної небезпеки, якою вони можуть загрожувати не тільки окремим державам, а й усьому людству<sup>25</sup>.

Однак М. М. Гнатівський акцентує на тому, що поняття «злочини проти людства» слід відмежовувати від поняття «злочини проти людяності», які є різновидом перших. Він зауважує, що у сучасному міжнародному праві під злочинами проти людяності розуміють широкомасштабні й систематичні порушення прав людини, що вчинюються проти цивільного населення та являють собою тяжке посягання на життя, здоров'я і гідність великої кількості людей та здійснюються щодо значної частини або всього цивільного населення певної місцевості<sup>26</sup>.

Натомість Н. А. Зелінська робить висновок, що поняття «міжнародний злочин» стосовно злочинної діяльності індивіда одержало два автономні напрями розвитку, що були наслідком, з одного боку, інтернаціоналізації злочинності та, відповідно, інтернаціоналізації кримінального права, а з іншого, – появи кримінально-правових норм у системі міжнародного права<sup>27</sup>.

Водночас С. М. Мохончук стверджує, що сьогодні більш вживаним є термін «міжнародне правопорушення» (International infringement of the law; International offence), що визначається як міжнародне протиправне діяння, що являє собою порушення країною або іншим суб'єктом міжнародного права своїх міжнародних зобов'язань. Відтак міжнародне правопорушення тягне за собою нанесення певної шкоди матеріального або нематеріального характеру іншій країні або іншій міжнародній організації. При цьому правопорушенні відносини відповідальності виникають безпосередньо між постраждалою країною і країною-правопорушником<sup>28</sup>.

Окрім цього, О. В. Столярський зауважує, що міжнародні злочини – це такі протиправні діяння, що можуть бути вчинені в результаті тяжкого порушення міжнародних зобов'язань, які мають основоположне значення для забезпечення міжнародного миру і безпеки, права народів на самовизначення, захисту людської особистості, захисту навколишнього середовища, або коли порушено інтереси не лише безпосередньо постраждалої держави, а й міжнародного співтовариства загалом. Саме таке розуміння міжнародних злочинів відіграє велику роль з практичної точки зору підтримання міжнародного правопорядку й ефективного розвитку міжнародних відносин у дусі миру та взаєморозуміння<sup>29</sup>.

Таким чином, можна стверджувати, що єдиного підходу щодо визначення поняття та видів міжнародної злочинності в сучасній доктрині міжнародного права не існує.

Отже, з огляду на сформульовані основні цілі цієї статті можна зробити наступні висновки. Так, в результаті дослідження основних наукових підходів щодо визначення поняття та видів міжнародної злочинності в радянський період встановлено, що в цей час термін «міжнародна злочинність» використовувався в його традиційному кримінологічному, а не в «міжнародно-правовому» значенні. Вже з часом термін «міжнародний» відображав транснаціональний характер злочинної діяльності, що поширюється за межі однієї держави. Міжнародна злочинність поділялася на «міжнародні злочини» та «злочини міжнародного характеру». Проаналізувавши основні доктринальні позиції сучасних вчених юристів-міжнародників, виявлено відсутність єдиного підходу щодо визначення як поняття, так і видів міжнародної злочинності. Це означає, що інтернаціоналізація злочинності призводить до того, що злочини все частіше здійснюються в сфері різних державних юрисдикцій, а їх масштаби вчинення значною мірою впливають як на ступінь суспільної небезпеки, так і на тяжкість настання наслідків, в результаті чого зростають загрози як для безпеки окремих держав, так і для міжнародного співтовариства в цілому.

<sup>1</sup> Буроменский М. В. Значение международной уголовно-правовой юрисдикции в борьбе с организованной преступностью / М. В. Буроменский // Збірник наукових праць Харківського центру по вивченню організованої злочинності: спільно з Американським Університетом у Вашингтоні. – Х., 2001. – Вип. 2. – С. 55.

<sup>2</sup> Василенко В. А. Ответственность государства за международные правонарушения / В. А. Василенко. – К., 1976. – С. 187.

<sup>3</sup> Задорожний О. В. Конспект лекцій з основ теорії міжнародного права / О. В. Задорожний, В. Г. Буткевич, В. В. Мицик – К., 2001. – С. 114–115.

<sup>4</sup> Стрельцов С. Л. Економічні злочини: внутрідержавні та міжнародні аспекти : навч. посіб. / С. Л. Стрельцов. – Одеса, 2000. – С. 424.

<sup>5</sup> Ролінський В. І. Міжнародне кримінальне право: Загальна і Особлива частини : навч. посіб. / В. І. Ролінський. – К. : Кафедра, 2012.

- <sup>6</sup> Гнатовський М. М. Злочини проти людяності у сучасному міжнародному кримінальному праві / М. М. Гнатовський // Український щорічник міжнародного права. – 2007. – С. 171.
- <sup>7</sup> Зелінська Н. А. Поняття «міжнародний злочин» в історико-правовому ракурсі / Н. А. Зелінська // Актуальні проблеми політики: зб. наук. праць. – Одеса : ФЕНІКС, 2007. – Вип. 32. – С. 277.
- <sup>8</sup> Мохончук С. М. Суб'єкт злочину проти миру і безпеки людства у міжнародному кримінальному праві / С. М. Мохончук // Бюлетень Міністерства юстиції України : офіційне видання / Міністерство юстиції України. – К., 2011. – № 11 (листопад). – С. 83.
- <sup>9</sup> Столярський О. В. Окремі доктринальні підходи щодо дефініції міжнародних злочинів в міжнародному кримінальному праві / О. В. Столярський // Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. – 2014. – Вип. 10-2. – Т. 2. – С. 191.
- <sup>10</sup> Бородин С. В. Международное сотрудничество в борьбе с уголовной преступностью (проблемы деятельности ООН в области предупреждения преступности и обращения с правонарушителями) / С. В. Бородин, Е. Г. Ляхов. – М. : Междунар. отношения, 1983. – С. 26.
- <sup>11</sup> Валеєв Р. М. Выдача преступников в современном международном праве (Некоторые вопросы теории и практики) / Р. М. Валеєв. – Казань, 1976. – С. 82.
- <sup>12</sup> Гришаев П. И. Международная преступность и ее причины : лекция / П. И. Гришаев. – М., 1987. – С. 7.
- <sup>13</sup> Трайнин А. Н. Уголовная интервенция / А. Н. Трайнин. – М., 1935. – С. 69.
- <sup>14</sup> Трайнин А. Н. Уголовная ответственность гитлеровцев / А. Н. Трайнин. – М., 1944. – С. 26.
- <sup>15</sup> Родионов К. С. Интерпол: миф и действительность / К. С. Родионов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 1986. – С. 17.
- <sup>16</sup> Овчинский В. С. Интерпол (в вопросах и ответах) / В. С. Овчинский. – М., 2001. – С. 198.
- <sup>17</sup> Уголовная юстиция: проблемы международного сотрудничества. – М., 1994. – С. 229.
- <sup>18</sup> Международное уголовное право : учеб. пособ. / под общ. ред. В. Н. Кудрявцева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 1999. – С. 217.
- <sup>19</sup> Лукашук И. И. Международное уголовное право : учеб. / И. И. Лукашук, А. В. Наумов. – М., 1999. – С. 70.
- <sup>20</sup> Панов В. П. Международное уголовное право : учеб. пособ. / В. П. Панов. – М., 1997. – С. 67–71.
- <sup>21</sup> Буроменский М. В. Вказана праця.
- <sup>22</sup> Василенко В. А. Вказана праця.
- <sup>23</sup> Задорожний О. В. Вказана праця.
- <sup>24</sup> Стрельцов С. Л. Вказана праця.
- <sup>25</sup> Ролінський В. І. Вказана праця.
- <sup>26</sup> Гнатовський М. М. Вказана праця.
- <sup>27</sup> Зелінська Н. А. Вказана праця.
- <sup>28</sup> Мохончук С. М. Вказана праця.
- <sup>29</sup> Столярський О. В. Вказана праця.

#### Резюме

##### **Нуруллаев І. С. о. Наукові підходи щодо визначення поняття та видів міжнародної злочинності.**

У статті досліджуються наукові підходи щодо визначення поняття та видів міжнародної злочинності. Аналізуються основні доктринальні позиції радянських, українських та зарубіжних вчених юристів-міжнародників у різні часові періоди. Встановлюються особливості розуміння поняття та видів міжнародної злочинності в сучасний період.

**Ключові слова:** науковий підхід, доктрина, міжнародний злочин, транснаціональний злочин.

#### Резюме

##### **Нуруллаев И. С. о. Научные подходы к определению понятия и видов международной преступности.**

В статье исследуются научные подходы к определению понятия и видов международной преступности. Анализируются основные доктринальные позиции советских, украинских и зарубежных ученых юристов-международников в разные временные периоды. Устанавливаются особенности понимания понятия и видов международной преступности в современный период.

**Ключевые слова:** научный подход, доктрина, международное преступление, транснациональное преступление.

#### Summary

##### **Nurullaev I. Scientific positions on the definition and types of international crime.**

The article considers the scientific approaches to the definition and types of international crime. Analyses the main doctrinal positions of soviet, ukrainian and foreign scientists, international lawyers in different time periods. Established a particular understanding of the concept and types of international crime in modern times.

**Key words:** scientific position, doctrine, international crime, transnational crime.

**В. В. ПОПКО**

*Вадим Вікторович Попко, кандидат юридичних наук, доцент Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ В КОРОЛІВСТВІ ДАНІЯ**

Місцеве самоврядування – явище багатоаспектне, що історично зумовлено, економічно підкріплено матеріальною та фінансовою базою, політично обґрунтовано у конституційних та інших правових актах, має власні традиції й особливості. Окремі держави у розвитку місцевого самоврядування накопичили віковий досвід, де цей інститут розвивається традиційно, а деякі країни знаходяться лише на початку становлення цього процесу. З огляду на необхідність удосконалення системи місцевого самоврядування у нашій державі та її реформування досвід європейських демократичних країн, де цей інститут існує традиційно й у наш час характеризується високим рівнем розвиненості, потребує вивчення. Організація місцевої влади в Королівстві Данії, система самоврядування якої виявляє ряд характерних особливостей континентальної (французької) моделі, різновидом якої вважають скандинавську модель, являє собою особливий інтерес для нашої держави, оскільки система самоврядування в Україні зазнає реформування саме за зразком континентальної моделі.

Вивчення особливостей моделей місцевого самоврядування в розвинених демократичних європейських державах має теоретичне та прикладне значення, адже дає можливість узагальнити відповідний практичний зарубіжний досвід. Не зважаючи на велику кількість досліджень місцевого самоврядування у вітчизняній та зарубіжній літературі, окремі моделі місцевого самоврядування, зокрема скандинавська, залишаються малодосліджуваними. Увагу вчених (М. Баймуратов, О. Батанов, Н. Камінська, В. Кампо, Ж. Куколевська, О. Копиленко, П. Любченко, О. Мурашин, В. Пархоменко, В. Шаповал, Ю. Шемшученко) привертають загальні риси та особливості континентальної (французької) моделі, деякі напрацювання щодо виявлення та з'ясування природи особливостей систем місцевого самоврядування скандинавських країн ми зустрічаємо у працях Н. М. Антюшиної, А. В. Баян, Ю. С. Дерябіна, М. А. Ісаєва, Х. Палудан, О. Оффердала та інших.

**Мета статті** полягає у здійсненні спроби охарактеризувати систему місцевого самоврядування в Данії, її історичні корені, проаналізувати особливості, розкрити організаційні форми, порядок формування та діяльності органів і посадових осіб. Увагу автора привертають національні традиційні риси в становленні сучасної системи місцевого самоврядування в Данії, вплив європейських стандартів та регіональна політика.

У наш час Королівство Данія (конституційна парламентська монархія), як і інші держави Північного регіону, прогресивно розвивається, оскільки в ній створені сприятливі умови для ведення сільського господарства, розвитку рибного господарства тощо. Дві третини продуктів харчування, що виробляються в Данії, йдуть на експорт, причому половина – до Європейського Союзу. Данія є найбільшим експортером свинини у світі, світовим лідером у виробництві інсуліну, лідером з багатьох напрямів досліджень у сфері біотехнології та фармацевтики; займає перше місце серед країн-членів ЄС за обсягами виробництва продуктів харчування на душу населення<sup>1</sup>.

Місцеве самоврядування в Данії зародилося ще у Середньовіччі й сягає корінням у XI–XII ст.ст., коли відбувалось формування держави зі структурами влади, в основі яких була влада взаємно залежних один від одного короля й церкви. Саме з поширенням християнства відбувається формування церковних парафій, у яких зосереджується не тільки релігійна, а й адміністративна місцева влада. У результаті Реформації й утвердження на півночі Європи протестантської (лютеранської) церкви вона стає державною, а церковний апарат – на службі короля. Ще у XIII–XIV ст.ст. відбувається формування *ландстингів* (*ланд* – земля, *тинг* – народні збори) – адміністративно-територіальних органів влади вільного населення на обласних (провінційних) землях.

Політична система Данії у Середньовіччі трималась на владі короля та державної ради<sup>2</sup>. На регіональному рівні управлінські функції здійснювали *ленсмани*. Зазвичай історики розрізняють два види ленів, які з часом отримали назву головних і малих. До складу головного *лена* входили один чи кілька округів, а центром його був королівський палац, тоді як малий лен складався виключно із помість. У головному лени ленсман являв собою вищу адміністративну інстанцію виконавчої влади на всій території лена, тлумачив закони та здійснював контрольні функції за їх дотриманням, призначав місцевих чиновників, виконував поліцейські функції і збір податків.

На середину XVI ст. в країні існувало близько 70 головних та 280 малих ленів. Зростання їх чисельності пояснюється тим, що до вже існуючих королівських ленів додалися єпископські та монастирські володіння, деякі з них ставали самостійними ленами. З плином часу лени постійно зливались, у результаті чого кількість їх зменшувалась, розміри збільшувались, а малі лени зникали.

На регіональному рівні структура адміністративних органів піддавалась змінам. На зміну ленсманам прийшли *амтмани*. Ленсмани здійснювали загальне управління ленами на феодалний лад, самостійно призначали людей на різні посади й визначали частку сукупних доходів, які залишали для власних потреб. Нові ж амтмани були королівськими чиновниками, що отримували значно скромніше жалування. На амтманів покладалась відповідальність за відправлення правосуддя, церковні справи, стан доріг і мостів та інших питань, тоді як такі важливі аспекти – військовий та економічний – були виведені за межі їх компетенції. Якщо раніше ленсман був командувачем гарнізоном замку й усіх військ лена, то відтепер зосереджені тут армійські частини ставали повністю незалежними від місцевого начальства, а збір податків і доходів, що привносились у казну областю, доручався або писарю, або начальнику податкового амта – чиновникам, які призначались самим королем і не підпорядковувались амтману. Щодо торгових міст, то государ особисто призначав бургомістрів і членів міської ради. Розподіл вищих посад у церкві і армії ще раніше став прерогативою монарха.

Створення бюрократичного апарату закінчувалось на рівні регіону. У приходах і селах єдиним державним чиновником, як і раніше, залишався *священик (пастор)*. Крім власне церковної служби пастор зачитував з кафедри закони й іноді інформував прихожан про різні важливі події в країні; до обов'язків пастора належало й піклування про бідних. До їх числа входили люди похилого віку, інваліди і діти-сироти; їх по черзі годували всі члени общини. Крім того, вони отримували кошти із приходської каси. Важливу роль у вирішенні місцевих питань відіграла *селянська сходка*, яка скликалась виборним старостою села (строк повноважень – один рік), як правило, у неділю після церковної служби.

Протягом XVIII ст., як зазначають дослідники, «місцеве управління було самою слабкою ланкою абсолютизму»<sup>3</sup>. Вищу владу на території лену, як і раніше, здійснював амтман, далі слідував чиновник, який призначався королем. Основним його завданням було збирання податків. Існували окружні й міські *фогти*, які відповідно виконували функції суддів та поліції в округах чи торгових містах. Наприкінці XVIII ст. у кожному приході на допомогу окружному фогту призначався фогт, що займався місцевими справами. Нагляд за виконанням священнослужителями своїх світських обов'язків, а поміщиками – громадських функцій здійснювали амтмани. Із плином часу кількість амтів була скорочена, діловодство поставлено у строгі рамки, для заняття відповідних посад амтмани й фогти повинні були складати іспит з юриспруденції.

Аграрні реформи, що відбулись у Данії наприкінці XVIII ст. і проводились політичним керівництвом країни у дусі раціоналізму й гуманізму, властивих для епохи Просвітництва, привели до структурних змін усього данського суспільства й органів місцевого управління. Стали застосовуватися технічні новації у сільському господарстві, був підданий перегляду ряд правових аспектів життя селян, що суперечили правам людини як їх розуміли у XVIII столітті. Поміщики перестали виконувати функції органів місцевої адміністрації, що раніше були їх прерогативою. Замість того була створена мережа *комісій*, що займались питаннями місцевого управління. Така система враховувала передовий досвід свого часу: поєднання роботи спеціальних комісій, заснованих для розв'язання окремих конкретних завдань, та діяльності пастора, в якій використовувались кращі традиції селянської общини.

До 40-х рр. XIX ст. комісії очолювали приходські священики, багато з яких згодом зберегли за собою ці посади. Членами комісій були власники великих земельних наділів та навчені досвідом господарі-селяни. У комісіях прагнули досягти згоди, велась документація. Контроль над діями комісій здійснювала *колегія* в особі вищих представників місцевої церковної й світської влади. Остання вельми важлива нова інстанція була створена у 1841 р., коли з'явився *Указ про заснування приходських наглядових рад*, що певною мірою вводив місцеве самоуправління.

Конституційний захист місцевого самоврядування отримало в 1849 р. із ухваленням 5 червня Конституції Данії. Згодом у новій редакції Конституції (1866 р.) було закріплено: «Право муніципальних (комунальних) органів влади самостійно, під наглядом держави вирішувати питання, віднесені до їх компетенції, регулюється окремим законом» (§ 82). Головні принципи Конституції Данії, у тому числі й щодо місцевого самоврядування, повторювались і у наступних редакціях 1915 та 1953 років.

Відповідний закон щодо Копенгагену, який передбачав створення в столиці муніципального зібрання у кількості 36 осіб, датований 1857 роком. Згідно з установленими у 1865 р. правилами, виборчим правом на виборах у це зібрання володіли всі, хто мав право бути обраним до парламенту – фолькетингу та мав дохід не нижче 1 тис. крон, а це означало, що голосувати на виборах до міського зібрання мали можливість 5–6 % населення. Члени муніципального зібрання обирали *магістрат* (раду), до якого входили четверо довічно обраних *бургомістрів* (кандидатури яких, однак, підлягали схваленню з боку короля) і четверо *радників*, що обирались на шестирічний строк. *Обер-бургомістр*, який призначався королем, здійснював нагляд за діяльністю магістрату.

Відповідний виборчий закон відносно сільських комун з'явився ще у 1855 році. Із вступом в силу Закону про місцеве самоуправління 1867 р., згідно з яким у сільських комунах стали утворюватися *приходські ради – муніципалітети*, приходські священики й окружні старости втратили статус обов'язкових членів місцевих зібрань і право брати участь у прийнятті рішень. Діяльність приходських рад самоуправління, на відміну від міських, знаходилась під безпосереднім наглядом з боку рад амтів, на чолі яких стояв призначуваний королем амтман. На той час існували 22 амти та 1064 муніципалітети.

У наш час окрім Конституції Данії (1953 р.), правове регулювання муніципальних відносин здійснюється низкою законів, зокрема Законом про об'єднання громадян (1966 р.), Законом «Про місцеве управлін-

ня» (1968 р.). Спеціальний Закон про управління комуни Копенгагену від 18 липня 1995 р. регулює самоврядування у столиці. Закон про комунальне самоврядування № 615 від 18 липня 1995 р. особливо підкреслює (ч. 2 § 1), що «установлення даного закону застосовують до всіх відносин, що виникають у комунальному управлінні».

Окремими законами визначається правове становище таких територій, як острів Гренландія<sup>4</sup> та Фарерські острови<sup>5</sup>, які територіально належать до Данії та володіють внутрішньою автономією.

Гренландія – адміністративно-територіальна частина Данського королівства, яка, згідно із Законом від 29 листопада 1978 р. володіє правом внутрішнього самоуправління, що дало їй право під час Данського референдуму з приводу вступу до ЄС у 1985 р. вийти із складу ЄЕС і не приєднатися до Євросоюзу. Ще раніше (Закон № 137 від 23 березня 1948 р.) подібний статус отримали Фарерські острови.

У процесі ліквідації колоній західноєвропейських країн Гренландія отримала статус данського амта, що мало аналогії у міжнародній практиці й було закріплено у Конституції Данії. У 1975 р. на вимогу жителів Гренландії (близько 50 тис. чол.) була заснована *Комісія із внутрішнього управління*, діяльність якої створила умови для введення у 1979 р. самоуправління по аналогії із системою, що діяла на Фарерських островах.

Віднині Гренландією став управляти ландстинг, який поступово повинен був взяти на себе законодавчі функції й управління гренландськими справами, а дотації з боку Данії продовжували поступати на тих же підставах, що й в інші данські амти. Гренландія була постійно представлена у данському фолькетингу двома депутатами.

У 2008 р. у Гренландії відбувся референдум, на якому 75 % населення висловилося в підтримку розширення автономії. У тому ж 2008 р. був ухвалений Закон про самоуправління, який набрав чинності 21 червня 2009 р. та забезпечує місцевій владі законодавчу й адміністративну компетенцію із значного кола питань місцевого значення, зокрема, таких як здійснення правосуддя, включаючи створення судів загальної юрисдикції; поліції; використання мінеральних ресурсів; прикордонний контроль; робоче середовище; а також фінансове регулювання та нагляд. Виняток становлять сфери міжнародних відносин, оборони, політика безпеки, кредитно-грошова політика та деякі інші, що належать за Конституцією Данії до компетенції загальнодержавних органів влади.

Фарерські острови під датською юрисдикцією знаходяться з 1380 року. Вищим представницьким органом влади на Фарерах є парламент – *альтинг*, який із прийняттям Закону у 1274 р. перейменований на *лєгтінг* і зберігає цю назву до нашого часу. На початку XIX ст. Фарери отримали статус данського амта й стали адміністративно-територіальною одиницею, яка одноосібно управлялась чиновником Королівства. У 1852 р. на вимогу мешканців легтінг був відновлений, проте діяв, скоріше, як консультативний орган центральної данської влади. Після Другої світової війни відносини між Фарерськими островами й Данією були досить ускладнені. Найбільш гучний конфлікт відбувся у період між 1953 і 1955 рр., після того як місцева адміністрація лікарні у м. Клаксвіг не захотіла надати посаду лікарю із нацистським минулим. Це привело до того, що туди був направлений військовий фрегат і загін данської поліції. Згодом більш серйозні вимоги були поставлені жителями Фарер в економічній сфері, зокрема у риболовстві. З питання про статус Фарер був проведений референдум, який відбувся 14 грудня 1946 року. Результатом суперечок стало ухвалення 23 березня 1948 р. *Акту про місцеве управління*, за яким Фарерські острови «представляють самоуправлінську народну спільність у датській державі» (§ 1). Після чергового ускладнення відносин з Данією у 1998 р. Фарери отримали можливість проводити самостійну політику й самостійно вирішувати питання місцевого управління островами.

Відповідно за Акту про місцеве управління (1948 р.) легтінгу належать законодавчі повноваження, які можна об'єднати у дві групи. До першої групи (додаток «А» до Акту) входять питання, рішення з яких приймає легтінг, тобто предмети виняткового ведення автономії (організація системи органів влади островів; радіо- і телефонний зв'язок; будівництво комунікацій; податки і збори; регулювання підприємницької діяльності; контроль за житловим будівництвом; питання містобудування; пожежна охорона; реєстрація населення; охорона здоров'я. До другої групи віднесені питання, які передаються у відання автономії тільки в тому випадку, якщо центральний уряд і уряд автономії домовляться про умови реалізації таких повноважень (§ 3 Акту). Питання оборони і зовнішньої політики не підпадають під дію Акту про місцеве управління. Координацію дій автономних і центральних властей здійснює призначуваний датським Урядом державний представник – *рігсомбудсман*.

Основним Законом Данії у § 28 ч. 5, § 31 ч. 5, § 32 ч. 8, § 42, § 86 визнається за цими територіями самостійне право представництва у фолькетингу і особлива компетенція їх органів управління щодо встановлення вилучень із загальних законів Королівства.

Місцеве самоврядування у Данії підлягало реформуванню неодноразово, із змінами у адміністративно-територіальному устрої укрупнювались амти та муніципалітети; останні реформи було проведено у 1970 та 2007 роках. У наш час адміністративно-територіальний поділ держави передбачає чотирнадцять моноетнічних<sup>6</sup> адміністративних одиниць – *амтів*, кожен із яких очолює *амтманн*, призначуваний монархом, у кожному амті діють виборні *ради*.

У той час як Конституція Данії у самих загальних рисах закріпила факт існування місцевого самоврядування, у поточних законах чітко встановлено межі, методи й обсяг контролю за компетенцією комун. Сам нагляд при цьому здійснюють на кількох рівнях: насамперед це рівень тих державних органів, які призначені для такого нагляду. Загальний нагляд за органами комунального управління закріплений безпосередньо в

законі, у наш час його здійснюють Міністерство внутрішніх справ, *рада амта* з нагляду за комунами. Останній рівень нагляду – економічний. Йдеться про надання податкових пільг, виділення додаткових асигнувань тощо. Сюди слід віднести численні договори, які укладають профспілки з комунами. За офіційною статистикою кількість зайнятих у комунальній сфері управління рівна кількості зайнятих у сфері державного управління.

Місцеве самоврядування або комунальне управління, користуючись данською термінологією, у Данії дворівневе: на рівні комуни й на рівні губернії. Нині у Данії існують 273 комуни, у цьому поділі законодавець прагне досягти економічного вирівнювання комун, проте в них спостерігаються розкиданість за щільністю населення. Так, найбільша комуна – столиця має понад півмільйона жителів, у комуні м. Орхуса – 280 тис. жителів, тоді як найменша комуна Данії нараховує лише 2 тис. жителів.

Важливо підкреслити, що комуни не вправі самостійно змінити власну назву, герб, печатку і прапор. Усе це вони можуть робити за згодою міністерства внутрішніх справ і патентного директората, який є структурним підрозділом міністерства промисловості (§ 4 Закону). За ними не передбачено і самостійне праворозмежування.

Як зазначає М. А. Ісаєв, органи комунального управління Данії являють собою певну єдність і поділяються на три типи. Перший формується безпосередньо шляхом прямих і пропорційних виборів серед населення. Другий тип представляє органи, що засновуються органами першого типу. До останнього, третього, типу належать незалежні від комунальних органів управління установи, право створення яких визнано на рівні суду<sup>7</sup>.

Виборність комунальних органів управління закріплено в Конституції (§ 86), де встановлено, що віковий ценз виборців у комунальні та приходські ради той же, що й для виборів у парламент – фолькетинг. Членів комунального правління обирають терміном на чотири роки із громадян, що постійно проживають у даній комуні, які володіють виборчим правом і не здійснили кримінальних злочинів, що робить неможливим обрання такої особи до місцевих органів. До того ж у муніципальній сфері Данії задіяні близько 500 тис. найманих працівників<sup>8</sup>.

Правом обирати володіють громадяни Данії, яким на момент голосування виповнилося 18 років, крім того, вони повинні постійно проживати не менше трьох років у комуні, у якій проводять вибори. Не беруть участі у виборах недієздатні особи й особи, що перебувають під опікою. Вибори відбуваються за пропорційною системою, де головним суб'єктом виборчого процесу стає політична партія. Регіональних політичних партій у Данії доволі багато, проте, як і на загальнодержавних виборах, користуються значною підтримкою традиційні партії, такі як Соціал-демократична партія, Ліберальна партія Данії (партія Венстре), Християнська народна партія, Партія прогресу тощо.

Представницькими органами комунального управління в Данії є рада губернії, яку очолює губерньський бургомістр, а на рівні комуни – назву органу правління визначає статут кожної комуни. Наприклад, правління комуни Браммінга іменують «міською радою». Глава комуни – бургомістр є одночасно її виконавчим органом (§ 3 Закону про комунальне правління).

Статут комуни визначає кількість членів комунального правління, проте чисельні межі встановлює Закон: не менше дев'яти і не більше 31 (§ 5). Бургомістра і його заступника обирає правління зі свого складу (ч. 1 § 6). За аналогією такі ж норми поширюються і на губерньську комуноу.

Повноваження глави комунального правління охоплюють широке коло питань, у тому числі й процедурного характеру: може самостійно ухвалювати рішення у справах невідкладного характеру, чи таких, «суть яких не викликає сумніву» (ч. 1 § 31), готує засідання комунального правління, скликає його членів, керує дебатами на засіданнях, визначає порядок голосування (§ 30).

Основним фактором регіональної політики у країнах Західної Європи із 60-х рр. минулого століття стала децентралізація<sup>9</sup>, що в Данії привело до широкої реформи місцевого самоврядування із 70-х рр. ХХ ст., а реформа 2007 р. носила всеохоплюючий характер. Більші за розміром і більш сталі муніципалітети наразі відповідають за переважну кількість завдань у сфері соціального забезпечення, а нові регіони створені головним чином для того, щоб посилити сферу охорони здоров'я та надання стаціонарних медичних послуг. На муніципалітети було покладено відповідальність за початкові школи, на регіони – за лікарні.

Реформа місцевого самоврядування 70-х рр. передбачила зміну історично обумовленого поділу країни на комуни. Від історично усталеного поділу країни на сільські, міські та губерньські комуни вирішили перейти на економічно доцільне районування й утворили комуни двох рівнів: власне комуни, їх ще іноді називають первинними комунами, і губерньські комуни, коли принцип місцевого самоврядування поширюється на рівень цілого регіону.

Реформа 1970 р. заклала підвалини для постійної передачі все більше функцій провінціям і муніципалітетам та одночасної реорганізації системи фінансів щодо відносин між державною, провінціями й муніципалітетами. До цього держава здебільшого фінансувала видатки місцевих органів влади через відшкодування. Після реформування місцевого самоврядування в 1970 р. основна частина схем відшкодування була замінена загальними державними субвенціями – були розширені так звані пакетні субсидії та схеми фінансового вирівнювання між багатими і бідними муніципалітетами. Ці зміни сприяли встановленню кращого співвідношення між повноваженнями приймати рішення та фінансовою відповідальністю муніципалітетів і провінцій, оскільки вони відповідали за кошти, що спрямовувалися на фінансування будь-яких послуг, які муніципальна рада або рада провінції вирішували запровадити.

Муніципальна реформа 2007 р. в Данії також мала наслідком комплексну реорганізацію повноважень і завдань в управлінні. Завдання колишніх провінцій були розподілені між регіонами, муніципалітетами та державною. Окрім цього, деякі повноваження були передані від держави муніципалітетам. Органи місцевого самоврядування тісно взаємодіють із державними органами як центрального рівня, так і місцевого управління. У наш час в Данії місцеве державне управління представлено цілим рядом територіальних органів центральних міністерств і відомств. Така ситуація сягає корінням у часи абсолютизму до введення конституційного обмеження монархії у 1848 р. коли місцевий апарат влади був достатньо сильно розвинений і слугував надійною опорою абсолютизму. Насамперед це виражалось у тому, що функціонально місцевий апарат поєднував у собі одночасно цивільні й військові функції, наслідуючи тим самим модель пруського абсолютизму, мілітаристського по своїй суті. До прийняття Конституції 1849 р. місцева влада представлена була губернаторами й підпорядкованими їм властями більш дрібних територіальних одиниць, а також поліцейськими силами. Зайве говорити, що весь місцевий чиновний апарат призначався королем і до кінця XIX ст. складався більш ніж наполовину із дворянства<sup>10</sup>.

Проте у XX ст. губернатори й підпорядковані ним чиновники поступово втрачають більшість своїх повноважень, їх функції крок за кроком передаються комунальним властям. З 60-х рр. минулого століття одним із факторів регіональної політики у країнах Західної Європи стає децентралізація, вона поширюється і в Данії особливо внаслідок реформ місцевого управління й самоуправління 1970 та 2007 років.

У Данії своєрідним неформалізованим способом регулювання місцевого управління є укладання угод між центральним урядом і впливовими асоціаціями місцевого управління. Як зауважує данський юрист К. Кетшер, багато питань місцевого оподаткування, фінансів, позик тощо регулюються не так законодавчими актами, як шляхом внесення відповідних положень у подібні угоди.

До того ж реформа 2007 р. була спрямована на зміцнення демократії на місцевому рівні, з тим, щоб громадяни могли більш активно брати участь у прийнятті рішень та мали більш чіткий розподіл відповідальності, як зазначалось в *Угоді про структурну реформу*, укладеній між Урядом та Асоціацією місцевого самоврядування у 2006 році.

Ще до реформи місцевого самоврядування муніципалітети виконували головну частину завдань з надання послуг населенню, зокрема піклування про людей похилого віку, піклування про дітей і дошкільні заклади, початкова освіта та деякі соціальні послуги. На високий рівень відповідальності муніципалітетів за вирішення широкого спектра місцевих завдань звертає увагу норвезький політолог О. Оффердал<sup>11</sup>. Із набуттям чинності реформи місцевого самоврядування з 1 січня 2007 р. муніципалітети одержали низку нових повноважень, передбачається їх відповідальність муніципалітетів у наступних сферах:

- соціальні послуги: повна відповідальність за фінансування, надання та організацію;
- піклування про дітей і дошкільні заклади;
- початкова освіта, у тому числі всі види спеціалізованої освіти та спеціального педагогічного супроводження для дітей молодшого віку;
- спеціалізована освіта для дорослих;
- піклування про людей похилого віку;
- охорона здоров'я: профілактика захворювань, амбулаторне лікування та реабілітація, лікування алкогольної та наркотичної залежності, патронаж і догляд на дому, місцева стоматологічна допомога, спеціалізовані стоматологічні послуги та соціальна психіатрія;
- проекти з активізації та сприяння працевлаштуванню для безробітних, які не мають страхового забезпечення, у центрах зайнятості, що проводяться спільно з державою (10 пілотних муніципалітетів проводять роботу з безробітними, які мають страхування, від імені держави);
- інтеграція та навчання мови для іммігрантів;
- обслуговування населення у сфері податків та зборів у співпраці з державними податковими центрами;
- організація запасів і готовність до надзвичайних ситуацій;
- природа, навколишнє середовище і містобудування: спеціальні повноваження і завдання з обслуговування населення, підготовка місцевих планів щодо забудови, відведення стоків, утилізації відходів і водопостачання;
- місцеве обслуговування бізнесу та сприяння розвитку туризму;
- місцева мережа доріг;
- бібліотеки, музичні школи, місцеві заклади культури і спорту.

У результаті передачі повноважень щодо обслуговування громадян муніципалітети створили центри обслуговування громадян з тим, щоб мешканці могли звертатися лише в одне місце незалежно від того, який державний орган або адміністративне відомство має повноваження і відповідає за розгляд та вирішення справи. У цих центрах муніципалітети вирішують як питання, що належать до місцевих повноважень, так і питання від імені інших органів.

Законодавством визначена й основна сфера відповідальності *регіонів* – це насамперед сфера охорони здоров'я. Повноваження у цій сфері включають відповідальність за медичну допомогу в лікувальних закладах, у тому числі психіатричну допомогу та медичне страхування, послуги лікарів загальної практики та спеціалістів тощо.

Метою визначення п'яти регіонів у галузі охорони здоров'я є підтримка якості обслуговування пацієнтів за рахунок переваг спеціалізації та забезпечення максимально ефективного використання ресурсів.



Видатки регіонів на охорону здоров'я фінансуються через пакетну субвенцію, фонд державної діяльності та місцеве спів-фінансування. Крім цього, регіони також відповідають за регіональний розвиток, функціонування певних соціальних закладів, створення транспортних компаній та низку регіональних завдань, які стосуються природних ресурсів, охорони навколишнього середовища та територіального планування. У законодавстві закладено позитивний принцип визначення повноважень регіонів, тобто регіони не можуть брати на себе інші повноваження, крім тих, які визначені в законодавстві. У результаті проведеної муніципальної реформи повноваження і відповідальність регіонів після 1 січня 2007 р. встановлені наступні:

- медичні послуги в лікувальних закладах, у тому числі психіатрична допомога та медичне страхування, послуги лікарів загальної практики та вузьких спеціалістів;
- плани регіонального розвитку та послуги із забезпечення діяльності (секретаріатів) форумів і платформ з питань регіонального росту;
- забруднення ґрунту;
- дослідження і планування використання сировини;
- забезпечення роботи закладів для вразливих груп населення та груп, які мають особливі потреби в соціальних послугах і спеціалізованій освіті;
- утворення транспортних компаній по всій території Данії.

Для муніципалітетів реформа місцевого самоврядування означає додаткові ресурси на фінансування нових функцій, оскільки реформа впроваджувалася за принципом «кошти йдуть за функцією». Реформа системи фінансування та вирівнювання скоригувала систему вирівнювання відповідно до нового розподілу функцій і повноважень, а також нової мапи територіального устрою з тим, щоб забезпечити баланс між багатими й бідними муніципалітетами.

З реформою місцевого самоврядування кількість рівнів оподаткування було скорочено з трьох до двох, а регіони, на відміну від провінцій, не можуть встановлювати і стягувати податки.

Регіони фінансуються частково муніципалітетами і частково державою. Нововведенням стало те, що відтепер муніципалітети співфінансують сферу охорони здоров'я. Якщо муніципалітет розглядає можливість запровадження нових місцевих функцій щодо охорони здоров'я (профілактика захворювань, догляд і реабілітація), він набуває більш важливої ролі в сфері охорони здоров'я. Цей підхід спрямований на те, щоб заохочувати муніципалітети ініціювати впровадження ефективних профілактичних заходів для своїх громадян. Загалом на муніципалітети припадає близько 10 % від загального фінансування охорони здоров'я в регіонах.

Щоб гарантувати, що реформа місцевого самоврядування не призведе до неналежних змін у розподілі фінансового навантаження між муніципалітетами, у 2006 р. було здійснено реформу системи субвенцій та вирівнювання, яка враховувала новий розподіл функцій і завдань та новий розподіл муніципалітетів.

Між муніципалітетами Данії існує різниця в базах оподаткування, оскільки муніципалітети часто мають дуже відмінну демографічну та соціальну структуру. Якщо б кожний муніципалітет був змушений фінансувати власні видатки, рівень послуг і податкове навантаження в різних муніципалітетах були б дуже різними.

Метою системи вирівнювання є забезпечення того, що однаковий рівень послуг передбачає однаковий відсоток податків незалежно від доходу мешканців та будь-яких інших демографічних чинників.

У спрощеному викладі система субвенцій та вирівнювання означає, що кошти переводяться від багатих муніципалітетів до менш забезпечених. Вирівнювання не є тотальним – тільки частина різниці між багатими і бідними муніципалітетами згладжується таким чином.

Підсумовуючи, зазначимо, що система органів місцевого самоврядування в Данії може бути віднесена до континентальної (французької) моделі, яка базується на державницькій концепції місцевого самоврядування. Її суть полягає в тому, що місцеві органи розглядаються як засіб здійснення державних функцій за допомогою недержавних за своєю природою суб'єктів.

Проте особливості, властиві для скандинавських країн у цілому й Данії зокрема, стали підставами для виокремлення їхніх муніципальних систем у окрему модель місцевого самоврядування – скандинавську чи північноєвропейську<sup>12</sup>. Вітчизняна компаративістика характеризує скандинавську модель як підсистему континентальної. Зазначені особливості місцевого самоврядування у Данії є своєрідними й полягають у наступному.

По-перше, органи місцевого самоврядування тісно взаємодіють із державними органами як центрального рівня, так і місцевого управління. Нині в Данії місцеве державне управління представлено цілою низкою територіальних органів центральних міністерств і відомств.

По-друге, політика центральних органів влади щодо системи місцевого самоврядування полягає у тому, щоб передати якомога більше повноважень і завдань до відання місцевих органів. При цьому акцент робиться на ефективному наданні послуг для задоволення потреб населення, віддаючи перевагу приватним інтересам жителів порівняно із суспільними інтересами.

По-третє, фінансова система, яка зазнала реформування на початку XXI ст., привела до впровадження системи вирівнювання згідно з розподілом функцій та повноважень органів місцевого самоврядування.

До того ж в Данії отримала розвиток широка мережа міжмуніципальної кооперації; розміри муніципалітетів тут доволі великі – як з точки зору чисельності населення так і за масштабами території. Вся система місцевого самоврядування спрямована на удосконалення скандинавської моделі держави загального благоденства.

<sup>1</sup> Северная Европа. Регион нового развития / под ред. Ю. С. Дерябина, Н. М. Антюшиной. – М. : Изд-во «Весь Мир», 2008. – С. 18.

<sup>2</sup> История Дании / Х. Палудан и др. ; пер. с дат. – М. : Изд-во «Весь мир», 2007. – С. 147–169.

<sup>3</sup> Там само. – С. 253.

<sup>4</sup> Гренландія (дан. *Grønland*, дослівно – «зелена країна») – автономна територія у складі Королівства Данія, найбільший острів у світі, проте найменш густонаселена країна світу. Хоча географічно Гренландія є частиною Північної Америки, проте більш ніж тисячоліття підтримує тісні політичні, культурні та економічні зв'язки з Данією, Норвегією та Ісландією. У 1814 р. Гренландія стала Данською колонією, а після прийняття Конституції Данії (1953 р.) – частиною Королівства.

<sup>5</sup> Фарерські острови (фарерською: *Føroyar* – *овечі острови*) – це архіпелаг на півночі Атлантичного океану між Ісландією, Норвегією та Шотландією, що складається із 18 островів, 17 з яких населені. Фарери під датською юрисдикцією знаходяться з 1380 року.

<sup>6</sup> Останнім часом ліберальна імміграційна політика Уряду Данії привела до утворення на її території кількох великих етнічних общин, що становлять близько 5 % населення країни.

<sup>7</sup> Исаев М. А. Основы конституционного права Дании / М. А. Исаев. – М. : Муравей, 2002. – С. 277.

<sup>8</sup> Оффердал О. Местное самоуправление в Скандинавии: достижения и перспективы / О. Оффердал // Полис: социально-гуманитарные знания. – 1999. – № 2. – С. 158.

<sup>9</sup> Балян А. Особливості та принципи здійснення регіональної політики в країнах – членах ЄС / А. Балян // Економіст. – 2005. – № 2. – С. 50–52.

<sup>10</sup> История Дании / Х. Палудан и др. ; пер. с дат. – М. : Изд-во «Весь мир», 2007. – 608 с.

<sup>11</sup> Оффердал О. Местное самоуправление в Скандинавии: достижения и перспективы / О. Оффердал // Полис: социально-гуманитарные знания. – 1999. – № 2. – С. 156.

<sup>12</sup> Там само. – С. 155.

#### Резюме

##### **Попко В. В. Місцеве самоврядування в Королівстві Данія.**

Стаття присвячена з'ясуванню системи місцевого самоврядування Данії, її історичних особливостей, структурних реформ та їх впливу на сучасний стан, змін адміністративно-територіального характеру, розмежування компетенції між державними органами управління та органами самоврядування. Акцентується увага на структурних елементах системи місцевого самоврядування, організації влади на місцях, порядку формування представницьких органів влади. Особлива увага приділена повноваженням та компетенції органів місцевого самоврядування, зокрема у фінансовій сфері. Дається характеристика самоуправління на автономних територіях – острові Гренландія та Фарерських островах.

**Ключові слова:** скандинавська модель, місцеве самоврядування, ландстинг, муніципалітет, комунальне управління.

#### Резюме

##### **Попко В. В. Местное самоуправление в Королевстве Дания.**

Статья посвящается выявлению особенностей системы местного самоуправления Дании, ее исторических особенностей, структурных реформ и их влияния на современное развитие, изменений административно-территориального характера, разграничение компетенции между государственными органами управления и органами самоуправления. Акцентируется внимание на структурных элементах системы местного самоуправления, организации власти на местах, порядку формирования представительских органов власти. Особое внимание уделяется полномочиям и компетенции органов самоуправления, в частности в финансовой сфере. Дается характеристика самоуправления на автономных территориях – острове Гренландия и Фарерских островах.

**Ключевые слова:** скандинавская модель, местное самоуправление, ландстинг, муниципалитет, коммунальное управление.

#### Summary

##### **Popko V. Self – Government in the Kingdom of Denmark.**

The article is dedicated to the research on the system of local self-government in Denmark, its historical peculiarities, structural reforms and their current influence, administrative and territorial changes, distribution of power between the state and self-government authorities. The attention is concentrated on the structural elements of the system of local self-government, organization of local authorities, and procedure of forming the public authorities. Special attention is paid to the powers of the local authorities, in particular, in the financial sphere. The characteristic of self-government in the autonomous territories – Greenland and the Faroe islands – is provided.

**Key words:** Scandinavian model, local self-government, landsting, municipality, municipal management.

## І. С. ХМЕЛЬОВА

*Ілона Євгеніївна Хмельова, аспірант Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

### ЕФЕКТИВНІСТЬ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА (НА ПРИКЛАДІ ІНСТИТУТУ ВИЗНАННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ)

Проблема ефективності міжнародного права є досить актуальною. Адже посилання на його неефективність часто стає аргументом на користь тези про те, що міжнародного права не існує, або що воно не може розглядатися як оптимальний регулятор міжнародних відносин. Слід наголосити, що інститут визнання, який має значний вплив як на міжнародне право, так і на міжнародні відносини, слугує хорошим прикладом для характеристики явища ефективності міжнародного права.

Багато наукових праць юристів-міжнародників присвячені як інституту визнання, так і питанню ефективності міжнародного права. Проте мало дослідженим залишається співвідношення між цими аспектами, а також сучасні тенденції, які притаманні міжнародному праву у цих сферах. Стаття має на меті дослідження поняття ефективності міжнародного права (а також складових цього поняття), доведення того факту, що міжнародне право не може вважатися неефективним.

У доктрині немає однозначного підходу до того, яке визначення можна дати поняттю «ефективність міжнародного права». Професор *Jean d'Aspremont (University of Manchester)* зазначає, що концепція ефективності не є сталою. Відкидаючи ідею про ефективність як виконання державою міжнародних правил, він визначає ефективність як інтеграцію «реального світу» фактів у правову концепцію міжнародного права. Ефективність виступає своєрідним «містком» між світом ідей (тобто світом міжнародного права) і реальним світом.

Американський професор *Liam Murphy (New York University Law School)* звертає увагу на відмінності між кількома різними ідеями щодо ефективності міжнародного права. Перша з концепцій розглядає ефективність як рівень поваги держав до міжнародно-правових норм. Підставою для такого підходу є той факт, що без дотримання державами міжнародне право начебто не має юридичної сили. Мерфі визнає недолік цього підходу – нездатність з'ясувати, чому держава вважає за краще не дотримуватися норм міжнародного права. Також Мерфі пропонує визначати ефективність таким чином: 1) рівень, до якого міжнародне право індукує відповідність (або іншим чином впливає на правову поведінку); або б) рівень дотримання міжнародних норм урядовими установами і громадянським суспільством.

За словами професора *Timothy Meyer (University of Georgia School of Law)*, ефективність міжнародного права повинна розглядатися в ширшому сенсі, наприклад, зосереджуючись на тому, як добре міжнародне право вирішує певну конкретну проблему. Оцінка рівня дотримання міжнародного права сама по собі є проблематичною, оскільки вона не враховує зовнішніх факторів, які можуть вплинути (на краще або на гірше) на певну міжнародну проблему. Наприклад, скорочення викидів парникових газів державою може мати більше зв'язку з внутрішнім економічним спадом, а не з дотриманням власних зобов'язань в рамках певної екологічної конвенції<sup>1</sup>.

Слід зазначити, що про неефективність міжнародного права загалом, як правило, говорять через неефективність певної галузі чи інституту. Наприклад, експерти з міжнародних відносин часто ставлять питання, чому, незважаючи на положення Статуту ООН, держави як і раніше вдаються до застосування сили. Пояснення цьому факту різні. Дослідники посилаються на те, що правила, які регулюють застосування сили, застаріли і не забезпечують достатнього захисту для держав. Вони також наголошують на «подвійних стандартах» міжнародного права, що дозволяє багатим і могутнім державам діяти безкарно, в той час як слабкі й бідні держави несуть відповідальність за свої діяння. Інші звинувачують у всьому особливий статус, що надається п'ятим постійним членам Ради Безпеки (зокрема, право вето). Проте всі згодні з тим, що заборона застосування сили є менш ефективною, ніж різні норми та принципи в інших сферах міжнародного права. Також важливою необхідністю тлумачення принципу, що забороняє застосування сили, відповідно до реальності XXI століття<sup>2</sup>.

З цього приводу слід зазначити, що норми міжнародного права щодо незастосування сили чи непорушності кордонів, звісно, є надважливими. І порушення таких норм привертає багато уваги та не може бути непоміченим. Проте несправедливо говорити, що міжнародне право є неефективним в цілому. Адже є багато прикладів, коли міжнародно-правові норми щоденно ефективно регулюють відносини між відповідними суб'єктами (наприклад, міжнародне морське право, міжнародне економічне право тощо).

Крім того, кожна специфічна сфера міжнародного права може мати власні критерії ефективності. Наприклад, дослідники ефективності міжнародних судів виділяють такі питання: *Case-Specific Effectiveness, Erga Omnes Effectiveness, Embeddedness Effectiveness, Effectiveness in Developing International Law*. Перший

вимір, ефективність для кожного конкретного випадку, оцінює, чи сторони конкретного спору слідуєть вказівкам суду – це питання, яке тісно пов'язане з дотриманням рішень міжнародних судів. Другий вимір, ефективність щодо міжнародної спільноти, оцінює, чи рішення судів мають системні прецедентні наслідки, які впливають на поведінку всіх держав, що підлягають юрисдикції трибуналу чи суду. Третій вимір, внутрішня ефективність, оцінює ступінь, в який суд втілює свої судження у внутрішніх правових системах, що дає змогу національним суб'єктам досягнути усунення можливих порушень за допомогою національних інструментів і уникнути необхідності в міжнародних судових процесах. Четвертий вимір, ефективність щодо розвитку міжнародного права, демонструє, як рішення судів сприяють створенню системи міжнародного судочинства чи юриспруденції (цей аспект має відношення до децентралізованого характеру міжнародно-правової системи і дискусій з приводу фрагментації міжнародного права). Ці виміри концептуально різні. Наприклад, рішення може бути проігноровано державою-відповідачем, але може спричинити цілий ряд політичних реформ в інших державах, які підпадають під юрисдикцію суду. Таке рішення буде мати низьку ефективність у цьому конкретному випадку, але високу ефективність *erga omnes*<sup>3</sup>.

Дуже слушною є думка про те, що порушення міжнародного права не означає, що міжнародне право не має ніякого значення або є неефективним. Різноманітні міжнародні кризи продемонстрували, що сильний вплив міжнародного права відображається в наступному:

- у державній чи міжнародній реакції на порушення міжнародного права;
- у реакціях порушника на такі заходи (наприклад, демонстрація більшого ступеня поваги до норм міжнародного права або використання міжнародної юридичної риторики для виправдання порушення відповідних норм);
- у наступних взаємодіях порушника й інших держав та міжнародних організацій, які підкреслюють загальну волю до врегулювання кризи<sup>4</sup>.

Хорошим прикладом для аналізу поняття ефективності міжнародного права може слугувати інститут визнання. На перший погляд, даний інститут може демонструвати повну неефективність міжнародного права. Адже багато дослідників ототожнюють визнання з політикою і наголошують на тому, що не існує жодних критеріїв для надання визнання, все відбувається на розсуд держави. Проте ще Г. Кельзен зазначав, що протиріччя та навіть абсурдні висновки при вивченні питання визнання часто спричинені тим, що як в доктрині, так і на практиці політична та правова складові визнання не розділяються між собою. Науковець вважав, що при кодифікації норм, які регулюють визнання, особливу увагу слід звернути саме на те, що сам термін визнання нібито складається з двох окремих частин: політичного та правового актів<sup>5</sup>.

Варто погодитися з тим, що універсальна кодифікація з питань визнання є можливим способом зменшити політичний вплив на даний інститут. І, на жаль, такої кодифікації досі не існує.

Комісія міжнародного права ще в 1949 р. включила до списку тем, відібраних для першочергової кодифікації, питання про визнання держав та урядів<sup>6</sup>. Однак у подальшому список було переглянуто, і питання визнання з нього зникло<sup>7</sup>. Деякі аспекти визнання порушувалися і при підготовці інших міжнародно-правових кодифікацій, проте такий частковий розгляд не є прийнятним.

Важливо зазначити, що окрім визнання зі списку тем були виключені ще три, проте до їхнього розгляду в подальшому повертались в тому чи іншому форматі. Тема визнання, на жаль, не підіймалась<sup>8</sup>. Крім того, негативною стороною даної ситуації було те, що Комісія з самого початку мала намір розглядати лише визнання держав, у той час як визнання урядів було визначено таким, що не може бути підпорядкованим правовому регламентуванню. Те ж стосувалось і визнання воюючої сторони<sup>9</sup>.

Проте відсутність такої кодифікації не зупинила розвиток інституту визнання, в рамках якого вирішуються питання з ефективного врегулювання новітніх міжнародних відносин.

Наприклад, сучасна практика міжнародних відносин дає змогу говорити про можливість визнання або невизнання представницького органу держави – парламенту. Дана новела, зокрема, має місце у заяві Верховної Ради України «Про невизнання Україною легітимності виборів до Державної Думи Федеральних Зборів Російської Федерації сьомого скликання, їх результатів і правових наслідків та, відповідно, складу, повноважень, актів та рішень Державної Думи Федеральних Зборів Російської Федерації сьомого скликання»<sup>10</sup>. Таким чином, новелою сучасних міжнародних відносин є визнання парламентів як вид визнання. Цей вид визнання має особливу природу та правові наслідки. Іншим прикладом є поява нового субінституту – визнання держав міжнародними організаціями. Тобто, можна спостерігати прогресивний розвиток інституту визнання, а отже, говорити і про його ефективність для регулювання сучасних міжнародних відносин.

І навіть такий заполітизований інститут міжнародного права як визнання може бути прикладом того, що в міжнародному праві поступово відбуваються зміни і воно стає все ефективнішим. Наприклад, на сьогодні вже можна говорити про те, що має існувати відповідальність за протиправне надання визнання, особливо якщо воно пов'язане з агресією та порушенням імперативних принципів міжнародного права. Хоча традиційно вважалося, що держава може надавати визнання на власний розсуд, в сучасному міжнародному праві переважає думка про те, що визнання певного утворення всупереч позиції всіх або більшості членів міжнародного співтовариства не є суверенним правом держави. Одиначне визнання певного утворення (у поєднанні зі збройною інтервенцією та за відсутності будь-якого багатостороннього переговорного процесу), яке супроводжується протестом чинного уряду і відразу ж після якого має місце анексія державою, що надає визнання, відповідної території, не може відповідати сучасному міжнародному праву. Саме тому Томас Д. Грант робить висновок: якщо існує таке явище, як протиправний акт визнання, то, наприклад, визнання

Росією Криму є саме таким протиправним актом<sup>11</sup>. Звісно, наразі існує питання про реалізацію відповідальності порушника. Проте сама докорінна зміна підходів і розуміння того, що визнання не може надаватися свавільно, вже доводить ефективність міжнародного права.

Тобто інститут визнання демонструє, що ефективність міжнародного права залежить не лише від його сучасних ознак, а й від процесів, які наразі відбуваються і програмують його подальший розвиток. Адже міжнародне право – це не лише сукупність норм і принципів, це й процес.

Загалом, можна зробити наступні висновки.

– У доктрині немає єдиного підходу до розуміння ефективності міжнародного права.

– Міжнародне право є ефективним, незважаючи на те, що воно порушується. Дотримання норм міжнародного права не можна прирівнювати до поняття «ефективності».

– Різний ступінь ефективності можна побачити як у різних галузях та інститутах міжнародного права, так і в межах одного інституту або галузі.

– Інститут визнання доводить ефективність сучасного міжнародного права. На його прикладі можна зробити висновок про те, що міжнародне право охоплює все більше коло суспільних відносин, поступово зменшує вплив політичних чинників та знаходить нові концепції і підходи, що допомагають ефективно вирішувати проблеми, які існують на міжнародній арені.

<sup>1</sup> Gary J. Shaw The Idea of Effective International Law // American Society of International Law : [Electronic resource]. – Access mode: <https://www.asil.org/blogs/idea-effective-international-law>

<sup>2</sup> Challenges to the effectiveness of international law // Oxford University Press : [Electronic resource]. – Access mode: <http://blog.oup.com/2014/04/challenges-to-the-effectiveness-in-international-law-pil/>

<sup>3</sup> Laurence R. Helfer The Effectiveness of International Adjudicators // Oxford Handbook of International Adjudication 464–482 (Karen J. Alter, Cesare Romano & Yuval Shany eds., 2014) : [Electronic resource]. – Access mode: [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5452&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5452&context=faculty_scholarship)

<sup>4</sup> Sangmeister Bernadette. The (in-) effectiveness of international law: A critical analysis of the rational choice theory in the light of the Ukrainian crisis 2014 // Victoria University of Wellington, New Zealand : [Electronic resource]. – Access mode : <http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/3541/thesis.pdf?sequence=2>

<sup>5</sup> Jonte van Essen. De Facto Regimes in International Law // Merkourios International and European Security Law 2012. – Volume 28. – P. 31–49. – P. 605 : [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.merkourios.org/index.php/mj/article/viewFile/41/47>

<sup>6</sup> Дмитрієв А. І. Міжнародне публічне право : навч. посіб. [текст] / А. І. Дмитрієв, В. І. Муравйов ; відп. ред. Ю. С. Шемшученко, Л. В. Губернський. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – 640 с. – С. 122.

<sup>7</sup> Фельдман Д. И. Признание государств в современном международном праве [текст] / Д. И. Фельдман. – Казань : Изд-во Казанского университета, 1965. – 260 с. – С. 35–36.

<sup>8</sup> Origin and background of the development and codification of international law : [Electronic resource]. – Access mode: [http://legal.un.org/ilc/ilcintro.htm#\\_ftn82](http://legal.un.org/ilc/ilcintro.htm#_ftn82)

<sup>9</sup> Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission // A/CN.4/1/Rev.1 : [Electronic resource]. – Access mode : [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_1\\_rev1.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1_rev1.pdf)

<sup>10</sup> Про Заяву Верховної Ради України «Про невизнання Україною легітимності виборів до Державної Думи Федеральних Зборів Російської Федерації сьомого скликання, їх результатів і правових наслідків та, відповідно, складу, повноважень, актів та рішень Державної Думи Федеральних Зборів Російської Федерації сьомого скликання» : постанова Верховної Ради України від 20 вересня 2016 № 1527-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1527-19>

<sup>11</sup> Grant Thomas D. Aggression against Ukraine. Territory, Responsibility, and International Law [text] / Thomas D. Grant. – Palgrave Macmillan, 2015. – 320 p. – P. 41.

## Резюме

### **Хмельова І. Є. Ефективність міжнародного права (на прикладі інституту визнання в міжнародному праві).**

Проблема ефективності міжнародного права є актуальною та потребує детального вивчення. Стаття присвячена визначенню поняття «ефективність міжнародного права», а також оцінці такої ефективності для регулювання сучасних міжнародних відносин. Підкреслюється, що інститут визнання слугує хорошим прикладом для характеристики явища ефективності міжнародного права. На прикладі інституту визнання доводиться, що міжнародне право є ефективним та прогресивно розвивається. Нові підходи в рамках інституту визнання у міжнародному праві демонструють, що міжнародне право поступово нівелює політичний вплив. Новели даного інституту – це приклад того, що міжнародне право є ефективним регулятором сучасних міжнародних відносин. Також зазначається, що критика міжнародного права часто є необґрунтованою та необ'єктивною. Водночас звертається увага на необхідність розробки єдиних критеріїв для визначення ефективності міжнародного права задля його подальшого вдосконалення.

**Ключові слова:** міжнародне право, визнання в міжнародному праві, ефективність міжнародного права, інститут визнання, міжнародні відносини.

## Резюме

### **Хмелева И. Е. Эффективность международного права (на примере института признания в международном праве).**

Проблема эффективности международного права является актуальной и требует детального изучения. Статья посвящена определению понятия «эффективность международного права», а также оценке такой эффективности для регулирования современных международных отношений. Показано, что институт признания служит хорошим примером для характеристики явления эффективности международного права. На примере института признания доказывается, что международное право

является эффективным и прогрессивно развивается. Новые подходы в рамках института признания в международном праве демонстрируют, что международное право постепенно нивелирует политическое влияние. Новеллы данного института являются примером того, что международное право является эффективным регулятором современных международных отношений. Также доказывается, что критика международного права часто является необоснованной и необъективной. В то же время обращается внимание на необходимость разработки единых критериев для определения эффективности международного права для его дальнейшего совершенствования.

**Ключевые слова:** международное право, признание в международном праве, эффективность международного права, институт признания, международные отношения.

### Summary

***Khmeleva I. Effectiveness of international law (on the example of the institute of recognition in international law).***

The problem of the effectiveness of international law is urgent and requires detailed research. The essay deals with the definition of “effectiveness of international law” with a view to assessing its effectiveness for contemporary international relations. The essay argues that the institute of recognition can serve as a good example for the characteristics of the phenomenon of international law efficiency. On the basis of the institute of recognition the essay stipulates that international law is progressively developing and effective. New approaches within the institute of recognition in international law demonstrate that international law is gradually eliminating the political influence. Novelties of this institute prove that international law is an efficient regulator of modern international relations. The essay also emphasizes that the criticism of international law is often unsubstantiated and biased. At the same time, the essay draws attention to the need of developing common criteria to determine the effectiveness of international law in order to ensure its further improvement.

**Key words:** international law, recognition in international law, effectiveness of international law, institute of recognition, international relations.

GEZA JESZENSZKY

Géza Jeszenszky\*

## CENTRAL EUROPE – THE STEPCCHILD OF THE WEST?

A distinguished British historian, Hugh Seton-Watson (the son of one of the makers of the post-First World War “New Europe”), published a little volume in 1975 on Central Europe, calling it “the sick heart”<sup>1</sup> 35 years later an American scholar, Timothy Snyder wrote a much heavier book on the history of “Bloodlands,” the larger region<sup>2</sup>. Anne Applebaum, who is closely connected to Poland, summarized the latter as „a brave and original history of mass killing in the twentieth century”<sup>3</sup>, and a reviewer in The New York Times “the Devil’s Playground”<sup>4</sup>. Is that true, is Central Europe the scene of endless internal and external conflicts, a permanent war zone?

The present essay first wants to address a perennial question: whether Central Europe, in a larger sense the region that lies between Germany and Russia, and between the Baltic and the Aegean Sea, is a distinct historical and political region? Is it a sub-region of the West? If yes, is it a bridge between East and West or a battleground? And what is perhaps more significant, is the notion justified that Central Europe has always been neglected, sacrificed by Western Europe (and by America) to the ambitions of the neighbouring Great Powers, first to the Ottoman and more recently to the Russian/Soviet Empire?

Today Central Europe contains twenty-one independent, sovereign states, with a population of 200 million. It has distinct features, different from Eastern Europe (basically Russia) and also from Western Europe, but in my view it is culturally, mentally, even economically basically part of the West, the *Occidens*, torn off only by the Sultans, the Czars, later by Lenin and Stalin. Central Europe has a long, turbulent history, its countries were often victims (and sometimes makers) of wars of conquest. People in America and in Western Europe know practically nothing about the medieval and early modern history of this region, and at best are aware only that following the break-up of the Austro-Hungarian Monarchy and the Czarist Empire the small, quarrelling states of Central Europe became easy preys first of Nazi Germany and then of Soviet Russia.

There are many common themes in the history of the smaller nations in the middle of Europe. The first was the adoption of Christianity at the end of the first Millennium. With the Great Schism of 1054 the Church split into two, Catholic and Orthodox versions, reflected also in a territorial division. After a promising start “ill fate” took over Central Europe: long defensive wars against the Mongols and Tartars, then against the Russians and/or the Ottomans, ending in being absorbed by those empires for centuries. Until recently agriculture was the main occupation of the people, a sort of feudalism existed until the 19<sup>th</sup> century, and the large peasantry survived until the mid-20<sup>th</sup> century. Central Europe became the scene of bloody battles in the First, and even bloodier campaigns in the Second World War. The first part of the 20<sup>th</sup> century saw several substantial redrawing of the state borders. Starting in 1945 communism was gradually imposed upon the whole region, with the exception of Austria and Greece. The strong intellectual traditions are also a feature of these lands: writers and poets led the national revivals; education spread it among the masses. Before the Holocaust the number of Jews in Central and Eastern Europe ran into many millions; they contributed very much to business, the professions and the arts. Most of the survivors emigrated, increasing the loss. It was also a loss that poverty induced so many people to emigrate, mostly to the U.S. and Canada. But those people established and still maintain a special link with the place of their or their ancestors’ homeland.

Central Europe showed a mixture of the two major political traditions in Europe, authoritarian and pluralistic. In the East political, social, economic and even cultural functions were mostly (albeit not always) performed by the state. Society and even the Church was expected to be obedient and to serve the common cause, the greatness of the Monarch and of the State (*gosudarstvo*), to carry out necessary changes from above. In Central Europe (as opposed to Russian Eastern Europe) elements of pluralism, of a representative tradition, were always to be found: there were elected Diets, towns and ethnic groups with privileges and elected leadership, and the nobility had the right to resist the Sovereign (mainly in Poland and Hungary). This region also abounds in fortresses, castles and churches in Roman and Gothic style, it also had a Renaissance – all largely absent in Russia. The Reformation spread as far as

---

© Géza Jeszenszky, 2016

\* Géza Jeszenszky [pronounced as if were spelt Yesensky] is historian, politician and diplomat. He was involved in changing Hungary into a democracy in 1989, making him Foreign Minister (1990–94). He was Ambassador to the United States in 1998–2002, and Ambassador to Norway and Iceland (2011–2014). His latest book in English is *Post-Communist Europe and Its National/Ethnic Problems* (2009). His memoir and analysis on Hungary’s neighbourhood relations (in Hungarian) came out in 2016.

Poland and Hungary; it had a democratizing influence. The eastern border zone of Central Europe is the sole home of the Greek Catholic Church.

Probably the most interesting feature of “the lands between”<sup>5</sup> is the richness and variety of languages and ethnic groups, it is rightly called an ethnic mosaic. Here nations and States do not coincide. Why? Migrations, conquests by Empires and colonisations made the population very mixed. The break-up of the Habsburg, Ottoman and Russian Empires and the border changes of 1919/20 created large – usually mistreated – national minorities. Although the “radical” solutions in the 1940s (border changes, then large-scale expulsions) reduced their number, but the 1991 break-up of the Soviet Union and Yugoslavia created even more such minorities. Rapid industrialization and dictatorial regimes resulted in assimilation, “creeping ethnic cleansing”, but the minorities have not disappeared. Unlike in the U.S. and in the case of the mainly Muslim immigrants in Western Europe, here most minorities are old established, did not immigrate, did not cross the borders, but the borders crossed over them. Their aim is not assimilation but the preservation of their identity. Many have a “mother country” or “kin state” on the other side of the border. So whatever the claims are, or what some constitutions declare, the countries of Central Europe are all multi-national.

#### Independence and the misery of the small nations<sup>6</sup>

„There is not one of the peoples or provinces that constituted the Empire of the Habsburgs to whom gaining their independence has not brought the tortures which ancient poets and theologians had reserved for the damned.” (Winston Churchill: *The Gathering Storm*)<sup>7</sup>.

The idea that Central Europe was always abandoned by the West was first supported but soon disproved when the Ottoman Empire destroyed the Byzantine Empire, and having overrun the Balkans conquered the central part of the Hungarian Kingdom, too. France and Venice helped and abated that, but the Pope and other Christian monarchs called for crusades against the Muslims. Eventually it was an international Christian army which expelled the Turks from Hungary at the end of the 17<sup>th</sup> century. In the 19<sup>th</sup> century Western Europe, led by France and England, was instrumental in the liberation of South-Eastern Europe, although not without selfish interests. (Russia also participated in that, for its own, even more selfish reasons.)

The French Revolution and Napoleon’s wars shook up the borders of the whole of Europe. The new concept of *nation* replaced territorial and dynastic loyalty: it was “blood,” the ethnic-linguistic community, transcending social and class differences, which was to unite a people. That was expressed and propagated by priests, poets, historians and lawyers, who dreamt about independence for the nation on the largest possible territory, absorbing or eliminating the unwanted national groups. Modern nationalism engulfed the educated classes and gradually penetrated the peasants and the workers, too. The Congress of Vienna (1815) tried to enforce the dynastic principle and ensured that Central Europe was divided between Russia, Prussia, the Habsburg and the Ottoman Empire. Soon the national movements in the Balkans challenged the Ottoman Empire and enjoyed the limited support of England and France, but the liberal and national revolutions of 1848 were crushed by Russia and Austria. In 1867 the Hungarians achieved internal independence (Home Rule) from the Habsburg dynasty; the Berlin Congress of 1878 recognized the independence of Serbia and Romania, and partly of Bulgaria. The Balkan Wars of 1912 and 1913 completed the liberation from Ottoman rule, but also sowed the seeds of territorial quarrels.

The First World War clearly demonstrated that Central Europe was indeed crucial to the maintenance of peace and security in Europe. In fact most of the arguments advanced in the 19<sup>th</sup> century in favour of the preservation of the Habsburg (and also of the Ottoman) Empire were based on the assumption that the disappearance of either would lead to a series of wars of succession, and would result in a very serious dislocation in the influence and strength of the remaining powers. The Great War was partly the result of the rivalries of the western Great Powers, partly due to Russia’s support of its Serbian client and its old rivalry with the Habsburg Empire. But the Serbian and Romanian irredentist schemes and the Czech drive for independence were supported by the Entente Powers only after the war broke out. War enthusiasm soon gave way to war weariness, first in Russia, leading to a revolution in February 1917. The Germans helped Lenin to return from his exile in Switzerland to make a social revolution in Russia. Following the successful *coup* in St. Petersburg in October, the Bolsheviks promised self-determination for all the peoples of the Empire. Finland, the Baltic nations and Ukraine proclaimed their independence. That was recognized in the peace signed at Brest-Litovsk between the Central Powers and Soviet Russia in March, 1918. Fearing an overall German victory, the Allies (the Entente) launched a policy of subverting Austria-Hungary, in the name of the principle of self-determination, to ‘liberate’ the Slav and other nationalities from ‘oppression.’ They recognized the still non-existing Czechoslovakia in the summer. Totally exhausted, Austria-Hungary asked for an armistice on 3 October, based on U.S. President Wilson’s 14 Points. Between 25–31 October peaceful national revolutions took place in Prague, Zagreb, Vienna and Budapest.

The Bolsheviks (Communists) of Russia thought that a socialist revolution was bound to be victorious all over the world; states would be abolished to give way to a world-wide alliance of governments by *Soviets*. The antidote to that appeared to be nationalism, independence with generous borders, and it worked with the Czechs, Slovaks, Romanians and South Slavs, while the vanquished Germans and Hungarians had little alternative but shifting towards leftist radicalism. The westward march of the Red Army was stopped in August 1920 in Poland (“the miracle on the Vistula”) and the Soviets soon recognized the independence of the three Baltic republics and Poland (1921), while crushing the young Ukrainian state.

By the end of the First World War most of the nations of Central Europe achieved political independence. That went along with radical border changes between 1917 and 1921. In treaties imposed rather than negotiated Germany



and Bulgaria suffered minor territorial losses, while Austria became a small German state denied the right to join Germany. The ‘principle of nationality’ did not become the true guiding line of the peace settlements; it was reduced to a slogan favouring only the lucky victors. Based on economic and strategic as well as ethnic arguments Hungary was reduced to a quarter of its former territory and a third of its population, transferring 3.5 million protesting Hungarians (as well as 88 % of forests, 83 % of iron, 100 % of salt, 74 % of roads and 62 % of railways) to the neighbouring states in the infamous Treaty of Trianon. Since the ethnic principle was not followed in so many cases (Dobrudja, Macedonia, Southern Slovakia, Vojvodina, Transylvania, Silesia, the western rim of Czechoslovakia, Eastern Poland) special treaties were drawn up to be signed by all the Central European States for the protection of the 30 million people who became national minorities as a result of the new borders. The newly created League of Nations was to guarantee all the provisions of the new European order. The arrangements combined what was probably necessary and inevitable with unnecessary humiliation. *With the 1919 Paris Peace Conference and the ensuing peace treaties Great Britain, France, Italy, the United States (and also Belgium), “the West,” accepted responsibility for creating new states, new borders, and measures for the protection of the national minorities in Central Europe.*

The defeated countries were convinced that they were victims of grave injustice; the result was the perpetuation of the division of Europe into hostile groups. The ‘birth defect’ of the new political order in Central Europe was the national composition of the new states, which were not really “national” but multi-national states, mistreating their minorities. Instead of trying to befriend the national minorities, the new ruling nations of ‘the successor states’ introduced repressive measures against them: expulsions, the denial of minority rights, land reform to their detriment, efforts at assimilating them through schools, etc. Even the junior “brother nations” (Slovaks, Rusyns, Croats, Slovenes) were not given autonomy. Nationalism became a kind of religion, a mass phenomenon. Hostilities broke out even among the victors over disputed lands, e.g. between Romania and the new Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes over the territory known as Banat (Temesvar and the surrounding area). The settlement based on the wishes of the ardent nationalists of the victorious camp led to much worse consequences than anybody could dream of. “In each of the new states there prevailed a narrow official nationalism”, and the repressive policies used against national, religious and political minorities led to perpetual internal and external divisions and conflicts. “This state of generalized and mutual hostility provided opportunities for any great power intent on disturbing the peace”<sup>8</sup>. Instead of finding their common interests the “small, unstable caricatures of modern states”<sup>9</sup> were looking for great-power patrons for the maintenance or for the overthrowing of the new order. It was found unexpectedly difficult to achieve the economic integration of the territories gained by the new states. The new borders broke up the previously unified market, customs barriers reduced trade and increased the prices, and inflation annihilated the savings of generations. All that combined with growing corruption led to a significant decrease in the standards of living. The peasants remained extremely poor, with little opportunity for upward mobility. In most of the small states too many parties competed; that made parliamentary government difficult, leading to *coups* (e.g. to Pilsudski’s in Poland in 1926), or to royal dictatorship in Yugoslavia (1928), later in Romania.

During the Great Depression (1929–33) these predominantly still agrarian and poor societies were hit harder than Western Europe. Industrial prices fell far less than agricultural ones. The general disappointment in liberal democracy turned many people to the radical ideas of the Left or of the Right, becoming easy prey to false gods. Germany under Hitler bought up the agricultural surplus of Central Europe, capturing more than 50 % of their trade – while the West withdrew from it economically and to a large extent politically, too. Britain and France “appeased” Nazi Germany with various concessions, in the vain hope that it will then turn against the Soviet Union. That meant practically abandoning “the lands between”. First Austria was lost with the *Anschluss* with Germany (March 1938) – and practically no objections were raised by the West. Then Czechoslovakia’s fate was doomed at the Munich conference in September 1938, with the end coming in March 1939 when Germany set up the Czech-Moravian Protectorate and a Slovak puppet state.

The promises and forecasts about the beneficial international consequences of the „New Europe” proved to be illusory. After two decades of existence, faced with the brutal behaviour of Nazi Germany and abandoned by its creators, the brave new world set up by British, French and American policy-makers collapsed. Of course the cause of the failure was not independence, but the petty quarrels born out of the unfair borders, the utilization of those quarrels by Hitler and Mussolini, and the selfish and short-sighted policy of the Western democracies. All the Europeans paid a heavy price for their mistakes.

#### The loss of independence and the appeasement of the aggressors

Unlike in the case of the First World War, where responsibility for the war is divided (though not evenly) between the Great Powers, there is no doubt that it was Nazi Germany who prepared and then launched the most devastating war of human history. But the western democracies cannot be absolved from having inadvertently contributed to the rise of Germany from the hopeless mess the country was in 1933 by the policy of appeasement. The Munich Conference was just the last stage. The creation of an air force, the reintroduction of compulsory national military service in March 1935, the remilitarization of the Rhineland in March 1936, and finally the *Anschluss* were all violations of the Versailles peace treaty. Each concession was father to a new aggression. The rape of Czechoslovakia was an eye-opener, but the West still did not prepare for a war against the aggressive powers. The Molotov-Ribbentrop “Non-Aggression Pact” (23 August 1939) shocked the world, even without anybody knowing about its secret protocol about dividing North-Eastern Europe between the two totalitarian powers. The British guarantee to and the alliance with Poland proved a bluff when on 1 September Hitler invaded his eastern neighbour and Britain

and France did not do more than declaring war on the aggressor. The Soviets, however, joined in the aggression. The fourth partition of Poland was followed by the Soviet invasion of Finland (November 1939) and the annexation of the Baltic states (June 1940). The West stood idle until it was defeated in the spring of 1940. With the Soviet annexation of Bessarabia (June 1940) and Hitler dividing Transylvania between Hungary and Romania (August 1940), finally Germany destroying Yugoslavia and Greece in 1941, Central Europe (indeed whole continental Europe) came under the control of Nazi Germany, leaving a portion to Stalin.

Despite Stalin's loyal collaboration with Germany Hitler invaded the Soviet Union on 22 June 1941. That life-and-death struggle made the fate of the peoples caught up between those two evil empires even more difficult. Their behaviour was determined mainly by their geographical position, and by the aims of those two dictatorships towards each country. Some nations (and many individuals) showed remarkable heroism, others committed terrible crimes, but most people wanted simply to survive. It is wrong to categorize whole nations as "guilty" or "right," nevertheless some became victors; others became willing or unwilling satellites of Germany<sup>10</sup>. Austria's enthusiasm at the *Anschluss* and the lack of any resistance to Hitler was forgotten and forgiven. Czechoslovakia's passive resistance paid, the country (as an ally of Britain and the U.S.) was not bombed and escaped serious suffering during the war. Although Slovakia was (until the summer of 1944) a loyal puppet state of Germany, deporting its Jews by 1942, at the end of the war it was treated as a victor. Poland proved a true hero, putting up strong resistance at home (by the Home Army and the "Underground State") and providing the fourth largest Allied armed force abroad. The price was 6 million dead, half of them Jews. The Katyn murders and the tragic betrayal of the Warsaw Uprising (August-October 1944) by Stalin should never be allowed to be forgotten. Just like the Holocaust, the attempted genocide of all the Jews. The heroism of the Soviet soldiers – coming from all the national groups of the Empire – should also be noted, as well as the tens of millions of Stalin's innocent victims. Hungary really became "the unwilling satellite" of Germany by joining the war against the Soviet Union, but remained a safe place for Jews and escaped POWs until Germany invaded it in March 1944 (to prevent its leaving the war). That led to the deportation of most of the Jewish Hungarians, half a million killed in the gas chambers. The thwarted attempt at an armistice (October 1944) was followed by the rule of the pro-Nazi Arrow Cross rabble, and a devastating war fought over the country until April 1945<sup>11</sup>. Romania repudiated the British territorial guarantee in June 1940, lost Bessarabia to the Soviet Union and Northern Transylvania to Hungary at the same time, and Marshal Antonescu became the dictatorial leader and the favourite of Hitler. It participated in the war against the Soviet Union with large forces, brutally murdered 3-400 000 Jews, but on 23 August 1944 the young King Michael arrested Antonescu and changed sides, thus recapturing Transylvania. Bulgaria was allied to Germany, controlled Macedonia during the war. Although it did not join the war against the Soviet Union, was nevertheless occupied by the Red Army in September 1944, and communized in a few months. Following a coup by anti-Nazi officers Hitler attacked and defeated Yugoslavia in April 1941. Croatia declared its independence and became a Nazi puppet state run by the notorious *Ustashi*. Communist and patriotic resistance fought both each other and the Germans, but there was also a collaborationist regime in Serbia led by General Nedic. All sides committed war crimes. The Allies eventually endorsed Tito, "since he killed more Germans." Albania was annexed by Italy in April 1939, but after the fall of Yugoslavia was allowed to administer Kosovo. Communist partisans took over the territory in November 1944. Greece threw back the October 1940 attack of Italy, but was crushed by Germany in 1941. It had a strong, partly communist resistance movement.

It was undoubtedly right for Britain and later for the United States to make an alliance with Stalin following the 1941 attack: the West had a strong interest in helping the Soviet Union to survive and to fight Nazi Germany. It was, however, a serious mistake to give Stalin a kind of unconditional support, like acquiescing in the annexation of the Baltic States and eastern Poland as early as December 1941, during British Foreign Secretary Eden's talks in Moscow<sup>12</sup>. His accommodating mood encouraged Stalin to persist in his ambition to conquer as large part of the eastern half of Europe as possible. The entire tenor of the British-American-Soviet discussions from 1941 on led Stalin to believe that he had a free hand at least to resurrect the Soviet frontiers he agreed with Hitler before 1941. It was characteristic that President Roosevelt asked Stalin at the Teheran conference that Soviet claims to Latvia, Lithuania and Estonia should not be reasserted immediately following re-occupation and that the Baltic peoples should be given an opportunity to express their will through some sort of referendum, although he expressed his confidence that the Baltic peoples would choose to remain part of the U.S.S.R. When Stalin firmly rejected any internationally supervised plebiscite and commented that the Soviet constitution provided ample opportunities for the expression of public will, the President merely asked for "some public declaration in regard to the future elections to which the Marshal had referred"<sup>13</sup>. This new policy of appeasement was first practised by *The Times* of London – the same paper that became notorious for advocating an accommodation with Nazi Germany in the 1930s. On 1 August 1941, in one of its characteristically thundering leaders, it called for the befriending of Stalin and it suggested that in Central and Eastern Europe the Soviet Union had special interests.

During the war the U.S. was not willing to make any commitments about post-war borders, being confident of its crucially strong position at the end, and Roosevelt thought he could handle Stalin. At the decisive conference of Teheran (November 1943) he accepted a Soviet sphere of influence in the eastern half of Europe, the territories which the Soviet Army looked likely to occupy, in exchange for a pledge from Stalin to enter the war against Japan within three months after victory in Europe.

Until 1943 the idea of creating federation(s) in Central Europe was very popular among the anti-Nazi public, but Stalin vetoed it, since he knew how easier it would be to establish his control over the whole area one by one. With Anglo-American acquiescence in Soviet preponderance over Central and Eastern Europe at Teheran it is not

surprising that the Head of the Czechoslovak Government-in-Exile, E. Beneš, made a special deal with Stalin in December 1943, dropping the idea of a Confederation with Poland and possibly other states, in return for a green light to expel the three million Germans and the close to a million Hungarians after the war<sup>14</sup>. Finally it was neither the conduct nor the will of the nations of Central Europe which counted at the end of the war. Neither were the intentions of the United States and Britain which mattered. It was the advance of the Soviet Red Army which settled the fate of Central Europe. This region was important for the Soviet Union, not really for reasons of security but with the aim of economic exploitation and also for the reconstruction of the damages caused by the war. Central Europe was also looked upon as a bridgehead for spreading Communism. No serious opposition was envisaged: Germany was the enemy to be defeated, France was under German occupation, and Britain had little interest in the fate of Central Europe. The U.S. had even less. As Walter Lippmann, the well-known author wrote in 1943: “the region [Central Europe] lies beyond the reach of American power.[...] We should [not] be promising these nations a protection we are unable to provide. [...] Does this mean that Poland and the Danubian states and Balkan states have no prospect of assured independence, and that they are destined inexorably to become satellites of Russia or to be incorporated into the Soviet Union? The question cannot be answered categorically at this time”<sup>15</sup>. That attitude was reflected in the discussions at the war-time conferences about the future of Europe. F. D. Roosevelt often spoke about the need for “four policemen” to maintain peace, and he assigned East-Central Europe to the Soviet Union. Stalin had three aims: to maintain the wartime alliance with the U.S. and the U.K. for economic and political benefits, to create a zone of security made up by countries under his total control, i.e. communized ones, and, thirdly, to gain a foothold in Western Europe through communist parties there, which may eventually help a communist takeover there, too. We don’t know for sure if he ever considered a military advance on Western Europe, and as long as the U.S. had a monopoly of atomic weapons he could not take such a risk, but there is much evidence (the large tank divisions, military equipment left in the GDR, training of Hungarian and other Warsaw Pact soldiers for invading neutral Austria) that he was not averse to that.

Both Britain and the United States, and especially the press in those countries, thought that the lands between the Germans and the Russians were dependable, not essential for their own sphere of influence, consequently accepted Soviet policy as a guiding line on Central and Eastern Europe. Nobody was willing to risk the displeasure of Stalin by standing up for the independence of any nation in Central or Eastern Europe. Perhaps the Anglo-American line on the future of Central Europe is more obvious if we look not at their attitudes towards Hitler’s and Stalin’s smaller victims, like Hungary, but rather at their attitudes towards Poland, their ally. It may have been easy to sacrifice Germany’s minor partners, but to do so with Poland, a valiant ally, who provided them with the fourth largest military contingent, was more than a blunder: it was an invitation which Stalin would have been a fool not to seize. Following the 1943 revelations about the Katyn murder of Polish officers by their Soviet captors, which led to a break between the London-based Polish Government-in-Exile and Stalin, Left and Right in Britain, particularly in the press, joined in increasingly loud criticism of Polish intransigence, even questioning the “practicality” of Polish independence. From the *New Statesman* to the *Tribune* and the *Evening Standard*, and of course, *The Times*, the line was basically the same. Perhaps the most frightening was a series of articles in *The Times* in March 1943, which questioned the idea of “total independence” for “smaller nations” and talked of “the danger” of an independent bloc emerging between the Germans and the Russians. It is interesting how Barrington-Ward, the Editor of *The Times* explained this line to a young Pole, who just arrived from the Polish underground as a courier.

“As for the division of Europe into zones of influence, he [Barrington-Ward] pointed out that what mattered was a realistic understanding of the post-war possibilities of Great Britain. ‘Influence’, he said, was not the same as ‘control’ or ‘domination’. Soviet influence in Eastern Europe after the war would be a logical outcome of geography and the balance of power.” E. H. Carr, who was the author of these leading articles, did not mean, according to Barrington-Ward, “that Poland would cease to be an independent country. At most, it would remain like the other East European countries, a junior partner of Russia, tied to its powerful neighbour by treaty. ‘Benes and Czechoslovakia did not fear a partition of Europe into spheres of influence’, he said.” The Editor of *The Times* tried to calm the young Pole with a smile: “You Poles remind us of the Irish. You possess too long a historical memory, too many prejudices and attitudes inherited from the past. Under the influence of war, and the alliance with the western nations, Russia is undergoing a tremendous revolution. For the moment there is no reason to disbelieve Stalin when he says he wants a strong and independent Poland. You will see, my friend, that your fears are groundless”<sup>16</sup>. Was this wishful thinking, hypocrisy or naiveté, or all combined?

The Soviet refusal to help or allow others to help in the Warsaw Uprising of August 1944 showed who was ultimately correct, the English journalist or the Polish hero of the resistance. George Kennan, the U.S. diplomat, writer and historian, quite rightly said that “the Warsaw Uprising was the moment when – if ever – there should have been a full-fledged and realistic showdown with the Soviet leaders: when they should have been confronted with the choice of either changing their policy completely and agreeing to collaborate in the establishment of truly independent countries in Eastern Europe or forfeiting Allied support for the remaining phase of the war”<sup>17</sup>. It is conceivable that Stalin, who still feared an “unholy alliance” between the West and Hitler, would have modified his stance. But we know that there were much stronger Western fears of another, really unholy alliance: the revival of the Hitler-Stalin partnership. Such a change sounds impossible, and probably it did not enter Stalin’s mind when victory was so near.

Swallowing Stalin’s line towards the Warsaw Uprising was indeed next to betrayal; Churchill’s percentage agreement with Stalin in October 1944 was not. The British Prime Minister meant it only as a temporary arrange-

ment for salvaging as much of Central Europe from the Soviet Union as was possible. However, even the modest British influence promised by Stalin was not kept. But it was not only an American preoccupation with the hopeful entry of the Soviet Union into the war against Japan that dictated the policies smacking of appeasement. There was also the issue of post-war collaboration with the Soviet Union, a legitimate, albeit naïve aim. That guided Roosevelt and Churchill at the Yalta Conference held in February 1945.

Contrary to widespread belief Yalta was not the cynical division of Europe, was not the conscious betrayal of Central Europe, only concessions were made following from Teheran and especially from the actual military situation. The “Declaration on Liberated Europe” adopted at Yalta was a new version of the high-sounding phrases of the Atlantic Charter. ‘The Big Three’ promised to assist the liberated peoples “to form interim governmental authorities broadly representative of all democratic elements in the population and pledged to the earliest possible establishment through free elections of Governments responsive to the will of the people; and to facilitate where necessary the holding of such elections”<sup>18</sup>. The problem was that the Soviet Union never lived up to the Declaration and acted contrary to the pledges made at Yalta. It took quite some time for the American public to realize that ‘Uncle Joe,’ who was made really very popular by the American media, was in fact a cynical tyrant bent on subjugating as much of Europe as he was capable.

Already in March 1945 Sir Orme Sargent, a senior official in the British Foreign office minuted on the alarming signals arriving from Soviet behaviour in the “liberated” countries. But instead of alarm he proposed acquiescence. “If we insisted on trying to enforce our own principles, we should endanger our fundamental policy of post-war cooperation with the Soviet Union for an issue which was not vital to our interests in Europe”<sup>19</sup>. Justification for appeasement (more harshly: betrayal) was always easy to find, as in this very minute: “We had ...to remember that our form of parliamentary democracy with free elections, a free press, and freedom of discussion, had never established itself in central and south-eastern Europe. [...] They were unlikely to fight for parliamentary institutions which in any case they had never learned to rely on or respect”<sup>20</sup>. Such a mistaken and condescending attitude has very strong roots in the West and it has often resurfaced in the last decades.

Following the death of Roosevelt the new president, Truman, sent the pro-Soviet Hopkins to Moscow to ensure further cooperation (mainly against Japan) and made no serious objections to the Polish government being composed mainly of Soviet puppets, key positions given to the communists. At the Potsdam Conference (July 1945) agreement was reached about Poland’s western borders, pushing the whole country westward with hundreds of kilometres. Authorization was given to the expulsion of Germans from Poland, Czechoslovakia and Hungary.

It would be a mistake to deny that communism had an appeal for many people, and not only for naïve intellectuals in the West. The need for radical changes in Central Europe was obvious. In 1945 Social Democrats and Centre-Left parties thought that their time had come, but few wished for a Soviet-type shortcut for ‘catching up with the West.’ The few ‘home communists’ were joined by the ‘Muscovites’ (those who survived Stalin’s purges) – broken and servile agents of Soviet rule. Small-fry pro-Nazis and other opportunist turncoats hurried to join the Communist parties. They were welcomed to swell the ranks. But the bravest patriots, who had resisted the Nazis, suffered enormous losses both during and after the war. The destructions of the war decimated the middle class, many fled from the Red Army, the Jews were murdered in the gas-chambers, society was atomized and broken – all that helped the communists. The conduct of the Red Army (large-scale looting, mass rape of women) did not make the Soviets more popular, but they could arrest anyone, and in the defeated countries sovereignty rested with the Soviet heads of the Allied Control Commission. On the other hand Soviet policy helped the Poles and the Czechs to realize some old territorial and national dreams, and that was welcomed by most members of those nations. Most of the Jews who survived the Holocaust had illusions about the Soviet Union, believing that communism was a guarantee against anti-Semitism. But without Soviet military occupation and frequent direct political intervention communism would have had no chance to be adopted anywhere in Central Europe. By the end of 1948, however, all the countries of that region were run by Communists imposed on them by the Soviet Union and its agents, using brutal and unlawful methods. It had nothing to do with the serious social problems that existed there; it was not the result of a real revolution<sup>21</sup>.

Soviet behaviour was a clear violation of the Atlantic Charter and the Yalta Declaration, but the takeover took place in instalments. George Kennan’s ‘long telegram’ in February 1946 was an eye-opener for the Administration, and Winston Churchill’s warning speech at Fulton in March 1946 made it public that “From Stettin in the Baltic to Trieste in the Adriatic an Iron Curtain has descended across the Continent. Behind that line lie all the capitals of the ancient states of Central and Eastern Europe. Warsaw, Berlin, Prague, Vienna, Budapest, Belgrade, Bucharest and Sofia; all these famous cities and the populations around them lie in what I must call the Soviet sphere, and all are subject, in one form or another, not only to Soviet influence but to a very high and in some cases increasing measure of control from Moscow.” Truman, that honest and down-to-earth President in the doctrine named after him promised support in Greece and Turkey against aggression by “armed minorities”, (12 March 1947), and Secretary of State John Marshall announced the Plan for European Reconstruction. The Soviet Union did not take up the offer and ordered all the countries falling under its control also to turn it down. The Soviet blockade of West Berlin in 1948 meant that the Cold War was now raging, and the creation of NATO in the Washington Treaty (4 April 1949) made sure that Western Europe remained free and in the coming years could prosper. Could have Central Europe been saved from becoming submerged in the Soviet Bloc? With radically different policies pursued between 1941 and 1944 it most probably could have. After victory, between 1945 and 1949, with the huge Soviet Army stationed in the heart of Europe and the western public understandably opposed to a new war, only the threat or use of the

atomic bomb could have forced Stalin to give up Central Europe. Such an option was never contemplated in Washington or London.

#### The myth of liberation exposed

The West recognized Soviet interests from 1941 on, only hoped that it would not mean total Soviet control, and expected the Soviet system to mellow. After a slow wake-up the policy of containment protected Western Europe but did not promise anything for Central and Eastern Europe. General Eisenhower, the victorious commander of the war, won the Presidency in 1952 with the promise of “rollback” and the “liberation” of the captive nations, but it proved to be only a slogan, a myth – as demonstrated over Hungary in 1956.

The American handling of the 1956 uprising and revolution in Hungary was another case of appeasement. Documentary evidence shows that despite all the talk about liberation and all the propaganda efforts to undermine the Communist governments, the U.S. did not plan or organize the anti-communist uprising. When it broke out the American administration was at a loss how to react. It had no plans, military or political, to carry out „rollback”, to help liberation with armed force. Admittedly, it was not even possible physically to provide material military support to Hungary, since NATO was separated by neutral Austria and Warsaw Pact countries. Despite all their sympathy for the Hungarians, the Austrians would have on no account consented to military help passing through Austrian territory or airspace. On 26 October, in the first and last discussion of the Hungarian situation in the National Security Council, presidential adviser Harold E. Stassen came up with the idea of assuring Moscow that the U.S. did not intend to exploit the turmoil in Poland and Hungary in order to threaten the security of the Soviet Union but would offer an enlarged zone of neutral buffer states. Thus the Soviet Union could safely accept the internal changes in Hungary<sup>22</sup>. Eisenhower instructed Dulles to explore the idea with the Soviet leadership. That led to the Secretary of State's speech in Dallas on October 27. He offered economic help to the captive peoples, without any political conditions. Most important, he added: “We do not look upon these people as potential military allies. [...] We are confident that their independence, if promptly accorded, will contribute immensely to stabilize peace throughout all of Europe, West and East”<sup>23</sup>. That message, also conveyed to the Soviet leaders through the U.S. Ambassador to the Soviet Union Charles Bohlen, can be seen as well intentioned. But the U.S. failed to speak about neutrality, the relevance of the Austrian model; it did not contain either any threat or a *quid pro quo*, a bargain, a call for negotiations. But despite these serious shortcomings, if the Soviet Union had been truly concerned only with its own security and had been genuinely seeking *rapprochement* and cooperation with the West, this reassurance would have been an important argument for letting Hungary go and becoming another Austria. But Moscow interpreted the message differently, as an assurance that the U.S. had no intention of changing the *status quo*, no plans to intervene in any way in Hungary. In Soviet eyes it was practically a green light for acting as they pleased<sup>24</sup>. It was during the brief interval between the withdrawal of Soviet forces from Budapest and the attack on Suez that the U.S. could have tried to do something for Hungary, preferably in the U.N., without the risk of war. “Washington might have instructed Charles Bohlen, the ambassador in Moscow, to call on the Soviet foreign ministry, preferably with his British and French colleagues, and declare in unmistakable terms that the Big Three had accepted Nagy's declaration of neutrality and advise the Soviet Union to do likewise. Would it have worked? It might, or it might not, but certainly there was little risk in such a diplomatic move. But Bohlen received no such instructions from Washington”<sup>25</sup>. For such an initiative to succeed the action in Suez should have been cancelled or postponed, and talks over the reduction of NATO forces in Europe (or some other confidence-building measures) should have been proposed. The most apt summary and judgment of American policy in the 1940s and 50s is the statement: “Never in the history of America's foreign relations have good intentions reaped such a bitter harvest”<sup>26</sup>.

The erection of the Berlin Wall in 1961 showed the mutual acceptance of a divided Europe, and that was dramatically reaffirmed with the muted reactions to the invasion of Czechoslovakia by the Warsaw Pact in 1968, and to the “Brezhnev Doctrine” justifying intervention to prevent any diversion from the policy of Moscow. The emergence of the grass-root working class movement in Poland, the Solidarity free trade union, was also not tolerated by the Soviet Union, and that, too, did not call for strong reactions in the West.

Should one condemn the U.S. and the other democracies for their conduct in 1944–45, 1956, 1968, and 1981, always swallowing the brutal conduct of the Soviet Union, letting down Central Europe and betraying the hopes of its citizens? It is entirely justified to criticize and deplore how the West handled those crises and the opportunities. But one should not forget for a second that it was the Soviet Union which did not respect the right of its own citizens and that of the satellites to decide what kind of government and policies they preferred, and when the people showed what they wanted the response was aggression. When the Soviet reaction was different, as in 1989, Soviet communism collapsed like a cardboard castle.

In 1956 the United States did not attempt to push back the Soviet system because they overestimated its strength and underestimated the geostrategical significance of Central Europe. The late József Antall, himself a freedom fighter in 1956 and elected Prime Minister in 1990, remarked on September 2, 1993, at the Budapest meeting of the European Democratic Union, in his last public speech: „There are moments in history that never return. There are events that can be prepared for, but when the moment comes, it must be seized. [...] Sometimes crucial, tough decisions must be taken, and that there is no time to hesitate”<sup>27</sup>.

Between 1989 and 1991 Central Europe regained its freedom. Credit for that goes to several insightful political (and thinking of Pope John Paul II religious) leaders, but without the Poles and Hungarians, later joined by the East Germans, Czechs, Slovaks and Romanians, the European communist system would have survived. Without following the example of the Baltic nations the Russians and the Ukrainians would have remained captive nations. In the

1990s the West embraced Central and even Eastern Europe, but the economic and political help was insufficient to facilitate the transition from the command economy to the market economy, to lift the population of the eastern half of Europe from poverty even to modest prosperity. But it would be a grave mistake to blame for that only, or mainly the West. The leaders and the peoples of independent Central and Eastern Europe are still the masters of their own fate. If they cannot make good use of their freedom they must bear most of the responsibility.

<sup>1</sup> Seton-Watson, Hugh: *The "Sick Heart" of Modern Europe*. University of Washington Press, Seattle & London, 1975.

<sup>2</sup> Snyder, Timothy: *Bloodlands: Europe Between Hitler and Stalin*. Basic Books, 2010.

<sup>3</sup> *The New York Review of Books*, 11 November 2010.

<sup>4</sup> *The New York Times*, 26 November, 2010. That is an allusion to a history of Poland by Norman Davis: *God's Playground*. New York: Columbia University Press, 1979.

<sup>5</sup> Macartney, C.A. and Palmer, Alan: *The Lands Between: A History of Eastern Europe, 1815–1968*. London, 1962.

<sup>6</sup> That theme is elaborated in the famous essay by the renowned Hungarian political scientist István Bibó: "The Distress of the East European Small States." In Bibó, István, *Democracy, Revolution, Self-Determination. Selected Writings*. Ed. by Károly Nagy. Boulder, Colo.: Atlantic Research and Publications, 1991. Also available in French: *Misère des petits États d'Europe de l'Est*. L'Harmattan, Paris, 1986.

<sup>7</sup> Churchill, Winston: *The Gathering Storm*. London, 1948. 14.

<sup>8</sup> Seton-Watson, Hugh and Christopher: *The Making of a New Europe: R.W. Seton-Watson and the Last Years of Austria-Hungary*. London: Methuen, 1981. 435.

<sup>9</sup> Hinsley, F.H.: *Power and the Pursuit of Peace. Theory and Practice in the History of Relations between States*. Cambridge, 1963. 282.

<sup>10</sup> A remarkably objective account is Deák, István: *Europe on Trial. The Story of Collaboration, Resistance and Retribution during World War II*. Westview Press, 2015.

<sup>11</sup> The latest reliable account of that is Cornelius, Deborah S.: *Hungary in World War II. Caught in the Cauldron*. New York: Fordham University Press, 2011.

<sup>12</sup> Eden, Anthony: *The Reckoning*. Boston, 1965. 269; Kovrig, Bennet: *The Myth of Liberation. East-Central Europe in U.S. Diplomacy and Politics Since 1941*. Baltimore and London, 1973. 7.

<sup>13</sup> *Foreign Relations of the United States, III. The Teheran Conference*, 595. <http://digicoll.library.wisc.edu/cgi-bin/FRUS/FRUS-idx?type=goto&id=FRUS.FRUS1943CairoTehran&isize=M&submit=Go+to+page&page=595>

<sup>14</sup> Mastny, Vojtech: *Russia's Road to the Cold War*. New York, 1979. 132–144.

<sup>15</sup> Lippmann, Walter: *U. S. Foreign Policy: Shield of the Republic*. Boston: Little, Brown and Company, 1943. 149–150.

<sup>16</sup> Nowak, Jan: *Courier from Warsaw*. Detroit: Wayne State University Press, 1982. 251–252.

<sup>17</sup> Kennan, George F.: *Memoir, 1925–1950*. Boston: Little, Brown, 1967. Vol. I. 211.

<sup>18</sup> <http://www.hungarianhistory.com/lib/newce/15newce.htm>

<sup>19</sup> Woodward, Sir Llewellyn: *British Foreign Policy in the Second World War*. London, 1962. Vol. 3, 564–5.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> The first, classical account was Seton-Watson, Hugh: *The East European Revolution*. New York, 1951. The latest is Applebaum, Anne: *Iron Curtain: The Crushing of Eastern Europe, 1944–1956*. New York, 2012.

<sup>22</sup> Békés Csaba: *Az 1956-os magyar forradalom a világpolitikában*. [The 1956 Revolution in Hungary in World Politics]. Budapest: 1956-os Intézet, 2006. 56–57.

<sup>23</sup> Kovrig, Bennett: *The Myth of Liberation. East-Central Europe in U.S. Diplomacy and Politics since 1941*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1973. 182.

<sup>24</sup> Büky Barna: *Visszapillantás a hidegháborúra*. [The Cold War. A Retrospect.] Budapest: Balassi Kiadó, 2001. 115–116.

<sup>25</sup> Marton, Endre: *The Forbidden Sky. Inside the Hungarian Revolution*. Boston: Little Brown and Co, 1971. 28.

<sup>26</sup> Kovrig, Bennett: *The Myth of Liberation. East-Central Europe in U.S. Diplomacy and Politics since 1941*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1973. X.

<sup>27</sup> Antall, József: *Selected Speeches and Interviews*. Ed. by Géza Jeszenszky. Budapest: József Antall Foundation, 2008. 360.

### Summary

#### Géza Jeszenszky. Central Europe – the Stepchild of the West?

This short survey of the major features in the history of Central Europe tries to answer the perennial question: is this region a part of the West, but the scene of endless internal and external conflicts, a permanent war zone? There are many common themes in the history of the smaller nations in the middle of Europe: ignorance about its past in the West, the richness and variety of overlapping languages and ethnic groups, the simultaneous adoption of Christianity, loss of independence for centuries, agrarian society until recently, large Jewish populations before the Holocaust, strong cultural traditions, bloody battles in the world wars followed by many border changes, and imposition of Russian communism. The essay provides a personal interpretation of the dramas of the 20th century from a Hungarian viewpoint.

**Key words:** Central Europe, Russia, Ukraine, Poland, Hungary, communism, multi-national States, Jews, nationalism, peace treaties, appeasement, World War II, Cold War, Hungarian Uprising in 1956.

## CSERVÁK CSABA

*Cservák Csaba, Associate Professor of Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary, Budapest, Faculty of Law*

### THE THEORY OF THE DISTRIBUTION OF POWERS AND ITS PRACTICAL IMPLEMENTATION

There are two major forms of the democratical exercise of powers: the direct and the indirect democracy. The entire system of the separation of powers can be classified within the scope of the indirect exercise of democracy, although in a broad sense methods of the direct exercise of the democracy can make up such division of powers, which can be used as a bance against the machine of power structures, which relays too much on the binary code of the government-opposition, and distances itself too far from the people. Here I would like refer to the legal instrument of the referendums, within which, it is possible to talk about a significant direct exercise of democracy, in case if the people can force the assignment of the referendum as well ( Such as like in Hungary, where 200.000, or in Lithuania, where 300.000, or in Slovenia where 40.000 signatures are required for the initiation to have so.)

Hereinafter we are going to focus on the indirect form of exercising the democracy.

The distribution of power, the separation of powers and checks and balances are closely related concepts deriving from coherent theoretical basis. However, their usage is often inconsistent and mixed up frequently in the legal jargon. Therefore, it is necessary to clarify their meanings.

Although the theory of the distribution of power is a product of the Age of Enlightenment, its practical manifestation has been in existence for centuries. The divided power is necessarily restricted which is a prevention of the abuse of power and an institutionalized form of the protection against autocracy. Therefore it is unequivocal that the real implementation of the distribution of power had been in the center of efforts, much before it was defined.

Contrary to popular belief, Montesquieu didn't establish the classic three branches of powers, but Aristotle did so. He mentioned deliberative body of public affairs, magistrates and judiciary which – considering the complex role of the parliament – is completely equal to the trinity of legislative, executive and judicial powers. Politeia was declared as the appropriate structure of power which is a mixture of democracy and oligarchy.

Cicero, in his work *The State*, committed himself to such type of it in which there is an intermediate structure among the monarchy, the rule of aristocracy and the democracy. These two theories can be confidently regarded as a preliminary concept of the distribution of power, because the mixed state can only exist through the precise delimitation of the authority of various factors by involving them into the power in sociology-political sense.<sup>1</sup>

Polübiosz went even further. His theories came up to the conclusions of the 'classical greek philosophers'. According to his point of view, the different social forces must check and restrict each other, which adumbrates the system of 'checks and balances'.<sup>2</sup>

Beside the legislative and the executive powers John Locke mentions a third-one, the federal power. It can be regarded as the equivalent of the head of state power which is considered a factor of the government system and posses a role of foreign policy as well.<sup>3</sup>

The great oracle Montesquieu distinguishes the legislative power, the power which falls within the scope of international law and executive power related to civil law issues. The latter mentioned is the judicial power and the second mentioned is referring to the monarch/head of state power, which is eventually equal to the trinity-system of Locke's. (It should be noted that in this era the depositary of the executive power was the monarch or the administration appointed by him. In the absence of the welfare state, the principal executive tasks tended to the foreign policy.) As an affirmation Montesquieu separates the legislative power into a bicameral National Assembly.<sup>4</sup>

For several aspect in the theory of the distribution of power, it may be more appropriate to use the concept of the separation of the functions of power instead of the concept of the separation of powers. Because on one hand these patrons of the idea practically envisaged the separation of the function of legislative, executive and judicial powers among different bodies. They fought against the concentration of these three functions in one node, so that their aim was not the abolition of the relation of powers.

On the other hand, this proposed concept is more compatible to the system of checks and balances. Latter mentioned can not only be achieved through the rigid separation of constitutional factors, but also by their legally institutionalized relationship-system. The theory of Montesquieu underlying the distribution of powers is also based on this principle. An important factor of the balance is that the individual branches of power, is that one branch should not overpower the other ones, which is guaranteed by the system of authorities of the various bodies controlled by each other. For instance the dismissal of the government and the potential of the dissolution of parliament. (By the motion of censure in the Hungarian government system and the exclusion of the dissolution of parliament could be mentioned as the distribution of powers, but it is not possible, because of the political identity in between the two concepts).

It is more appropriate to talk about the separation of the functions of powers because the number of branches of powers depends on the certain constitutional systems of the states, but organically only these three functions of

power can exist. (Therefore the individual functions can be implemented into several branches, mainly the diffuse system of the executive power can be divided among several centers.)

The American theory, the 'checks and balances' shall be equal to the concept mentioned above. Usually that concept named as a synonym of it, nevertheless according to some opinions that is considered to be different from it.

According to this, the various factors of power are in an interdependence with and mutually dependent from each other. The theory also distinguishes the functions of power from the branches of power. Not the decisions manifested in the resolutions of individual bodies which regarded as a whole, but all the decisions on the case which are taken into a unit by its procedure laid down.<sup>5</sup> According to Neustadt the US Constitution declares the distribution of power, but not the separation of functions. Moreover – and this is really different from the continental theory – the same functions should be distributed among several organisations. J. Merry says this based on a different principle from the principle of the distribution of power, because it declares the necessity of balancing out the political power with political power.<sup>6</sup> By the system of the 'checks and balances', an authority can receive a variety of powers at the same time. This essentially different indeed from the classic distribution of power and regarded as a counterpart of the model of the rigid separation of the functions of power and establishing an institutionalized connection between the individual branches. In a certain sense the system of 'checks and balances' goes even further in the aspect of setting up of guarantees. In addition to the distribution of power – with its institutional system entitled with the prevention from overpower – it prevents the functions from being expropriated by the individual branches of power. For my part I support to categorize the branches of power different from the principle of the balance of parliamentary system which falls in the wide scope of the term of the distribution of power.<sup>7</sup>

According to the theory in question – and of course its practice – the legislative and the executive power organizationally don't depend from each other. They come into being in different ways, the president is unremovable and the Parliament also can't be dissolved by the executive power. The personal concentration is also precluded between the two bodies. Nevertheless the president can become the part of the legislative process with the right of veto, the members of the Supreme Court are appointed by the consent of the Senate. (The latter can be disputable that this kind of distribution of power is not the implementation of the non-reciprocal control of the bodies, but can be the separation of the judicial function itself.)

It is obligatory to distinguish in between the "de facto" and the "de iure" branches of powers. In the narrow sense only the latter ones are considered to be a separate branch of powers. The legal ground of it, is that only those bodies are entitled to exercise the legally binding, enforceable, and official scopes of authorities of the states. (For instance neither the economy, nor the press is entitled to do so. The only reason why we can consider them to be so, is that because from the aspect of the entire society they can put a significant effect on human behaviour, and therefore they can practically force the obedience of the norms. The level of significance of these "de facto" branches of powers are mostly dependent from the customs of the local political culture.<sup>8</sup>

The branches of powers can be distinguished to those branches which do transfer powers, and to those ones which does not do so (merely exercising the power). The previous ones participate in the formation (through nominations and appointments) of other bodies exercising certain scopes of authority. The President of the State is typically such a participant (especially in Hungary). Moreover the Head of the State has almost more significant powers in evolving the other branches of powers, than exercising its own scopes of authorities.

In the Hungarian governmental system, the President with his suspensive veto becomes a part of the legislation which is reminiscent of the model of 'checks and balances'. (As the Constitutional Court – that just mentioned a special branch of power – implements the legislative function.) The judicial branch of power is independent, shall not be bound by any instructions, entirely separated from the executive power by creating the organization of the National Council (recently: National Judicial Office; hereinafter – OBH) However, it can be neutralized by the President's autonomous decision: the institution of pardon and with the countersign of the Minister of Justice. Thereby the executive power and the power of the head of state take over the function of judicial power thus the judiciary can be removed. The head of state has significant powers with regard to the appointments of certain officials of the executive power.

The classic parliamentary system realizes the concentration of the branches of power instead of separation, while it can be noticed the separation of functions between the branches of power. In the Hungarian model the institutional separation has a greater presence despite the personal concentration, while the separation of functions between the branches of power resembles the American theory.

It should be noted that the (former) Hungarian Constitution didn't even mention the concept of the distribution of power with a word, nevertheless it is present as almost an evidence in the practice of the Constitutional Court (hereinafter AB). It's interesting that one AB 31/1990 decision on the issue of interest rates of housing loan, which is irrelevant in our topic, concluded 'The Hungarian state organization is based on the distribution of power.' However, one of the later dissent of Géza Kilényi regard the head of state as a part of the system of 'checks and balances' by his powers, namely Kilényi discerns the American organizing principle in the Hungarian form of government. (It is not entirely clear whether he uses the latter concept in relative or different meaning in relation to the concept of the distribution of power.) Although the in the new Constitution (AKA: Foundational Statute) it is explicitly written in Article C) paragraph (1) : "The operation of the State of Hungary is based on the separation of powers." The two classifications can be made parallel.<sup>9</sup> In other words the law can exclude the concentration of certain bodies (for example the unilateral dependence of the government from the parliament, the judiciary from the executive power) or that some people can be members of two branches of power at the same time. (The latter will be mentioned at the analysis of the relation of the parliament and the government.)



The actual political situation can make empty the legal distribution of power (besides the lack of personal distribution of power also can empty the institutional one), or vice versa, certain constitutionally non-existing branches of power can be made existing ones.

The modern distribution of power shall be tested in the lights of these new dimensions, because instead of the traditional separation of branches of power – depleted by the evolution of the classic distribution of power especially after the horrors of dictatorships – the need is increased again and this to create new power-sharing factors. Let's line up these factors with schematic panels. (The in-depth analysis of the constituent power is justified, because despite of its importance it is neglected in the legal literature and essential to the foundation of the whole system of government.

### **The constitutional power**

The demand of mentioning the constitutional power as a separate factor can be arisen after the question of creating the classic branches of power is transferred from theory to practice. Namely when not just scientific foundation but social legitimacy inevitably arise. Its importance is justified that the whole framework of the system of the exercise of power is specified by the constitution, which can't be only the ultimatum of the ruler or a particular social group, layer, class in a constitutional democracy. As Bibó concisely said: 'It shall be a separated power from the legislative, specifying the distribution of competence of the other powers.

First the English Civil War created the constitutional power institutionally, afterwards the U.S.A. and France followed it. Sieyès emphasized: 'The constitution can't be any part of the bodies which was created by itself.<sup>10</sup>

Numerous eminent members of the legal literature highlight the importance of separation of the constitutional power.<sup>11</sup> Claus Offe highlights this with a lifelike way: Not the players themselves should dictate the rules of the game that who is allowed to play.<sup>12</sup>

It's not quite often but examples are exist presently for separated constitutional power in the world's constitutional systems.<sup>13</sup>

In Hungary, there isn't a separate constitutional power,<sup>14</sup> the Parliament can amend the Constitution with a two-thirds majority. Numerous opportunities were brought up for the adoption of the new scheme of the constitution. The accepted text – maybe amended with a two-third majority – should be reinforced by the next parliament. The possibility of a confirmatory referendum was brought up. The preliminary conceptual issues would be worth making it subject to a consultative referendum ensuring the success of the confirmatory referendum.

Because of the Constitution's constantly involved necessary renewal<sup>15</sup> consideration could be given to establish a constituent assembly which can be convened at anytime if it's necessary.<sup>16</sup> Instead of the two-thirds law, the possibility of a declaration of fundamental rights or a two-tier constitution<sup>17</sup> has already arisen. It could play its role more suitably by an individual institution, because of the high political dissension namely of the binary code of the government and opposition.<sup>18</sup>

### **The Head of State**

(In the presidential systems the Head of State is in charge of the Executive Branch. In the semi-presidential systems it is the most appropriate to talk about a "two-headed" law enforcement), where the President of the Republic also belongs to the Executive Branch).

The head of state appeared as a special branch of power in the theory of the government systems, because previously it was the depositary of the executive branch of power, but with the fulfilment of the parliamentarism, its importance was diminished first, afterwards it got a new role. Actually it is not a separate branch of powers but a part of the system of checks and balances, which controls the operation of the traditional branches of power or benefits the exercise of functions of power to some extent. It is possible to talk about its definitive functioning by having the knowledge of the substantive law.<sup>19</sup> Benjamin Constant illustrates the role of the head of state with a fair metaphor. The three (original) branches of power, each is like a train, which might collide, leave their rails and there must be a power that leads them back to their original ways. János Sári points out that afterwards the constitutional courts have been created, the head of state doesn't conduct activities in accordance in law, but decides on the basis of political discretion. The theory of Constant describes the latter as a justice-logic activity.

In my view regarding to the power of the Head of the State a special level could be observed amidst the President of the parliamentary democracy and the semi-presidential system. So what kind of scopes of authority could come up to strengthen the merely nominal powers of the President in the parliamentary democracies?

In my opinion, it is noticeable that in certain parliamentary states during the recent years some significant controlling powers has been deployed to the heads of the states. (Sometimes sometimes it is not easy to distinguish from the semi-presidential states. According to my viewpoint from the aspect of the scope of authority the active head of state is considered as a form of the semi-presidential system, while the plethora of powers among the passive/ controlling roles features is a specific mean of the system previously discussed.

What kind of scopes of authority may arise in connection with confirmation of the head of state?

In Latvia, the president of the republic could declare a referendum about it, whether it be early elections. This double filtering does not allow to the head of the state **arbitrarily** the dissolution of parliament which is representing sovereignty, but in case of a huge shifting in people's will it means a great controlling possibility.

At the same place President of the Republic shall be entitled (required third of the Members of Parliament) to suspend the enactment of any new laws for a period of two months. If during this timeperiod, more than 10 % of enfranchised people signs the application, an abrogative referendum must be held. The validity and effectively threshold is very high.

In Lithuania, the head of state may raise the unconstitutionality of any valid and operative acts, and entitled to turn to the constitutional court, where the plenum could suspend the application of the law. This is an almost unique way of constitutional review, because *ad absurdum* the effectiveness of an act created 10-years ago could be suspended by the head of the state.

It came up in professional circles that in case if the prime minister is voted out in Parliament, case of or through the course of a constructive vote of censure the President of the Republic should have some discretion.

The head of state may have stronger scope of authority than average in case of appointing. In Slovakia, the members of the Constitutional Court are appointed by the head of state and 10 judges will be selected by the Parliament of the 20 candidates. In France, the third of the plenum are appointed by the President of the Republic, and in Turkey all the members nominated by professional and judicial bodies.

### **The Constitutional Court**

After the Austrian implementation in 1920, the continental system structured constitutional litigation, based on a separated organization, spreaded like a river backwash, mainly after the Second World War. Mentioning it as a separated factor of power is only possible in case of having a strong scope of authority. In such case it is a part of the legislative, so we can consider it as an element of the system of 'checks and balances'. Actually it performs law enforcement activity, it doesn't just compare the facts with the law, but the law with the constitution also. The courts don't take part in the development of the relationship between the legislative and executive, nor in the normative settlement of living conditions. From the aspect of the governmental systems as a whole, the judicial system is typically not used to analyzed. The courts don't take part in managing the living conditions in longterm either, while the greater autonomy and freedom of the constitutional courts and the possibility of complete and general annulation of rules can put this type of body to the edge of politics.<sup>20</sup>

The politicalization of the judges in Constitutional courts strongly depends on the set-up of it, and also from the method of their election.

What is the Constitutional Court? Can the question be raised, that it is an evidence for many.

In general terms we could respond, it is a norm controlling board, which looks at legal norms and state laws on constitutional grounds.

In international comparison two basic constitutional models are known. In one of the models the traditional courts – headed by the Supreme Court of the State – compare the individual legal norms with the standards of the constitution, and ultimately push aside the statute in concern. So, in this scheme, quasi all courts implement constitutional judicature, but due to appeals, and legal remedies the Supreme Court of the country is the authentic and principal organ of the interpretation of the Constitution. Therefore constitutional judicature is called decentralised in countries of the above range.

The other model is where, an individual body is set up to review legal acts, statutes in the light of the constitution. (Only in the latter, it is possible literally, and in the classical sense, to speak about constitutional court.) Obviously, beside this, there could be other spheres of authority, of bodies above mentioned.

There is no separate constitutional court classically in the *UK, US, Australia, Canada, Denmark, Norway, Sweden, Japan*. Article 120 of the Dutch Constitution is a peculiarity: the courts – so that there is no separate constitutional court – do not rule on the constitutionality of a law!

As far as *Switzerland* is concerned, we might say, a particular mix of the classical European and American models mingle. Each court has the right – except the federal level – to examine the constitutionality of the laws. The Federal Court has the power to participate in individual constitutional complaints; however, it is authorised to destroy legal regulations on cantonal level.

The *Greek* form of constitutional type judiciary is also a curiosity; among members of the Supreme Court of the State and law professors, judges are appointed by drawing of lots. The judiciary only has the jurisdiction to control the acts, there is no authority for lower-level legislation, such as statutes. Also, it should be pointed out that other courts in their scope of discretion consider the constitutionality of the statutes.

In Hungary the mandate period of a member of the Constitutional Court is a twelve years term. Member of the Court cannot be re-elected. This represents a significant change compared to the previous law, under which, beside a nine-year term mandate, there was a one-time opportunity to re-election. However, this created a chance, at least in theory, that the constitutional judges (at least towards the end of their mandate), with their "behaviour", and their votes are trying to promote their re-election. In several states the mandate ends at the time of retirement. (eg.: Austria, Bosnia and Herzegovina, Turkey, etc.). In Azerbaijan the first mandate period is a term of fifteen years! A one-time re-election is possible, but the second cycle can last only for 10 years. (See. Legény op. cit. 235 p.)

Such people are excluded from the membership of the Constitutional Court whom were members of the government, or were senior party officials within four years prior to the date of the election, or held state leadership positions.

At least nine and no more than fifteen Members of Parliament that form a nomination committee make a proposal for Members of the Constitutional Court. The committee must provide a seat for each representative of the parliamentary parties.

Another concern is the election of the judges. International practice usually shares the right of election. In many countries the head of state also has the option to delegate members. Bicameral parliaments also provide complex opportunities from this point of view.

**In France**, for example, the President of the Republic, the president of the National Assembly, and the President of the Senate shall appoint 3-3 members out of the possible 9.

A third of the 15 members of the **Italian** Constitutional Court are delegated by the parliament, another third by the head of state, three colleges authorized through certain collegiums of the Supreme Court, one by the Council of State and the State Audit Office. This model inherently provides that persons with a professional judicial experience could become a member of the body.

In **Austria** the president, the vice-president, the 12 ordinary members and half of the six alternates appointed by the President of the government designation. The Federal Council and the National Council recommends regular 9-9 and 3 or 6 alternates. One-third of whom also appointed by the President of the Republic.

In **Slovakia** it is also the President of the Republic who appoints the 10 constitutional judges recommended by the National Council of 20 persons. The particularity of these two latter models is the plural designation system, that is, a few finally gain the membership, but there will be some disappointed, who are being considered, – would take the mandate, but do will not be initiated to office. On the one hand it partly reduces the prestige of candidacy, and the other hand results in the fact that the most appropriate persons probably will not undertake candidacy.

In **Spain**, the judges are appointed by the King. Four of them by the lower, another four, by the upper house are appointed based on a two-thirds majority, another four (2-2) are appointed by designation of government and the Judicial Supreme Council.

Three members from the out of whole thirteen of the Portuguese Constitutional Court are already co-opted by the already elected ten individual. In my view this particular solution is welcomed, because, from inside candidates' expertise can be judged more objectively, on the other hand is more perceivable, what kind of expertise and skills are needed to get a better distribution of cases.

Very specific the **Belgian** model. Judges are appointed by the King with two-thirds majority of the Senate, from two different circles of candidates. Members of one of the groups spent have at least a five years of previous mandates in the high positions at the Court of Cassation, at the Council of State, at the Constitutional Court, or at least university teachers for at least five years. The second group, however, are formed by persons who were members of the Senate or the House of Representatives at least for 8 years, so here politics specifically channelled in, in stark contrast with the model that kept away majority of robed bodies from the world of politics! This solution, specifically makes the Constitutional Court a part of the power-sharing system of checks and balances.

The **Turkish** model is highly specific. It is complete authority of the head of state to appoint the 11 regular members and four deputy members. It is the specificity of the model, that public institutions / organizations appoint judges. (These are higher courts, the State Council, the Higher Education Board, administrative professionals' organizations and bar associations.)

We could consider as a discrepancy from the classic "binary code" the solution – that is applied in **Bosnia and Herzegovina** and what prevents from the inevitable comparison with the duality of government / and opposition. President of the European Court of Human Rights appoints 3 from the 9 members of the Constitutional Court. Further exception that these members cannot be citizens of neither the given state nor those of neighbour countries.

**Costa Rica**'s constitutional structure is outstandingly interesting. The normative task is implemented by the Sala Courta, an individual plenum of the Constitutional Court. (The two bodies – with a relative autonomy – Intertwine interlocks.) The members are elected by a two-thirds majority in parliament for an eight-year term. Inasmuch the legislature with a two-thirds decision had not replaced the judges so mandates automatically extends. In my opinion, this model provides simultaneous manifestations of independence and control.

In Hungary, judges of the Constitutional Court are elected by the Parliament by a two-thirds majority. The entire origination of the post from parliament is a substantial nexus between the policy and the body. If one political side has a two-thirds support, then even the most prominent jurists could be stigmatised as "party soldiers". If, however, the proportion of two-thirds is divided among several political power, the situation is also subject of concern. In general, for the interest of consensus in the commission both sides mutually agree to one other's candidate, so it can be traced back, who recommended the individuals. That is why it would be appropriate to introduce multi-channel nomination of the members.

We focused on the protection of the four freedoms noting that the characteristics of individual constitutional courts, focal points can be judged only on the grounds of all their jurisdiction. We may add, that not only the constitutional complaint and the normative control are related with fundamental rights, but the same could pertain to international treaties, as well as for consideration of the referendums and election issues. If we refer to the name of the specific bodies, apparently as specific property names they should be entered uppercase; however as abstract doctrinal concepts, we specify these bodies as constitutional courts.

### **Municipalities**

Some kind of self-government of the municipalities can not only be fitted into the classic original theory of distribution of powers, but it was exactly contradictory to that. On one hand the aversions against the feudalistic privileges of the cities, on the other hand the connection between the concept of the distribution of power and sovereignty might be the main reason for this. The self-governance is in accordance with the voluntary restrict of sovereign contrary to the national sovereignty. Nevertheless it can be noted that the main branches of powers get their own authority by defining the sovereign, there is no obligatory legal basis for their independent existence. The trend representing the whole society broke away with the conception of liberalism according to which declares that individuals unify to a whole on the highest level of the state and they began to respect the individual in the self-governance as a protecting system based on the constitution against the state.<sup>21</sup> From the aspect of the society the auto-

onomy of government is very important, but it is difficult to take into consideration at the analysis of the government systems, because it has so many parts, that a unified conclusion can't be drawn for the entire state.<sup>22</sup>

### **The Prosecutor's Office**

As the judiciary is an independent branch of power, usually the independence of courts is meant to be, nevertheless the Prosecutor's Office is also an important part of the judiciary system. However, the Prosecutor's Office is independent from the courts. It is also independent from the government thus it can be regarded as an individual branch of power, despite it functions in a hierarchical system, the appointment of the General Prosecutor usually depends on the government or the legislature.

### **The administration**

The organizational autonomy of the administration is justified by the separation of the political and social subsystem.<sup>23</sup> The top leadership of ministries belong to the world of politics but the apparatus is concerned with the legislation of civil service, the change of government is not necessarily associated with their dismissal. In the Hungarian legal system for instance the prohibition of withdrawing the authorities and the right for giving instructions in only procedural issues are beside the independence of the organization. Nevertheless we know at the time of switching cycle there is usually fluctuation in the apparatus in a huge percentage, in practice the instructions of the leaders determine the activity of the subordinate personnel. It is a rightful suggestion that the autonomous bodies can be regarded in a certain sense as a separated factors of power, because – though their functions are government related – rights for giving instructions doesn't apply for them. Their establishment are in relation to other branches of power (parliament, government, head of state), but – and this is the basis of their autonomy – they are non dismissible. Their judgement is similar to the prosecutor's office in this case, because generally they reflect the actual political combination. However, from the reason of their non-dismissibility they can be autonomous. This is especially true if the mandates of the persons who were appointed by the former government will be valid in the next cycle.<sup>24</sup>

### **The opposition**

The concentration of the government and the majority in the parliament increasingly refers to the opposition like the counterweight of the executive. The range of two-thirds legislative items are the result of the involvement of the opposition into the legislative whereby a new factor of distribution of power is born. The all-time confrontation of the opposition and the government, which is a necessary corollary, makes this distribution of power to dysfunctional, because the opposition takes control over the professional control with an eternal and autotelic confrontation.<sup>25</sup>

### **The second chambers**

Although this element had been featured in the theory of Montesquieu its renaissance is owed to the interlacement of parliament-government mentioned above. The federal-type second chamber namely a priori symbolize the independence of the member states, (as individual factors of distribution of powers) having their own sovereignty, which are manifesting in the role of their federal legislature and in the Member States' legislative subjects delimited by the constitution. The second chambers, involving corporate elements in themselves, are the expression of interests of the civil society, which are also remedy against the popular representation-based concentration of powers.

### **The people's participation**

The entire system of distribution of powers can be classified into the institutional system of indirect democracy, while the instruments of indirect democracy can create distribution of powers against the power machine, which is seceded from the people and functioning too much accordingly to the binary code.

### **Distribution of powers between states**

János Sári propounds the possibility of analyzing the distribution of powers between states and although here and now we are dealing with the governance within states, due to the junction to the European Union we also have to mention this in here.

In the integrational organizations, the authorities of the Member States and the EU, the judiciary system intended to enforce the community law, and parallel co-existence of the institutions of the Community and the Member States existing can mean the basis of distribution of power.

### **Other social factors**

'The media is the fourth branch of power!' 'The economy is the fourth branch of power!' It is can be heard frequently in the political journalism jargon. There is a little truth in the constitutionally naturally rejectable views, because the factors mentioned have impact to the power-political system. For example the media can significantly influence the results of the elections and this has a huge impact on the legislative power and on its composition. The independent functioning of the economy can specify the real margin of the executive. Nevertheless these factors are not part of the state, don't have the usage of monopoly of the legitimate violence, namely their will are not enforceable in the world of the constitutional law.<sup>26</sup>

### **The branches of power in our country**

Afterwards let us see how the classic triad of powers are formed in Hungary as there is no chance to form an overall picture from the reason of the diversity of national legislation. I've already pointed this question out in details in my study on the Hungarian governmental system. Here and now I am only demonstrating the outline of my deduced train of thought. The three classic branches of power certainly is alive, furthermore the head of state with a slightly wider authority than ceremonial is also regarded as an individual factor, however he is not purely the depositary of the political power, but considered as a neutral intermediary branch of power. His authorisations are either independent, rather interferal (ex.: appointments, signature of ministerial countersign, the signature of the laws...

etc.) The principle of 'checks and balances' doesn't prevail because of our country's parliamentary system, the parliament overcome the other branches of power: it elects and dismisses the government, lays down the budget, which significantly specifies and gives limitations of the scope of the executive. Its legislative power extend to all, which is a controversial element of the Hungarian legal system, therefore it can distract the government's power of regulation of. The election of the Head of State and the Constitutional Court are also the tasks of the Parliament. The Constitutional Court with its specific activity reminiscent of the deliberation, does not expand the classic triad.

The whole system is based on the Constitution, the Constitution is the cornerstone of sovereignty. Imaging intuitively, the Constitutional Court is not derived from it, but it is a supporting factor.

The classic branches of the triad are not located parallel to each other but practically all grow out from the legislative. The head of state, based on the form of government, even points outside of the constitution, because he is the carrier and the bearer of the external sovereignty towards the publicity.<sup>27</sup> The separate analysis of the prosecution is not a common practice in the legal literature. However, due to its exclusion of being instructed, in vain the election of the Prosecutor General is an authority of the Parliament, it can be risked to mention, that it could be such an individual factor in the distribution of powers like the Constitutional Court. Lets have a brief look what kind of stages of development the present arrangement went through in our country.

### Bibliography

- SÁRI János: *A hatalommegosztás*. Osiris Press, Budapest 1995.  
 SIMON János: *A politika értékviszályában – a demokratikus politikai kultúra keresése*, L'Harmattan CEPoliti Press, 2013. Budapest.  
 CSERVÁK Csaba: *A hatalommegosztás elmélete és gyakorlati megvalósulása*, Jogelméleti Szemle, 2002/1. sz.  
 POKOL Béla: *Gondolatok a hatalommegosztásról*; kézirat.  
 SAMU Mihály: *Alkotmányozás, alkotmány, alkotmányosság*, Korona Press, Budapest 1997.  
 SAMU Mihály: *Az alkotmányozás jellege és követelményei* In CSIZMADIA László, NÉMETH Miklós Attila, KEMÉNY András (szerk.): *Társadalmi szerződés*, Püski Press, Budapest 2010., p. 71.  
 KUKORELLI István: *Az alkotmányozás évtizede*, Korona Press, Budapest 1995.  
 CSERVÁK Csaba: *Milyen a magyar kormányzati rendszer? – A kormányforma fejlődése és problémái*, Jogelméleti Szemle, 2001/4.

<sup>1</sup> See. SÁRI János: *A hatalommegosztás*. Osiris Kiadó, Budapest 1995. pp. 19–21.

<sup>2</sup> Sári János mentioned that after, Sabine és Louis Fisher insights. Ld. SÁRI i.m., p. 18.

<sup>3</sup> See SÁRI i.m. pp. 30–34.

<sup>4</sup> See SÁRI i.m. pp. 37–40.

<sup>5</sup> SÁRI János, i.m. pp. 46–47.

<sup>6</sup> This is no different than any of the separation of powers doctrine in my opinion.

<sup>7</sup> Lijphart mainly political science (and not constitutional) categorization distinguishes the separation of powers between the majority and the minority, the distribution of power (between the executive and legislative power, the Chambers – what constitutional law this call up the most power sharing!), a fair distribution of power (proportional representation) and formal restriction on the power (by the minority veto power). This highlights See Sartori, Giovanni. *Comparative Constitutional Engineering*, 2003, (translated by Elizabeth Soltész), Academic Press, Budapest 2003, p. 96.

<sup>8</sup> About the concept see SIMON János: *A politika értékviszályában – a demokratikus politikai kultúra keresése*, L'Harmattan CEPoliti Press, 2013. Budapest, 7–17. o.

<sup>9</sup> The organizational division of power in political terms it means that a party dominated by an interest group at the same time in two different branches of power, position. However, only the probability can be reduced, for example, otherwise, selection of different periods (cf. Presidential systems, Israeli Prime Minister's choice). Personal power-sharing in a political sense, however, hardly be tested scientifically category, because of the dependence of a person so much due to the way that almost uncontrollable, opaque.

<sup>10</sup> SAMU Mihály: *Alkotmányozás, alkotmány, alkotmányosság*, Korona Press, Budapest 1997., p. 45. Theoretical problem is that this formulation, we do not have the constitution to legitimize itself, on the other hand is not possible amendment of the Constitution.

<sup>11</sup> See. CSERVÁK Csaba: *A hatalommegosztás elmélete és gyakorlati megvalósulása*, Jogelméleti Szemle, 2002/1. sz.

<sup>12</sup> Referred by Samu Mihály, See. For example: SAMU Mihály: *Az alkotmányozás jellege és követelményei* In CSIZMADIA László, NÉMETH Miklós Attila, KEMÉNY András: *Társadalmi szerződés*, Püski Press, Budapest 2010., p. 71.

<sup>13</sup> I mention as an example the Taiwanese Constitution, which calls up a special Constituent RMB in order to create and modify the Constitution. (In essence, similar to the role of the Bulgarian People's Congress High).

<sup>14</sup> In 1848, the Constituent Assembly created the laws, then gave way to the Legislative Assembly.

<sup>15</sup> The requirements for the constitution of permanent control. The 1791 French constitution would have given only the fourth cycle, the adjustment mode.

<sup>16</sup> The scope of the originators of course, should be regulated in depth. Thus, a specific number of representatives of the government, the president, what percentage of all the members of the Constituent Assembly, or a specified number of voters could be the subject of rights.

<sup>17</sup> KUKORELLI István: *Az alkotmányozás évtizede*, Korona Kiadó, Budapest 1995, p. 46.

<sup>18</sup> The second chamber is a way out. It could be that the constitution itself, possibly supplemented with other elements, non-governmental organizations, local government delegates.

<sup>19</sup> See CSERVÁK Csaba: *Milyen a magyar kormányzati rendszer? – A kormányforma fejlődése és problémái*, Jogelméleti Szemle, 2001/4.

<sup>20</sup> This evolution of the conditions, see the chapter on this below.

<sup>21</sup> SÁRI János, i.m. p. 237.

<sup>22</sup> In other words, as many political composition may occur relative to the government's attitude globally undetectable.

<sup>23</sup> In Hungary ORTT, The Economy Competition Office, and certain point of view the OVB.

<sup>24</sup> The above is not a state administrative body can be said as the National Bank, which works the same way, but plays some power with the power of the central bank through mandatory provision.

<sup>25</sup> Solving the Danish Constitution, however, offers a smart solution: 30 % of the MPs propose referendum.

<sup>26</sup> This may justify the institutionalized separation and real factors, even in the name of dominance and power lines.

<sup>27</sup> Starting from the brake system of checks and balances, however, the Constitutional Court with regard to the legislative function of the power-sharing factor, because of negative legislation participate in the exercise. May be subject to similar terms of implementation.

### Summary

#### **Cservák Csaba. The theory of the distribution of powers and its practical implementation.**

There are two major forms of the democratic exercise of powers: the direct and the indirect democracy. The entire system of the separation of powers can be classified within the scope of the indirect exercise of democracy, although in a broad sense methods of the direct exercise of the democracy can make up such division of powers, which can be used as a balance against the machine of power structures, which relies too much on the binary code of the government -opposition, and distances itself too far from the people. Here I would like refer to the legal instrument of the referendums, within which, it is possible to talk about a significant direct exercise of democracy. The American theory, the 'checks and balances' shall be equal to the concept mentioned above. Usually that concept named as a synonym of it, nevertheless according to some opinions that is considered to be different from it. The demand of mentioning the constitutional power as a separate factor can be arises after the question of creating the classic branches of power is transferred from theory to practice. Namely when not just scientific foundation but social legitimacy inevitably arise. Its importance is justified that the whole framework of the system of the exercise of power is specified by the constitution, which can't be only the ultimatum of the ruler or a particular social group, layer, class in a constitutional democracy. As Bibó concisely said: 'It shall be a separated power from the legislative, specifying the distribution of competence of the other powers. The head of state appeared as a special branch of power in the theory of the government systems, because previously it was the depositary of the executive branch of power, but with the fulfilment of the parliamentarism, its importance was diminished first, afterwards it got a new role. What is the Constitutional Court? Can the question be raised, that it is an evidence for many. In general terms we could respond, it is a norm controlling board, which looks at legal norms and state laws on constitutional grounds. In international comparison two basic constitutional models are known. In one of the models the traditional courts – headed by the Supreme Court of the State – compare the individual legal norms with the standards of the constitution, and ultimately push aside the statute in concern. So, in this scheme, quasi all courts implement constitutional judicature, but due to appeals, and legal remedies the Supreme Court of the country is the authentic and principal organ of the interpretation of the Constitution. Therefore constitutional judicature is called decentralised in countries of the above range. Afterwards let us see how the classic triad of powers are formed in Hungary as there is no chance to form an overall picture from the reason of the diversity of national legislation. I've already pointed this question out in details in my study on the Hungarian governmental system.

**Key words:** Hungarian public administration, distribution of powers, constitutional court, other social factors.

УДК 343

### **А. МАХАРАДЗЕ**

*Адам Махарадзе, кандидат юридических наук, профессор, декан юридического факультета Батумского государственного университета Шота Руставели, г. Батуми (Грузия)*

## **О СУДЕБНОМ РЕШЕНИИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА ГРУЗИИ ОТНОСИТЕЛЬНО ОБРАТНОЙ СИЛЫ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА**

Действующий Уголовный Кодекс Грузии был принят в 1999 году. Указанный документ определяет порядок действия уголовного закона во времени, в частности, согласно ст. 2: «преступность и наказуемость действия определяется законом, действующим на период его совершения». Данной нормой утверждается принцип законности, что «не существует преступления и наказания без закона». Согласно этому общему правилу, рамки ответственности преступника должны устанавливаться в соответствии с нормами уголовного кодекса, действующими к моменту совершения преступного деяния.

С действием нормы во времени тесно связан вопрос об обратной силе закона. Свойство закона, когда он может распространяться на действия и факты, при совершении которых данный закон не действовал, называется обратной силой закона. Вопрос обратной силы закона приведен в ст. 3 УКГ, и состоит он из четырех частей. Из положений, установленных этими частями, непосредственный предмет нашего обсуждения представляет положение, содержащееся в первой части, в которой сказано, что «уголовный закон, устраняющий преступность деяния, или смягчающий наказание, имеет обратную силу. Уголовный закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет».

Именно это норма стала одним из предметов жарких споров и дискуссий в грузинской правовой реальности, чему особенно способствовало решение Конституционного суда Грузии от 13 мая 2009 г., в котором трое из участвующих в рассмотрении конституционного иска судей написали три различных мнения. В Конс-

титудіонний суд з иском обратился народный защитник и два гражданина Грузии. Они в искомом требовании ставили вопрос о признании неконституционным первой части ст. 3 Уголовного Кодекса. Это требование обосновывалось следующим. Исходя из указанной нормы, обратную силу приобретают те новые законы, которые ухудшают правовое положение лиц, совершивших преступление до вступления данного закона в силу, которое, в одном случае, связано со сроком уголовной давности (поскольку возросли сроки уголовной давности<sup>1</sup>), а в другом случае – с условной наказуемостью (так как ужесточились условия применения условной наказуемости)<sup>2</sup>. Указанная норма, по мнению истцов<sup>3</sup>, противоречит ст. 42, п. 5 Конституции, согласно которому «никто не несет ответственности за действия, которые к моменту их совершения не считались правонарушением. Закон, если он не облегчает или не устраняет ответственность, не имеет обратной силы».

Признанное Конституцией положение по поводу обратной силы закона, согласно которому закон, который «не облегчает или не отменяет ответственность, не имеет обратной силы», является важной гарантией защиты прав человека. «Запрет обратной силы ограничивает свободу законодателя принимать законы, накладывающие ответственность на субъект за действия, которые к моменту их совершения не были наказуемы. Этим Конституция признает, что данный принцип носит абсолютный характер и его нарушение недопустимо. В случае несоблюдения этого запрета под угрозой могут оказаться не только конституционные права отдельных лиц, но и порядок ценностей, а также правовая безопасность в целом...»<sup>4</sup>. В самом деле, конституционное определение принципа, связанного с применением обратной силы закона, бесспорно подтверждает готовность государства в аспекте защиты прав человека и пресечения произвола со стороны властей<sup>5</sup>. Положения об обратной силе закона отражены также во многих международных актах. Статья 11, п. 2 Всеобщей декларации прав человека защищает человека от ответственности за действия, «которые во время их совершения не составляли преступления по национальным законам или по международному праву. Не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое могло быть применено в то время, когда преступление было совершено». Тот же принцип содержит ст. 15 Международного пакта о гражданских и политических правах.

Истцы, требующие в Конституционном суде отмены указанной уголовной нормы, одним из главных аргументов приводили то обстоятельство, что определенный указанной статьей Конституции термин «ответственность» не ограничивается лишь объявлением деяния преступным и назначением для этого действия соответствующего наказания, как это отражено в действующей спорной норме; он также охватывает и другие вопросы, связанные с освобождением от ответственности, в том числе случаи определения сроков давности и условной наказуемости. Поэтому ст. 3 УКГ, ограничивающая вопросы обратной силы закона лишь категориями преступления и наказания и оставляющая открытым вопрос применения обратной силы закона в иных случаях, ухудшающих положение преступника, не соответствует указанной норме Конституции и должна быть объявлена антиконституционной. При этом истцы подчеркивают тот факт, что в первичном варианте указанной уголовной нормы, принятой в 1999 г. (в отличие от действующей статьи), прямо было указано, что «...закон, ухудшающий иным образом положение преступника, не имеет обратной силы». Впоследствии данное положение было изъято, вследствие чего обратная сила была придана всем тем уголовно-правовым нормам, которые напрямую не устанавливали преступность деяния или не отягчали наказание, что противоречит содержанию названной статьи Конституции.

При рассмотрении указанного иска суд не удовлетворил требование истцов и не признал неконституционной указанную уголовную статью. Исходя из искового требования, следует уделить внимание приведенным в решении позициям, которые касаются применения обратной силы закона, ухудшающего положение преступника при определении срока давности и назначении условного наказания.

В первую очередь целесообразно остановиться на вопросе срока давности, который, в свою очередь, можно разделить на две части: первая ситуация связана с тем случаем, когда в отношении конкретного преступления истек срок давности и законодатель по истечении данного срока продлил его. В отношении данной ситуации в решении суда содержится позиция, согласно которой новый уголовный закон, увеличивающий срок давности за совершенное преступление, не должен иметь обратную силу. В частности, в п. 28 решения написано, что «в случаях истечения срока давности, не следует наказывать преступника. Подразумевается, что по истечении срока давности преступность деяния отменяется. Поэтому его ретроактивное использование нарушает принцип законности».

В отличие от сказанного выше суд занял иную позицию в отношении тех случаев, когда законодатель увеличивает срок давности применительно к тем деяниям, срок давности которых ещё не истек по старому закону. Несмотря на то, что в данном случае положение преступника ухудшается, суд считает, что возможно применение обратной силы закона, и это не противоречит требованию Конституции. «Правда, в данном случае правовая сфера лица испытывает определенное отрицательное влияние тем, что в отношении него продлевается уголовное преследование, однако эта нормативная действительность оправдывается интересами правовой безопасности... До истечения срока давности у лица не будет легитимного ожидания, что оно будет освобождено от ответственности. До истечения срока, продление срока давности не посягает на возможность лица заранее предугадать правовые последствия своего действия» – читаем в п. 25 указанного решения<sup>6</sup>.

Что касается условной наказуемости, в случаях когда из-за изменения закона ухудшается положение преступника, аргументированная позиция в решении по вопросу применения обратной силы закона, что если в момент совершения преступления старый закон предусматривал применение условного наказания, однако по новому закону такая возможность отменяется, такому закону не должна придаваться обратная

сила, поскольку такой случай рассматривается как ужесточение наказания. «Косвенным ужесточением наказания должна считаться отмена условной наказуемости за преступное деяние по его совершению, несмотря на то, что оно не предусмотрено системой наказаний. Следует учитывать и то обстоятельство, что условная наказуемость... имеет аксессуарный характер, так как не существует условной наказуемости без наказания и в этом смысле она неразрывно связана с наказанием».

Исходя из изложенного выше можем сделать вывод о том, что у Конституционного суда нет единой позиции по вопросу, должна ли применяться обратная сила закона в тех случаях, когда положение преступника в соответствии с законом «иным образом ухудшается». Напротив, суд рассматривает данный вопрос дифференцированно, то есть, если вопрос касается срока давности уголовной ответственности, закон может приобрести обратную силу, даже если он ухудшает положение преступника, а если касается условной наказуемости, тогда этот вопрос связан с наказанием, и обратная сила закона на него не распространяется.

Необходимо отметить, что в связи с конституционностью спорной нормы Уголовного Кодекса, как мы уже говорили, трое судей зафиксировали отличающиеся друг от друга позиции. По мнению одного из них, который анализирует соответствие нормы, приведенной в ст. 3 Уголовного Кодекса, со ст. 42, п. 5 Конституции, основная суть сводится к тому, что «разумная трактовка норм Уголовного Кодекса Грузии... не дает оснований для интерпретации спорной нормы в несоответствии с Конституцией». Следовательно, по его мнению, спорная норма не противоречит содержанию указанной конституционной нормы<sup>7</sup>. Второй судья не согласен с приведенным в решении Конституционного суда положением, согласно которому «нельзя рассматривать нарушение Конституции, противоречием с конституционным принципом обратной силы тот случай, когда законодатель увеличивает установленный старым законом ещё не истекший срок давности...». «В качестве судьи, участвующем в судебном разбирательстве, – говорится в его другом суждении, – считаю, что придание обратной силы закону, регулиющему сроки давности в ущерб лица, должно считаться недопустимым и в том случае, когда ещё не истек срок давности, определенный старым законом». Для нарушения прав не только конкретного лица, а также правовой безопасности, по его мнению, достаточным было бы допущение ретроактивного действия нового срока. В частности, это может привести «к бесконечному уголовному преследованию» лица. Согласно его мнению, при идеализации интересов правосудия законодатель имел бы право придавать закону обратную силу даже в тех случаях, когда срок давности, определенный старым законом, истек. Разница среди указанных случаев проявления срока давности лишь в том, что в одном случае лицо уже приобрело материальное право..., а в другом – гарантия приобретения такого права предоставляется старым законом. И посему налицо будущее право. Законодатель обязан сделать гарантированным не только настоящие, но и будущие права. В отношении каждого правонарушения должен быть применен тот срок давности, который действовал к моменту его совершения. Допущение ретроактивной обратной силы для продленного срока давности, когда ещё не истек старый срок, отягчает положение лица... Ретроактивность закона не может быть оправдана интересами уголовного преследования, в частности тем, что преступление, вне зависимости от сроков его совершения, требует единых сроков. При применении подобных подходов теряет смысл уголовная гарантирующая функция уголовного права... Одним словом, судья считает, что с ретроактивным использованием срока давности ухудшается правовое положение лица, и таким подходом можно прийти к безмерному продлению срока уголовного преследования<sup>8</sup>. Спорную норму детально рассматривает ещё один судья, который фиксирует иную, можно сказать, промежуточную позицию. Основное внимание он обращает на казуистический характер спорной нормы. Не удается сформулировать четкую позицию в рамках трактовки нормы, на что указывает изученная судебная практика. Спорная норма не удовлетворяет требования предугадываемости и доступности, и существуют разумные основания для неоднозначной, в том числе антиконституционной трактовки ст. 3 части первой УКГ<sup>9</sup>.

Пестрота мнений судей Конституционного суда по данной проблеме сразу же вызвала резонанс среди ученых-криминалистов и криминалистов-практиков. Многие признанные ученые и практики попытались зафиксировать свою особую позицию и защитить её. Профессор О. Гамкрелидзе, будучи приглашенным в качестве специалиста в Конституционный суд, отмечал, что спорная норма имеет более узкое значение, чем формулировка 2-го предложения ст. 42, п. 5 Конституции. По его мнению, приведенный в Конституции термин «ответственность» является более широким понятием и содержит как преступность деяния, так и наказание, и другие меры, меняющие правовое положение преступника. Содержащиеся в Конституции слова «смягчает или отменяет ответственность» подразумевают не только отмену преступности деяния или смягчение наказания, но и другие случаи отмены ответственности. Они охватывают нормы, регулирующие сроки давности и условной наказуемости. Соответственно, если происходит принятие такого закона, регулирующего данные институты, который отягчает положение преступника, он не должен приобретать обратную силу.

По мнению специалиста, ст. 3 ч. 1 Уголовного Кодекса ограничивает приведенный в Конституции принцип запрета обратной силы закона, поскольку апеллирует лишь к «преступности деяния» и «наказанию» за данное преступление. Под указанными терминами, согласно автору, не подразумеваются законы, определяющие сроки давности и условной наказуемости. Специалист считает, что подобная в прямом смысле формулировка спорной нормы не оставляет правоприменителю возможности трактовать нормы в широком смысле. К буквальному использованию нормы судьи толкают также то обстоятельство, что из этой нормы была изъята ранее существующая формулировка «либо иным образом улучшает положение преступника», вследствие чего у судей нет возможности распространить обратное действие закона в тех случаях, когда



закон иным образом улучшает положение преступника. Ссылаясь на данные обстоятельства, он приходит к выводу, что ст. 3 ч. 1 Уголовного Кодекса противоречит положению Конституции<sup>10</sup>.

Иное мнение по данной проблеме высказал известный судья Верховного суда Грузии и ученый Давид Сулаквелидзе. Анализируя решение Конституционного суда и высказанные по этому вопросу различные позиции, он считает, что мнение, касающееся признания спорной нормы антиконституционной, лишено оснований. По мнению автора, отраженному в конституционной норме понятие «ответственности» нельзя придавать широкое значение, чтобы оно в силу действия обратной силы закона охватило «все случаи, иным образом ухудшающие положения преступника». Спорная норма, подчеркивающая два положения об обратной силе закона, правильная и она соответствует ст. 42, п. 5 Конституции. Обратная сила закона не может предусматривать тот случай ещё не приобретенного права, когда до истечения срока за совершенное преступление новым законом продлевается срок давности. Или ухудшается положение условной наказуемости. Достаточно, чтобы закон установил обязательный минимальный стандарт защиты лица, объем которого произвольно уменьшать недопустимо. Гарантию неизблемости подобного стандарта дают действующие нормы, которые должны быть предусмотрены при любых законодательных изменениях. И этот минимальный и гарантированный стандарт заключается в том, что: а) лицо подлежит наказанию за деяние, которое в момент совершения по закону не считалось преступлением; б) лицо не подлежит более суровому наказанию, чем это было предусмотрено законом, действующим к моменту совершения преступления. Именно эти положения, по его мнению, обеспечивают конституционность данной нормы<sup>11</sup>.

Свое мнение по поводу обратной силы закона высказал известный ученый и практик, бывший судья Верховного суда Грузии и ныне действующий судья Конституционного суда М. Турава, который на основании анализа международной судебной практики в основном поддерживает решение, принятое Конституционным судом по поводу обратной силы закона. Он считает, что согласно международной практике закон, ухудшающий положение преступника, связанное со сроком давности уголовной ответственности, может приобрести обратную силу и распространяться на те случаи, когда до задержания лица срок, установленный старым законом, ещё не истек. Что же касается условной наказуемости, в данном случае распространение обратной силы закона, ухудшающего положение преступника, недопустимо<sup>12</sup>.

Такова грузинская реальность в отношении обратной силы уголовного закона. Спорную норму Конституционный суд не признал неконституционной, хотя в ходе принятия решения судьями были высказаны различные мнения, иногда – радикально противоположные, иногда – промежуточные, хотя тоже отличающиеся друг от друга. Такая позиция Конституционного суда ещё более обострила споры и дискуссии среди ученых, имеющих различный взгляд на проблему, что непосредственно воздействовало на судебную практику, о чем, в частности, указывается в принятом Конституционным судом решении. К тому же, обсуждение вопроса протекает на фоне, когда в уголовном законе не просматривается четко сформулированная позиция по поводу поставленной проблемы. Характерно и то, что в Грузии по сей день нет единого фундаментального монографического исследования, которое бы на основании научной обработки данного вопроса, в совокупности исследовало бы различные, иногда высказанные в виде фрагментов соображения, законодательную практику, сегодняшнее состояние закона и внесло бы ясность в этот довольно интересный и значимый вопрос. Очевидно, было бы интересным освещение моей позиции по данному вопросу, однако выражение подобной позиции нуждается в соответствующей аргументации, которая в рамках данной работы невозможна<sup>13</sup>. Хотя, для того, чтобы заинтересовать ученых и практиков-криминалистов этой важной проблемой, данная работа сыграет большую роль и станет катализатором, способствующим большему аргументированному обоснованию позиции, которая в будущем найдет свое отражение в практической деятельности.

<sup>1</sup> В ст. 71 Уголовного Кодекса Грузии в 2006 г. было внесено изменение, согласно которому в отношении должностных преступлений была установлена 15-летняя давность. Исходя из новой нормы ухудшились вопросы срока давности в отношении тяжких и менее тяжких преступлений, для которых ранее был определен 6-летний срок (для менее тяжких преступлений) и 10-летний срок (для тяжких преступлений).

<sup>2</sup> В 2006 г. в ст. 12 Уголовного Кодекса, в которой приведены нормы об условном наказании, вошел целый ряд изменений, на основании которых, например, в зависимости от тяжести совершенного преступления, ужесточился и ухудшился целый ряд условий применения условного наказания.

<sup>3</sup> См. решение Конституционного суда Грузии № 1/1/428, 447, 459 от 13 мая 2009 г. по делу: Народный защитник Грузии, гражданин Грузии Элгуджа Сабаури и гражданин Российской Федерации Звиад Мания против Парламента Грузии и три отличающихся друг от друга довода трех судей Конституционного суда: Решение Конституционного суда Грузии от 13 мая 2009 г. № 1/1/428, 447, 459 // Constitutional Court of Georgia. – Mode of access: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.constcourt.ge/en/legal-acts/judgments> – Date of access: 22.03.2016.

<sup>4</sup> Указанное решение Конституционного суда Грузии, стр. 11.

<sup>5</sup> См. Комментарий к Конституции Грузии. Глава вторая. Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека. – Тбилиси, 2013. – С. 558–565, а также приведенное решение Конституционного суда Грузии.

<sup>6</sup> См. указанное решение Конституционного суда Грузии, стр. 24–25.

<sup>7</sup> См. иное мнение члена Конституционного суда Грузии Константина Вардзелашвили в связи с мотивированной частью решения на принятое Первой коллегией Конституционного суда Грузии решение № 1/1/428, 447, 459 от 13 мая 2009 г., стр. 30–33.

<sup>8</sup> См. иное мнение члена Конституционного суда Грузии Ваханга Гварамия в связи с мотивированной частью указанного решения, стр. 52–54.

<sup>9</sup> См. иное мнение члена Конституционного суда Грузии Кетеван Эремадзе в связи с мотивированной частью указанного решения, стр. 34–51; *Эремадзе Кетеван*. Соображения по поводу решения Конституционного суда – ответ на комментарий Д. Салуквадзе / Кетеван Эремадзе // *Constitutional Law Review*. – 2010. – № 2. – С. 158–172 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://constcourt.ge/en/publications/journals> – Дата обращения : 22.03.2016.

<sup>10</sup> См. приведенное решение. – С. 9–10.

<sup>11</sup> *Салуквадзе Давид*. Об обратной силе уголовного закона – комментарий к решению Конституционного суда / Давид Салуквадзе // *Constitutional Law Review*. – 2010. – № 2. – С. 155–156 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.library.court.ge/index.php?cat=s> – Дата обращения : 22.03.2016.

<sup>12</sup> *Турава Мераб*. Уголовное право: обзор общей части / Мераб Турава. – 8-е изд. – Тбилиси : Бона кауза, 2010. – 428 с. – С. 29–34; *Турава Мераб*. Уголовное право: обзор общей части / Мераб Турава. – 9-е изд. – Тбилиси : Меридиани, 2013. – 545 с. – С. 27–31.

<sup>13</sup> Мое мнение будет изложено в следующих публикациях.

#### Резюме

##### **Махарадзе А. Про судове рішення Конституційного суду Грузії щодо зворотної сили кримінального закону.**

У статті розглянуто прийняте Конституційним судом Грузії рішення про визнання антиконституційності зворотної сили регламентуючої норми кримінального кодексу. Проблема розгляду конституційності зворотної сили закону в рішенні пов'язана із законом, що визначає строки давності кримінально-правової відповідальності із застосуванням умовного покарання. У статті показано, що члени Конституційного суду при ухваленні рішення навели три різні думки. Ці думки вплинули на теорію кримінального права й судову практику. Дане питання не до кінця вирішено і в законодавстві, тому автор статті вважає, що зазначена проблема досить актуальна й потребує глибокої наукової розробки.

**Ключові слова:** зворотна сила кримінального закону, давність кримінального закону, умовне покарання, рішення Конституційного суду.

#### Резюме

##### **Махарадзе А. О судебном решении Конституционного суда Грузии относительно обратной силы уголовного закона.**

В статье рассмотрено принятое Конституционным судом Грузии решение о признании антиконституционности обратной силы регламентирующей нормы уголовного кодекса. Проблема рассмотрения конституционности обратной силы закона в решении связана с законом, определяющим сроки давности уголовно-правовой ответственности с применением условного наказания. В статье показано, что члены Конституционного суда при принятии решения привели три различных мнения. Эти мнения повлияли на теорию уголовного права и судебную практику. Данный вопрос не до конца решен и в законодательстве, поэтому автор статьи считает, что указанная проблема весьма актуальна и нуждается в глубокой научной разработке.

**Ключевые слова:** обратная сила уголовного закона, давность уголовного закона, условное наказание, решение Конституционного суда.

#### Summary

##### **Makharadze A. Georgian Constitutional Court decision on retroactive law application.**

The article deals with the Constitutional Court's decision to recognize unconstitutional the norm of regulation of Criminal Code retroactive force. The problem about discussing the constitutionality of the retroactive force of law in the decision is related to criminal law age and using conditional sentences. The author states that the Constitutional Court judges have written three separate opinions when making a decision. The dissenting opinion had an impact on the theory of criminal law and judicial practice. This issue is clearly not resolved in the legislation. Therefore, the author believes that the problem is extremely important and requires close scientific study.

**Key words:** Criminal law Retroactive force, the age of criminal law, conditional sentence, constitutional court decision.

**М. Л. ОРЕХОВСЬКИЙ, В. А. КОЛОМІЄЦЬ**

*Микола Леонідович Ореховський, адвокат, Адвокатське об'єднання «Ореховський та Коломієць»*

*Віталій Анатолійович Коломієць, адвокат, Адвокатське об'єднання «Ореховський та Коломієць»*

## **КЛОПОТАННЯ ПРО ПОВЕРНЕННЯ ОБВИНУВАЛЬНОГО АКТУ ПРОКУРОРУ ЯК ІНСТРУМЕНТ ЗАХИСТУ**

Базове право на захист у кримінальному процесі включає в себе обов'язок сторони обвинувачення провести слідство та скласти обвинувальний акт так, щоб сторона захисту чітко розуміла суть обвинувачення з належною кваліфікацією діяння обвинуваченого до норм особливої частини Кримінального кодексу.

На практиці інколи зустрічаються ухвали щодо повернення обвинувального акту прокурору у зв'язку з відсутністю належної кваліфікації діянь обвинуваченого. Але попри системні порушення сторони обвинувачення цієї норми далеко не всі суди повертають обвинувальні акти, і особливо рідко повною мірою обґрунтовують таку ухвалу.

Проте ухвала Ніжинського районного суду від 26 грудня 2016 р. у справі № 740/4432/16-к (суддя В. П. Олійник) може стати зразком правової позиції для захисників.

Так, у цій справі суд задовольнив клопотання захисту про повернення обвинувального акту прокурору у зв'язку з порушенням п. 5 ч. 2 ст. 291 КПК.

Позиція захисту нібито очевидна, але рідко застосовувана на практиці. Так, у зброярській спільноті є досить резонансна справа Дениса Дубровського, якого звинувачують в незаконному зберіганні (ст. 263 КК) та незаконному виготовленні зброї (ст. 263-1 КК).

Диспозиція ст. 263 КК звучить як «носіння, зберігання, придбання, передача чи збут вогнепальної зброї (крім гладкоствольної мисливської), бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв без передбаченого **законом** дозволу».

Відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 291 КПК України обвинувальний акт повинен містити «виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, **правову кваліфікацію** кримінального правопорушення з **посиланням на положення закону** і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність **та формулювання обвинувачення**».

Як вбачається з Ухвали, суд доходить висновку, що чіткий і зрозумілий виклад обвинувачення з посиланням не лише на статті КК, а й на закон, який міг би порушити обвинувачений, є невід'ємним правом сторони на захист. Свою позицію суд підкріпив численними посиланнями на практику ЄСПЛ.

Відповідно до ст. 291 КПК України обвинувальний акт повинен містити виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, **правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення**.

Отже, ця норма вимагає від сторони обвинувачення зазначити:

– виклад фактичних обставин, які прокурор вважає встановленими (елемент об'єктивної сторони складу злочину або т. з. опис події);

– **правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону** (встановлення відповідності ознак діяння обвинуваченого ознакам саме усвідомленого правопорушення, ступінь небезпечності якого відповідає визначенню поняття «злочин» в розумінні ст. 11 КК);

– **правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на статтю (частину статті) закону України про кримінальну відповідальність;**

– **формулювання обвинувачення** (т. з. висновок: встановлення відповідності діяння обвинуваченого ознакам злочину, за яке передбачена кримінальна відповідальність за кваліфікованою статтею кримінального кодексу).

Власне, поняття «кваліфікація» (кваліфікувати) походить від латинського «визначати якість». У первісному, побутовому значенні – відносити продукцію за якісними характеристиками до певного сорту (сорту-

вати за якістю). Тобто кваліфікація – це процес встановлення відповідності ознак (елементів) наявного об'єкта до ознак встановлених «шаблонів» (еталонів, норм), який здійснюється переважно шляхом порівняння наявного із «шаблонним» (еталонним).

У свою чергу, правова кваліфікація кримінального правопорушення – це встановлення відповідності ознак (елементів) такого діяння, що порушує право, елементам злочину.

Згідно зі ст. 2 Кримінального кодексу підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом.

При цьому відповідно до ст. 11 Кримінального кодексу встановлено, що не будь-яке порушення права (законодавчої норми) визнається злочином, а лише те, яке становить суспільну небезпеку та завдало істотної шкоди і описане в особливій частині КК.

Отже, перше й найголовніше в питанні віднесення діяння до правопорушення є встановлення «права» (норми закону), яке порушене таким діянням. Адже не кожне правопорушення є кримінальним, тобто таким, що становить суспільну небезпеку і завдало істотної шкоди фізичній, юридичній особі чи державі.

Таким чином, слідчий чи прокурор, описавши діяння (встановивши фактичні обставини справи) повинен встановити норму закону (права), яка порушена таким діянням.

У розумінні ст. 263 КК суспільно небезпечним є діяння, яке полягає в зберіганні зброї без передбаченого законом дозволу. Отже, таке діяння порушує закон, який визначає дозвільний характер обігу зброї, тобто встановлює заборону на зберігання зброї без дозволу.

У справі Дениса Дубровського прокурор всупереч вимогам ст. 291 КПК не зазначив повної правової кваліфікації кримінального правопорушення з посиланням на реквізити закону (про дозвільний характер обігу зброї), який міг би порушити обвинувачений.

Так, суть обвинувачення зводиться до того, що обвинувачений виготовляв та зберігав вогнепальну зброю **без передбаченого законом дозволу**. Словосполучення «без передбаченого законом дозволу» слідчі та прокурори на восьми сторінках обвинувального акту вживають щонайменше **40 разів, але жодного разу не зазначають реквізитів такого закону**.

За логікою прокурора обвинувачений порушив саме Кримінальний кодекс, і саме Кримінальним кодексом встановлено дозвільний характер обігу зброї.

Така логіка прокуратури є абсолютно хибною, адже кримінальний кодекс не може регулювати суспільні відносини в сфері обігу вогнепальної зброї, так само він не може регулювати суспільні відносини щодо гарантування права на життя (у злочинах проти життя і здоров'я), чи недоторканність власності, чи суспільні відносини, пов'язані з обігом наркотичних засобів тощо.

Більш очевидна хибність суджень прокурора стає зрозумілою на прикладі: проїзд на червоне світло світлофора заборонено правилами дорожнього руху, які складені відповідно до Закону України (далі – ЗУ) «Про дорожній рух», а не Кодексу України про адміністративні правопорушення чи ст. 286 КК України.

Натомість обіг наркотичних засобів встановлюється ЗУ «Про наркотичні засоби, психотропні речовини та прекурсори» та ЗУ «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними».

Так, гарантії права на недоторканність життя встановлено ст. 27 Конституції, ст.ст. 270, 281 Цивільного кодексу. Недоторканність власності гарантоване ст. 41 Конституції та в цілому третьою книгою Цивільного кодексу.

Навіть ідентична за формулюванням до ст. 263 КК, але щодо обігу радіаційних речовин, ст. 265 КК передбачає кримінальну відповідальність за зберігання чи перевезення таких речовин без передбаченого Законом «Про дозвілну діяльність у сфері використання ядерної енергії» чи Законом «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи» дозволу.

Кримінальний кодекс є лише законом про кримінальну відповідальність (ст. 3 КК), ним встановлюється, які правопорушення є злочином і яке покарання за це передбачено (ст. 1 КК).

Тобто, Кримінальний кодекс є законом, яким охороняються суспільні відносини (лад чи правопорядок), які регулюються іншими нормативними актами.

Отже, відповідно до ст. 291 КПК прокурор зобов'язаний зробити посилання на закон, який було порушено злочином.

Така вимога чітко слідує з принципу верховенства права та засад правового порядку. Так, відповідно до ст. 19 Конституції ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Згідно зі ст. 68 Конституції **кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України**, не посягати на права й свободи, честь і гідність інших людей.

На нашу думку, чим частіше захисники будуть вимагати належної і повної кваліфікації діянь обвинуваченого, тим більше органи слідства та прокуратури будуть за своєю суттю дійсно правоохоронними.

Відповідно і навчання студентів кримінальному праву повинно бути прив'язане до вивчення не лише статті особливої частини Кримінального кодексу, а й тих законів, які така стаття захищає.

Можливо, з часом правопорядок і досягне такого рівня, коли буде забезпечено **єдність норм, верховенство права, контроль та невідворотність покарання**.

УДК 347.311

**М. Ф. АВРАМЕНКО**

*Марина Федорівна Авраменко, студентка магістратури Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ФОТОГРАФІЧНИХ ТВОРІВ

Аналіз правової природи фотографічного твору вимагає його ретроспективного погляду.

Протягом тривалого часу фотографії як об'єкт права інтелектуальної власності були предметом правових дискусій. Припускалося, що фотографія – це лише механічний процес копіювання за допомогою фотоапарата, і відмовлялися визнавати її як твір, який може охоронятися нормами авторського права.

Зародження правової охорони на фотографічні твори припало на 80-ті роки XIX століття. Першими країнами, які надали правову охорону фотографіям, були Великобританія та США. Так, завдяки судовому прецеденту фотографічні твори набули статусу правової охорони у США ще у 1884 році. Згодом і у Великобританії дані твори потрапили під правову охорону згідно з законом про охорону творів витончених мистецтв 1888 року. Інші країни континентальної Європи почали надавати правову охорону фотографічним творам на початку XX століття<sup>1</sup>.

На законодавчому рівні перші згадки про фотографічні твори як об'єкти авторського права знаходимо в Положенні про авторське право від 20 березня 1911 року. Переїнявши досвід багатьох західноєвропейських держав, що визнали фотографії результатом творчої діяльності, вітчизняний закон, на жаль, не зміг задовольнити прихильників фотографії. Основною проблемою даного закону виявилася система обмежень і формальностей для цих творів, надаючи перевагу фотографіям, що були видані у вигляді збірок або серії знімків, які «становили самостійний художній, історичний або науковий інтерес», а знімки у сфері астрономії, медицини та мікрофізики прирівнювались до літературних творів<sup>2</sup>.

Радянське законодавство про авторське право також пов'язувало охорону фотографічних творів із дотриманням формальностей: авторське право на ці твори визнавали, якщо на кожному примірнику твору були зазначені ім'я автора, місце та рік випуску твору у світ (ст. 472 ЦК УРСР 1964 р.). Недотримання даних формальностей призводило до переходу фотографічних творів у суспільне надбання.

На міжнародному рівні охороноздатність фотографічних творів була визнана на Берлінській конференції з перегляду положень Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (1908 р.). Таким чином, прийнятий міжнародний договір став підґрунтям для подальшої уніфікації і гармонізації охорони фотографічних творів у міжнародному авторському праві.

Проте сучасне міжнародне (універсальне) закріплення правового регулювання фотографічних творів формально залишилося на початковому рівні.

Положення Цивільного кодексу України (далі – ЦК) стосовно фотографічних творів збігаються з положеннями Бернської конвенції про охорону літературних та художніх творів (ст. 2), яким зазначено, що термін «літературні та художні твори» охоплює усі твори у сфері літератури, науки та мистецтва, яким би способом і в якій формі вони не були б виконані, такі як... фотографічні твори, до яких прирівнюються твори, виконані способом, подібним фотографії...». Таким чином, фотографічні твори є охоронним об'єктом як твори мистецтва<sup>3</sup>.

Однак ні Цивільний кодекс, ні Закон України «Про авторське право та суміжні права» (далі – Закон) не дають визначення поняття «фотографічний твір», а тільки відносять до об'єктів авторського права фотографічні твори, у тому числі твори, виконані способами, подібними до фотографії (ст. 433 ЦК, ст. 8 Закону). Не існує одностайної думки щодо визначення фотографічного твору і серед науковців. Таке положення робить свободу тлумачення щодо даних об'єктів.

Так, В. Ситцевий<sup>4</sup> у своїй статті наводить найбільш вдале, на його думку, поняття, що було запропоноване групою експертів ВОІВ при розробці «Принципів охорони фотографічних творів»: фотографіями слід вважати нерухомі зображення, які виникають на поверхні чутливих до світлового або іншого випромінювання, незалежно від технічної природи процесу одержання зображення. Як бачимо, експерти наводять визна-

чення, що стосується фотографії. На нашу думку, поняття «фотографія» і «фотографічний твір» не є тотожними. Крім того, наведене вище визначення розкриває, власне, процес отримання фотографічного зображення. Отже, потрібно розкрити сутність поняття твору як такого, і фотографічного твору зокрема.

У своїх наукових розробках М. Мельников визначає твір як «результат творчої праці автора, втілений у будь-якій об'єктивній формі, придатній до відтворення»<sup>5</sup>. Правознавець Л. Тимофієнко підтверджує правильність даного визначення, додаючи обов'язковість об'єктивної оригінальної форми вираження<sup>6</sup>. Проте найбільш вдалим вважається визначення твору, що його запропонував В. Серебровський: «твір – це сукупність ідей, думок та образів, які в результаті творчої діяльності автора отримали своє вираження в доступній для сприйняття людськими почуттями конкретній формі, що припускає можливість відтворення»<sup>7</sup>.

Аналізуючи різноманітні погляди вчених щодо сутності та визначення фотографічного твору, слід звернути увагу на останні зміни в українському законодавстві з вищезначеного питання. Так, автори проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав» з метою усунення прогалин в авторському праві пропонують наступне визначення: «фотографічний твір – твір, що відображений (зафіксований) із застосуванням аналогових фотографічних технологій (фотохімічних процесів) на матеріальному носії з нанесеним на нього світлочутливим шаром, із застосуванням цифрових фотографічних технологій на матеріальному носії чи в електронній цифровій формі, або із застосуванням лазерних технологій у вигляді об'ємного тримірного зображення».

Отже, враховуючи наведені вище визначення понять «фотографія» і «твір», можемо дійти висновку щодо наявності сукупності наступних ознак, властивих фотографічному твору як об'єкту авторського права:

- творчий характер праці автора;
- об'єктивна форма вираження;
- оригінальність.

У самому Законі поняття твору, творчої діяльності не розкриваються, у зв'язку з чим в юридичній літературі дається чимало визначень. Так, одні автори вважають, що творчість – це свідомий і переважно трудовий процес, який має своєю метою досягнення певного результату. На думку інших, творчість є інтелектуальною діяльністю, яка завершується здійсненням актом, у результаті чого з'являються нові поняття, образи і (чи) форми їх втілення, що являють собою ідеальне відображення об'єктивної дійсності.

Науковці справедливо зазначають, що для авторських прав важливий не стільки творчий характер діяльності, скільки аналогічна ознака результату, хоча варто виходити з того, що тільки творча діяльність може мати творчий результат. Показником творчого характеру твору є його новизна, яка розглядається як синонім оригінальності. Вона може виражатися в новому змісті, формі твору, ідеї, науковій концепції тощо. У цьому плані будь-який твір характеризується оригінальністю, новизною, неповторністю та унікальністю.

Зауважимо, що за національним законодавством ідеї, способи, концепції теорії, процедури, відкриття, методи не підлягають авторсько-правовій охороні, навіть якщо вони виражені, описані, пояснені, проілюстровані. Тому для набуття прав охорони на свої фотографічні твори автор має застосовувати індивідуальний, творчий підхід до виконання оригінальної зйомки однакового на перший погляд сюжетів, предметів, персонажів. Лише за таких умов фотографічний твір буде мати свою художню цінність.

Беручи до уваги той факт, що оригінальність замислу не має значення, оскільки ідея як така не підлягає правовій охороні, оригінальними можуть бути композиція твору, його зміст, спосіб або форма вираження. В авторському праві абсолютно оригінальними вважаються твори, коли композиція і спосіб вираження є оригінальними одночасно.

Отже, оригінальним фотографічним твором можна вважати таку фотографію, яка може характеризуватися незвичайною композицією, нестандартним ракурсом, передачею індивідуальності людини шляхом фіксації виразу обличчя, що характерно тільки йому. Проте усі ці дії є тільки первинним етапом створення фотографії. Згодом отримане зі світлочутливих матеріалів зображення може бути доопрацьоване для надання йому кращих естетичних і художніх цінностей шляхом здійснення фінальної обробки (ретуш, кадрування, виділення деталей, підкреслення ефектів, дифузія та ін.), що є додатковим підтвердженням творчого внеску автора у створення оригінального авторського твору.

Зауважимо також, що твір живопису або іншого образотворчого мистецтва, щоб вважатися оригінальним, повинен відповідати особливій умові: власноручне створення твору автором набуває в такій ситуації вирішального значення. Отже, треба звернути увагу на дану правомірну вимогу щодо творів фотографічного мистецтва, оскільки останнє послуговується аналогічними технічними прийомами та методами створення кінцевого продукту.

Як було зазначено вище, законодавство України розрізняє два види фотографій, які охороняються авторським правом:

- 1) фотографічні твори;
- 2) твори, виконані способами, подібними до фотографії.

Зауважимо, що даний підхід надання фотографічним творам правової охорони знаходиться у відповідності із положеннями Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів, яка називає їх об'єктами інтелектуальної власності, охоронювані «як художні твори». Це дає змогу дійти висновку, що країнам-учасникам було надано можливість встановлювати ними охорону фотографічних творів шляхом здійснення оцінки даних об'єктів як художніх (мають творчий внесок автора) і нехудожніх, і відповідно до цього критерію надавати охорону тільки першій категорії.

Як зазначає О. Луткова, міжнародні договори та законодавство більшості держав не містить конкретних класифікацій фотографічних творів, оскільки не існує критеріїв щодо розгалуження фотографій на оригінальні твори, які є витвором мистецтва, і звичайні фотографії<sup>8</sup>.

Однак у ст. 6 Директиви 2006/116/Європейського Парламенту та Ради Європи від 12 грудня 2006 р. встановлено єдиний критерій, що визначає фотографію як об'єкт правової охорони: фотографічний твір повинен розглядатися як самобутній, оригінальний, є продуктом індивідуальної творчості автора, що відображає його особистість<sup>9</sup>.

Проте Директивою передбачено можливість надання країнами-учасницями охорони і для інших видів фотографій.

На сьогодні питання правової охорони звичайних, «нетворчих» фотографій є дискусійним не тільки в Україні, а й в інших країнах світу, де по-різному підходять до надання їм правової охорони.

У деяких країнах законодавець розрізняє «творчі фотографії», які містять ознаки об'єкта правової охорони, і «звичайні фотографії», які не охороняються, або рівень охорони яких нижче рівня охорони творчих.

Так, у Німеччині відповідно до закону про авторське право розрізняють дві групи фотографій, що мають правову охорону:

- фотографічні твори;
- звичайні фотографії.

Різниця полягає у відповідності фотографії критерію оригінальності, наслідком чого є тривалість охорони фотографії після смерті автора: 70 років – для фотографічних творів і 50 років – для звичайних фотографій. На відміну від українського, німецьке законодавство про авторське право містить визначення оригінальності фотографічного твору, що полегшує визначення серед кола тотожних об'єктів саме той, якому необхідно надати правову охорону.

Іспанське законодавство, так само як і німецьке, розрізняє фотографічні твори і звичайні фотографії шляхом застосування критерію оригінальності, сутність якого полягає у мірі впливу даних об'єктів на емоційний стан людей. Так, під звичайною фотографією маються на увазі такі, що інформують про події повсякденного життя, або на яких зафіксовані туристами визначні місця: собори, пам'ятки культури, архітектури тощо.

Деякий інший правовий режим звичайним фотографіям надається в Італії та Австрії, де існує подібна до німецької класифікація фотографій. Якщо фотографічні твори італійський законодавець визначає за допомогою такого ж критерію оригінальності, що й іспанський, то автори звичайних фотографій набувають не авторських, а суміжних прав на результати своєї творчої діяльності. Це передбачає менший строк захисту прав автора.

Згідно з українським законодавством, строк охорони фотографічного твору авторським правом, як і для всіх інших творів, діє протягом усього життя автора та 70 років після його смерті. Якщо фотографічний твір був обнародований анонімно або під псевдонімом, термін охорони закінчується через 70 років після того, як твір було оприлюднено. Якщо твір створено в співавторстві, то авторське право на цей твір існує протягом життя співавторів і 70 років після смерті останнього співавтора. Авторське право на твір, вперше опублікований протягом 30 років після смерті автора, діє протягом 70 років від дати його правомірною опублікування. Особисті немайнові права автора фотографічного твору (право авторства, право залишатися анонімом, право вибирати псевдонім, право на збереження цілісності твору і протидії будь-якому спотворенню, перекручуванню чи іншій зміні, що не може зашкодити честі та репутації автора), охороняються безстроково.

Тривалість охорони фотографічних творів приведена у відповідність до ст. 9 Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право 1996 р., стороною якого є Україна. Крім того, зазначений міжнародний договір та Закон повністю застосовують охорону творів у цифровому середовищі, зокрема в мережі Інтернет.

Нагадаємо, що надання правової охорони фотографічним творам у Законі жодними застереженнями не обумовлено. Правовій охороні підлягають будь-які фотографічні твори незалежно від жанру та призначення. Це може викликати певні труднощі щодо з'ясування результатів фотографування як об'єктів авторського права.

Проблема відсутності юридичного закріплення критеріїв розмежування фотографічних творів – не єдина на шляху міжнародного і національного правового регулювання. Як було зазначено вище, значну проблему становить власне поняття фотографії, фотографічного твору.

Невирішеним також залишається питання щодо творів, виконаних подібним до фотографії способом. Спираючись на тлумачення міжнародних і національних актів, доктринальні розвідки і практику, можна виділити принаймні декілька видів творів даної специфіки.

За В. Дроб'язком та Р. Дроб'язком до вищезазначених творів належать голографії, слайди та інші твори, одержані способами, подібними до фотографії<sup>10</sup>.

Щодо першого виду творів даної категорії, то потрібно зауважити, що голографією є спосіб створення об'ємних зображень на тонких матеріалах, а отже результат застосування матиме назву «голограма» або принаймні «голографічна фотографія»<sup>11</sup>. Поняття «голограма», похідна від терміна «голографія», який складається з двох грецьких слів *holos* (гр) – повний, *graphio* (гр.) – зображення, себто – «повне зображення». Ця технологія дає змогу відтворювати не тільки кольорове зображення об'єкта, а і його просторову форму і розташування, створюється візуальне відчуття присутності об'єкта.

Сучасні голограми спостерігають при освітленні звичайними джерелами світла, і повноцінна об'ємність в комбінації з високою точністю передачі фактури поверхонь забезпечує повний ефект присутності.

Голограми незамінні при виготовленні високоякісних репродукцій творів скульптури, музейних експонатів і так далі. Водночас можливість створення об'ємних зображень відкриває нові напрями в мистецтві – образотворчу голографію і оптичний дизайн. Голограми широко використовуються в сувенірній продукції і як прикраси, а також в рекламі.

Слайд являє собою фотодокумент, який виконується фотографічним способом і має вигляд одиничного позитивного зображення на прозорому плівковому носіїві, що призначений для проєціювання на екран. Як справедливо зауважує російський правознавець О. Луткова, слайди і діафільми слід віднести до фотографічних творів, оскільки: по-перше, вони створюються подібним до фотографії способом; по-друге, інформація та образи, яку вони містять, сприймається глядачем дискретно, що відрізняє їх від аудіовізуальних творів<sup>12</sup>.

Подібне застереження висловлюють автори щодо фотографій, які є елементами кінематографічного твору. Вони вважають, що до даних об'єктів потрібно застосовувати законодавство про фотографічні твори.

Стереографія як об'єкт авторсько-правової охорони не згадується у конвенціях і законах. Однак вона створюється фотографічним способом і є складною фотографією за рахунок поєднання двох зображень одного й того ж об'єкта, виконаних для кожного з кутів зору, що в результаті утворює стереопару. При перегляді стереопари крізь стереоскоп зображення об'єкта сприймається об'ємно.

Зауважимо, що як власне фотографічний твір, так і твори, виконані подібним до фотографії способом, мають однакові умови правової охорони.

<sup>1</sup> Лонг Д. Захист прав інтелектуальної власності: норми міжнародного і національного законодавства та їх правозастосування : практич. посіб. / Доріс Лонг, Патриція Рей, В. О. Жаров та ін. – К. : К.І.С, 2007. – 448 с.

<sup>2</sup> Постановление ЦИК и СНК СССР «Об основах авторского права» от 30.01.1925 // Канторович В. Я. Систематизированный комментарий к Постановлению ЦИК и СНК СССР «Об основах авторского права» от 30 января 1925 года. – М., 1926 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://uchebniki-besplatno.com/avtorskoe-pravo-teoriya/osnovyi-avtorskogo-prava-1925-29459.html>

<sup>3</sup> Бернська конвенція по охороні літературних та художніх творів : від 9 вересня 1886 р., ратифікована Верховною радою України 25 жовтня 1995 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : // <http://www.rada.gov.ua>

<sup>4</sup> Ситцевий В. Авторське право на фотографії / В. Ситцевий // Інтелектуальна власність. – 2000. – № 6–7.

<sup>5</sup> Мельников М. Визначення поняття «твір» з позиції авторського права [Текст] / М. Мельников // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2006. – № 6.

<sup>6</sup> Тимофєєнко Л. Правова охорона фотографічних творів / Л. Тимофєєнко // Інтелектуальна власність. – 2002. – № 6.

<sup>7</sup> Серебровський В. И. Вопросы советского авторского права / В. И. Серебровский. – М. : Изд-во АН СССР, 1956. – 283 с.

<sup>8</sup> Луткова О. В. Основные концепции источников международного права [Текст] : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 / О. В. Луткова. – М., 2004. – 24 с.

<sup>9</sup> Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.europe.eu.int>

<sup>10</sup> Дроб'язко В. С. Право інтелектуальної власності : навч. посіб. / В. С. Дроб'язко, Р. В. Дроб'язко. – К. : Юрінком Інтер, 2004.

<sup>11</sup> Введення ЄІАС у когерентну оптику і голографію : учб. посібник. – Минск : Виш. шк., 1985. – 144 с.

<sup>12</sup> Луткова О. Проблема охораноспособности произведений с незначительным уровнем творчества и повторных произведений в авторском праве зарубежных государств и РФ / О. Луткова : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://superpressa.ru/index.php?Itemid=propecia%20propecia%204&id=propecia%20&layout=blog&option=com\\_content&view=section](http://superpressa.ru/index.php?Itemid=propecia%20propecia%204&id=propecia%20&layout=blog&option=com_content&view=section)

### Резюме

#### **Авраменко М. Ф. Особливості правової природи фотографічних творів.**

У статті висвітлюються питання визначення правової категорії фотографічного твору. Наводяться положення доктрина права інтелектуальної власності у визначенні фотографії як об'єкта авторського права. Здійснено порівняльний аналіз фотографічних творів із творами, виконаними подібним до фотографії способом.

**Ключові слова:** фотографія, авторське право, голограма, слайд, стереографія.

### Резюме

#### **Авраменко М. Ф. Особенности правовой природы фотографических произведений.**

В статье освещаются вопросы определения правовой категории фотографического произведения. Приводятся положения доктрина права интеллектуальной собственности в определении фотографии как объекта авторского права. Осуществлен сравнительный анализ фотографических произведений с произведениями, выполненными подобным фотографии способом.

**Ключевые слова:** фотография, авторское право, голограмма, слайд, стереография.

### Summary

#### **Avramenko M. Features of the legal nature of photographic works.**

The article concerns the issues determining the legal types of photographic work. The author determines the provisions of legal doctrine of intellectual property on Photos. The articles provides with comparative analysis of photographic works of the works similar to photos manner.

**Key words:** photography, copyright, hologram, slide stereography.



**В. Ф. ВЛАД**

*Вадим Федорович Влад, студент магістратури  
Київського національного університету імені Тараса  
Шевченка*

**РОЛЬ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ ПРИ ЗАБЕЗПЕЧЕННІ  
ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ**

Побудова правової держави постійно супроводжується вдосконаленням правових відносин. Динамічний розвиток кримінального, цивільного, господарського, адміністративного й інших галузей права в Україні прямо чи опосередковано впливає на розвиток та удосконалення законодавства щодо організації і порядку виконання рішень судів.

Окремі аспекти організації діяльності прокуратури взагалі як системи, так і у виконавчому провадженні, були предметом наукових розробок таких дослідників, як: Ю. В. Білоусов, М. А. Говоруха, П. М. Каркач, М. Й. Курочка, В. Т. Маляренко, І. Є. Марочкін, Г. П. Середя, В. В. Сухонос, М. К. Якимчук та багатьох інших.

**Метою** статті є визначення правового регулювання, ролі органів прокуратури України під час реалізації функції представництва при виконанні судових рішень.

В умовах реформування органів прокуратури України з урахуванням європейського досвіду наглядові та представницькі повноваження прокуратури законодавець намагається спрямувати на забезпечення реальної й належної реалізації конституційних прав і основоположних свобод людини та громадянина. Діяльність органів прокуратури направлена на втілення принципу верховенства права та законності, які визначені Конституцією України та міжнародними актами як основоположні, та є основними напрямками діяльності органів прокуратури щодо захисту інтересів суспільства від неправомірних посягань. Що стосується питань виконання рішення суду, то слід зазначити, воно можливе лише за таких умов, коли вказані у судовому рішенні вимоги є забезпеченими. І такий взаємозв'язок цілком зрозумілий, оскільки захищене судом порушене право громадянина не буде відновлено, якщо його фактично неможливо виконати, або в разі бездіяльності посадових осіб, чим руйнується весь правовий режим у державі, що в свою чергу є неприпустимим у демократичному суспільстві, в якому права та свободи людини та громадянина є основоположними.

Конституцією України у ст. 129-1 визначено, що суд ухвалює рішення іменем України. Судові рішення, що набрали законної сили, обов'язкові для всіх органів державної влади й органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, посадових чи службових осіб та громадян і підлягають виконанню на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, – і за її межами<sup>1</sup>.

Якщо рішення не виконуються добровільно, його виконання здійснюється примусово органами державної виконавчої служби (державних виконавців) відповідно до Закону України «Про виконавче провадження».

Виконавче провадження – це сукупність дій органів і посадових осіб, спрямованих на примусове виконання рішень судів, які здійснюються на підставах, у спосіб та в межах повноважень, визначених Законом України «Про виконавче провадження», іншими нормативно-правовими актами, а також рішеннями суду, що згідно з цим Законом підлягають примусовому виконанню<sup>2</sup>.

Нормативно-правову базу виконавчого провадження в Україні становлять Конституція України, Закони України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів»<sup>3</sup>, «Про виконавче провадження»<sup>4</sup>, підзаконні нормативні акти, зокрема наказ Міністерства юстиції України від 2 квітня 2012 р. № 512/5, зареєстрований у Мін'юсті 2 квітня 2012 р. за № 489/20802, «Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень»<sup>5</sup> тощо.

Розглядаючи питання виконання судових рішень, слід зазначити, що відповідно до положень ст. 131-1 Конституції України однією з конституційних функцій органів прокуратури України є представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом. Однак, як свідчить практика, представництво прокурором інтересів громадянина та держави не закінчується після постановлення судом остаточного рішення у справі, набрання ним законної сили, адже для реального поновлення законності необхідно виконання судового рішення в повному обсязі<sup>6</sup>.

Законом України «Про прокуратуру» (п. 6 ч. 6 ст. 23) визначено, що під час здійснення представництва інтересів громадянина або держави у суді прокурор має право в порядку, передбаченому законом, що регулює виконавче провадження, брати участь у такому провадженні при виконанні рішень у справі, в якій прокурором здійснювалося представництво інтересів громадянина або держави в суді<sup>7</sup>.

Крім того Законом України «Про виконавче провадження» (ч. 1 ст. 7) передбачено, що прокурор бере участь у виконавчому провадженні у випадку здійснення представництва інтересів громадянина або держави в суді та відкриття виконавчого провадження на підставі виконавчого документа за його заявою<sup>8</sup>.

Що стосуються питань організації роботи органів прокуратури України, та здійснення представницької діяльності, керуються галузевими наказами Генерального прокурора України, а саме «Про організацію роботи в органах прокуратури України» від 26 грудня 2011 р. № 19 та наказом Генерального прокурора України «Про організацію роботи органів прокуратури щодо представництва інтересів громадянина або держави в суді та їх захисту при виконанні судових рішень» від 28 травня 2015 р. № 6<sup>10</sup>, в яких визначені та детально конкретизовані завдання і пріоритети прокурорської діяльності, предмет діяльності, приводи, повноваження різних ланок прокурорської системи, критерії оцінки роботи при забезпеченні виконання судових рішень.

Вищезазначені накази найповніше відбивають всі аспекти організації роботи та управління в органах прокуратури щодо здійснення функції представництва інтересів та нагляду за додержанням законів у виконавчому провадженні. Вони містять вимоги до прокурорів приділяти особливу увагу питанням удосконалення організації цієї роботи та управління, як організуючому чиннику підвищення ефективності діяльності органів прокуратури. Ці вимоги свідчать про те, що питання організації роботи та управління в органах прокуратури щодо здійснення наглядової й представницької функцій у виконавчому провадженні базуються на науковій основі, враховують основні принципи теорії управління<sup>11</sup>.

Проаналізувавши чинне законодавство та останні зміни до Конституції України, які були прийняті Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII, ми дійшли висновку, що на даний час Закон України «Про прокуратуру» суперечить Конституції України. Дане твердження підтверджується тим, що законодавець, внісши зміни до Конституції України, позбавив органи прокуратури права здійснювати представництво інтересів громадян, надавши це право адвокатам: «Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення»<sup>12</sup>. Це призводить до монополії адвокатури в представницькій діяльності щодо громадян. Крім того, ми хочемо зауважити, що до Закону України «Про прокуратуру» дотепер не внесено конституційних змін, та за органами прокуратури залишається функція представництва інтересів громадянина або держави в суді.

У зв'язку з вищевикладеним, на нашу думку, такі кардинальні зміни законодавства на даний час передчасні, оскільки органи прокуратури не тільки позбавляються права представляти інтереси найбільш незахищених верств суспільства, категорію громадян які неспроможні через фізичний стан, недосягнення повноліття, похилий вік, недієздатність або обмежену дієздатність самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права або реалізувати процесуальні повноваження та здійснюють представництво в суді лише інтересів держави тільки у виключних випадках, забувши при цьому визначити порядок дій у разі нездійснення або неналежним чином здійснення адвокатом представництва в суді інтересів держави; органу державної влади, органу місцевого самоврядування або громадян. Також прокуратура позбавляється права здійснювати контроль за забезпеченням виконання судових рішень, оскільки згідно з чинним законодавством прокурор має право бути учасником виконавчого провадження лише у разі: здійснення представництва в суді та відкриття виконавчого провадження на підставі виконавчого документа за його заявою чи вступу у виконавче провадження, відкрите не за його заявою, за умови, що він здійснював представництво у відповідній справі.

З огляду на вищевикладене ми вважаємо доцільне внести зміни до законодавства та розширити функцію представництва органів прокуратури наступним змістом: «Представництво прокуратурою інтересів громадянина здійснюється в разі його неспроможності через фізичний стан, недосягнення повноліття, похилий вік, недієздатність або обмежену дієздатність самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права або реалізувати процесуальні повноваження та нездійснення або неналежним чином здійснення представництва в суді адвокатом».

<sup>1</sup> Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30.

<sup>2</sup> Про виконавче провадження : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1404-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>

<sup>3</sup> Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1403-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1403-19>

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Про затвердження Інструкції з організації примусового виконання рішень : наказ Міністерства юстиції України від 2 квітня 2012 р. № 512/5, зареєстрований у Мін'юсті 2 квітня 2012 р за № 489/20802 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0489-12/print1481643527565339>

<sup>6</sup> Там само.

<sup>7</sup> Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII // ВВР. – 2015. – № 2–3. – Ст. 12.

<sup>8</sup> Там само.

<sup>9</sup> Про організацію роботи і управління в органах прокуратури України : наказ Генерального прокурора України від 26 грудня 2011 р. № 1гн : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.gp.gov.ua/ua/file\\_downloader.html?\\_m=fslib&\\_t=fsfile&\\_c=download&file\\_id=181060](http://www.gp.gov.ua/ua/file_downloader.html?_m=fslib&_t=fsfile&_c=download&file_id=181060)

<sup>10</sup> Про організацію роботи органів прокуратури щодо представництва інтересів громадянина або держави в суді та їх захисту при виконанні судових рішень : наказ Генерального прокурора України від 28 травня 2015 р. № 6 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.gp.gov.ua/ua/file\\_downloader.html?\\_m=fslib&\\_t=fsfile&\\_c=download&file\\_id=181060](http://www.gp.gov.ua/ua/file_downloader.html?_m=fslib&_t=fsfile&_c=download&file_id=181060)

<sup>11</sup> Давиденко Л. Питання організації роботи та управління в органах прокуратури / Л. Давиденко, П. Каркач // Вісник прокуратури. 2002 р. № 4. – С. 12–14.

<sup>12</sup> Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1401-19>

#### Резюме

##### **Влад В. Ф. Роль органів прокуратури при забезпеченні виконання судових рішень.**

Стаття присвячена актуальним проблемам та ролі органів прокуратури при забезпеченні виконання судових рішень та особливостям здійснення конституційної функції органів прокуратури України з питань представництва інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом. Пропонується внесення змін до Закону України «Про прокуратуру», з метою розширення підстав для представництва прокурором інтересів громадянина або держави в суді.

**Ключові слова:** органи прокуратури, представництво інтересів держави в суді, виконання судових рішень, державний виконавець, суд, виконавче провадження.

#### Резюме

##### **Влад В. Ф. Роль органов прокуратуры при обеспечении исполнения судебных решений.**

Статья посвящена актуальным проблемам и роли органов прокуратуры при обеспечении исполнения судебных решений и особенностям проведения конституционной функции органов Украины по вопросам представительства интересов государства в суде в исключительных случаях и в порядке, определенных законом. Предлагается внесение изменений в Закон Украины «О прокуратуре», с целью расширения оснований для представительства прокурором интересов гражданина или государства в суде.

**Ключевые слова:** органы прокуратуры, представительство интересов государства в суде, исполнение судебных решений, государственный исполнитель, суд, исполнительное производство.

#### Summary

##### **Vlad V. The role of the prosecution in the enforcement of judicial decisions.**

This article is devoted to actual problems and the role of prosecutors in the enforcement of court decisions and the peculiarities of the constitutional functions of the Prosecutor's Office of Ukraine for representing the interests of the state in court in exceptional cases and in the manner specified the law. Offered amending the Law of Ukraine «On Prosecution» to expand the grounds for the prosecutor representation of interests of citizens or state court.

**Key words:** prosecution, representing the state in court, enforcement of judgments, bailiff, court enforcement proceedings.

УДК: 347.626.2

#### **А. С. ГРИЦИК**

*Анна Сергіївна Грицик, студентка магістратури  
Київського національного університету імені Тараса  
Шевченка*

### **ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ У РАЗІ НЕВИКОНАННЯ ЧИ НЕНАЛЕЖНОГО ВИКОНАННЯ УМОВ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ**

Сімейний кодекс України та інші нормативно-правові акти, які регулюють сімейні відносини, не визначають вид, розмір та умови, за яких настає відповідальність у випадку неналежного виконання подружжям умов шлюбного договору. Тому при вирішенні спорів, котрі виникають у зв'язку з порушенням вказаного правочину, потрібно виходити із приписів цивільного та сімейного законодавства, а також положень самого шлюбного договору.

Через так звану подвійну природу шлюбного договору виникає складність при вирішенні питання відповідальності, яка може бути застосована до сторін вказаного правочину. Так, з одного боку, – це різновид двостороннього правочину, що вказує на його цивілістичну природу, визначає права та встановлює певні обов'язки для його сторін, а з іншого, – це правочин, який регулює особисто-довірчі відносини між подружжям, що практично виключає можливість визначення розміру збитків, упущеної вигоди, чи більше – встановлення розміру санкцій та періоду їх нарахувань за порушення виконання зобов'язань, передбачених договором. Тому основним практичним завданням є збереження за шлюбним договором ознак юридично значимого документа, котрий би передбачав відповідальність за порушення умов шлюбного договору та допускав можливість його примусового виконання.

Питання відповідальності у разі невиконання чи неналежного виконання умов шлюбного договору є мало досліджуваними. Загальні умови укладення шлюбних договорів, підстави за яких ці правочини вважаються дійсними та встановлення відповідальності за неналежне виконання положень цих договорів досліджувалися наступними вченими: Є. М. Ворожейкіним, В. І. Даніліним, І. В. Жилінковою, Н. М. Єршовою, Г. О. Лозовою, Л. Б. Максимовичем, С. Н. Тагаєвою, О. О. Ульяненко, Ю. С. Червоним. Так, О. Г. Лозова досліджувала питання відповідальності за умовами шлюбного договору, визначала її види та способи застосування. С. Н. Тагаєва зосередила свою увагу на проблемах відшкодування моральної шкоди в сімейному

праві. Саме відсутність системного дослідження вказаної теми і стало підставою для виникнення інтересу з боку вчених та правників, котрі все більше уваги приділяють вивченню вказаного питання.

Вказана стаття присвячується визначенню певного кола підстав, за якими настає відповідальність у зв'язку із невиконанням чи неналежним виконанням стороною (сторонами) умов шлюбного договору.

Метою статті є виокремлення підстав, за якими сторону шлюбного договору можна притягти до відповідальності за невиконання чи неналежне виконання його умов.

Сімейний кодекс України містить розширене коло питань, які можуть бути врегульовані договором. Прикладом цього може слугувати договір між батьками про сплату аліментів на дитину, про визначення прав та обов'язків того з батьків, хто проживає окремо від дитини, договори утримання, договори щодо майна, яке є особистою приватною власністю одного з подружжя чи об'єктом права їх спільної сумісної власності. Одним із найпоширеніших договорів, які укладаються між подружжям, є шлюбний договір, предметом якого є врегулювання майнових відносин між подружжям, визначення їх майнових прав та обов'язків, а також встановлення майнових прав та обов'язків подружжя як батьків<sup>1</sup>.

Вказаному правочину присвячена окрема глава Сімейного кодексу України. Не зважаючи на наявність нормативного визначення змісту та форми шлюбного договору, поза увагою залишається питання відповідальності за невиконання чи неналежне виконання його умов.

Шлюбний договір, в силу ст. 202 Цивільного кодексу України, є двостороннім правочином та являє собою погоджену дію двох осіб, спрямовану на набуття, зміну чи припинення прав та обов'язків подружжя<sup>2</sup>.

Сторони шлюбного договору, на виконання ст. 214 Цивільного кодексу України, мають право за взаємною згодою, а також у випадках, передбачених законом, відмовитися від нього, навіть і в тому разі, якщо його умови повністю ними виконані<sup>3</sup>.

Формами відмови від виконання шлюбного договору є невиконання чи неналежне виконання умов вказаного правочину його стороною.

Керуючись загальними положеннями сімейного та цивільного законодавства, відповідальність за невиконання чи неналежне виконання умов шлюбного договору є мірою впливу на винну особу шляхом покладення на неї несприятливих наслідків, передбачених договором або законом.

Так, при визначенні міри відповідальності як майнового, так і немайнового характеру та наявності вини її заподіювача за порушення умов шлюбного договору необхідно встановити: наявність такої шкоди, протиправність діяння її заподіювача, наявність причинного зв'язку між шкодою і протиправним діянням заподіювача та вини останнього в її вчиненні<sup>4</sup>.

Г. О. Лозова стверджує, що відповідальність за умовами шлюбного договору можна розглядати з декількох позицій. По-перше, це відповідальність перед третіми особами, яка на власний розсуд встановлюється сторонами у шлюбному договорі, по-друге, це відповідальність, що виникає в результаті порушення однією стороною умов вказаного правочину<sup>5</sup>.

У першому випадку сторони шлюбного договору повинні розуміти, що вони не лише мають право вступати у договірні відносини, а й усвідомлювати, що у випадку їх порушення на них покладеється обов'язок нести відповідальність за невиконання чи неналежне виконання умов правочину. Яскравим прикладом може слугувати наступне: будучи нареченим, чоловік уклав кредитний договір на придбання автомобіля. Після укладення шлюбу відповідальним за всі зобов'язання, укладені ним до одруження є він сам, і на дружину не покладеється обов'язок нести відповідальність за чоловіка у випадку неналежного виконання ним умов вказаного кредитного договору. Але умовами шлюбного договору можна передбачити відповідальність і дружини за вказаним зобов'язанням та визначити, в якій саме частині на неї покладеється обов'язок здійснювати його виконання та за яких умов.

У другому випадку йдеться про порушення зобов'язань стороною правочину будь-якого його пункту і, відповідно, з'ясування обставин, коли умови шлюбного договору будуть вважатися виконаними, неналежно виконаними чи не виконаними.

Виконання шлюбного договору може полягати як у вчиненні активних дій, так і в утриманні від їх вчинення. Найголовніше – це вжиття особою заходів, або утримання від їх вчинення з метою виконання умов вказаного зобов'язання. Прикладом цього може слугувати наступне: шлюбним договором передбачено, що чоловік зобов'язаний надавати дружині відповідне матеріальне утримання в розмірі 10 000,00 грн на місяць, або передати до спільної сумісної власності подружжя свою квартиру. Припустимо, що після зміни правового режиму майна чоловіка (квартири) з особистої приватної власності на спільну сумісну власність, вказаний пункт договору вважатиметься припиненим у зв'язку з виконанням. В іншому випадку вказаний пункт договору діятиме безстроково і на чоловіка покладатиметься обов'язок щомісячно здійснювати виплати своїй дружині. З метою уникнення неприємних ситуацій у вказаному пункті договору варто було б також зазначити строк його дії та врегулювати дію даного положення у випадку розірвання шлюбу.

Із вказаного вище можна дійти висновку, що відповідальність у сімейному праві має індивідуальний характер, оскільки бере свій початок зі специфіки сімейних відносин.

Цікавим є питання можливості відшкодування моральної шкоди у випадку порушення умов шлюбного договору.

Розділ 10 Сімейного кодексу України «Шлюбний договір» не містить норм, які б визначали можливість, порядок та умови відшкодування моральної шкоди за невиконання чи неналежне виконання умов шлюбного договору. Через реалізацію принципу свободи договору законодавство дає можливість визначити підстави та

спосіб притягнення до відповідальності сторін вказаного правочину за невиконання його умов. Таким чином, відшкодування моральної шкоди у зв'язку з невиконанням чи неналежним виконанням умов шлюбного договору можливе лише у випадку, якщо це прямо передбачено у вказаному правочині та за умови наявності наступного: існування такої шкоди, протиправності діяння її заподіювача, наявності причинного зв'язку між шкодою і протиправним діянням заподіювача та вини останнього в її заподіянні<sup>6</sup>.

Ще одним видом відповідальності за порушення виконання умов правочину є сплата неустойки<sup>7</sup>. Неустойкою (штрафом, пенєю) є грошова сума або інше майно, які зобов'язана сторона, у випадку порушення правочину, повинна передати управленій стороні<sup>8</sup>. З. В. Ромовська вважає, що до сімейних відносин вказану санкцію застосувати неможливо<sup>9</sup>. Погодитися з цією думкою не можна, оскільки ч. 1 ст. 196 Сімейного кодексу України передбачено, що при виникненні заборгованості з вини особи, яка зобов'язана сплачувати аліменти за рішенням суду, одержувач аліментів має право на стягнення неустойки (пені) в розмірі одного відсотка від суми несплачених аліментів за кожен день прострочення<sup>10</sup>. Таким чином, беручи до уваги приписи ст. 196 Сімейного кодексу України, сторони шлюбного договору можуть прямо прописати в його положеннях сплату винною стороною неустойки в розмірі одного відсотка від суми несплачених аліментів за кожен день прострочення<sup>11</sup>.

Збитки в шлюбному договорі можуть бути завдані у випадку не виконання стороною вказаного правочину майнових зобов'язань, передбачених ним. Наприклад, за умовами шлюбного договору обов'язок щомісячно сплачувати орендну плату за наймане житло лежить на чоловікові. Той, у свою чергу, не виконує своєчасно покладені на нього шлюбним договором зобов'язання і дружина вимушена вносити орендну плату самостійно. Такими протиправними діями чоловіка їй завдано збитків – витрат, які дружина зробила для відновлення свого порушеного права.

Досить поширеним на практиці є закріплення в шлюбному договорі майнового стягнення за ініціативою розірвання шлюбу. В юридичній літературі з даного приводу є дві діаметрально протилежні думки. Так, І. В. Жилінкова зазначає, що з умовами особистого характеру цілком може бути пов'язане виникнення або припинення майнових прав та обов'язків подружжя<sup>12</sup>. З вказаним твердженням не погоджується Ю. С. Червоний, який вважає, що подібні умови не можуть включатися до шлюбного договору, скільки вони передбачають особисті відносини сторін, які шлюбний договір не регулює<sup>13</sup>. Станом на сьогодні чіткої позиції з даного питання немає, так само як і немає однакової судової практики з даного приводу.

Вина, пов'язана з невиконанням чи неналежним виконанням умов шлюбного договору, буває двох видів: умисна та з необережності. Умисною є вина, яка полягає в усвідомленому ставленні винної сторони до вчинення дій, спрямованих на порушення умов шлюбного договору та бажанні настання несприятливих наслідків. Наприклад: чоловік відмовляється сплачувати щомісяця дружині матеріальну допомогу, обумовлену шлюбним договором. Необережною є вина, яка настала в результаті легковажних, необдуманих, невиважених дій сторони шлюбного договору, що призвели до невиконання чи неналежного виконання умов вказаного правочину. Прикладом цього може слугувати здійснення переказу коштів в рахунок погашення боргових зобов'язань подружжя через банк, що належить до категорії проблемних і у зв'язку з цим вірогідність отримання коштів кредитором є досить низькою. Як результат, дії, спрямовані на погашення боргу вчинені, але борг не погашений. Варто зазначити, що притягнути до відповідальності можливо лише за вчинення умисних дій, спрямованих на невиконання чи на неналежне виконання умов шлюбного договору.

Отже, можна зробити такі висновки. Питання відповідальності за умовами шлюбного договору підпадає під регулювання норм цивільного та сімейного законодавства. Тому при невиконанні чи неналежному виконанні умов шлюбного договору сторона, яка вважає, що її права та законні інтереси порушені, має право вимагати належного виконання зобов'язання з боку винної сторони, отримувати за це матеріальну компенсацію або звернутися до суду за захистом своїх порушених прав та інтересів. З цією метою шлюбний договір повинен містити чіткі відомості щодо сторін вказаного зобов'язання, місця та строку його виконання, умов, за яких у сторін виникають права та обов'язки, вид стягнення, спосіб та порядок його виконання зобов'язаною стороною. З цією метою пропонуємо нормативно закріпити в Сімейному Кодексі України положення про відповідальність за невиконання чи неналежне виконання умов шлюбного договору, а також вказати вичерпний перелік можливих стягнень, котрі можуть бути застосовані до винної сторони у випадку порушення умов вказаного правочину.

<sup>1</sup> Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. (станом на 10.11.2016 р.) // Офіційний вісник України. – 2002. – № 7. – Ст. 93.

<sup>2</sup> Цивільний кодекс України від 16 липня 2003 р. (станом на 17.12.2016 р.) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 202.

<sup>3</sup> Там само. – Ст. 214.

<sup>4</sup> Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : постанова Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. за № 4 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95> – С. 5.

<sup>5</sup> Лозова Г. О. Відповідальність за умовами шлюбного договору / Г. О. Лозова : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [file:///C:/Users/Anna/Downloads/Unzap\\_2009\\_4\\_19%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Anna/Downloads/Unzap_2009_4_19%20(1).pdf) – С. 95.

<sup>6</sup> Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : постанова Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 р. за № 4 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95> – С. 5.

<sup>7</sup> Цивільний кодекс України від 16 липня 2003 р. (станом на 17.12.2016 р.) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 611. – П. 3. – Ч. 1.

<sup>8</sup> Там само. – Ст. 549. – Ч. 1.

<sup>9</sup> Ромовська З. В. Защита в советском семейном праве / З. В. Ромовська. – Л. : Вища школа, вид-во Львів. ГУ. – 1985. – 179 с. – С. 39.

<sup>10</sup> Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. (станом на 10.11.2016 р.) // Офіційний вісник України. – 2002. – № 7. – Ст. 196. – Ч. 1.

<sup>11</sup> Лозова Г. О. Вказана праця. – С. 97.

<sup>12</sup> Жилинкова І. В. Условия, которые не могут включаться в брачный договор / І. В. Жилинкова // Мала Енциклопедія Нотаріуса. – 2006. – № 2 (26). – 5–8 с. – С. 6.

<sup>13</sup> Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного. – К. : Істина, 2003. – 464 с. – С. 161.

#### Резюме

##### **Грицик А. С. Відповідальність у разі невиконання чи неналежного виконання умов шлюбного договору.**

У даній статті звертається увага на наявність підстав для відповідальності у випадку невиконання чи неналежного виконання умов шлюбного договору, вказується на те, що зазначені підстави можуть бути передбачені цивільним, сімейним законодавством та безпосередньо самим шлюбним договором. Акцентується увага на тому, що шлюбним договором можливо передбачити відповідальність за завдану як матеріальну, так і нематеріальну (моральну) шкоду постраждалий стороні.

**Ключові слова:** шлюбний договір, відповідальність, невиконання, неналежне виконання, зобов'язання.

#### Резюме

##### **Грицик А. С. Ответственность в случае невыполнения или ненадлежащего выполнения условий брачного договора.**

В данной статье обращается внимание на наличие оснований для ответственности в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения условий брачного договора, указывается на то, что перечисленные основания могут быть предусмотрены гражданским, семейным законодательством и непосредственно самим брачным договором. Акцентируется внимание на том, что брачным договором возможно предусмотреть ответственность за причиненный как материальный, так и нематериальный (моральный) вред пострадавшей стороне.

**Ключевые слова:** брачный договор, ответственность, неисполнение, ненадлежащее исполнение, обязательство.

#### Summary

##### **Grytsyk A. Liability in case of non-fulfillment or not proper fulfillment of the marriage contract.**

This article draws attention to the existence of grounds for liability in case of failure or improper execution of the marriage contract, indicates that these reasons may provide for civil, family law and directly by the marriage contract. Special attention is paid to the fact, that the marriage contract may provide for liability for both material and non-material (moral) harm to the injured party.

**Key words:** marriage contract, responsibility, failure, improper performance obligations.

UDC 341.1/8

#### V. ZAYETS

*Valeriya Zayets, LL.M. Candidate in Agricultural and Food Law, University of Arkansas School of Law, USA  
LL.M. in Energy Law, Taras Shevchenko National University of Kyiv*

### IMPLEMENTATION OF THE UN GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS IN AGRIBUSINESS WITH RESPECT TO LESSONS IN EXTRACTIVE SECTOR

#### 1. INTRODUCTION

Human rights are basic standards aimed at securing dignity and equality for all. They are universal standards that express the “recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all members of the human family as the foundation of freedom, justice and peace in the world”.<sup>1</sup> Human rights are universal, indivisible and inalienable.

Globalization increased the impact of multinational and transnational corporations on human rights. Over the past years, human rights have entered in the discourse on Corporate Social Responsibility and Sustainability. However, capacities of some states to properly regulate and prevent possible adverse consequences that business activity may bring to human rights has not kept up with equal pace.<sup>2</sup> Individuals do not enjoy adequate protection if corporate activity leads to negative impacts because the law and its enforcement are not adequate.

Respect to human rights, corporate social responsibility, and sustainability, can help companies create value. Sustainable business models appear where societal and business goals coincide.<sup>3</sup> Implementation UN Guiding Prin-

principles on Business and Human Rights in the extractive sector have demonstrated how this can be done in agribusiness.

## 2. HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN AGRIBUSINESS

Transnational Agribusinesses with their abundant capitals have a growing influence on the agriculture and agricultural policies of nations around the globe.<sup>4</sup> They allocate labor-intensive processes to low-wage countries, environmentally difficult processes to countries with lenient environmental regulations, and capital-intensive processes to their countries. Further, they seek excess profits by pursuing various cost-reducing or profit-increasing methods.

By International Labor Organization (ILO), the agricultural sector employs an estimated 1.3 billion workers worldwide; that is half of the world's labor force.<sup>5</sup> Regarding fatalities, injuries, and work-related illhealth, it is one of the three most hazardous sectors of activity (along with construction and mining).<sup>6</sup> According to ILO estimates, at least 170,000 agricultural workers are killed each year. Workers in agriculture run twice the risk of dying on the job compared with workers in other sectors.<sup>7</sup> There are numerous of human rights violations which still exist in the agricultural sector: labor rights abuses, including child labor, hours and wages, and human trafficking; the right to water and sanitation; the right to food; indigenous people's rights violations, etc. This paper will discuss the acutest cases of human rights abuses in the agricultural sector.

### 1/ Mato Grosso do Sul in Brazil case

Mato Grosso do Sul has the second largest indigenous population in Brazil.<sup>8</sup> It is found with worst indices of demarcated lands and with the highest indices of human rights violations as a result of the systematic omission of the public powers of the government in complying with and respecting the determinations stipulated in Article 231 of the Federal Constitution of 1988 and international treaties that Brazil has signed.<sup>9</sup>

At present the Kaiowá, Guarani, Terena, Guató, and Kinikinau Ofayé indigenous lands listed on the map, total just under 140,000 hectares 12 corresponding to 0.39 % of the territory of southern Mato Grosso do Sul.<sup>10</sup> Of these lands little more than 50 % are in sufficient possession of the indigenous peoples, that is, approximately 75,000 ha.<sup>11</sup> The rest, a good part of them, under court order, are still in possession of various types of rural producers and related agribusiness companies.

Report on Violence against Indigenous Peoples in Brazil indicated an increase in violations of human rights in general and, specifically, in suicide and murder cases<sup>12</sup>. In the year of 2014, there were 135 suicides, most of them committed by youngsters. Forty-eight of those cases happened in Mato Grosso do Sul alone. Considering records from between 200 and 2014, only in that state, we find an alarming number of 707 suicides. The cases of murder are also very serious. In 2014, 138 were registered, many of which on account of the land conflict, with the purpose of curbing the fights and frightening indigenous leaders.

The federal executive branch has been ceding to pressures from agribusiness to not promote efficiently the solution to the demands for demarcation; and human rights violations. For example, during the dominance of the Cia Matte Laranjeira company, until the decade of 1940, in the Colônia Agrícola Nacional de Dourados, the CAND, which began in 1943, – there is impressive documentation attesting to the criminal omission of the public organs regarding the crises of the villages affected by the CAND. This is also the case in the subsequent implantation of the agribusiness projects, especially as of 1950.<sup>13</sup>

Since October 2015 more than 90 national and international social movement organizations, NGOs, government agencies support the Boycott Campaign to the purchase and consumption of products from the Mato Grosso do Sul, convened by the Conselho do Povo Terena and Conselho Aty Guassú do Povo Guarani-Kaiowá.<sup>14</sup> However, it is not enough. Agribusinesses in Brazil should take steps to implement “Protect, Respect and Remedy” Framework to respect human rights of indigenous people.<sup>15</sup> It will re-establish companies' relations with indigenous people; rebuild companies' reputation and avoid litigation costs withdrawal.

### 2/ Thailand's shrimps' case

Shrimp is the most-loved seafood in the U.S., with Americans downing 1.3 billion pounds every year, or about 4 pounds per person.<sup>16</sup> Thailand's shrimp made its way into the supply chains of major U.S. food stores and retailers such as Wal-Mart, Kroger, Whole Foods, Dollar General and Petco, along with best-known seafood brands and pet foods, including Chicken of the Sea and Fancy Feast, which are sold in grocery stores from Safeway and Schnucks to Piggly Wiggly and Albertsons; restaurants such as Red Lobster and Olive Garden. Thus, Thailand quickly dominated the market and now exports nearly half of its supply to the U.S.

At the same time, human trafficking, forced labor, debt bondage as well as slavery are common for the seafood industry of Thailand. The Thai Frozen Foods Association lists about 50 registered shrimp sheds in the country. Tracking shipments from the Gig Peeling Factory found major slave-peeled shrimp exporters: N&N Foods, owned by one of the world's largest seafood companies, Tokyo-based Maruha Nichiro Foods; Okeanos Food, a subsidiary of Thai Union; Kongphop Frozen Foods and The Siam Union Frozen Foods, which have customers in the U.S., Canada, Europe, Asia and Australia.

However, hundreds more operate in Samut Sakhon, the country's leading shrimp processing region where human rights violations are common. An International Labor Organization report estimated 10,000 migrant children aged 13 to 15 work in this city. Another U.N. agency study found nearly 60 percent of Burmese laborers toiling in its seafood processing industry were victims of forced labor.

In the Gig shed, employees' salaries were pegged to how fast their fingers could move. Tin Nyo Win and his wife peeled about 175 pounds of shrimp for just \$ 4 a day, less than half of what they were promised. A female Thai manager, who slapped and cursed workers, often cut their wages without explanation.

“We had to get up at 3 in the morning and then start working continuously,” said EaeHow, 16, whose arms were a patchwork of scars from infections and allergies caused by the shrimp. “We stopped working around 7 in the evening. We would take a shower and sleep. Then we would start again.” Lunch breaks were only 15 minutes, and migrants were yelled at for talking too much. Several workers said a woman died recently because she didn’t get proper medical care for her asthma. Children never went to school and began peeling shrimp just an hour later than adults.

In response to human rights violations in the seafood industry, the companies that ended up being the face of slave-produced shrimp say they were not aware of the working conditions involved in their shrimp processing chain, and that they abhor the forced-labor practices.<sup>17</sup> For example, Thai Union admitted that it hadn’t known the source of all its shrimp, and sent a note outlining corrective measures to U.S. businesses.<sup>18</sup> “We were concerned that, despite regular audits, it is hard to guarantee that all external preprocessors were adhering to our code of conduct,” Thai Union CEO Thiraphong Chansiri said in a statement. The company promised to use in-house labor exclusively.

According to the “Protect, Respect and Remedy” Framework, business enterprises should avoid causing or contributing to adverse human rights impacts through their activities, mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their operations.<sup>19</sup>

However, no real steps except promises were made by the companies. It is recommendable that

Wal-Mart, Kroger, Whole Foods, Dollar General, Petco, Chicken of the Sea, Fancy Feast, Red Lobster and Olive Garden stop buying from Thailand until the situation with human rights violations in seafood industry got fixed.

### *3/ Agricultural workers in Mexico case*

Mexican mega-farms export to the U.S. reached \$7.6 billion in the last decade.<sup>20</sup> At the same time, according to the Global Slavery Index 2014, there are currently an estimated 266,900 people in modern slavery in Mexico, with the most vulnerable populations being indigenous, migrants, and children.<sup>21</sup> There are thousands of agricultural workers in Mexico who suffer daily from their human rights abuses (forced labor, harsh working and living conditions, violations of human rights of indigenous people, child labor law violations, etc.).

Bioparques de Occidente is an example of Mexico’s largest tomato exporters and has mega-farms in both Jalisco and Sinaloa.<sup>22</sup> It sells under the “Kaliroy” brand to U.S. retailers including Walmart, Albertsons, and Safeway. The information on Bioparques, human rights violations, came to light on June 11, 2013, from three workers successfully escaped and notified authorities in Guadalajara about it. After that was found that Bioparques farm laborers are trapped for months at a time in rat-infested camps, often without beds and sometimes without functioning toilets or a reliable water supply; camp bosses illegally withhold wages; those who seek to escape their debts and miserable living conditions have to contend with threats of violence from camp supervisors.<sup>23</sup>

The State Attorney General of Jalisco descended on the farm, arresting people who were charged with human trafficking. Bioparques also received \$700,000 in penalties for violating health and labor laws. The State Attorney General has yet to comment on the status of a case of the Bioparques camp, and the World Bank has not withdrawn financial support of the Corporation.<sup>24</sup> However, some of Bioparques’ retailers have responded, such as Walmart, which stated that it would no longer purchase from that farm. Nevertheless, as Marosi writes, those responsible for the agribusiness human rights violations and deplorable conditions continue to evade justice. “When the mistreatment of the workers at the camp was finally exposed, Mexican authorities made arrests, imposed fines and promised to make an example of the company. A year and a half later, however, the case of Bioparques speaks more to the impunity of Mexican agribusiness than to accountability”.

### *3. LESSONS OF THE UN GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS IMPLEMENTATION IN EXTRACTIVE SECTOR*

Extractive sector is one of the most powerful, wealthiest and commercially viable in the world. At the same time, its profit depends on the natural resources of the country where this business operates. The impact of extractive operations on citizens, who ultimately own these resources, posed a significant source of reputational, legal and operational risk. It led to reputational damage, losses of social license to operate, etc. However, extractive companies found ways to re-establish their relations with stakeholders and rebuild companies’ reputation using “Protect, Respect and Remedy” Framework.<sup>25</sup> That is why; it is recommendable to learn lessons of UN Guiding Principles on Business and Human Rights implementation in extractive sector to implement it successfully in agribusiness.

#### *1/ Case of Shell Oil in Nigeria*

The Shell Petroleum Development Company (SPDC) and its joint-venture partners – notably the Nigerian National Petroleum Corporation – have earned billions of dollars from the oil extracted from the land of the Ogoni in the Niger since 1956.<sup>26</sup> At the same time, companies’ activities have had a devastating impact on the region’s environment.<sup>27</sup> Oil spills, gas flaring, and deforestation have stripped the land of its environmental resources, destroying the subsistence farming and fishing based economy of the Ogoni. Nigerian Government and Shell Corporation was engaged in egregious human rights abuses and violations of the Ogoni people, resulting in forcibly displaced communities, destruction of homes and looting property, physical injuries, and extrajudicial killings of community members.<sup>28</sup>

Ken Saro-Wiwa, founding member and president of the Movement for the Survival of the Ogoni People (MOSOP) brought worldwide attention to the human rights violations committed against the Ogoni through international campaigning and his poignant writing.<sup>29</sup> He was nominated for a Nobel Prize and awarded the Right Livelihood Award and the Goldman Prize for his environmental and human rights activism. In response to growing Ogoni opposition, Shell, and the Nigerian government coordinated a public relations campaign to discredit the movement,



falsely attributing airplane hijackings, kidnapping and other acts of violence to Ken Saro-Wiwa and MOSOP. Shell was involved in the development of the strategy that resulted in the unlawful execution of the Ogoni Nine.

On March 14, 1996, by the Social and Economic Rights Action Committee (SERAC) of Nigeria and The Center for Economic and Social Rights (CESR) on behalf of the people of Ogoniland brought the case to African Commission.<sup>30</sup> They alleged that the state of Nigeria was in violation of a series of articles of the African Charter on Human and Peoples Rights. The Commission found Shell liable for its negligence operations, resulting in environmental degradation, which in turn led to community dispossession of their lands affecting their livelihoods. The Commission also found that community members were vulnerable to health risks and complications because of land contamination from Shell's activities.

In the same year, one more case was brought under the Alien Tort Statute and Torture Victim Protection Act by Center for Constitutional Rights (CCR), Earth Rights International (ERI), and other human rights attorneys to the United States District Court for the Southern District of New York.<sup>31</sup> On the eve of the trial, the lawsuits were settled for \$15.5 million in damages.

After that, Shell launched a public relations campaign to repair its negative image among customers and investors in western countries. It re-introduced itself as a company with human rights, social responsibility, and sustainable development at the core of its values and practices. Shell has been closely involved in the Global Compact in 2007. It worked together with Dutch network in a "Business & Human Rights Initiative". This initiative was aimed to support and implement "Protect, Respect and Remedy" Framework.

However, in 2008 and 2009 Shell continued to demonstrate that it has failed to learn valuable lessons. There were several pipeline spills which led to environmental damages and human rights violations. The 40,000 residents of the Bodo Community primarily relied on fishing and their way of life and source of livelihoods has been destroyed for years to come.<sup>32</sup> Finally, six years after two oil spills destroyed thousands of livelihoods in the Bodo area in southeast Nigeria, Shell has agreed to \$84 million settlement with residents of the Bodo community in the Niger Delta for two oil spills.<sup>33</sup>

This case shows how not respecting human rights can harm company's reputation and brand image. Human rights abuses lowered Shell's employee morale, restricted access to equity capital markets as a result of concerns of Social Responsible Investors, and led to strikes. From a cost perspective, abusing human rights increased withdrawal of financing, litigation, and project financing costs.

An important lesson for Shell was that corporate engagement must set out clear company value statements (e.g. business principles, code of conduct) with unambiguous deliverables. These statements should work and explicitly respect for human rights and endorse values such as integrity, honesty, and respect for people. These values should be strikingly similar to UN "Protect, Respect and Remedy" Framework.

### *2/ Case Tullow Oil in Kenya*

Tullow Oil is a multinational oil and gas exploration company headquartered in London, with commercial oil basins in Ghana, Uganda, and Kenya.<sup>34</sup> In October 2013, Tullow had to temporarily suspend drilling operations on two blocks in northwest Kenya, following local community demonstrations, including a break-in at one of the sites.<sup>35</sup> The local Turkana people demanded more employment and voiced concerns over the company's use of outside staff and contractors.<sup>36</sup> Tullow's deputy general manager Sid Black said at the time: "the amount of financial losses we have due to the suspension of our work [...] is quite substantial".<sup>37</sup>

After these events, the company provided an immediate public response.<sup>38</sup> It emphasized the importance of relationships with local communities and explained that it employed more than 800 local people out of its total of 1,400 employees. Tullow held dialogues with local community leaders, as well as the regional and national government. The company subsequently signed a Memorandum of Understanding with the Kenyan government to establish a safe, secure and sustainable environment in Turkana County supportive of petroleum operations.<sup>39</sup> The government agreed to provide enhanced security to the company, while Tullow agreed to ensure that the Turkana communities would be consulted throughout and benefit from the operations. Because of this, the company has increased social investment, trained locals, and now reserves part of the tenders for locals, including women and young people.<sup>40</sup>

Tullow Oil explained not only how it responded to the incident and investigated the issues that led up to the work stoppage but also spoke about the lessons that had been learned. Tullow Oil reported that it had missed key signals ahead of the event, which could have helped prevent the incident. After the incident, Tullow Oil modified numerous aspects of its operations in Kenya. For instance, the company has established local field offices staffed by local Turkana people, which serve as points of contact for the local communities to access information and register grievances or concerns. In total, the community stakeholder engagement team in Kenya was increased to 36 staff. Tullow Oil and its partners have invested over \$ 2.73 million in social projects in Kenya, including sponsorship of Kenyan scholars on the Tullow Group Scholarship Scheme. This budget has almost doubled for 2014.

This case shows how the company could repair its reputation using "Protect, Respect and Remedy" Framework.<sup>41</sup> Local problems often ask for local solutions, especially where it concerns the rights of communities and workers. Tullow Oil integrates grievance mechanism in stakeholder management which added a substantial level of accountability to the company.

### *3/ Case of Sakhalin Energy in Russia*

Sakhalin Energy Investment Company Ltd. (SEIC) is developing the Piltun-Astokhskoye oil field and the Lunskeye gas field off the north-eastern coast of Sakhalin. Its activities include production, transportation, processing, and marketing of oil and natural gas.<sup>42</sup>

According to the SwedWatch Report SEIC has dumped dredging material in the middle of a biologically sensitive bay, let out drilling waste in the sea, caused environmental damage by trench crossing of pipelines in rivers during the spawning season and gone through with installing the concrete basements of a platform very close to the only known feeding area of the threatened Western Pacific Gray Whale.<sup>43</sup> Moreover, SEIC together with other leading oil and gas operators took indigenous peoples land over by the construction of the pipelines, made storage of pipes on their graveyards.

In January 2005, the indigenous peoples organized a protest directed towards the main oil operators in the Nogliki region: Shell, Exxon, Rosneft and SEIC (shareholders include: OAO Gazprom, Shell, Mitsui, Mitsubishi). The protests got a lot of attention both locally and internationally.

After that, in 2006, SEIC started consultation with the four indigenous groups – (Nivkhi, Uilta, Evenki, and Nanai). It led to adoption Sakhalin Indigenous Minorities Development Plan (SIMDP) which seeks to mitigate negative project impacts and to share project benefits.<sup>44</sup> Designing and implementing the SIMDP, including a Grievance Procedure, was done in consultation with the indigenous peoples.<sup>45</sup> SIMDP Grievance Procedure includes six stages: receipt of grievance; assessment, registration and assignment of the responsible person; acknowledgment of grievance receipt; investigation and settlement; close-out; and reporting and monitoring.<sup>46</sup> A special committee of only indigenous representatives, elected during public meetings, makes decisions regarding how SIMDP funds are used.<sup>47</sup> SEIC will allocate \$312,000 annually for five years (2011–2015) for the purpose of implementation of projects under the Second Five-Year Development Plan.<sup>48</sup>

SEIC also paid attention to the preservation of indigenous languages and culture.<sup>49</sup> Some of the projects included: publication of the first ABC book of the Uilta language; a series of books published, including the Tales of the Northern Country for the Children of Sakhalin in Nivkh and Russian and a Cultural Heritage of the Peoples of the Russian Far East series; production of Quiet Songs of Ancestors with Nivkh folk songs; a number of language books and dictionaries have been developed and published in native languages including Uilta, Nivkh, and Russian. A separate joint project on Sakhalin Energy and the Russian Office of the UN High Commissioner for Human Rights is publishing the UN Universal Declaration of Human Rights and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Sakhalin Indigenous languages.<sup>50</sup>

In 2009 SEIC joined UN Global Compact and agreed to follow its ten fundamental principles in the field of human rights, labor relations, environmental protection, and anti-corruption.<sup>51</sup> Moreover, the company respects and recognizes human rights set out in the following documents: UN Universal Declaration of Human Rights; Basic conventions of the International Labor Organization; UN Guiding Principles on Business and Human Rights; Principles of the UN Global Compact; Guidance on Social Responsibility, ISO 26000; and Voluntary Principles on Security and Human Rights.<sup>52</sup> SEIC received the main award in the all-Russian Corporate Philanthropy Leaders contest in nomination The Best Program for Corporate Philanthropy Policy and Company's Social Investments Principles.<sup>53</sup>

This case shows the importance for the companies to adopt responsible business practices based on “Protect, Respect and Remedy” Framework.<sup>54</sup> It will avoid damage to the company, increase access to investment and capital, improve relations with stakeholders, and contribute to indigenous people through social investment programs.

#### 4. RECOMMENDATIONS

Company stakeholders, ranging from employees and customers to investors and governments, expect and demand that companies either in the extractive or agriculture sector will integrate human rights into their business practices. Based on UN Guiding Principles on Business and Human Rights and lessons learned from implementation “Protect, Respect and Remedy” Framework in the extractive sector there are some main guidance points of its implementation in agribusiness:

##### 1/ *Responsible business practices*

Mere compliance with the law does not always guarantee smooth operations for companies.<sup>55</sup> That is why agribusiness should use a pro-active approach and integrate human rights into their business practices based on “Protect, Respect and Remedy” Framework, Universal Declaration of Human Rights and the main instruments through which it has been codified: the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), coupled with the principles concerning fundamental rights in the eight ILO core conventions as set out in the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.<sup>56</sup>

##### 2/ *Clear company value statements*

Corporate engagement must set out clear company value statements (e.g. business principles, code of conduct) with unambiguous deliverables. These statements may state explicit respect for human rights and/or endorse values such as “integrity,” “honesty,” “decency,” “respect for people,” which are strikingly similar to the values embedded in the human rights framework, including “Dignity,” “equality” and “respect.” These values should be remarkably similar to UN “Protect, Respect and Remedy” Framework.<sup>57</sup>

##### 3/ *Grievance Mechanism*

Grievance mechanism has a lot of benefits for the agribusiness. It sets things right when abuse has occurred. Moreover, it serves as an early warning system. Grievance mechanism creates a positive attitude with company stakeholders. This, in turn, may give the company the benefit of the doubt when an accident or other disaster strikes out of the enterprise's control. Local problems often ask for local solutions, particularly when it concerns the rights of indigenous people, communities, and workers. It is recommendable for agribusiness to integrate grievance mechanism in stakeholder management which may add substantial level of accountability to the company.

##### 4/ *Due Diligence*

The appropriate corporate response to manage the risk of infringing the rights of other is to do human rights due diligence.<sup>58</sup> There are several core suggestions for implementing human rights due diligence. First, human rights risks should not be weighed according to the employee risks and not just to the company. Second, agribusiness cannot compensate human rights abuses by building medical centers or schools. It could be a part of community relations initiative improvement. Agribusiness should keep a human rights responsibility baseline wherever it operates.<sup>59</sup> Third, agribusiness should demonstrate that it respects human rights through the companies' impacts and efforts to address potential human rights violations.

#### 5/ Transparency

Agribusiness should be transparent through open dialogue with stakeholders, communities; provide opportunities to interact with the company; and complaints mechanisms.<sup>60</sup> "Because the main purpose of human rights due diligence is enabling companies to demonstrate that they respect rights, a measure of transparency and accessibility to stakeholders will be required".<sup>61</sup>

#### CONCLUSION

Agribusiness, regarding fatalities, injuries, and work-related illhealth, is one of the three most hazardous sectors of activity (along with construction and mining).<sup>62</sup> It remains a challenge to embed "Protect, Respect, and Remedy" Framework in its day-to-day operations.<sup>63</sup>

There is a hope that lessons from the UN Guiding Principles on Business and Human Rights implementation in extractive sector will help agribusiness and its investors to understand better how enhanced engagement and open dialogue can make a significant contribution to the people and company.

Responsible business practices, clear company value statements, grievance mechanism, due diligence, and transparency are main guidance points of UN Guiding Principles on Business and Human Rights implementation in agribusiness. It may help to avoid damage to the agribusiness, increase access to investment and capital, improve relations with stakeholders, and contribute to indigenous people through social investment programs.

<sup>1</sup> Universal Declaration of Human Rights. G.A. Res. 217A, U.N. GAOR, 3d Sess., 1st plen. mtg., U.N. Doc. A/810 (Dec. 12, 1948) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/eng.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf)

<sup>2</sup> *Business & Human Rights Initiative*, How to Do Business with Respect for Human Rights: A Guidance Tool for Companies, The Hague: Global Compact Network Netherlands, 2010 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.unglobalcompact.org/docs/issues\\_doc/human\\_rights/Resources/how\\_to\\_business\\_with\\_respect\\_for\\_human\\_rights\\_gc\\_netherlands\\_june2010.pdf](https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/how_to_business_with_respect_for_human_rights_gc_netherlands_june2010.pdf)

<sup>3</sup> Porter, Michael and Mark Kramer, Harvard Business Review, Strategy & Society: The Link Between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility, 2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://hbr.org/2006/12/strategy-and-society-the-link-between-competitive-advantage-and-corporate-social-responsibility>

<sup>4</sup> *Byeong-Seon Yoon*, Who Is Threatening Our Dinner Table? The Power of Transnational Agribusiness, Volume 58, Issue 06, November 2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://monthlyreview.org/2006/11/01/who-is-threatening-our-dinner-table-the-power-of-transnational-agribusiness/>

<sup>5</sup> *International Labor Organization*, Agriculture: a hazardous work, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.ilo.org/safework/areasofwork/hazardous-work/WCMS\\_110188/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/safework/areasofwork/hazardous-work/WCMS_110188/lang-en/index.htm)

<sup>6</sup> *International Labor Organization*, Agriculture: a hazardous work, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.ilo.org/safework/areasofwork/hazardous-work/WCMS\\_110188/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/safework/areasofwork/hazardous-work/WCMS_110188/lang-en/index.htm)

<sup>7</sup> *International Labor Organization*, Agriculture: a hazardous work, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.ilo.org/safework/areasofwork/hazardous-work/WCMS\\_110188/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/safework/areasofwork/hazardous-work/WCMS_110188/lang-en/index.htm)

<sup>8</sup> *Business and human rights resource center*, Brazil: More than 90 organizations support boycott against agribusiness from Mato Grosso do Sul citing links to human rights abuses, 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://business-humanrights.org/en/brazil-more-than-90-organizations-support-boycott-against-agribusiness-from-mato-grosso-do-sul-citing-links-to-human-rights-abuses>

<sup>9</sup> *Indigenous Missionary Council (CIMI)*, Brief report on the violations of the human rights of the indigenous Kaiowá Guarani peoples in Mato Grosso Do Sul – Brazil, 2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cimi.org.br/pub/Kaiowaguaranibriefreport.pdf>

<sup>10</sup> *Indigenous Missionary Council (CIMI)*, Brief report on the violations of the human rights of the indigenous Kaiowá Guarani peoples in Mato Grosso Do Sul – Brazil, 2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cimi.org.br/pub/Kaiowaguaranibriefreport.pdf>

<sup>11</sup> *Indigenous Missionary Council (CIMI)*, Brief report on the violations of the human rights of the indigenous Kaiowá Guarani peoples in Mato Grosso Do Sul – Brazil, 2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cimi.org.br/pub/Kaiowaguaranibriefreport.pdf>

<sup>12</sup> *Indigenous Missionary Council (CIMI)*, Report on Violence Against Indigenous Peoples in Brazil – 2014 data, October 25, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cimi.org.br/File/Report%20Violence.pdf>

<sup>13</sup> *Indigenous Missionary Council (CIMI)*, Brief report on the violations of the human rights of the indigenous Kaiowá Guarani peoples in Mato Grosso Do Sul – Brazil, 2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cimi.org.br/pub/Kaiowaguaranibriefreport.pdf>

<sup>14</sup> *Business and human rights resource center*, Brazil: More than 90 organizations support boycott against agribusiness from Mato Grosso do Sul citing links to human rights abuses, 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://business-humanrights.org/en/brazil-more-than-90-organizations-support-boycott-against-agribusiness-from-mato-grosso-do-sul-citing-links-to-human-rights-abuses>

<sup>15</sup> *Special Representative of the U.N. Secretary-General*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework: Rep. of the Special Representative of the U.N. Secretary-General John Ruggie, (March 21, 2011) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>

- <sup>16</sup> *Margie Mason, Robin McDowell, Martha Mendoza and Esther Htusan*, Shrimp sheds, December 14, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pulitzer.org/winners/associated-press>
- <sup>17</sup> *RT America*, Wal-Mart, Red Lobster, Whole Foods and other retailers sell slave-peeled shrimp – report, December 14, 2015, at: <https://www.rt.com/usa/325914-slave-shrimp-thailand-seafood/>
- <sup>18</sup> *Martha Mendoza*, AP report on slave-peeled shrimp spurs calls for boycott, December 14, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ap.org/explore/seafood-from-slaves/ap-report-on-slave-peeled-shrimp-spurs-calls-for-boycott.html>
- <sup>19</sup> *Special Representative of the U.N. Secretary-General*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework: Rep. of the Special Representative of the U.N. Secretary-General John Ruggie, (March 21, 2011) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>
- <sup>20</sup> *Justice in Mexico*, Report reveals human rights violations, modern-day slavery conditions for agricultural workers in Mexico, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://justiceinmexico.org/report-reveals-human-rights-violations-modern-day-slavery-conditions-for-agricultural-workers-in-mexico/>
- <sup>21</sup> *Walk Free Foundation*, Global Slavery Index, 2014, at: <http://www.globalslaveryindex.org/findings/>
- <sup>22</sup> *Justice in Mexico*, Report reveals human rights violations, modern-day slavery conditions for agricultural workers in Mexico, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://justiceinmexico.org/report-reveals-human-rights-violations-modern-day-slavery-conditions-for-agricultural-workers-in-mexico/>
- <sup>23</sup> *Richard Marosi*, Los Angeles Times, Hardship on Mexico’s farms, a bounty for U.S. tables, Dec. 7, 2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://graphics.latimes.com/product-of-mexico-camps/>
- <sup>24</sup> *Justice in Mexico*, Report reveals human rights violations, modern-day slavery conditions for agricultural workers in Mexico, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://justiceinmexico.org/report-reveals-human-rights-violations-modern-day-slavery-conditions-for-agricultural-workers-in-mexico/>
- <sup>25</sup> *Special Representative of the U.N. Secretary-General*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework: Rep. of the Special Representative of the U.N. Secretary-General John Ruggie, (March 21, 2011) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>
- <sup>26</sup> *Richard Boele, Heike Fabig and David Wheeler*, Shell, Nigeria and the Ogoni: a study in unsustainable development: The story of Shell, Nigeria and the Ogoni people – environment, economy, Relationships: conflict and prospects for resolution, 2001 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www-users.york.ac.uk/~jdh1/ESCP/Shell.pdf>
- <sup>27</sup> *Center for constitutional rights*, Factsheet: The Case Against Shell, March 24, 2009 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ccrjustice.org/home/get-involved/tools-resources/fact-sheets-and-faqs/factsheet-case-against-shell>
- <sup>28</sup> *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and another v. Nigeria* 60 (ACHPR 2001) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.achpr.org/files/sessions/30th/communications/155.96/achpr30\\_155\\_96\\_eng.pdf](http://www.achpr.org/files/sessions/30th/communications/155.96/achpr30_155_96_eng.pdf)
- <sup>29</sup> *Center for constitutional rights*, Factsheet: The Case Against Shell, March 24, 2009 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ccrjustice.org/home/get-involved/tools-resources/fact-sheets-and-faqs/factsheet-case-against-shell>
- <sup>30</sup> *Owen Williams*, Case study: SERAC vs. Nigeria: examining the role of international law in supporting social movement goals, thesis, School of Global Affairs and Public Policy, the American University in Cairo, January 2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dar.aucegypt.edu/bitstream/handle/10526/2753/final%20pdf%20owen%20williams%27%20thesis.PDF?sequence=1>
- <sup>31</sup> *Center for constitutional rights*, Factsheet: The Case Against Shell, March 24, 2009 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ccrjustice.org/home/get-involved/tools-resources/fact-sheets-and-faqs/factsheet-case-against-shell>
- <sup>32</sup> *BBC News*, Shell ‘warned Nigeria pipeline could leak before spills’, 2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bbc.com/news/business-29997074>
- <sup>33</sup> *BBC News*, Shell agrees \$84m deal over Niger Delta oil spill, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bbc.com/news/world-30699787>
- <sup>34</sup> *Tullow Oil plc* 2015 Annual Report and Accounts : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.tulloil.com/Media/docs/default-source/3\\_investors/2015-annual-report/tullow-oil-2015-annual-report-and-accounts.pdf?sfvrsn=2](http://www.tulloil.com/Media/docs/default-source/3_investors/2015-annual-report/tullow-oil-2015-annual-report-and-accounts.pdf?sfvrsn=2)
- <sup>35</sup> *City AM Reporter*, Tullow suspends drilling at two Kenyan oil blocks after protests, 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cityam.com/article/1382933053/tullow-suspends-drilling-two-kenyan-oil-blocks-after-protests>
- <sup>36</sup> *PRI, UN Global Compact, Human rights and extractive industry*, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://2xjmlj8428u1a2k5o3411m71.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/PRI\\_Human-rights-extractive-industry\\_part01.pdf](http://2xjmlj8428u1a2k5o3411m71.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/PRI_Human-rights-extractive-industry_part01.pdf)
- <sup>37</sup> *Business Daily Africa*, Tullow Oil strikes deal to resume work in Turkana, 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.businessdailyafrica.com/Tullow-Oil-strikes-deal-to-resume-work-in-Turkana-/-/539546/2064608/-/917egaz/-/index.html>
- <sup>38</sup> *PRI, UN Global Compact, Human rights and extractive industry*, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://2xjmlj8428u1a2k5o3411m71.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/PRI\\_Human-rights-extractive-industry\\_part01.pdf](http://2xjmlj8428u1a2k5o3411m71.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/PRI_Human-rights-extractive-industry_part01.pdf)
- <sup>39</sup> Memorandum of understanding: Lifting Suspension of Operations (Block 10 BB 13T) and Establishing a Safe, Secure and Sustainable Operating Environment, 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://s3.documentcloud.org/documents/900069/oil-mou.pdf>
- <sup>40</sup> *Tullow Oil*, 2013, Corporate Responsibility Report: Creating shared prosperity in partnership, 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.tulloil.com/Media/docs/default-source/5\\_sustainability/2013-tullow-cr-report.pdf?sfvrsn=4](http://www.tulloil.com/Media/docs/default-source/5_sustainability/2013-tullow-cr-report.pdf?sfvrsn=4)
- <sup>41</sup> *Special Representative of the U.N. Secretary-General*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework: Rep. of the Special Representative of the U.N. Secretary-General John Ruggie, (March 21, 2011) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>
- <sup>42</sup> *Sakhalin Energy* / about the company / General, 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.sakhalinenergy.com/en/company/overview.wbp>
- <sup>43</sup> *SwedWatch*, Report NR11, The Price of Oil: Nordic participation in environmental violations in Oil and Gas development on Sakhalin in Russia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://bankwatch.org/documents/Sakhalin\\_report.pdf](http://bankwatch.org/documents/Sakhalin_report.pdf)
- <sup>44</sup> *Sakhalin Indigenous Minorities Development Plan*, Second Five Year Plan, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://simdp.com/uploads/files/FIN\\_SIMDP%202\\_eng%20.pdf](http://simdp.com/uploads/files/FIN_SIMDP%202_eng%20.pdf)
- <sup>45</sup> *UN Global Compact*, Case Example, Sakhalin Energy and the preservation of indigenous culture, 2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.unglobalcompact.org/take-action/action/case-example/107>
- <sup>46</sup> *Sakhalin Indigenous Minorities Development Plan*, Second Five Year Plan, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://simdp.com/uploads/files/FIN\\_SIMDP%202\\_eng%20.pdf](http://simdp.com/uploads/files/FIN_SIMDP%202_eng%20.pdf)

<sup>47</sup> *UN Global Compact*, Case Example, Sakhalin Energy and the preservation of indigenous culture, 2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.unglobalcompact.org/take-action/action/case-example/107>

<sup>48</sup> Sakhalin Indigenous Minorities Development Plan, 2015, at: <http://www.simdp.ru/eng.php?id=35&pid=2>

<sup>49</sup> *UN Global Compact*, Case Example, Sakhalin Energy and the preservation of indigenous culture, 2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.unglobalcompact.org/take-action/action/case-example/107>

<sup>50</sup> *UN Global Compact*, Case Example, Sakhalin Energy and the preservation of indigenous culture, 2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.unglobalcompact.org/take-action/action/case-example/107>

<sup>51</sup> *Sakhalin Energy*, Participation in International Programs and Initiatives, 2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.sakhalinenergy.com/en/social\\_responsibility/international\\_programs.wbp](http://www.sakhalinenergy.com/en/social_responsibility/international_programs.wbp)

<sup>52</sup> *Sakhalin Energy*, Human Rights, 2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.sakhalinenergy.com/en/social\\_responsibility/human\\_rights.wbp](http://www.sakhalinenergy.com/en/social_responsibility/human_rights.wbp)

<sup>53</sup> *Sakhalin Energy*, Sakhalin Energy Sustainable Development Report, 2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.sakhalinenergy.ru/media/user/otchet/sakhalin-2014\\_eng\\_28-05.pdf](http://www.sakhalinenergy.ru/media/user/otchet/sakhalin-2014_eng_28-05.pdf)

<sup>54</sup> *Special Representative of the U.N. Secretary-General*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework: Rep. of the Special Representative of the U.N. Secretary-General John Ruggie, (March 21, 2011) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>

<sup>55</sup> *Business & Human Rights Initiative*, How to Do Business with Respect for Human Rights: A Guidance Tool for Companies, The Hague: Global Compact Network Netherlands, 2010 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.unglobalcompact.org/docs/issues\\_doc/human\\_rights/Resources/how\\_to\\_business\\_with\\_respect\\_for\\_human\\_rights\\_gc\\_netherlands\\_june2010.pdf](https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/how_to_business_with_respect_for_human_rights_gc_netherlands_june2010.pdf)

<sup>56</sup> *Special Representative of the U.N. Secretary-General*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework: Rep. of the Special Representative of the U.N. Secretary-General John Ruggie, (March 21, 2011) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>

<sup>57</sup> *Business & Human Rights Initiative*, How to Do Business with Respect for Human Rights: A Guidance Tool for Companies, The Hague: Global Compact Network Netherlands, 2010 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.unglobalcompact.org/docs/issues\\_doc/human\\_rights/Resources/how\\_to\\_business\\_with\\_respect\\_for\\_human\\_rights\\_gc\\_netherlands\\_june2010.pdf](https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/how_to_business_with_respect_for_human_rights_gc_netherlands_june2010.pdf)

<sup>58</sup> *Special Representative of the U.N. Secretary-General*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework: Rep. of the Special Representative of the U.N. Secretary-General John Ruggie, (March 21, 2011) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>

<sup>59</sup> *Business & Human Rights Initiative*, How to Do Business with Respect for Human Rights: A Guidance Tool for Companies, The Hague: Global Compact Network Netherlands, 2010 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.unglobalcompact.org/docs/issues\\_doc/human\\_rights/Resources/how\\_to\\_business\\_with\\_respect\\_for\\_human\\_rights\\_gc\\_netherlands\\_june2010.pdf](https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/how_to_business_with_respect_for_human_rights_gc_netherlands_june2010.pdf)

<sup>60</sup> *Business & Human Rights Initiative*, How to Do Business with Respect for Human Rights: A Guidance Tool for Companies, The Hague: Global Compact Network Netherlands, 2010 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.unglobalcompact.org/docs/issues\\_doc/human\\_rights/Resources/how\\_to\\_business\\_with\\_respect\\_for\\_human\\_rights\\_gc\\_netherlands\\_june2010.pdf](https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/how_to_business_with_respect_for_human_rights_gc_netherlands_june2010.pdf)

<sup>61</sup> *Special Representative of the U.N. Secretary-General*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework: Rep. of the Special Representative of the U.N. Secretary-General John Ruggie, (March 21, 2011) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>

<sup>62</sup> International Labor Organization, Agriculture: a hazardous work, 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.ilo.org/safework/areasofwork/hazardous-work/WCMS\\_110188/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/safework/areasofwork/hazardous-work/WCMS_110188/lang-en/index.htm)

<sup>63</sup> *Special Representative of the U.N. Secretary-General*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework: Rep. of the Special Representative of the U.N. Secretary-General John Ruggie, (March 21, 2011) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>

#### Резюме

**Засць В. А. Імплементация Керівних принципів ООН щодо питань підприємницької діяльності та прав людини в аграрному секторі з урахуванням досвіду їх імплементатії у видобувному секторі.**

У статті висвітлені порушення прав людини в аграрному та видобувному секторі. Проаналізовано результати впровадження Керівних принципів ООН з питань підприємницької діяльності у видобувному секторі. Досліджено важливість Керівних принципів ООН з питань підприємницької діяльності та прав людини. Надано рекомендації щодо їх впровадження в аграрному секторі.

**Ключові слова:** права людини, порушення прав людини, Керівні принципи ООН з питань підприємницької діяльності та прав людини, аграрний сектор, видобувний сектор.

#### Резюме

**Заец В. А. Имплементация Руководящих принципов ООН по вопросам предпринимательской деятельности и прав человека в аграрном секторе с учетом опыта их имплементации добывающем секторе.**

В статье обозначены нарушения прав человека в аграрном и добывающем секторе. Проанализированы результаты внедрения Руководящих принципов ООН по вопросам предпринимательской деятельности и прав человека в добывающем секторе. Исследовано важность Руководящих принципов ООН по вопросам предпринимательской деятельности и прав человека. Даны рекомендации по их внедрению в аграрном секторе.

**Ключевые слова:** права человека, нарушения прав человека, Руководящие принципы ООН по вопросам предпринимательской деятельности и прав человека, аграрный сектор, добывающий сектор.

#### Summary

**Zayets V. Implementation of the UN Guiding Principles on business and human rights in agribusiness with respect to lessons in the extractive sector.**

The following article defines the human rights violations in agribusiness and extractive sector. It analyses results from the implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in the extractive sector. The article highlights the importance of UN Guiding Principles on Business and Human Rights in agribusiness and provides recommendations for its implementation.

**Key words:** human rights, human rights' violations, UN Guiding Principles on Business and Human Rights, agribusiness, extractive sector.

УДК 347.961:347.79 (477)

**К. М. КИРИЧЕНКО**

*Кристина Максимівна Кириченко, студентка  
магістратури Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка*

## **ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВЧИНЕННЯ МОРСЬКОГО ПРОТЕСТУ В УКРАЇНІ**

Законом України «Про нотаріат» у ст. 24 передбачено 22 види нотаріальних дій, які вчиняються нотаріусами України, серед яких і вчинення морських протестів<sup>1</sup>.

Однак при дослідженні відомостей про вчинення нотаріусами України такої нотаріальної дії виявилось, що інформації з цього питання майже немає.

Слід зауважити, що саме зі складення судових паперів та торговельних угод можна відраховувати зародження нотаріату – в Римі таку функцію зі зростанням цивільного обороту почали виконувати табеліони, яких по праву вважають зачинателями сучасного нотаріату<sup>2</sup>.

Враховуючи перспективу відродження українського торгового флоту, який наразі перебуває не в найкращому стані, доцільно було б привести до ладу і законодавство, яке регулює вчинення морських протестів, адже це справа не одного дня, однак свого часу може стати в пригоді.

Загалом, наповнення та вдосконалення кожного виду дій, які вчиняє нотаріус, сприятиме розвитку нотаріату в Україні в цілому, підвищенню культури права та якості послуг, що надаватимуться нотаріусами громадянам.

Питання вчинення нотаріусами морського протесту в різних його аспектах висвітлювалось С. Я. Фурсою у статті «Вчинення морських протестів: матеріальна природа та нотаріальна процедура», Н. В. Ільєвою у статті «Процесуальний порядок складення нотаріусом акта про морський протест», а також такими науковцями, як В. В. Баранкова, В. В. Комаров, О. М. Криштопа, Л. К. Радзівська, С. Г. Пасічник, В. В. Луць.

Дана стаття присвячена окресленню певного кола проблематики, на яку слід звернути увагу в розрізі нотаріального провадження при вчиненні морського протесту, зокрема, доцільності огляду нотаріусом об'єктів матеріального світу та місця події (судна, люку), статусу свідків, яких має допитати нотаріус для складення акта про морський протест.

Мета статті – виокремлення і характеристика вищезазначених проблем та аналіз пропозицій для їх вирішення.

Найперше слід зауважити, що закон не розкриває поняття події, у зв'язку з якою може бути заявлено морський протест.

Законом України «Про нотаріат» визначено, що нотаріус приймає заяву капітана судна про морський протест, якщо в період плавання або стоянки судна мала місце подія, що може стати підставою для пред'явлення до судновласника майнових вимог<sup>3</sup>. Аналогічне положення міститься і в Главі 18 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України<sup>4</sup>. У положеннях ст. 341 Кодексу торговельного мореплавства України додається, що заява про морський протест робиться з метою забезпечення доказів для захисту прав і законних інтересів судновласників<sup>5</sup>.

Н. В. Ільєва зазначає, що подіями, через які на практиці може бути заявлено морський протест, є насамперед події, які мають характер непереборної сили (форс-мажору), або виникнення небезпеки і непередбачених випадків на морі (ураган, шторм, зіткнення з айсбергами, плаваючими предметами, пожежа на судні тощо), інші події, пов'язані зі специфікою мореплавства і які можуть стати причиною пошкодження судна й вантажу та завдати значних збитків.

Збитками, які можуть виникнути внаслідок подій такого характеру, можуть бути: шкода, заподіяна вантажу, самому судну, майну третіх осіб, які на момент події не знаходилися на судні, життя та здоров'ю осіб (членів екіпажу, пасажирів)<sup>6</sup>.

Тобто, роль нотаріуса при вчиненні морського протесту зводиться до забезпечення доказів, на які в подальшому зможе посилатися судновласник при захисті своїх прав та які нададуть йому змогу убезпечити себе від претензій третіх осіб за неналежне виконання зобов'язань і вимог щодо компенсації шкоди.

Забезпечення доказів нотаріусом здійснюється у вигляді створення письмових документів, зокрема, в даному випадку, акта про морський протест.

Форма такого акта закріплена у Правилах ведення нотаріального діловодства (Форма № 83). З даної форми можна визначити основні елементи, які має містити акт, та які дії має вчинити нотаріус, аби його скласти:

- назва документа;
- дата і місце його складення;
- прізвище, ім'я, по батькові нотаріуса, адреса його робочого місця чи адреса державної нотаріальної контори (прізвище, ім'я, по батькові консула, адреса консульської установи, якщо акт вчиняється в іноземному порту);
- відомості про назву та прапор судна, його належність, власника, приписку, реєстраційний номер, час прибуття в порт;
- прізвище, ім'я, по батькові капітана, його громадянство, місце реєстрації або переважного проживання;
- час подання заяви про морський протест (окремо у типовій формі цього не зазначено, однак згідно з аналізом норм законодавства це все ж таки має відображатися для встановлення непропущення строку заявлення морського протесту);
- зміст заяви капітана (дата та опис події, які були вжиті заходи);
- відомості про огляд нотаріусом судового журналу;
- зміст пояснень капітана із зазначенням прізвища, імені, по батькові та його підпис;
- зміст показань чотирьох свідків (окремо кожного) із зазначенням їх прізвища, імені, по батькові, посади, громадянства, місця проживання та їх підписи;
- вчинення посвідчувального напису із зазначенням номера акта в реєстрі нотаріальних дій та даних про розмір державного мита чи плати за вчинення нотаріальної дії;
- засвідчення нотаріусом акта про морський протест своїм підписом та скріплення печаткою<sup>7</sup>.

Як бачимо, на нотаріуса покладається доволі значний пласт роботи: ознайомитись зі змістом заяви капітана (або визначеної законодавством особи, яка подала заяву про морський протест), судовим журналом, перевірити відповідність обставин, викладених в судовому журналі, обставинам, зазначеним у заяві, перевірити інші документи (що підтверджують, наприклад, повноваження капітана, статус судна, час приходу судна в порт – довідку капітана порту) тощо.

Крім того, як зазначає С. Я. Фурса, за наявності підстав припускати, що подія, яка сталася, заподіяла шкоду вантажу, що знаходиться на судні, заява про морський протест має бути зроблена до відкриття люків (що узгоджується з положеннями ст. 344 Кодексу торговельного мореплавства України) і, на її думку, такий факт має бути підтверджений нотаріусом, оскільки саме він несе відповідальність за наслідки вчиненої нотаріальної дії, тобто достовірність зафіксованих ним фактів, отже, особисто повинен впевнитися у тому, що люки опломбовані. Для цього він може виїхати за місцем знаходження судна в порту, де й вчинити нотаріальну дію. Крім того, така мотивація зумовлена доцільністю допиту членів екіпажу за місцем їх знаходження<sup>8</sup>.

На практиці може виникнути ситуація, коли до нотаріуса будуть звертатись для огляду не тільки пломбування люків, а й, для прикладу, фіксування пошкоджень судна, адже нотаріус також підтверджує цей факт.

Виникає запитання, як саме тоді слід охарактеризувати дану дію нотаріуса та як її правильно регламентувати. Може бути, що для вчинення огляду нотаріусу необхідно буде залучити перекладача або спеціаліста, який, наприклад, зможе пояснити нотаріусу деякі технічні моменти розташування вантажу та допомогти перевірити цілісність пломби; зафіксувати огляд на відео чи фото; залучити до огляду сторонніх осіб (так званих понятих) тощо. Цілком логічним в такому випадку буде складання за результатом огляду судна, люків певного документа – протоколу, висновку, акта огляду тощо, де зафіксувати дату та місце огляду, дані про нотаріуса та осіб, які брали участь в огляді, обставини, що були встановлені нотаріусом, зазначити про відеофіксацію чи фотозйомку та інші необхідні реквізити.

Виникає запитання, чи не перебирає таким чином на себе нотаріус функції суду, слідчого або експерта та чи слід вважати такі докази належними і допустимими, адже єдиної форми й порядку їх складення нотаріусами не існує.

Якщо розглянути аналогічне питання щодо огляду нотаріусом доказів за їх місцезнаходженням, С. Я. Фурса досить критично його оцінює і цілком логічно зазначає, що таке запозичення повноважень суду уявляється нераціональним, оскільки допустимим і достатнім за правовим значенням є, наприклад, висновок експерта, який і може провести огляд таких доказів на місці та відповісти на всі потрібні запитання.

Крім того, враховуючи положення ст. 140 Цивільного процесуального кодексу України, огляд доказів за їх місцезнаходженням здійснюється власне судом. Згідно з ч. 5 даної статті особи, які беруть участь в огляді доказів за їх місцезнаходженням, мають право робити свої зауваження щодо протоколу огляду, а при огляді нотаріусом це не має належної юридичної визначеності – яку силу матимуть такі зауваження в акт (протокол) огляду нотаріуса та як їх оцінювати?

Якщо суди компетентні проводити огляд, зазначає вчена, то навіщо штучно вводити до повноважень нотаріуса проведення такої складної процесуальної дії, як огляд на місці, до того ж, огляд нотаріусом не може замінити огляд судом через те, що в останньому випадку суд бачить все на власні очі, а не те, що йому повідомив нотаріус<sup>9</sup>.

Отже, назріла проблема щодо належної регламентації дій нотаріуса при огляді на місці. Специфіка даного конкретного випадку полягає в тому, що строк вчинення заяви про морський протест є досить невеликим (за винятком деяких випадків, за загальним правилом він становить 24 години з моменту оформлення

приходу судна в порт України або, якщо подія, що зумовлює необхідність заяви морського протесту, сталася в порту, протягом 24 годин з моменту події)<sup>10</sup>.

Тобто, саме нотаріус має можливість у найбільш швидкий строк зафіксувати події, оглянути місце їх вчинення та забезпечити докази для подальшого судового розгляду.

Тому було б доцільно вирішити дану проблему шляхом закріплення конкретного переліку дій, які нотаріус може вчиняти за місцем знаходження об'єктів матеріального світу з детальною процедурою вчинення таких дій, наприклад, огляд нотаріусом судна в порту України на предмет пошкоджень; огляд нотаріусом люку на предмет збереження їх герметичності зі складенням відповідного документа, який засвідчуватиметься підписом та печаткою нотаріуса.

Цікавий момент: у Нотаріальній Уставі Української СРР 1928 р. було передбачено можливість огляду корабля нотаріусом та залучення до цього процесу експерта, наразі ж такі положення відсутні, що свідчить про краху регламентацію цього процесу у 1928 р., ніж навіть зараз<sup>11</sup>.

Залучення до процесу огляду, за потреби, експерта або спеціаліста було б раціонально і на сучасному етапі, адже дані особи зможуть допомогти нотаріусу встановити певні обставини за допомогою спеціальних знань.

До речі, сучасна типова форма акта про морський протест, про яку йшлося вище, майже ідентична тій формі, яка була зазначена в Нотаріальній інструкції 1928 року<sup>12</sup>.

З одного боку, це говорить про стабільність правових положень, з іншого – про їх консервативність та застарілість.

У зв'язку з цим іншим проблемним питанням, на яке варто звернути увагу, є допит свідків нотаріусом для складення акта про морський протест.

По-перше, спірним є сам статус «свідка», як його визначає законодавець. Можемо припустити, що в даному випадку «свідок» використовується у широкому значенні слова і має на увазі людину, яка була очевидцем якої-небудь події і готова про це свідчити.

Однак, враховуючи розповсюджене застосування і визначення поняття «свідок» саме як особи, про яку є дані, що їй відомі обставини, які належать до кримінальної, адміністративної чи цивільної справи (і яка викликана для дачі свідчень), приєднуємось до думки професора С. Я. Фурси, що дане поняття в рамках вчинення морського протесту все ж слід уточнити<sup>13</sup>.

Цивільним процесуальним кодексом України, Кримінальним процесуальним кодексом України, Кодексом адміністративного судочинства України визначено становище свідка в процесі, його права та обов'язки, такі як право відмовитися від дачі показань у певних випадках або обов'язок з'явитися за викликом слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду, можливість застосувати до нього привід тощо.

Натомість нотаріус не має будь-яких процесуальних важелів для впливу на свідка, не може попереджати його про кримінальну відповідальність, не може з'ясовувати причини розбіжностей у показаннях свідків, адже це не регламентовано жодним нормативно-правовим актом та й взагалі не належить до функцій нотаріуса.

Так само нотаріус позбавлений можливості вимагати від свідка прибути для дачі показань або якимось чином змусити їх надати, жодним чином не може впевнитись у правдивості показань свідка, адже той не несе за свої покази відповідальності і не зобов'язаний відповідати на будь-які питання нотаріуса.

Враховуючи вищезазначене, більш доцільно було б визначити осіб, які надаватимуть пояснення про подію, її «очевидцями».

По-друге, слід визначитися з обов'язковістю проведення опиту свідків та їх кількістю. Законом України «Про нотаріат» у ст. 95 та Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України в підпункті 2.1 п. 2 Глави 18 визначено необхідність опиту «по можливості» не менше чотирьох свідків, в тому числі двох, що належать до осіб командного складу.

У ст. 346 Кодексу торговельного мореплавства України вказано, що нотаріус опитує «інших свідків зі складу суднового екіпажу» в разі потреби.

Зважаючи на це, можна зробити висновок про доцільність опиту свідків не в обов'язковому порядку, а лише за наявності реальної необхідності – коли інших доказів для вчинення морського протесту недостатньо, вони є суперечливими або неточними тощо.

При цьому пропонуємо внести зміни до чинного законодавства щодо кількості свідків – вбачаємо за можливе допитувати стільки свідків, скільки буде доцільно на час вчинення морського протесту, тобто можна і менше чотирьох осіб, головне – аби опитані особи надали змістовні та вичерпні пояснення.

Отже, можна зробити такі висновки. Пред'явлені до судновласника майнові вимоги інколи можуть сягати дуже значного розміру, що пропорційне бажанню судновласника правильно вчинити морський протест, а також створює певний ризик для нотаріуса, до якого може бути пред'явлений позов у разі помилки при оформленні ним морського протесту, що спричинить його недійсність. Тому проблемні аспекти вчинення морського протесту мають бути врегульовані.

Зокрема, вбачаємо за можливе закріпити, шляхом внесення змін до чинного законодавства, конкретний перелік дій, які нотаріус може вчиняти за місцем знаходження об'єктів матеріального світу з детальною процедурою вчинення таких дій, наприклад, огляд нотаріусом судна в порту України на предмет пошкоджень; огляд нотаріусом люку на предмет збереження його герметичності зі складенням відповідного документа, який засвідчуватиметься підписом та печаткою нотаріуса.



Приєднуємось до думки С. Я. Фурси щодо визначення статусу «свідка», якого має опитати нотаріус – доцільно було б визначити його як «очевидця події», крім того, пропонуємо опит свідків зазначити як не обов'язковий, а лише за необхідності у цьому (інших доказів для вчинення морського протесту недостатньо, вони є суперечливими або неточними тощо). Крім того, пропонуємо внести зміни до чинного законодавства щодо можливості допитувати менше (або більше) свідків, ніж чотири особи – скільки буде доцільно на час вчинення морського протесту.

Перспективи подальших розвідок полягають у вивченні попиту на дану нотаріальну дію, формулюванні більш конкретних пропозицій змін до чинного законодавства в контексті цих та інших проблем вчинення морського протесту.

<sup>1</sup> Про нотаріат: Закон України від 2 вересня 1993 року зі змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1993. – № 39. – Ст. 383. – Ст. 34.

<sup>2</sup> Нотаріат в Україні : навч. посіб. / за ред. В. М. Бесчастного. – К. : Знання, 2008. – С. 22.

<sup>3</sup> Про нотаріат: Закон України від 2 вересня 1993 року зі змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1993. – № 39. – Ст. 383. – Ст. 34.

<sup>4</sup> Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : затверджений наказом Міністерства юстиції України № 296/5 від 22 лютого 2012 р. // Офіційний вісник України. – 2012 р. – № 17. – Гл. 18, п. 1, пп. 1.1.

<sup>5</sup> Кодекс торговельного мореплавства України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1995. – №№ 47, 48, 49, 50, 51, 52. – Ст. 349. – Ст. 341.

<sup>6</sup> Льєва Н. В. Процесуальний порядок складення нотаріусом акта про морський протест / Н. В. Льєва // Морське право та менеджмент: еволюція та сучасні виклики : матеріали X міжнародної наук.-практ. конференції – Одеса : НУ «ОМА», 2016. – Вип. 10. – С. 141–142.

<sup>7</sup> Правила ведення нотаріального діловодства : затверджені наказом Міністерства юстиції України № 3253/5 від 22 грудня 2010 р. // Офіційний вісник України. – 2010. – № 98. – С. 164. – Ст. 3515, код акту 54117/2010. – Додаток 25, Форма № 83.

<sup>8</sup> Теорія нотаріального процесу [текст] : наук.-практ. посіб. / за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Алерта; Центр учбової літератури, 2012. – С. 659–660.

<sup>9</sup> Там само. – С. 314–317.

<sup>10</sup> Кодекс торговельного мореплавства України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1995. – №№ 47, 48, 49, 50, 51, 52. – Ст. 349. – Ст. 343.

<sup>11</sup> Нотаріальна Устава : Постанова ВЦКВ і РНК УСРР від 25 липня 1928 р. // Збірник Указонень та Розпоряджень Робітничо-Селянського уряду України. – 1928. – № 20. – Арт. 183.

<sup>12</sup> Нотаріальна інструкція : постанова Нарком'юсту УСРР від 17 листопада 1928 р. // Збірник Указонень та Розпоряджень Робітничо-Селянського уряду України. – 1928. – № 23 (Відділ другий). – Арт. 138. – Форма 17.

<sup>13</sup> Фурса С. Я. Вчинення морських протестів: матеріальна природа та нотаріальна процедура / С. Я. Фурса, С. І. Фурса // Юриспруденція: теорія і практика : науково-практичний журнал / Центр правових досліджень Фурси. – К., 2011. – № 6 (80). – С. 35.

#### Резюме

##### **Кириченко К. М. Деякі проблемні аспекти вчинення морського протесту в Україні.**

У даній статті досліджено деякі проблемні моменти, які можуть виникнути при здійсненні нотаріального провадження з вчинення морського протесту. Зокрема, автором окреслено проблеми та проаналізовано можливі варіанти їх вирішення щодо регламентації огляду нотаріусом об'єктів матеріального світу, які мають значення для вчинення морського протесту, за їх місцезнаходженням; визначення статусу свідків, яких має опитати нотаріус, обов'язковості проведення такого опиту та кількості свідків.

**Ключові слова:** морський протест, вчинення морського протесту, акт про морський протест, нотаріус, нотаріальне провадження.

#### Резюме

##### **Кириченко К. М. Некоторые проблемные аспекты совершения морского протеста в Украине.**

В данной статье исследованы некоторые проблемные моменты, которые могут возникнуть при осуществлении нотариального производства по совершению морского протеста. В частности, автором обозначены проблемы и проанализированы возможные варианты их решения по регламентации осмотра нотариусом объектов материального мира, имеющих значение для совершения морского протеста, по их местонахождению; определение статуса свидетелей, которых должен опросить нотариус, обязательности проведения такого опроса и количества свидетелей.

**Ключевые слова:** морской протест, совершение морского протеста, акт о морском протесте, нотариус, нотариальное производство.

#### Summary

##### **Kyryuchenko K. Some problematic aspects of the commission of the marine protest in Ukraine.**

In this article examines some of the problematic issues that may arise in realization of the notarial proceeding of the commission the marine protest. In particular, the author marked some problems and analyzes their possible solutions on the regulation of the notary examination material objects, relevant to the fulfillment of marine protest, in their location; definition of the status of witnesses, which must interrogate the notary, the obligation of such interrogation and the number of witnesses.

**Key words:** marine protest, the commission of marine protest, an act of marine protest, the notary, the notarial proceedings.

А. В. МАТАТ

*Андрій Володимирович Матат, студент магістратури Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ЗАГАЛЬНІ ПРИНЦИПИ ПРАВА ЯК СУЧАСНЕ ДЖЕРЕЛО КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Формування категорії «джерело права» припадає на XIX – перше десятиліття XX ст.<sup>1</sup>, хоча в літературі часто посилаються на слова Тіта Лівія, який у праці «Римська історія» назвав Закони XII таблиць «джерелами всього публічного і приватного права», оскільки вони були базою тогочасного права для давньоримських правознавців<sup>2</sup>. Тим не менше, в сучасних умовах категорію «джерело права» розглядають здебільшого виходячи з того чи іншого праворозуміння, що й вкладається в основу визначення поняття та класифікації джерел права.

Найбільш поширеним підходом з радянських часів до нині залишається ототожнення джерела з формою права, відтак джерелами права називають зовнішню форму вираження права. Тому, окреслена тенденція надовго закарбувала серед джерел галузі конституційного права України формальні джерела, а спадок від радянського державного права – фактично загальмував розвиток сучасних поглядів на дану проблему.

Становлення незалежної України можна пов'язати зі значною кількістю різноманітних процесів та пріоритетних напрямків, у т.ч. в науці конституційного права. У той же час, глобальне переосмислення раніше незвичних та, можливо, до кінця неосмислених проблем – на сьогодні дає підстави говорити відкрито про те, що ще нещодавно відкладалось на далеку перспективу. Так, питання принципів права як його джерела лише останнім часом почало знаходити своє місце у наукових дослідженнях теоретиків права, а ще менше – цей напрям відображається в галузевих доробках.

Загалом, українські правознавці сформували достатню методологічну основу, яка допомагає розібратись в окресленій проблематиці запропонованого дослідження. Передовсім варто відзначити доробки таких науковців, як: О. П. Васильченко, М. І. Козюбри, А. М. Колодія, Н. М. Оніщенко, Н. М. Пархоменко, С. П. Погребняка, М. В. Савчина, О. О. Уварової, В. І. Цоклана, С. В. Шевчука та ін. Однак можемо констатувати, що питання з'ясування принципів права як джерела конституційного права – все ще залишається малодослідженим питанням юридичної науки.

Якщо вести мову про обґрунтування принципів права як його джерела, то найбільше це відображено в міжнародному праві. Так, відповідно до ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН визначено, що «Суд ... застосовує загальні принципи права, визнані цивілізованими націями»<sup>3</sup>. Проте практика посилання в міжнародних договорах на принципи права існувала і раніше. Наприклад, можна згадати про ст. 73 Конвенції про мирне розв'язання міжнародних зіткнень (I Гаазької конвенції), в якій зазначалося, що при тлумаченні компромісу, представленого сторонами, арбітражний суд може застосовувати принципи права. Також ст. 7 Гаазької конвенції про Міжнародний призовий суд (II Гаазької конвенції), яка так і не набрала чинності, але тим не менше уповноважувала суд у випадку відсутності загальних правил приймати рішення відповідно до загальних принципів правосуддя і справедливості<sup>4</sup>.

Окрім цього, принципи права як його джерело також прийнятне явище у праві ЄС, адже з 50-х рр. принципи права в правових системах європейських країн розвивалися під впливом інтеграційних процесів, що відбувалися в рамках Європейських співтовариств, а згодом і ЄС, створеного на їх основі. Поняття «загальні принципи права», притаманні правовим системам держав-членів ЄС, було сформульоване ще в період створення першого з трьох інтеграційних об'єднань – Європейського співтовариства вугілля та сталі (ЄСВС) та було зафіксовано в тексті його установчого акту – Паризького договору про заснування ЄСВС 1951 р. Пізніше аналогічне положення було закріплене і в двох Римських договорах 1957 р., які оформили заснування Європейського економічного співтовариства та Євратому, в яких було вказано, що «Співтовариство відшкодує будь-яку шкоду, заподіяну його органами чи службовцями при виконанні ними своїх обов'язків відповідно до загальних принципів права, спільних для правових систем держав-членів». Хоча поняття та зміст таких принципів установчі документи не визначали, а практичне вирішення цієї прогалини було покладено на Суд Європейського Союзу<sup>5</sup>.

Повертаючись до теоретичних розробок, слід зазначити, що на думку авторів підручника загальної теорії держави і права у контексті визначення загальних принципів права як його джерела вказується, що їм традиційно надають велике значення в системі джерел романо-германського права, відносячи їх до первинних джерел права поряд із нормативно-правовими актами та санкціонованими звичаями, а іноді – розглядають як джерело права, що знаходиться понад всіма іншими джерелами та має над ними перевагу. Загальні принципи права виходять як з норм позитивного права, так і з самого існуючого в країні правового порядку та являють собою положення об'єктивного права, які можуть виражатися або не виражатися в текстах писаного права, але мають загальний характер та обов'язково застосовуються в судовій практиці<sup>6</sup>.

Як було нами зазначено вище, проблема полягає в тому, що джерела права у загальнотеоретичній літературі здебільшого пов'язують з формою права, що здебільшого вимагає наявності нормативного акту. По суті справи мова йде про позитивне право, що походить від держави, а тому принципи права як його джерело можуть визнаватись за наявності нормативного закріплення. Так відбувається плутанина з тим, що є принципами права, а що слід розглядати принципами, закріпленими законом і т.д.

У даному контексті доцільно навести твердження С. П. Погребняка, який зазначає, що держава не створює основоположні принципи права<sup>7</sup>, а тільки закріплює їх в юридичних актах, у яких принципи лише знаходять своє підтвердження. Тому початок розуміння певних ідей як принципів права йде не від конкретного рішення якогось законодавчого органу або суду, а від почуття правомірності, яке поступово розвинулось у представників юридичної професії та у звичайних суб'єктів права. Підтримання їхньої сили залежить від збереження цього почуття правомірності. Цим принципи яскраво відрізняються від звичайних норм права, формування і виникнення яких у багатьох випадках відбувається за активним творчим сприянням держави<sup>8</sup>. На думку вченого, це дає додаткові аргументи на користь визнання принципів права самостійним його джерелом.

Продовжуючи обґрунтування можливості існування принципів права поза нормативним закріпленням, слід навести також думку М. І. Козюбри, який стверджує, що на появу і розвиток загальних принципів права впливають не тільки норми позитивного права, а й багато інших нормативних і ненормативних чинників – мораль, політика (зокрема міжнародна), звичаї, наукові теорії і концепції тощо. Загальні принципи права – це не просто певні ідеї, які існують у правосвідомості (навіть теоретичній), а відправні начала права, які можуть фіксуватися або фіксуються в текстах нормативно-правових актів<sup>9</sup>.

Принципи права, – зазначає А. М. Колодій, – ідеологічна категорія, а це означає, що вони, як і право загалом, є формою суспільної свідомості, а важливою ознакою принципів права виступає спосіб їх матеріалізації у праві<sup>10</sup>.

Так, О. П. Васильченко, аналізуючи загальноприйнятні в теоретичній літературі підходи, дійшла висновку про те, що змістовними (сутнісними) джерелами конституційного права слід вважати різноманітні принципи, серед яких: моральні, релігійні, філософські, політичні, соціальні, ідеологічні – ті, які керують (управляють) позитивними правилами, слугують їх ідеологічною основою, а також ті, що беруть свій початок у філософії права. Це, насамперед, «креативні (творчі) сили права», які складають його змістовні джерела, а значить – забезпечують норми матеріальною основою<sup>11</sup>.

Таким чином, загальні принципи права (до яких в літературі відносять щонайменше принципи правової визначеності, пропорційності, добросовісності, розумності тощо), – зводяться до дії принципу верховенства права, адже окремі з них виступають його ключовими елементами. Відтак, для загальних принципів права, на наш погляд, форма закріплення – відіграє другорядну роль, оскільки для принципів важливого значення має їх зміст, який може виражатись у різних формах.

На думку М. В. Савчина, соціальна значущість джерела конституційного права зумовлена конституційними цінностями, які забезпечуються правовим захистом. Серед таких цінностей насамперед можна виділити гідність людини, свободу, справедливість, верховенство права, права людини й основоположні свободи, демократію, поділ влади, суверенітет і незалежність держави. Захист таких цінностей здійснюється на основі зважування їх вартостей, наслідком чого є забезпечення публічного інтересу. У ході правотворчості суб'єкт правотворення, насамперед законодавець і суддя є зв'язані правом і повинні діяти у відповідності до чинного права, щоб не підірвати устої суспільства, засади правової визначеності<sup>12</sup>.

Можливість практичного застосування принципів права як його джерела, – вважають автори нового підручника загальної теорії права, – зумовлено перш за все їх сутнісними ознаками. Так, зокрема, але не виключно, пріоритетність принципів права над нормами права дає можливість їх застосування при вирішенні складних судових справ на протигагу нормам права, сформульованим в нормативно-правових актах, які можуть суперечити принципам права. Тому людиноцентристська природа, здатність визначати зміст права та спрямованість правового регулювання дає можливість застосування принципів права як для заповнення прогалин, так і для вирішення колізій у змісті нормативно-правових актів<sup>13</sup>.

Зрештою, сприйняття загальних принципів права як джерела конституційного права може обґрунтуватись з точки зору ідеї природного права, а реалізація загальних принципів права має бути практикою в діяльності перш за все судової системи. Останнє твердження переконливо забезпечується діяльністю Європейського суду з прав людини, який по суті в кожному рішенні (які в Україні визнано джерелом права), формує практику реалізації загальних принципів права, розкриваючи таким чином зміст положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року.

Цікавою є думка, що висловлюється у правовій доктрині Франції, за якою «принципи чи правила, що впливають з судової практики, чільне місце серед яких займають загальні принципи права, мають бути дотримані в нормативних актах //...// Законодавець має усвідомлювати, що його робота не здійснюється поза суспільством, де уже діють норми права, тому проекти, які він розробляє, мають враховувати загально-визнані в цьому суспільстві принципи права»<sup>14</sup>.

Джерелом конституційного права, – як влучно підкреслює С. В. Шевчук<sup>15</sup>, – слугують не тільки позитивні конституційні норми, встановлені державою, а й норми про права людини, зміст яких визначається судами.

На думку С. В. Васильєва, правові норми можуть бути виведені не тільки з нормативно-правових актів, але й із загальних принципів права, що дає можливість судам застосовувати право навіть в умовах відсут-

ності відповідних правових приписів, знімає із судів звинувачення у перевищенні повноважень і викривленні законодавства<sup>16</sup>.

Юриспруденція Конституційного Суду України найбільше підпадає під контекст вираження загальних принципів права як джерела конституційного права. Неодноразово орган конституційної юрисдикції вказував на важливість принципів права<sup>17</sup>, при вирішенні питання конституційності правового акту або надання офіційного тлумачення Конституції та законів України. Після набрання чинності змін до Конституції України в частині правосуддя (30 вересня 2016 р.) та запровадження інституту конституційної скарги – загальні принципи права набудуть ще більш переконливого та практичного значення у контексті сприйняття їх як самостійного джерела конституційного права. Допоки триває процес запровадження реформи правосуддя, підставою якої слід вважати забезпечення та реалізацію загальних принципів права, зосередимо увагу також на наступному.

Найбільш яскравий приклад реалізації загальних принципів права можна простежити на прикладі принципу верховенства права, який, як було зазначено вище, до певної міри можемо вважати уособленням загальних принципів права, тому що сам принцип верховенства права багатоманітний, складний та всеохоплююча ціннісна категорія правової системи України.

Як зазначає О. О. Уварова, аналізуючи судову практику України, суди, навіть на рівні вищих судових інстанцій, переважно обмежуються тільки формальним посиланням на принцип верховенства права, коли звернення до нього не впливає на вирішення справи по суті. Справи, в яких звернення до принципу верховенства права мало вирішальне значення, є поодинокими прикладами, а більш представленими в судовій практиці України – рішення судів, у яких принцип верховенства права всупереч своїй суті використовується для обґрунтування можливості відступу від принципу законності в діяльності органів публічної влади, що призводить до недовіри суспільства до системи здійснення правосуддя<sup>18</sup>.

Крім того, ст. 129 Конституції України відтепер закріплює норму прямої дії про те, що суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права, – що потенційно впливає на переосмислення загальних принципів права як його джерела.

Підсилення значимості принципу верховенства права відбулось також завдяки підписанню Угоди про асоціацію між Україною та ЄС<sup>19</sup>, а передувало цьому прагнення громадян України до європейської інтеграції, чим можна охарактеризувати події Революції Гідності. Так, Угода про асоціацію між Україною та ЄС містить чітку вимогу ефективної реалізації та забезпечення принципу верховенства права, демократії та прав людини в Україні, зокрема через реформування національного законодавства, діяльності органів державної влади та запобігання корупції тощо.

Дія принципу верховенства права, яка закріплена ст. 8 Конституції України, підсилює дискусію щодо того, що визначаючи даний принцип на рівні Основного Закону держави, можна також підсилити аргумент на користь визнання загальних принципів права джерелом конституційного права.

Так, викладена конституційна норма встановлює, що в основі принципу верховенства права у правовій системі України серед іншого лежить верховенство Конституції (а, по суті, саме такий висновок можна зробити) – закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні їй відповідати (ст. 8), то відповідно сама Конституція України, у світлі її конституційних цінностей і принципів, надає перевагу правам і свободам людини, утвердження яких є головним обов'язком держави (ст. 3). При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ст. 22), а матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовується державою у встановленому законом порядку (ст. 152).

Окремо підкреслимо, що верховенство конституції не слід ототожнювати з принципом верховенства закону, тому що верховенство конституції потрібно розуміти крізь призму домінування її основоположних цінностей. Виходячи з логічних міркувань, Конституцією України як Основним Законом держави, в кожному її положенні закріплено фундаментальну ідею пріоритету прав людини, що, таким чином, можемо тлумачити як втілення принципу верховенства права.

У жодному разі ми не говоримо про позитивістські погляди в запропонованій концепції розуміння верховенства права у форматі верховенства Конституції України, тому що основоположні конституційні права здебільшого втілюють загальні принципи права крізь призму природних прав. Тому що конституція виступає втіленням ідеї певних цінностей, оскільки саме вона повинна бути балансом між принципами на нормах закону у правозастосуванні тощо.

Для підтвердження такої аргументації наведемо твердження щодо співвідношення принципу верховенства права та Конституції України, висловлене С.В. Шевчуком, який вважає, що Конституція містить не тільки позитивні (писані) принципи та норми, а й неписані принципи та цінності, які походять з природного права та органічно зв'язані з конституційним текстом. Це означає також, що Конституційний Суд України має юрисдикцію щодо визнання конституційних змін (конституційних поправок) неконституційними, якщо вони порушують або скасовують конституційні принципи та цінності<sup>20</sup>.

Підсумовуючи викладене вище, зауважимо наступне. Безумовно, що запропонований формат проблеми доцільно розглядати з точки зору природного праворозуміння, проте погляди на джерела права у контексті позитивізму – не виключають на сьогодні дискусії стосовно принципів права як його джерела. З одного боку, знаходяться теоретичні аргументи на користь визнання загальних принципів права самостійним джерелом

конституційного права, а з іншого – ці принципи також здійснюють вплив на усталені джерела галузі. Саме тому важливого значення набуває вивчення як змісту, так і форми сучасних джерел права. Відтак сучасні погляди на джерела – формують сучасне конституційне право України.

<sup>1</sup> Скрипнюк О. В. Поняття норм та джерел у конституційному праві / Скрипнюк О. В. // Проблеми теорії конституційного права України / За заг. редакцією Ю. С. Шемшученка. – К.: Парламентське вид-во, 2013. – С. 95.

<sup>2</sup> Вважається, що першим дане твердження за результатами перекладу на російську мову твору «Римська історія», використав О. Ф. Шебанов у праці «Форма советского права», М.: «Юрид. лит.», 1968 р.

<sup>3</sup> Міжнародне право: Навч. посібник / За ред. М. В. Буроменського – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 44.

<sup>4</sup> Погребняк С. Загальні принципи права як джерело права / С. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. – 2011. – № 1 (64). – С. 14–25. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny\\_2011\\_1\\_2](http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny_2011_1_2)

<sup>5</sup> Стрельцова О. В. Загальні принципи права як джерело права Європейського Союзу / О. В. Стрельцова // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 265.

<sup>6</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 М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України О. В. Петришина. – Х.: Право, 2009. – С. 193.

<sup>7</sup> Основоположні принципи права в юридичній літературі здебільшого розглядаються як вираження найбільш важливих цінностей права (справедливість, рівність, свобода і т.д.), а загальні принципи права покликані їх конкретизувати. Докладніше про це йдеться, зокрема у вказаній монографії С. П. Погребняка.

<sup>8</sup> Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): Монографія. – Х.: Право. – С. 26.

<sup>9</sup> Козюбра М. І. Тенденції розвитку джерел права України в контексті європейських правоінтеграційних процесів / М. І. Козюбра // Наукові записки. Том 26, Юридичні науки / Національний університет «Києві-Могилянська академія». – К.: КМ Академія, 2004. – С. 6–7.

<sup>10</sup> Колодій А. М. Принципи права: генеза, поняття, класифікація та реалізація / Колодій А. М. // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 43.

<sup>11</sup> Васильченко О. П. Джерела конституційного права України (системно-функціональний аналіз): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Васильченко Оксана Петрівна; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2007. – С. 8.

<sup>12</sup> Савчин М. В. Конституціоналізм і природа конституції: Монографія. – Ужгород: Поліграфцентр «Ліра», 2009. – С. 166.

<sup>13</sup> Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М. І. Козюбри. – К.: Ваіте, 2015. – С. 164–165.

<sup>14</sup> Цитата за: Мірошніченко А. Принципи права як джерела земельного права України / Мірошніченко А. М. // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – Юридичні науки. – 2009. – № 81. – С. 222.

<sup>15</sup> Шевчук С. В. Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза і співвідношення / С. Шевчук // Право України. – 2010. – № 3. – С. 55.

<sup>16</sup> Васильєв С. В. Принципи права у системі джерел цивільного процесуального права України / С. В. Васильєв // Університетські наукові записки. – 2013. – № 1. – С. 101–107. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap\\_2013\\_1\\_16](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2013_1_16)

<sup>17</sup> Див. наприклад: рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 р., № 15-рп/2004 (справа про призначення судом більш м'якого покарання); від 01.06.2016 р., № 2-рп/2016 (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) та ін.

<sup>18</sup> Уварова О. Принцип верховенства права в судовій практиці України / О. Уварова // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 70.

<sup>19</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]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_011)

<sup>20</sup> Шевчук С. В. Принцип верховенства права та найвища юридична сила Конституції України / С. Шевчук // Право України. – 2011. – № 5. – С. 185.

## Резюме

### **Matat A. B. Загальні принципи права як сучасне джерело конституційного права України.**

Статтю присвячено теоретичному обґрунтуванню загальних принципів права як сучасного джерела конституційного права України.

Для цього автор наводить вироблені наукою теоретичні підходи щодо природи загальних принципів права та аргументи на користь визначення їх самостійним джерелом права.

**Ключові слова:** загальні принципи права, джерела конституційного права, принцип верховенства права.

## Резюме

### **Matat A. B. Общие принципы права как современный источник конституционного права Украины.**

Статья посвящена теоретическому обоснованию общих принципов права как современного источника конституционного права Украины.

Для этого автор использует разработанные наукой теоретические подходы к природе общих принципов права, а также аргументы в пользу определения их самостоятельным источником права.

**Ключевые слова:** общие принципы права, источники конституционного права, принцип верховенства права.

## Summary

### **Matat A. General principles of law as a modern source of constitutional law of Ukraine.**

The article is devoted to theoretical substantiation of the general principles of law as a modern source of constitutional law of Ukraine.

For the purposes of this article, the author presents the theoretical approaches to the nature of general principles of law, developed in the framework of modern doctrine, as well as the arguments for their determination as an independent source of law.

**Key words:** general principles of law, sources of constitutional law, the rule of law.

УДК 347.772

**Д. О. ФЕДОРОВА**

*Дарина Олегівна Федорова, студентка магістратури Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## **ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РОЗПОРЯДЖЕННЯ ПРАВАМИ НА ДОБРЕ ВІДОМІ ТОРГОВЕЛЬНІ МАРКИ В УКРАЇНІ**

Станом на грудень 2016 р. 134 знаки для товарів і послуг внесено до бази даних «Відомості про добре відомі знаки в Україні». Оскільки щомісяця реєструється близько 1000 торговельних марок<sup>1</sup>, логічно, що добре відомі торговельні марки є досить цінним об'єктом права інтелектуальної власності та потребує досконалої правової регламентації щодо розпорядження правами на них. Зважаючи на стан українського законодавства сьогодні, існують деякі прогалини, які мають бути усунені.

Питання щодо розпорядження правами на торговельні марки в цілому та укладення договорів стосовно добре відомих торговельних марок зокрема досліджували ряд науковців, серед яких: І. А. Безклубий, В. С. Дмитришин, Т. С. Демченко, А. О. Кодинець, В. М. Крижна, Л. Д. Романадзе та інші.

**Метою статті** є дослідження специфіки правової охорони добре відомих торговельних марок, як особливо цінного об'єкта інтелектуальної власності, визначення правового механізму розпорядження правами на зазначений вид торговельних марок відповідно до чинного законодавства України.

Однією із класифікацій торговельних марок є їх поділ на прості та добре відомі. Крім цього, категорія «добре відома торговельна марка» має досить велику кількість суміжних понять. Для дослідження особливостей розпорядження правами на добре відомі торговельні марки важливим є розуміння сутності такого об'єкта, а також співвідношення його із категоріями «загальновідомий знак», «торговельна марка з репутацією», «знаменитий знак» або «знак, що має добре ім'я», «бренд».

Основою правової охорони добре відомих торговельних марок є ряд міжнародних документів. Паризька Конвенція про охорону промислової власності містить статтю *bis*, де зазначається про можливість країни – учасниці даної Конвенції відхилити або визнавати недійсною реєстрацію і забороняти застосування товарного знака, що становить відтворення, імітацію чи переклад іншого знака, здатні викликати змішування зі знаком, що за визначенням компетентного органу країни реєстрації чи країни застосування вже є у цій країні загальновідомим як знак особи, що користується привілеями цієї Конвенції, і використовується для ідентичних або подібних продуктів<sup>2</sup>. Це положення поширюється і на ті випадки, коли істотна складова частина знака становить відтворення такого загальновідомого знака чи імітацію, здатну викликати змішування з ним.

У ч. 2 ст. 16 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода ТРІПС) міститься наступне положення: при визначенні, чи є товарний знак загальновідомим, члени повинні брати до уваги обізнаність відповідного сектора широкого загалу про цей товарний знак, у тому числі відомість на території відповідного члена, яка була отримана в результаті просування товарного знака<sup>3</sup>.

ВОІВ була також розроблена Спільна рекомендація про положення стосовно охорони загальновідомих торговельних марок, в якій закладені базові категорії та правила для визнання торговельної марки добре відомою, а також положення про охорону такої торговельної марки та співвідношення з комерційними найменуваннями та доменами<sup>4</sup>.

На основі аналізу міжнародних актів варто зазначити, що визначення поняття «загальновідомої торговельної марки» відсутнє. Такий стан речей, на нашу думку, здається логічним, оскільки кожна держава повинна, спираючись на міжнародні стандарти, сформулювати своє поняття даної категорії, відповідно до національних особливостей та правових принципів, що існують в країні.

Так, відповідно до чинного закону Китаю «Про товарні знаки»: добре відома торговельна марка – це торговельна марка, яка широко відома відповідній загальній громадськості і має достатньо високу репутацію<sup>5</sup>.

В Україні поняття «добре відома торговельна марка» вживається на рівні Цивільного Кодексу України (далі – ЦК України), але його зміст не розкривається. Зокрема, у ч. 3 ст. 494 ЦК України зазначено, що набуття права інтелектуальної власності на торговельну марку, яка має міжнародну реєстрацію або визнана в установленому законом порядку добре відомою, не вимагає засвідчення свідочством. Положення щодо охорони прав на добре відомий товарний знак містяться також у ст. 25 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг». Крім цього, існує Порядок визнання знака добре відомим в Україні Апеляційною палатою Державної служби інтелектуальної власності України. Названа нормативна база характеризує добре

відомий знак або добре відому торговельну марку через ряд фактів, що підтверджують добру відомість стосовно товарів і/або послуг, щодо яких вона використовується, і не надає визначення такому поняттю.

Очевидно, що в міжнародних документах вживається термін «загальновідома», тоді як в українському законодавстві – «добре відома». До появи нового ЦК України широкоживаним було поняття «загальновідомий знак». Варто зазначити, що в Російській Федерації й досі вживається термін «общеизвестный знак»<sup>6</sup>. Введення в національне законодавства поняття «добре відомі знаки», на думку М.Й. Дубинського, є найбільш доцільним і правильним перекладом англійського терміна «well-known». Це поняття підкреслює, поперше, добросовісні наміри, а, по-друге, сприяє правильному застосуванню термінології. Термін «загальновідомий знак» є досить умовним, оскільки жоден з найбільш відомих товарних знаків не є відомим усім без винятку. Знак може бути відомий лише певному сектору суспільства<sup>7</sup>. Тож, вживання понять «загальновідома торговельна марка» та «добре відома торговельна марка» в українському законодавстві пов'язані з неточною перекладу. Варто погодитися із зазначеною позицією, зважаючи на тлумачення зазначених понять, та привести всі закони до єдиної термінології.

Т. С. Демченко у своїй праці виокремлює «знамениті знаки» або «знаки, що мають добре ім'я». Вона зазначає, що загальновідомі знаки відомі певному сектору суспільства та охороняються незалежно від їх реєстрації чи використання в країні, де вимагається правова охорона, щодо товарів і послуг, для яких вони зазвичай використовуються, тоді як знамениті знаки відомі широкому загалу населення і отримують правову охорону щодо неоднорідних товарів і послуг за умови їх реєстрації в країні, де вимагається правова охорона<sup>8</sup>. Аналіз міжнародного та національного законодавства показав, що дана позиція не знайшла тут своє відображення.

Деяку іншу позицію має Л. Д. Романадзе. Вона зазначає, що знамениті торговельні марки мають виняткову цінність і стоять осторонь всіх інших позначень та мають силу самостійної привабливості, що виявляється незалежно від позначених ними товарів і послуг. Йдеться про такі позначення, як DIOR, KODAK, COCA-COLA, ROLLS-ROYCE тощо. Апеляційний Суд Парижа зазначив, що торговельна марка, що має добре ім'я (знаменита ТМ), – це марка, що відома значній частині населення, є привабливою незалежно від товарів і послуг, які нею позначаються<sup>9</sup>.

Законодавство Японії торговельні марки поділяє на чотири види: звичайні, торговельні марки з репутацією, добре відомі торговельні марки та знамениті. При цьому вважається, що не кожна торговельна марка з репутацією є добре відомою, а добре відома торговельна марка може не бути знаменитою<sup>10</sup>. Тож можна зазначити, що торговельні марки з репутацією, добре відомі торговельні марки та знамениті торговельні марки є ступені визнання суспільством торговельної марки.

Добре відому торговельну марку досить часто ототожнюють з брендом, зважаючи на відсутність визначення в нормативних документах. В. С. Кулібаба зазначає, що бренд є досить широким поняттям і включає в себе: торговельну марку та (або) комерційне найменування (найменування фізичної особи-підприємця), та (або) географічне зазначення, а також враження від цих об'єктів (легенда, філософія бізнесу), яке існує у свідомості споживача або цінності, що асоціюються з ними, і характеризується високим рівнем відомості<sup>11</sup>. О. В. Зозульов вказує на те, що бренд – це імідж сформований у свідомості споживача<sup>12</sup>. На нашу думку, поняття «бренд» тому не зустрічається в українському законодавстві, оскільки є категорією економіки та маркетингу. «Бренд» є ширшим, більш комплексним поняттям, ніж «добре відома торговельна марка», оскільки може включати в себе й такі категорії, як комерційне найменування, географічне зазначення, репутація, реклама та інші асоціативні зв'язки, що виникають у споживача щодо товару чи послуги, а не тільки торговельну марку, якою маркуються товари та/чи послуги.

Зважаючи на вищезазначене, під добре відомою торговельною маркою пропонуємо розуміти вид торговельних марок, що має певний рівень популярності в суспільстві та за рішенням компетентного органу чи суду визнані такими відповідно до критеріїв і вимог, встановлених законом.

Зазвичай добре відомі торговельні марки мають позитивну репутацію, високу якість товарів і послуг, що асоціюються з відповідною торговельною маркою та є популярними серед населення.

Аналізуючи ч. 4 ст. 25 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» можна стверджувати наступне: 1) правова охорона добре відомих торговельних марок не потребує реєстрації, достатнім є рішення суду чи компетентного органу; 2) правова охорона поширюється також на товари і послуги, що не споріднені з тими, для яких знак визнано добре відомим в Україні, якщо використання цього знака іншою особою стосовно таких товарів і послуг вказуватиме на зв'язок між ними та власником добре відомого знака і його інтересам, ймовірно, буде завдано шкоди таким використанням.

Такі особливості зумовлюють високу цінність добре відомих торговельних марок як об'єктів цивільного обороту та встановлення специфічного режиму правового регулювання розпорядження правами на них. Сьогодні в українському законодавстві відсутні положення, які б забезпечували особливості розпорядження правами на добре відомі торговельні марки. У зв'язку з цим на практиці виникають колізії та прогалини при укладенні договорів щодо добре відомих торговельних марок.

Одним із найпоширеніших договорів, що укладаються з приводу добре відомих торговельних марок, є ліцензійний договір. Згідно з ч. 1 ст. 1109 ЦК України: «За ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог цього Кодексу та іншого закону. Предметом ліцензійного договору не можуть бути права на використання об'єкта права інтелектуальної

власності, які на момент укладення договору не були чинними»<sup>13</sup>. Відповідно до п. 8 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»: «Власник свідоцтва має право дати будь-якій особі дозвіл (видати ліцензію) на використання знака на підставі ліцензійного договору». Як зазначено вище, однією з особливостей добре відомих торговельних марок є їх правова охорона незалежно від реєстрації. Тобто, можливість укладення договорів щодо такої торговельної марки також не має залежати від отримання свідоцтва. Але, зважаючи на вказані норми, при укладенні договорів без наявного свідоцтва можуть виникнути питання щодо дійсності такого договору. Тому, на нашу думку, доцільно викласти ч. 3 ст. 5 в наступній редакції: «3. Право власності на знак засвідчується свідоцтвом або іншим правостановлюючим документом», а ч. 7 та 8 ст. 16 зазначеного Закону таким чином: «7. Власник свідоцтва або іншого правостановлюючого документа може передавати будь-якій особі право власності на знак повністю або відносно частини зазначених у свідоцтві товарів і послуг, на підставі договору. 8. Власник свідоцтва або іншого правостановлюючого документа має право дати будь-якій особі дозвіл (видати ліцензію) на використання знака на підставі ліцензійного договору».

Обов'язковою умовою ліцензійного договору відповідно до діючого законодавства є умова про те, що якість товарів і послуг, виготовлених чи наданих за ліцензійним договором, не буде нижчою від якості товарів і послуг власника свідоцтва і що останній здійснюватиме контроль за виконанням цієї умови. (п. 8 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»). Ця вимога є особливо актуальною для добре відомих торговельних марок, оскільки рівень довіри споживача до товарів та послуг, які надаються під маркуванням добре відомої торговельної марки, є досить високим.

В. С. Дмитришин висловлює думку щодо необхідності закріпити таке ж положення і при укладенні договору про передання майнових прав на добре відому торговельну марку<sup>14</sup>. Вважаємо, що достатнім є обов'язок проінформувати споживача про зміну власника.

Відповідно до ст. 1113 ЦК України: «За договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності одна сторона (особа, що має виключні майнові права) передає другій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах». Також законодавство містить положення щодо обов'язкової державної реєстрації таких договорів (ч. 2 ст. 1114 ЦК України). Аналізуючи законодавство України, А. О. Кодинець зазначає, що у п. 67 постанови № 12 Пленуму Вищого господарського суду України також наголошено, що Державна реєстрація прав інтелектуальної власності на знак для товарів і послуг (торговельну марку) засвідчується свідоцтвом України на знак для товарів і послуг, з видачею якого закон і пов'язує набуття відповідних прав. Отже, оскільки право інтелектуальної власності на знак для товарів і послуг (торговельну марку) набувається з моменту відповідної реєстрації, то й договір про передання виключних майнових прав на такий об'єкт хоча й має виконуватися сторонами з моменту його підписання, але безпосередньо не надає новому власникові виключних майнових прав на знак для товарів і послуг (торговельну марку), які переходять до нього лише з моменту здійснення державної реєстрації<sup>15</sup>. Як зазначалося вище, добре відома торговельна марка не потребує реєстрації. Знак може бути визнаний добре відомим незалежно від реєстрації його в Україні (ст. 25 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»). Тому постає питання про необхідність реєстрації договору про передання виключних майнових прав на торговельні марки. У даному випадку відсутність реєстрації здається логічним, виходячи із положень законодавства. Але на практиці може призвести до визнання такого договору нікчемним у зв'язку з порушенням ч. 2 ст. 1114 ЦК України.

Крім цього, п. 7 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» вказує, що передача права власності на знак не допускається, якщо вона може стати причиною введення в оману споживача щодо товару і послуги або щодо особи, яка виготовляє товар чи надає послугу. На нашу думку, таке положення законодавства є слушним та доцільним, якщо ми говоримо про добре відомі знаки. Особливо коли після передачі права власності на знак новий власник бажає його використовувати щодо товарів та (чи) послуг, які відрізняються від товарів та (чи) послуг, що були марковані ним до укладення договору. Оскільки у свідомості споживача вже закріпився асоціативний зв'язок добре відомої торговельної марки і конкретних товарів та (чи) послуг, укладення договору про передання прав на добре відомі торговельні марки без сповіщення про це споживача може бути підставою для визнання договору недійсним відповідно до п. 7 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг». Тож, для уникнення такої загрози, новий власник добре відомої торговельної марки має вжити заходів для повідомлення про таку зміну, наприклад, при рекламуванні нових товарів та (чи) послуг під добре відомою торговельною маркою.

Іншим видом договорів у сфері розпорядження правами на торговельну марку є договір комерційної концесії, за яким одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг (ст. 1116 ЦК України). До предмета даного договору входить право на використання, як правило, добре відомих торговельних марок, поруч із іншими правами, що можуть передаватися за договором франчайзингу. Частина 2 ст. 1120 ЦК України регламентує, що одним із обов'язків правоволодільца є контролювання якості товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) користувачем на підставі договору комерційної концесії. У свою чергу, користувач має обов'язок забезпечити відповідність якості товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) відповідно до договору комерційної концесії, якості аналогічних товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) право володільцем. (ч. 1 ст. 1121 ЦК України).



Зазвичай найбільш прибутковими є ті компанії, що впроваджують на український ринок іноземні франшизи. Причиною цього є висока впізнаваність товарної марки, розкручений бренд, ефективна маркетингова політика тощо. З-поміж ста найбільш популярних франчайзингових компаній світу в Україні представлені McDonalds, KFC, Coca-Cola, Hertz, Groupe Auchan та Domino's Pizza. У даний час на ринку франшиз домінують вітчизняні франшизи. Насамперед це пов'язано з тим, що від вітчизняних підприємств вимагається мінімальна адаптація до умов ринку, що значно спрощує вхід на нього<sup>16</sup>.

Отже, специфіка добре відомих торговельних марок потребує спеціального нормативного урегулювання шляхом законодавчого визначення добре відомої торговельної марки, створення уніфікованого понятійно-категоріального апарату у сфері охорони прав на торговельні марки, а також удосконалення положень законодавства щодо розпорядження правами інтелектуальної власності з метою уникнення неоднозначного тлумачення норм в процесі їх практичної реалізації.

<sup>1</sup> БД «Відомості про добре відомі знаки в Україні»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://base.uipv.org/searchbul/search.php?action=viewbul&dbname=wkm&section=a>

<sup>2</sup> Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995\\_123](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_123)

<sup>3</sup> Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 р. (Угода TRIPS): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/981\\_018](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/981_018)

<sup>4</sup> Спільна рекомендація Асамблеї паризького Союзу та Генеральної Асамблеї ВОІВ про положення стосовно охорони загальновідомих знаків, прийнята на 34 сесії засідань Асамблей держав-членів ВОІВ 20–29 вересня 1999 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ru/marks/833/pub833.pdf>

<sup>5</sup> Phan Ngoc, T. Well-known trademark protection. A comparative study between the laws of the European Union and Vietnam / T. Phan Ngoc. – The Faculty of Law, Lund University, (2011). – 233 p. – P. 54.

<sup>6</sup> Цивільний Кодекс Російської Федерації від 18 грудня 2006 р. № 230-ФЗ: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.tm-patent.ru/legislation.html#1508>

<sup>7</sup> Законодавство України у сфері інтелектуальної власності: проблеми вступу до СОТ: матеріали слухань у Комітеті з питань науки і освіти Верховної Ради України / упоряд. Г. О. Андрощук. – К.: Парламентське видавництво, 2002. – С. 24.

<sup>8</sup> Демченко Т. С. Правова охорона загальновідомих і знаменитих знаків у міжнародній практиці та в Україні / Л. Д. Демченко // Вісник господарського судочинства. – 2001. – № 3. – С. 204.

<sup>9</sup> Романадзе Л. Д. Захист прав на торговельні марки у міжнародному приватному праві [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Л. Д. Романадзе; Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2008. – С. 32–33.

<sup>10</sup> Phan Ngoc, T. Вказана праця. – P. 56.

<sup>11</sup> Кулібаба В. С. Щодо поняття бренду / В. С. Кулібаба // Актуальні проблеми держави і права. – 2009. – Вип. 51. – С. 193.

<sup>12</sup> Зозульов О. В. Брендинг та антибрендинг: що вибрати в Україні? / О. В. Зозульов // Маркетинг в Україні. – 2002. – № 4 (14). – С. 26–28.

<sup>13</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>14</sup> Дмитришин В. С. Проблемні питання передавання прав на добре відомі знаки в Україні / В. С. Дмитришин // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2014. – № 4. – Т. 1. – С. 117–120.

<sup>15</sup> Козинець А. О. Специфіка законодавчого регулювання договорів у сфері розпорядження правами на торговельні марки / А. О. Козинець // Часопис Академії Прокуратури України. – 2015. – № 1. – С. 104.

<sup>16</sup> Добрянська Ю. О. Дослідження сучасного стану франчайзингу в Україні / Ю. О. Добрянська, А. В. П'ячечна, Н. С. Косар // Миколаївський національний університет імені В. О. Сухомлинського. – 2015. – № 7. – С. 123.

#### Резюме

**Федорова Д. О. Проблеми правового регулювання розпорядження правами на добре відомі торговельні марки в Україні.**

Розглянуто специфіку добре відомих торговельних марок. Проведено аналіз правового регулювання укладення договорів щодо даного об'єкта інтелектуальної власності. Сформульовано пропозиції стосовно удосконалення законодавства в даній сфері.

**Ключові слова:** добре відома торговельна марка, бренд, розпорядження правами, майнові права, цивільне законодавство.

#### Резюме

**Федорова Д. О. Проблемы правового регулирования распоряжения правами на хорошо известные торговые марки в Украине.**

Рассмотрена специфика хорошо известных торговых марок. Проведен анализ правового регулирования заключения договоров, предметом которых является указанный объект интеллектуальной собственности. Сформулированы предложения по усовершенствованию законодательства в данной сфере.

**Ключевые слова:** хорошо известная торговая марка, распоряжение правами, имущественные права, гражданское законодательство.

#### Summary

**Fedorova D. Problems of legal regulation of rights disposal to well-known trademarks in Ukraine.**

In the article the specificity of well-known trademarks is considered. The legal regulations of contracts on intellectual property are analysed. The improvements of legislation about the issues are offered.

**Key words:** well-known trade name, brand, disposal of rights, property rights, civil law.

## В. І. ШКОЛЬНИКОВ

*Владислав Ігорович Школьніков, студент магістратури Національної академії внутрішніх справ*

**ЗАСТОСУВАННЯ НЕГЛАСНИХ МЕТОДІВ РОЗСЛІДУВАННЯ  
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД**

У сучасних умовах реформування та вдосконалення чинного кримінального процесуального законодавства вітчизняні науковці й законодавці дедалі частіше звертаються за досвідом світової практики розроблення і застосування процесуальних норм в кримінальному судочинстві, в т.ч. країн Європейського Союзу та США. Проведення негласних слідчих (розшукових) дій забезпечує швидке й ефективне збирання інформації про вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів. Особливого значення для слідчого має НС(Р)Д, що проводяться під час досудового розслідування кримінальних правопорушень економічної та корупційної спрямованості, а також вчинених злочинними організаціями. Тенденції реформування правоохоронної системи, особливо Національної поліції, зводяться до запровадження інституту детективів – суть якої полягає в поєднанні кримінально-процесуального статусу слідчого та оперативного працівника. Дана новація повинна стати ефективним способом економії процесуальних затрат на досудове розслідування, підвищення ефективності не тільки розслідування, а й попередження злочинності. Тому при запровадженні інституту детективів чинний Кримінальний процесуальний кодекс України, особливо глава XXI «Негласні слідчі (розшукові) дії», мають бути комплексно реформованими та вдосконаленими.

Новаційність глави 21 КПК України, небагата практика застосування НС(Р)Д в діяльності органів досудового розслідування викликають широкий інтерес у таких науковців, як Ю. П. Аленін, Б. І. Бараненко, О. А. Білічак, В. О. Глушков, С. О. Гриненко, В. А. Колесник, С. С. Кудінов, М. А. Погорельський, Р. М. Шехавцов, М. Є. Шумило та ін. Внесок даних вчених у розвиток інституту НС(Р)Д в частині підготовки, проведення та використання отриманих результатів є вагомим та цінним. Разом із тим у працях досить ретельно застосовувався компаративістський метод для дослідження найбільш вагомих для вітчизняного законодавства правових норм зарубіжних країн, які потенційно можливо запровадити в систему чинного кримінального процесуального законодавства України.

**Метою** статті є аналіз зарубіжного законодавства в сфері кримінально-процесуального порядку використання негласних методів розслідування під час досудового розслідування, а також надання пропозиції щодо вдосконалення процесуального порядку проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Більше ніж сторічний досвід правоохоронних органів США боротьби з організованою злочинністю та події 11 вересня 2001 р. показали американському уряду та парламенту важливість використання негласних методів у виявленні, розкритті та розслідуванні найбільш тяжких злочинів. Окремий розділ XVIII Зводу законів США регламентує дії спецслужб та правоохоронних органів, що стосуються доступу до ліній комунікацій (телеграф, телефон, радіо, комп'ютерний зв'язок) з метою одержання контррозвідвальних даних; перехоплення радіотелекомунікаційних ліній; здійснення технічних засобів перехоплення, їхнього поширення і володіння ними; одержання дозволу на використання оперативно-технічних засобів на території США, а також на їхнє використання проти американських громадян; процедури використання техніки перехоплення; захисту від незаконного зняття інформації, доступу співробітників урядових органів до банку даних і обліків використання радіоелектронних засобів зв'язку; розкриття поштових відправлень тощо<sup>1</sup>.

Особливістю правоохоронної системи США є децентралізація органів поліції та наявність спеціально уповноважених правоохоронних органів, які займаються розслідуванням злочинів на федеральному рівні. Наприклад, такими органами є Федеральне бюро розслідувань, Адміністрація США з питань боротьби з незаконним обігом наркотиків – АБНОН (DEA), Служба маршалів США, Управління Генерального інспектора Міністерства юстиції США та інші.

До компетенції ФБР віднесено розслідування понад 200 злочинів, передбачених відповідними статтями федерального кримінального законодавства США<sup>2</sup>. ФБР розслідує злочини загальнокримінальної спрямованості, що вчинені організованими злочинними групами, або які завдають найбільш істотну шкоду безпеці громадян США на федеральному рівні, або створюють загрозу існування всього суспільства (наприклад, тероризм або інші дії, спрямовані на масову руйнацію суспільних благ).

У США існує три етапи розслідування: 1) швидка та вкрай обмежена перевірка інформації; 2) попереднє розслідування та 3) повне розслідування. На першому етапі перевіряється отримана інформація та встановлюється, чи виправдано проводити попереднє або повне розслідування. Як правило, в діяльності ФБР даний етап широко застосовується під час перевірки інформації про вчинення злочинів корупційної спрямованості, коли відсутні заяви від потерпілої особи, а інформація, яку отримує агент ФБР, надходить від джерела невідомої надійності.

Наступний етап проводиться, якщо є перевірена з першого етапу інформація або заява, які вказують на можливість злочинної діяльності або вимагають від агента ФБР подальшої розробки такої інформації за умови її неповноти, але достовірності. На даному етапі Інструкція Генерального аторнея (прокурора) США від 30 травня 2002 р. «Про порядок розслідування у справах про загальнокримінальні злочини, діяльність підприємств, організовану злочинність, внутрішню безпеку і тероризм»<sup>3</sup> (далі – *Інструкція*) дозволяє застосовувати широкий спектр методів розслідування, але суворо забороняє проводити такі негласні методи, як відкриття пошти та втручання у приватне спілкування за допомогою електронних засобів без відома особи, а також інші негласні методи розслідування, визначені розділом XVIII главою СХІХ Кодексу США (§ 2510–2522).

Етап повного розслідування проводиться, коли злочин федерального значення було вчинено, або дана протиправна дія вчиняється, або точно буде вчинена через деякий час. Згідно з Інструкцією існує два типи повного розслідування: розслідування злочинів загальнокримінальної спрямованості та кримінальна розвідка.

Перший тип розслідування проводиться з метою попередження майбутньої злочинної діяльності та розслідування вже вчинених злочинів.

Безпосередньою метою другого типу розслідування є отримання інформації про походження та структуру підприємств, а також дані про членів товариства, розмір доходів та сферу впливу даної організації за територіальним критерієм з метою попередження, виявлення та розслідування злочинної діяльності даного підприємства. Як правило, кримінальна розвідка проводиться для попередження терористичних актів. В свою чергу даний тип розслідування – кримінальна розвідка – поділяється на розслідування фактів організованих форм вчинення злочинів, які визначені в законі РІКО (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act) та на розслідування дій організації, пов'язаних з тероризмом, із застосування негласних методів визначених федеральним законом «USA PATRIOT Act» (англ. «Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001»; укр. «Акт про згуртування і зміцнення Америки шляхом забезпечення належними засобами, необхідними для припинення та перешкоджання тероризму 2001 року»).

При проведенні повного розслідування дозволяється застосовувати усі негласні методи розслідування, такі як: використання конфіденційного співробітництва; агентурна робота та проведення операції під прикриттям; втручання в телефонні перемовини, особисте спілкування та електронну переписку (втручання у приватне спілкування за допомогою електронних засобів без відома осіб); консенсуальне електронне підслуховування (з відома та на прохання особи, яка підозрює настання небезпечних для неї наслідків або вчинення стосовно неї злочину та звертається офіційно з цього приводу до правоохоронного органу); встановлення автоматичного пристрою, що реєструє телефонні номери, інші електронні дії, які можуть ідентифікувати та встановити абонентський номер, IP адреса чи інші індивідуальні ознаки первинного джерела надходження такої інформації без запису змісту повідомлення чи розмови; моніторинг електронних інформаційних систем, доступ до яких не обмежується володільцем; візуальне, аудіо- та відеоспостереження за особою.

Більш того, Інструкція визначає інші негласні методи розслідування під час повного розслідування дій організацій, пов'язаних з тероризмом: відвідування місць і подій, які відкриті для громадськості з метою виявлення чи попередження терористичних актів; вивчення доступних інформаційних джерел (Інтернет, ЗМІ тощо), наприклад, з метою виявлення в мережі Інтернет слів «сибірська виразка» або «віспа» з метою ідентифікації особи, яка може бути залученою до проведення біотерористичних атак; моніторинг Інтернет-сторінок, які є загальнодоступними для кожного, в ролі звичайного користувача мережі для ідентифікації веб-сайтів, оголошень та чатів, в яких містяться інструкції з виготовлення бомби, матеріали з дитячою порнографією або інформація про продаж викрадених кредитних карток для подальшого встановлення фактів терористичної діяльності або іншої злочинної діяльності.

Усі негласні методи розслідування повинні застосовуватися відповідно до законодавства США. Наприклад, використання конфіденційного співробітництва регламентується Інструкцією Генерального аторнея США з використання інформаторів; агентурна робота та проведення операції під прикриттям – Інструкцією Генерального аторнея США про порядок проведення секретних операцій Федеральним бюро розслідувань.

Інші негласні методи розслідування повинні проводитися суворо відповідно до вимог розділу XVIII глави СХІХ Кодексу США. Так, втручання у приватне спілкування за допомогою електронних засобів без відома особи (ст.ст. 2510–2522), встановлення автоматичного пристрою, що реєструє телефонні номери, інші електронні дії, які можуть ідентифікувати та встановити абонентський номер, IP адреса чи інші індивідуальні ознаки первинного джерела надходження такої інформації без запису змісту повідомлення чи розмови (ст.ст. 3121–3127) проводяться відповідно до визначених у даних статтях процесуальних процедур та вимог. Крім того, такий негласний метод розслідування, як втручання у приватне спілкування за допомогою електронних засобів без відома особи, регламентується і розділом III закону «Про контроль за злочинністю і безпекою вулиць» від 1968 року. Всі інші методи негласного розслідування визначаються Інструкціями Генерального аторнея США, які обов'язково публічно оприлюднюються та є у вільному доступі для кожного громадянина США з метою гарантування останнім дотримання їхніх прав, свобод та законних інтересів, визначених Конституцією США.

На нашу думку, недоліком законодавства США в сфері врегулювання негласних методів розслідування є недостатня регламентація порядку проведення відеозапису через те, що поправка до Конституції США не розглядає візуальне спостереження без звукового супроводу як порушення прав громадян та як вторгнення в особисте життя й приватне спілкування особи.

У Федеративній Республіці Німеччина проведення негласних методів розслідування регламентується Кримінальним процесуальним кодексом від 1 лютого 1977 р.<sup>4</sup>, до якого були внесені суттєві зміни та доповнення законами «Про боротьбу з нелегальною торгівлею наркотиками та іншими формами організованої злочинності» від 15 липня 1992 р., «Про боротьбу з організованою злочинністю» від 4 травня 1998 р. тощо. Так, КПК ФРН регламентує порядок проведення контролю над засобами телекомунікації (§ 100а, § 100b КПК ФРН). У § 100с КПК ФРН визначено перелік заходів, які проводяться без відома особи – це відео- та фотозапис, використання інших призначених для спостереження спеціальних технічних засобів як в публічно доступних місцях, так і в жилу приміщенні особи. Особливостями даних негласних методів розслідування згідно з вимогою КПК ФРН є:

1) виключно застосовуються стосовно «beschuldigter»<sup>5</sup>, але за наявності певних умов, визначених § 100с КПК ФРН, дані заходи можуть застосовуватися і до інших осіб (наприклад, за умови встановлення тісного зв'язку даної особи з злочинцем);

2) дані заходи можуть проводитися за умови неминучого порушення законних прав, свобод і інтересів непричетних до злочину третіх осіб;

3) чіткий перелік злочинів, у вчиненні яких повинна підозрюватися особа, та в рамках досудового розслідування яких можливо проводити дані заходи;

4) якщо з'ясування обставин справи або встановлення місця перебування злочинця іншим способом є менш перспективним або більш ускладненим;

5) розпорядження про проведення даних заходів відповідно до § 100с КПК ФРН може бути віддано тільки суддею, в разі небезпеки зволікання – також прокуратурою і службовим особам, які надають допомогу в роботі прокуратури.

КПК ФРН регламентує порядок проведення негласних заходів із встановлення мобільного номера та місцезнаходження активованого мобільного телефону.

У випадку встановлення факту вчинення тяжкого злочину в сфері незаконного обігу наркотиків та зброї, підrobки грошей чи інших знаків оплати, охорони держави або якщо такий тяжкий злочин вчинений членом банди (організованої злочинної групи) § 110а КПК ФРН регламентує використання з дозволу прокуратури скритого дiзнавача<sup>6</sup>.

Крім того, за рішенням судді (в разі небезпеки зволікання – також прокуратурою і службовим особам, які надають допомогу в роботі прокуратури) можуть виставлятися контрольні пости на вулицях та площах (§ 111 КПК ФРН) з метою затримки злочинця чи збору доказів злочинної діяльності останнього.

Як свідчить КПК ФРН, детальний опис та регламентація випадків використання негласних методів розслідування створює додаткові гарантії захисту прав, свобод та законних інтересів громадян, але якщо йдеться про вчинення тяжкого злочину, то КПК ФРН дозволяє працівникам поліції<sup>7</sup> проводити негласні заходи за умови неминучого порушення прав непричетних до злочину третіх осіб. Відповідно до вимог КПК України та практики діяльності працівників правоохоронних органів відеоконтроль особи здійснюється лише з метою спостереження за діями, розмовами, поведінкою особи, щодо якої суд надав ухвалу на проведення такої НС(Р)Д, як відеоконтроль особи (ст. 260 КПК України), та іншими особами, які контактують з вищевказаною особою у зв'язку з їх спільною протиправною діяльністю. В свою чергу, це обмежує працівника правоохоронних органів, який проводить відеоконтроль особи, у фіксації протиправної діяльності злочинця між іншими особами (наприклад, близькі родичі злочинця), які на перший погляд не мають причетності до злочинної діяльності, але приховано могли здійснювати пособництво чи підбурювання.

Закон Великої Британії від 28 липня 2000 р. «Про регламентацію повноважень із розслідування»<sup>8</sup> регламентує підстави, умови й порядок санкціонування та проведення негласних методів розслідування на основі узагальнення і кодифікації попереднього, статутного та прецедентного права з урахуванням прийнятих рішень Європейським судом з прав людини. Зазначений нормативно-правовий акт регламентує порядок прослуховування телефонних розмов, контролю за поштовими, телеграфними та іншими повідомленнями, зняття інформації з технічних каналів зв'язку. У зв'язку зі складною правовою системою Великобританії виникали інциденти, які свідчили про непорозуміння судової практики із законодавством Великобританії.

Так, Європейський суд з прав людини у справі Малоун проти Великої Британії від 26 квітні 1985 р. (Malone v. the United Kingdom) підтвердив законність рішення суду Великої Британії про визнання прослуховування телефонних розмов Малоуна столичною поліцією правомірним, але зауважив, що законодавство Великої Британії не містить досить чіткого правового регулювання прослуховування телефонних розмов, що не створює достатніх гарантій від незаконного їх прослуховування, вказавши при цьому, що й правозастосовна практика в Англії та Уельсі щодо прослуховування телефонних розмов не перебуває у узгодженості з законом<sup>9</sup>.

Потрібно зазначити, що кожна модель кримінального процесу має свої переваги та недоліки, які слід враховувати при реформуванні вітчизняного кримінального процесуального законодавства. В сучасних умовах тероризм, корупція, фінансові шахрайства, діяльність організованих злочинних груп створюють загрозу не лише безпеці громадян, а й національному суверенітету держав, тому при визначенні процесуального порядку проведення негласних методів розслідування проблемою виступає досягнення компромісу між дотриманням прав, свобод і законних інтересів громадян та ефективним отриманням відомостей про суспільно небезпечні протиправні діяння, які вже завдали або можуть завдати істотної шкоди суспільству та державі.

Досвід Великобританії доводить, що негласні методи розслідування повинні чітко регламентуватися законодавством з метою дотримання працівниками правоохоронних органів прав, свобод і законних інтересів громадян. Позитивним прикладом для України є загальнодоступність законодавства США в сфері регламентації використання конфіденційного співробітництва, агентурної роботи та проведенні операції під прикриттям. Крім того, законодавче визначення негласних методів розслідування в ФРН показує нам, що порядок проведення деяких НС(Р)Д бажано вдосконалити (наприклад, імплементація досвіду ФРН в ст. 260 КПК України «Аудіо-, відеоконтроль особи»).

Також подальшого наукового розроблення потребує питання вдосконалення процесуального порядку доступу до публічних місць працівниками правоохоронних органів України з метою своєчасного запобігання, розкриття та розслідування кримінальних правопорушень, які вчиняються учасниками терористичних угруповань чи інших організованих злочинних груп.

<sup>1</sup> Погорецький М. А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі : моногр. / М. А. Погорецький. – Х. : Аpcic, ЛТД, 2007. – С. 87.

<sup>2</sup> Там само. – С. 86.

<sup>3</sup> The Attorney General's guidelines on Federal Bureau of Investigation on general crimes, racketeering enterprise and terrorism enterprise investigation : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.justice.gov/ag/attorney-generals-guidelines-general-crimes-racketeering-enterprise-and-domestic>

<sup>4</sup> Уголовно-процесуальный кодекс ФРГ. Рабочий перевод Германского Фонда международного сотрудничества и Организации безопасности и сотрудничества в Европе : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltext/vstgbluss.pdf>

<sup>5</sup> У КПК ФРН використовуються чотири терміни, які визначають зміст понять «підозрюваний», «обвинувачений» і «підсудний». «Beschuldigter» – це обвинувачений, проти якого ще не висунуто публічне обвинувачення, але вже проводиться кримінальне провадження.

<sup>6</sup> Згідно з абз. 2 § 110а КПК ФРН скритим дізнавачем є службова особа поліції, яка веде розслідування на основі наданої їм на тривалий час зміненої ідентичності (легенди).

<sup>7</sup> Специфікою кримінального процесу ФРН є те, що досудове (попереднє) розслідування за КПК ФРН проводиться у формі прокурорського дізнання, під час якого чини поліції під керівництвом прокурора збирають матеріали про обставини вчинення кримінального діяння, на підставі яких прокурором приймається рішення про порушення публічного обвинувачення в суді або про закриття справи.

<sup>8</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000 // The Public General Acts and General Synod Measures. – London: HMSO, 2001. – Ch. 23.

<sup>9</sup> Malone v. the United Kingdom (Article 50), judgment of 26 April 1985, Series A no. 95 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int/ECHR/SiteMap.aspx>

#### Резюме

##### **Школьніков В. І. Застосування негласних методів розслідування у кримінальному процесі: зарубіжний досвід.**

У науковій статті описано правове регулювання використання негласних методів розслідування в США, Великобританії та Німеччині. Автор проаналізував позитивні та негативні сторони процесуального порядку використання негласних методів розслідування в іноземних державах. Зроблено спробу провести порівняльний аналіз українського та зарубіжного законодавства. У результаті визначено позитивні та негативні сторони процесуального порядку використання негласних методів розслідування в іноземних державах. Надано пропозиції з удосконалення Кримінального процесуального кодексу України.

**Ключові слова:** негласний метод розслідування, кримінальний процес, досудове розслідування, негласні слідчі (розшукові) дії, Кримінальний процесуальний кодекс України.

#### Резюме

##### **Школьніков В. И. Применение негласных методов расследования в уголовном процессе: зарубежный опыт.**

В научной статье описано правовое регулирование использования негласных методов расследования в США, Великобритании и Германии. Автор проанализировал положительные и отрицательные стороны процессуального порядка использования негласных методов расследования в иностранных государствах. Сделана попытка провести сравнительный анализ украинского и зарубежного законодательства. В результате определены положительные и негативные стороны процессуального порядка использования негласных методов расследования в иностранных государствах. Сделаны предложения по усовершенствованию Уголовного процессуального кодекса Украины.

**Ключевые слова:** негласный метод расследования, уголовный процесс, досудебное расследование, негласные следственные (розыскные) действия, Уголовный процессуальный кодекс Украины.

#### Summary

##### **Shkolnikov V. The application of covert investigative techniques in the criminal proceedings: foreign experience.**

The legal regulation in USA, the Great Britain and Germany in the field of the conduction of covert investigative techniques has been described. The author has attempted a comparative analysis of Ukrainian and foreign legislation. Detailed attention in criminal proceedings of foreign countries is given to the use of covert investigative techniques. The legislator of foreign countries considers that covert investigative techniques are one of the most effective methods of fighting serious crimes.

**Key words:** covert investigative techniques, criminal proceedings, pre-trial investigation, covert investigative (detective) actions, Criminal Procedure Code of Ukraine.

О. С. ШРАМОВА

Олександра Сергіївна Шрамова, студентка магістратури Київського національного університету імені Тараса Шевченка

## ЗДАТНІСТЬ ДИТИНИ НА ПРЕНАТАЛЬНІЙ СТАДІЇ РОЗВИТКУ БУТИ НОСІЄМ СУБ'ЄКТИВНИХ ПРАВ І ОBOB'ЯЗКІВ (ПРЕНАТАЛЬНА ПРАВозДАТНІСТЬ)

Уже понад 30 років дитина на пренатальній стадії розвитку виступає самостійним пацієнтом для медицини, однак жодних прав пацієнта за нею не закріплено. З позицій природного права можна говорити про наявність у дитини на пренатальній стадії розвитку природних прав на життя, здоров'я, людську гідність, батьківське піклування, власність тощо, однак юридична наука до сьогодні не визначила шляхи визнання та закріплення таких прав за дитиною на пренатальній стадії розвитку.

Деякі аспекти здатності дитини на пренатальній стадії розвитку бути носієм суб'єктивних прав і обов'язків розглядалися такими авторами, як В. П. Малахов, А. В. Трапезнікова, Т. В. Водоп'ян, Л. О. Ертель, Н. І. Бесєдкіна, Л. Д. Любич та ін.

**Метою цієї статті** є обґрунтувати можливість дитини на пренатальній стадії розвитку бути носієм прав і обов'язків та визначити основні характеристики такої здатності, запропонувати поняття для позначення здатності дитини на пренатальній стадії розвитку бути носієм прав і обов'язків, проаналізувати особливості співвідношення прав дитини на пренатальній стадії розвитку з правами її вагітної матері.

Правоздатність у її загальному розумінні означає здатність особи мати права і обов'язки. Зазвичай вчені при дослідженні правоздатності обов'язково приділяють увагу сутності родового для неї поняття здатності. Зокрема, Т. Ю. Удовиченко зазначала: «Необхідно мати на увазі не лише можливість (що містить в собі суб'єктивний і дозвільний моменти, що витікають з існуючого порядку в суспільстві), а й здатність (що передбачає особистісні якості громадянина) мати права і нести обов'язки»<sup>1</sup>.

Саме суб'єктивна складова правоздатності зазвичай виступає головним аргументом проти визнання правоздатності дитини на пренатальній стадії розвитку. Між тим, останні дослідження вказують на тенденцію перегляду усталеного в юриспруденції поняття правоздатності як такого. Якщо класичне розуміння правоздатності передбачає «рівну і повну (за обсягом) правоздатність для всіх громадян»<sup>2</sup>, то сучасні вчені, аналізуючи обсяг і зміст правоздатності, доходять інших висновків. Так, російський доктор юридичних наук, професор В. П. Малахов, розмірковуючи про сутність правоздатності, зокрема, зазначає: «...правоздатністю юридична наука і практика наділяє людину з моменту її народження або навіть до нього... чи можна тоді взагалі говорити про здатність в точному сенсі? Навряд. Користуючись незграбною матрицею словотворення, що склалася в юридичній теорії щодо нашого предмета, можна припустити, що йдеться швидше за все не про правоздатність, а, умовно кажучи, про правонаділеність або правовизначеність людини, включення її, поза її волею і свідомістю, у поле дії права»<sup>3</sup>.

Інша російська вчена С. А. Сулейманова у своєму дисертаційному дослідженні обґрунтовує існування не лише часткової діездатності, а й часткової правоздатності, яку визначає як «здатність неповнолітніх громадян мати деякі цивільні права і нести обов'язки не з моменту народження, а з досягненням встановленого законом віку»<sup>4</sup>. До цієї точки зору приєднується і А. В. Трапезнікова<sup>5</sup>. Дійсно, визнання саме народження людини моментом виникнення правоздатності у повному її обсязі є умовним, адже реальну здатність набувати прав і обов'язків дитина набуває поступово до досягнення нею 18-річного віку.

Слід зазначити, що стосовно дитини на пренатальній стадії розвитку в юридичній науці деяких країн (Японія, Німеччина) на відміну від безумовної правоздатності народженої людини пропонувався концепт *умовної правоздатності* – тобто такої правоздатності, що виникне в майбутньому за тієї умови, що дитина народиться, і народиться живою<sup>6</sup>. Так, Т. В. Водоп'ян зазначає: «У деяких випадках закон встановлює охорону майбутньої, тобто такої, що ще не настала, правоздатності, охорону інтересів суб'єкта права, що ще не з'явився»<sup>7</sup>. Йдеться про участь дитини на пренатальній стадії розвитку у спадкових відносинах, що регулюються Цивільним кодексом України. Автор продовжує: «Для того, щоб усунути видимість колізії наведених норм, проводили розмежування понять «правоздатність» і «охорона прав фізичної особи». Тоді все ніби ставало на свої місця: правоздатність виникає тільки з моменту народження. А до моменту можливого народження дитини, зачатої за життя спадкодавця, що помер (постума), закон передбачає лише охорону прав такої дитини. Саме у такому сенсі й було сформульоване ... правило ст. 25 ЦК України»<sup>8</sup>.

Схожу думку висловив і ЄСПЛ, припустивши, що ембріон/плід є «потенційно здатним стати людською істотою»<sup>9</sup>. Втім, не можна не погодитись із окремою думкою згоди судді ЄСПЛ Жана-Поля Коста (Франція), до якої приєднався суддя Крістак Трайя (Албанія) у справі Во проти Франції: «Сказати (як це зробив Комітет з моменту висловлення вперше своєї думки у 1984 р.), що «ембріон має бути визнаний потенційною людсь-

кою істотою» не вирішує проблеми, оскільки істота, що визнана потенційною, не обов'язково є істотою і може, фактично, при застосуванні від зворотного, не бути істотою. Щодо життя і, відповідно, точки, з якої життя починається, у кожного є своє власне сприйняття. З цього випливає, що, можливо, існує право потенційної особи на потенційне життя; для юристів, однак, існує цілий світ різниці між потенційним і дійсним»<sup>10</sup>.

Таким чином, концепція умовної правоздатності передбачає, що вона потенційно може виникнути у разі народження дитини живою, але до моменту народження дитини правоздатності взагалі і прав зокрема у дитини на пренатальній стадії розвитку немає, що суперечить нашому попередньому висновку щодо наділеності дитини на пренатальній стадії розвитку природними правами в силу її приналежності до людської раси. У цьому відношенні видається доречним процитувати прекрасні слова І. Канта, який зазначав: «Знання закладає в собі брехню, якщо воно не погоджується з тим предметом, до якого належить»<sup>11</sup>.

Підсумовуючи сказане щодо концепту умовної правоздатності дитини на пренатальній стадії розвитку, підкреслимо, що зазначена теоретична конструкція є тимчасовим відстроченням наукового і законодавчого рішення щодо належного, справедливого смислового наповнення правового статусу дитини на пренатальній стадії розвитку, яка об'єктивно існує у фізичному світі на відрізок часу від зачаття до народження.

Слід вказати на ще одну тенденцію щодо зміщення думок з позицій розгляду правоздатності як суспільно-юридичного явища до позицій розгляду її в якості природно-правового явища. Так, В. П. Малахов визначає правоздатність як «здатність природно-правового плану, оскільки вона з'являється в людині об'єктивно, в силу самого факту народження або навіть внутрішньоутробного розвитку»<sup>12</sup>.

Рядом вчених, зокрема Л. О. Ертель, Л. Д. Любич, Н. І. Беседкіною було здійснено спроби визначення обсягу правоздатності дитини на пренатальній стадії розвитку. Російською вченою Л. О. Ертель у дисертації на здобуття наукового ступеня доктора медичних наук на тему «Автономія дитини як пацієнта в педіатрії і неонатології» запропоновано Основи законодавства про охорону здоров'я громадян Росії доповнити розділом «Права ембріону і плоду», в якому гарантувати: право на народження, захист від клінічних випробувань, відтерміновану компенсацію шкоди, нанесеної в утробі матері, а також відтерміновану компенсацію шкоди, нанесеної в процесі пологів<sup>13</sup>. Н. І. Беседкіна пропонує доповнити Федеральний закон РФ «Про гарантії прав дитини в Російській Федерації» главою, що регулює права ненародженої дитини – як майнові, так і немайнові<sup>14</sup>. На користь надання дитині на пренатальній стадії розвитку статусу суб'єкта права висловлюється і Л. Д. Любич: «Ненароджена дитина має потенційну здатність реалізовувати свої права й обов'язки після свого народження, а особисті немайнові права (базовий елемент правового статусу – право на життя, право на повагу до своєї гідності) – з моменту зачаття, а тому їй має бути надано статус суб'єкта права»<sup>15</sup>.

Зазначимо, що кожна з учених висловлюється не на користь визнання за дитиною на пренатальній стадії розвитку правоздатності, тотожної правоздатності народженої людини, а на користь визнання і гарантування певного обсягу прав, належного саме цьому суб'єкту з урахуванням особливостей, зумовлених перебуванням на пренатальній стадії розвитку. Отже, перед нами сьогодні постає виклик формулювання такого концепту правоздатності дитини на пренатальній стадії розвитку, який врахує всі відомі особливості, притаманні дитині і її становищу від зачаття до народження, адже, як зазначає С. І. Шимон, будь-які рішення щодо визнання людиною дитини, яка зачата, але ще не народилася, на рівні правових відносин в межах відомих правових конструкцій видаються дуже вразливими<sup>16</sup>.

Обсяг правоздатності дитини на пренатальній стадії розвитку є меншим, ніж обсяг правоздатності людини, яка вже народжена, тобто правоздатність дитини на пренатальній стадії розвитку є обмеженою в силу цілого ряду причин: а) меншого обсягу у її складі обов'язків; б) належності дитині на пренатальній стадії розвитку меншого обсягу прав (наприклад, відсутність політичних прав); в) меншого ступеня абсолютизації прав дитини на пренатальній стадії розвитку.

З цього випливає, що характерному і властивому лише дитині на пренатальній стадії розвитку обсягу правоздатності відповідає поняття «обмежена правоздатність». Однак припускаємо, що такий термін може йти врозрід з усталеною точкою зору про неможливість обмеження правоздатності, а тому пропонуємо застосовувати термін «пренатальна правоздатність», під яким розуміти здатність дитини на пренатальній стадії розвитку мати права і обов'язки.

Оскільки ключовим наріжним каменем визнання за дитиною на пренатальній стадії розвитку є можливість їх конфлікту з правами вагітної матері, слід проаналізувати їх співвідношення.

У справі *Brüggemann and Scheuten v. Germany* Комісія Європейського суду з прав людини зазначила: «... не можна сказати, що вагітність належить винятково до сфери приватного життя. Всякого разу, коли жінка є вагітною, її приватне життя стає тісно пов'язаним із плодом, що розвивається»<sup>17</sup>. У справі *X v. the United Kingdom* Комісія ЄСПЛ здійснила спробу проаналізувати, чи мала ст. 2 Конвенції «тлумачитися як така, що взагалі не поширює свою дію на плід; як така що визнає «право на життя» плоду з певними обмеженнями; або як така, що визнає абсолютне «право на життя» плоду». Комісія категорично відкинула третій варіант тлумачення з причини необхідності захисту материнського життя, яке нерозривно пов'язане з життям ненародженої дитини: «Життя» плоду тісно пов'язане і не може розглядатися в ізоляції від життя вагітної жінки. Якби ст. 2 Конвенції поширювала свою дію на плід і його захист цією статтею не був обмеженим і розглядався як абсолютний, то аборт слід було б вважати забороненим навіть в тому випадку, якщо продовження вагітності передбачало б серйозний ризик для життя вагітної жінки. Це б означало, що «ненароджене життя» плоду несе більшу цінність, ніж життя вагітної матері»<sup>18</sup>. З приводу ж перших двох варіантів тлумачення ст. 2 Конвенції щодо плоду Комісія свою думку не висловила.

Таким чином, ЄСПЛ зачепив питання ступеня абсолютизації прав дитини, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку. Як відомо, ступінь абсолютизації є одним із критеріїв класифікації прав людини, за яким останні поділяються на абсолютні й відносні, тобто такі, що можуть зазнавати справедливих законодавчих обмежень. Як зазначає Є. С. Грецова, існують права, що можуть бути обмежені в звичайних умовах, однак існують такі права і свободи, що не підлягають ніяким обмеженням (право не наражатися на тортури та нелюдське чи таке, що принижує гідність, ставлення чи покарання, свобода від рабства чи підневільного стану, право на захист порушених прав і свобод) і такі права та свободи, що допускають можливість обмеження (наприклад, право на недоторканність житла і таємниці листування, право на свободу зібрань і об'єднань тощо)<sup>19</sup>.

Не вдаючись до детального аналізу змісту категорій «абсолютні права» та «відносні права», зупинимося на тезі про те, що всі права можна класифікувати за критерієм ступеня абсолютизації на абсолютні і відносні. При цьому вагітна матір може мати як абсолютні, так і відносні права відповідно до законодавства.

Щодо дитини, яка знаходиться на пренатальній стадії розвитку, то до моменту досягнення нею життєздатності, яким в Україні офіційно визнається 22-тижневий термін вагітності, говорити про наявність у неї абсолютного права на життя не уявляється можливим. Так, при виникненні конфлікту між абсолютним правом вагітної матері на життя з правом на життя дитини, що знаходиться в її утробі і не досягла життєздатності, абсолютне право на життя дитини не дозволить перервати вагітність і в результаті призведе до загибелі і матері, і дитини, яка не може поки що вижити поза утробою матері.

Інша ситуація складається, якщо конфлікт виникає між обмеженим правом матері та обмеженим правом дитини на терміні до 22 тижнів вагітності. Прикладом такого конфлікту може бути право на життя дитини, що знаходиться на пренатальній стадії розвитку – обмежене, оскільки абсолютним воно бути не може, і право жінки на повагу до її приватного життя, що захищається ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод<sup>20</sup>. Вказане право також є обмеженим в силу ч. 2 вказаної статті, де зазначено про можливість втручання органів державної влади у здійснення права на повагу до приватного життя, коли таке втручання здійснюється відповідно до закону і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб<sup>21</sup>.

У такому випадку, очевидно, має бути знайдено справедливу межу, баланс права дитини на життя і права матері на повагу до приватного життя.

Втім, ситуація змінюється з моменту досягнення дитиною стану життєздатності у 22 тижні вагітності, коли дитина вже може існувати автономно від тіла матері, хоча і не без сторонньої допомоги. З цього моменту справедливо видається поява у дитини абсолютних прав, адже у випадку виникнення конфлікту абсолютного права вагітної матері з абсолютним правом дитини в утробі існує можливість стимулювання передчасних пологів з подальшим наданням дитині медичної допомоги.

У випадку ж конфлікту абсолютного права дитини з обмеженим правом матері переважати має абсолютне право дитини. Наприклад, абсолютне право на життя дитини має перевагу над обмеженим правом жінки на повагу до приватного життя. Слід зазначити, що законодавством України опосередковано підтверджено справедливість такого підходу, адже штучне переривання вагітності після 22 тижнів законодавством не передбачено. Водночас немає і прямого закріплення абсолютних прав дитини в утробі після 22 тижнів вагітності, що слід розглядати як недолік.

Якщо ж обмежене право дитини вступає в конфлікт з обмеженим правом матері на терміні пізніше 22 тижня вагітності, знову має бути знайдено справедливе співвідношення цих прав. До прикладу, право дитини в утробі на охорону здоров'я може суперечити праву матері вести неправильний спосіб життя (вживати алкоголь, тютюн, наркотичні речовини тощо), яке є складовою права на повагу до приватного життя. У такому випадку перевагу, на нашу думку, слід надати праву дитини на охорону здоров'я, оскільки існує необхідність захисту вразливого суб'єкта – дитини на пренатальній стадії розвитку.

Таким чином, складовою пренатальної правоздатності є специфічний обсяг прав, змістовні характеристики якого залежать від досягнення дитиною на пренатальній стадії розвитку життєздатності. Для позначення цієї групи прав, що мають особливості, зумовлені стадією розвитку дитини, пропонуємо використовувати термін «пренатальні права».

Другою складовою пренатальної правоздатності мають бути обов'язки, які за логікою мають бути позначені терміном «пренатальні обов'язки». При цьому одразу ж постає питання – чи може дитина на пренатальній стадії розвитку взагалі мати обов'язки?

Звісно, така конструкція юридичній науці поки що не відома. З метою визначення можливості її моделювання проаналізуємо можливість новонародженої дитини нести обов'язки.

З моменту народження обсяг обов'язків, які може мати і має дитина, обмежений визначеними ст.ст. 65–68 Конституції України конституційними обов'язками людини і громадянина України, а саме: шанувати державні символи, не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодовувати завдані збитки, сплачувати податки і збори, додержувати Конституції України та законів України, не посягати на права й свободи, честь і гідність інших людей.

Очевидно, що виконання цих обов'язків новонародженою дитиною є вельми умовним. Важко уявити, як саме новонароджена дитина може шанувати державні символи України, коли навіть не має уявлення про їх існування. У разі ж, до прикладу, прийняття дарунку у новонародженої дитини виникає податкове зобо-



в'язання, обов'язок задекларувати дарунок і сплатити податок; однак такий обов'язок може бути виконаний лише законним представником дитини.

Відповідно, новонароджена дитина має певний обсяг обов'язків, але не може їх активно виконувати. У такому випадку жодних перешкод на шляху закріплення за дитиною на пренатальній стадії розвитку можливості мати такі самі обов'язки, не вбачається.

Отже, розвиток суспільних відносин повсякчас потребує перегляду усталених в юридичній доктрині концепцій та підходів, не є винятком і правоздатність. Для позначення здатності дитини на пренатальній стадії розвитку пропонується використовувати термін «пренатальна правоздатність».

Пренатальна правоздатність відрізняється від правоздатності у загальному розумінні обсягом та змістом прав і обов'язків, зумовленими специфікою пренатального періодом розвитку суб'єкта. До моменту досягнення життєздатності дитиною (орієнтовно 22 тижні вагітності) право дитини на життя не може бути абсолютним, але може бути відносним (обмеженим). Після досягнення життєздатності у дитини на пренатальній стадії розвитку може з'явитися абсолютне право на життя. Права дитини на пренатальній стадії розвитку пропонується позначати як «пренатальні права», а обов'язки такої дитини – «пренатальні обов'язки».

Визначення обсягу і змісту пренатальної правоздатності потребує подальших досліджень.

<sup>1</sup> Удовиченко Т. Ю. Правоспособность физических лиц по российскому гражданскому праву : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Т. Ю. Удовиченко. – Ставрополь, 2003 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.dissercat.com/content/pravospobnost-fizicheskikh-lits-po-rossiiskomu-grazhdanskomu-pravu>

<sup>2</sup> Проблемы общей теории права и государства : учеб. для вузов / под общ. ред. академика РАН, д. ю. н., проф. В. С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2004. – С. 375.

<sup>3</sup> Малахов В. П. Сущность правоспособности человека / В. П. Малахов // Пространство и Время. – 2015. – № 1–2 (19–20). – С. 172.

<sup>4</sup> Сулейманова С. А. Правоспособность Граждан (физических лиц) по российскому гражданскому праву : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / С. А. Сулейманова – М., 2002–2003 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.dissercat.com/content/pravospobnost-grazhdan-fizicheskikh-lits-po-rossiiskomu-grazhdanskomu-pravu>

<sup>5</sup> Трапезникова А. В. Момент возникновения правоспособности граждан: вопросы, требующие решения / А. В. Трапезникова // Вестник Южно-Уральского государственного университета. – 2012. – № 43 (302). – С. 78. – (Серия «Право»).

<sup>6</sup> Мазур С. Ф. Жизнь и здоровье граждан в системе личных неимущественных прав, охраняемых гражданским правом / С. Ф. Мазур, В. Ю. Цуканов // Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. – 2009. – № 5. – С. 102.

<sup>7</sup> Водоп'ян Т. В. Проблема правового становища зачатой, але ще не народженої дитини в цивільному праві / Т. В. Водоп'ян // Університетські наукові записки. – 2006. – № 2 (18). – С. 133.

<sup>8</sup> Там само. – С. 134.

<sup>9</sup> Case of Vo v. France, p. 46 (Application no. 53924/00) 08 July 2004 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["child"\],"kphthesaurus":\["449","624","625","632","77","553","50","554","318","555","595","231","4","84","111","335","394","496"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61887"\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

<sup>10</sup> Case of Vo v. France, §84 (Application no. 53924/00) 08 July 2004 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["child"\],"kphthesaurus":\["449","624","625","632","77","553","50","554","318","555","595","231","4","84","111","335","394","496"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61887"\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

<sup>11</sup> Кант И. Критика чистого разума / И. Кант // Твори: в б т. – М., 1964. – Т. 3. – С. 105–108 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [filosof.historic.ru/books/item/f00/s00/z0000497/index.shtml](http://filosof.historic.ru/books/item/f00/s00/z0000497/index.shtml)

<sup>12</sup> Малахов В. П. Вказана праця.

<sup>13</sup> Эртель Л. А. Автономия ребенка как пациента в педиатрии и неонатологии : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 14.00.52 / Л. А. Эртель. – Волгоград, 2006. – С. 278.

<sup>14</sup> Беседкина Н. И. Конституционно-правовая защита прав неродившегося ребёнка в Российской Федерации автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 / Н. И. Беседкина. – М., 2005 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.dissercat.com/content/konstitutsionno-pravovaya-zashchita-prav-nerodivshegosya-rebenka-v-rossiiskoi-federatsii>

<sup>15</sup> Любич Л. Д. Правовой статус ненародженої дитини у правовідносинах щодо реалізації репродуктивних прав людини / Л. Д. Любич // Проблеми сучасного права: Адміністративне право і процес. – 2015. – № 2 (12). – С. 269.

<sup>16</sup> Шимон С. І. Ідея визнання права на життя зачатой дитини в контексті прав матері у сфері охорони здоров'я / С. І. Шимон // Приватне право України і європейська інтеграція: тенденції та перспективи : матеріали VI Міжнародного цивільного форуму (м. Київ, 14–15 квітня 2016 р.). – К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2016. – С. 261.

<sup>17</sup> Brüggemann and Scheuten v. Germany. – P. 116. – § 59.

<sup>18</sup> X v. the United Kingdom. – P. 251. – § 19.

<sup>19</sup> Грецова Е. Е. Правомерные ограничения прав и свобод человека в международном праве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / Е. Е. Грецова. – М., 2009 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.dissercat.com/content/pravomernye-ogranicheniya-prav-i-svobod-cheloveka-v-mezhdunarodnom-prave>

<sup>20</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. // Офіційний Вісник України. – 1998. – № 13. – С. 270. – Ст. 8.

<sup>21</sup> Там само. – С. 270. – Ст. 8. – Ч. 2.

## Резюме

**Шрамова О. С. Здатність дитини на пренатальній стадії розвитку бути носієм суб'єктивних прав і обов'язків (пренатальна правоздатність).**

У статті розглянуто сучасні трансформації класичної теоретичної конструкції правоздатності, зокрема поняття часткової правоздатності, умовної правоздатності, зміщення поглядів з розгляду правоздатності як суспільно-юридичного до природно-

правового явища. Запропоновано поняття пренатальної правоздатності – здатності дитини на пренатальній стадії розвитку мати суб'єктивні права і обов'язки; а також поняття пренатальних прав і пренатальних обов'язків, необхідність виокремлення яких зумовлена специфікою пренатального періоду. Проаналізовано співвідношення прав дитини на пренатальній стадії розвитку з правами вагітної матері з урахуванням ступеня абсолютизації вказаних прав.

**Ключові слова:** пренатальна правоздатність, пренатальні права, пренатальні обов'язки, дитина на пренатальній стадії розвитку, правоздатність, ненароджена дитина.

### Резюме

**Шрамова А. С. Способность ребенка на пренатальной стадии развития быть носителем субъективных прав и обязанностей (пренатальная правоспособность).**

В статье рассмотрены современные трансформации классической теоретической конструкции правоспособности, в частности понятие частичной правоспособности, условной правоспособности, смещение взглядов на правоспособность с общественно-юридического к естественно-правовому явлению. Предложено понятие пренатальной правоспособности – способности ребенка на пренатальной стадии развития иметь субъективные права и обязанности; а также понятие пренатальных прав и пренатальных обязанностей, необходимость выделения которых обусловлена спецификой пренатального периода. Проанализировано соотношение прав ребенка на пренатальной стадии развития с правами беременной матери с учетом степени абсолютизации указанных прав.

**Ключевые слова:** пренатальная правоспособность, пренатальные права, пренатальные обязанности, ребенок на пренатальной стадии развития, правоспособность, новорожденный ребенок.

### Summary

**Shramova O. Capacity of the child in prenatal stage of having rights and obligations (prenatal capacity).**

The article analyses modern transformations of a classical theory of legal capacity, in particular the concept of partial capacity and notional capacity; the shift of views on a legal capacity from a social to natural phenomenon. The article offers a concept of prenatal capacity – the ability of a child in prenatal stage to have rights and obligations; as well as the concept of prenatal rights and prenatal obligations, that are necessary due to the specifics of the prenatal period. The relation between the rights of the child in prenatal stage and the rights of its pregnant mother are analyzed.

**Key words:** prenatal capacity, prenatal rights, prenatal obligations, child in prenatal stage, legal capacity, unborn child.

**П. Д. БІЛЕНЧУК, О. О. ШУЛЬГА**

*Петро Дмитрович Біленчук, професор кафедри цивільного і трудового права Київського університету права НАН України*

*Олександр Олександрович Шульга, завідувач сектора Київського обласного Науково-дослідного експертно-криміналістичного центру МВС України*

### **ПРАВОВІ І ПСИХОФІЗІОЛОГО-КРИМІНАЛІСТИЧНІ ЗАСАДИ БЕЗПЕКОЗНАВСТВА В ТРЕТЬОМУ ТИСЯЧОЛІТТІ\***

Нещодавно в Київському університеті права НАН України видана системна консолідована фундаментальна праця з безпекознавства «Безпека людини, суспільства, держави: правові, криміналістичні і психофізіологічні засади», яка структурно складається з трьох частин. У першій частині розглядаються концептуальні засади безпеки людини, суспільства, держави. Зокрема, у цій частині розглядаються конституційні положення про право на безпеку в системі прав людини. Зазначається, що серед конституційних прав людини, окреме місце посідає право на безпеку людини взагалі та в окремих сферах її діяльності, а також суспільства і держави. Вказується, що сутність визначення «безпека» означає, що це реальний стан, коли кому-, чому-небудь ніщо не загрожує.

Як слушно зазначає Р. Б. Шишка, категорія «безпека» водночас є публічною (держава зобов'язана забезпечувати безпеку людини і суспільства) та приватноправовою (особа має право на гарантії безпеки). Таким чином, безпека – це право людини на гарантії безпеки у всіх сферах його діяльності.

Особливу увагу в даній частині цього дослідження звернуто на інноваційні погляди на правову безпеку людини, суспільства, держави в контексті конституційного захисту прав і свобод людини і громадянина.

Друга частина рецензованої праці «Правові, криміналістичні і психофізіологічні засади забезпечення безпеки людини, суспільства, держави» присвячена всебічному аналізу загальнотеоретичних і прикладних проблем аудіовізуальної психофізіологічної діагностики людини, криміналістики, сискознавства, детективознавства, поліцієзнавства, експертознавства, кібербезпеки, кіберкриміналістики, ядерної криміналістики та окремих правових аспектів безпекознавства.

У третій частині висвітлюються актуальні проблеми науково-методичного забезпечення криміналістичних безпекознавчих досліджень у ХХІ столітті, криміналістичного і експертознавчого забезпечення безпеки кримінального провадження, а також особливості мистецтва безпечно здобувати і використовувати початкову інформацію про особу злочинця: від моделювання зовнішнього вигляду та психологічних властивостей до висування і розробки криміналістичних версій щодо кола осіб, практичних до злочину.

У даній праці запропоновані новітні безпекознавчі ідеї та інновації, які необхідні сьогодні кожній людині в усіх сферах суспільної діяльності.

Рецензоване дослідження розраховано на науковців, викладачів ВНЗ, аспірантів, магістрів, студентів, усіх, хто цікавиться проблемами забезпечення безпеки людини, суспільства та держави у третьому тисячолітті.

---

© П. Д. Біленчук, О. О. Шульга, 2016

\* Рецензія на кн.: Безпека людини, суспільства, держави: правові, криміналістичні і психофізіологічні засади. Збірник матеріалів V Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ) / За заг. ред. Ю. Л. Бошицького, О. В. Чернецької, Г. Г. Семакова. – Л.: Галицька видавнича спілка, 2016. – 193 с.

**Н. А. МЯЛОВИЦЬКА**

*Ніна Анатоліївна Мяловицька, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційно-го права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**НОВИЙ ПОГЛЯД НА РОЗВИТОК МІСЦЕВОЇ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ\***

Прийняття Конституції України 28 червня 1996 року засвідчило утвердження нового конституційного ладу в державі та правових основ функціонування суспільства, практична реалізація яких продовжує еволюціонувати, та вимагає принципових змін, але зорієнтувало подальший розвиток України для заняття гідного місця серед країн із давніми традиціями конституціоналізму. Сучасний етап розвитку юридичної науки характеризується посиленням уваги до доктринальних проблем конституційного права та процесу, і окремо муніципального права. Одним із головних напрямів реформ, які нині відбуваються в правовому й політичному житті України, є децентралізація влади і розширення повноважень органів місцевої публічної влади. Очевидним є те, що така реформа є системною та багатоаспектною, а, отже, потребує участі та зусиль всіх учасників громадянського суспільства, органів публічної влади, науковців та практиків.

На цьому фоні монографія Б. В. Калиновського, присвячена конституційно-правовим засадам функціонування та розвитку місцевої публічної влади в Україні, є вкрай актуальною. Оскільки доведеною та визнаною на державному рівні є думка про те, що найбільш оптимальним способом організації управління державою є децентралізація влади, а отже, наділення більшою кількістю владно-розпорядчих повноважень органів публічної влади найближчих до громадян, тобто місцевих органів публічної влади, у випадку України – місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування.

Ще один першочерговий напрям реформування – забезпечення реалізації місцевого самоврядування як права та реальної здатності територіальної громади самостійно, на власний розсуд, вирішувати питання місцевого значення. Саме для досягнення такої мети вкрай необхідним є проведення комплексного дослідження місцевої публічної влади в Україні як конституційно-правового інституту, що забезпечить теоретичне підґрунтя окреслених реформ.

У рецензованій праці пропонується авторське бачення онтологічних форм прояву «місцевої публічної влади» в житті суспільства, в розрізі саме правової його сфери, як визначальної для такого явища.

Автор монографії робить висновок, що сутність поняття місцевої публічної влади в Україні розкривається у вузькому та широкому розумінні. Так, у широкому – це вид публічної влади, джерелом якої є народ України, який здійснює її через органи місцевого самоврядування та місцеві органи державної влади, які є елементом системи виконавчої влади, спрямована на здійснення управління територіями, включаючи самоврядування та гарантії реалізації державної політики на місцях, вузьке ж значення полягає в тому, що така влада є здатністю і можливістю, шляхом прийняття легітимних рішень вирішувати справи суспільного значення, з метою забезпечення реалізації прав та свобод людини і громадянина, функціонування та розвитку території. А також справедливо зазначає, що, виходячи із норм Конституції та Законів України, які регулюють місцеву публічну владу як інститут конституційного права України, за функціональним спрямуванням місцеву публічну владу можна поділити на два види: місцеву державну владу, в основі якої лежить необхідність забезпечення виконання функцій держави на певній території та владу місцевого самоврядування, спрямовану на здійснення управління місцевими справами територіальною громадою.

Заслуговує на увагу й розроблена в монографії періодизація становлення місцевої публічної влади в Україні. Вона дозволила повною мірою висвітлити її найбільш суттєві особливості та ознаки, котрі вирізняють місцеву публічну владу як окреме явище правової дійсності, дозволяють глибоко дослідити це конституційно-правовий інститут.

Беззаперечно, слід погодитись із автором, що організація місцевої публічної влади в різних країнах здійснюється на основі різних моделей, оскільки її формування залежить від багатьох чинників: історичних традицій, території та адміністративно-територіального поділу, форми держави, рівня розвитку громадянського суспільства. Для України настав час, коли реалізація принципу децентралізації управління та посилення ролі влади, яку реалізують громади, наділені місцевим самоврядуванням, як складової місцевої публічної влади, є першочерговим завданням, оперативне вирішення якого дозволить вийти з економічної, політичної та соціальної кризи.

Заслуговує на підтримку запропонований підхід автора щодо процесу імплементації європейських стандартів організації та функціонування місцевої публічної влади, який має бути зосереджено на компетенційному та фінансовому її забезпеченні, свободі вибору оптимальних структур управління й засобів, тобто на вільному визначенні організаційної структури.

© Н. А. Мяловицька, 2016

\* Рецензія на кн. : *Калиновський Б. В.* Місцева публічна влада в Україні: конституційно-правові засади функціонування та розвитку: монографія / Б. В. Калиновський. – Вінниця : Нілан-ЛТД, 2016. – 426 с.

Для обґрунтування наукових положень і висновків автор використав у цілому значну джерельну базу. Серед джерел є публікації різних історичних періодів, що дало змогу зберегти наступність, врахувати тенденції розвитку конституційного права при формуванні концепції місцевої публічної влади в Україні. Автором використовуються значний емпіричний ресурс, зокрема, проаналізовано положення чинного законодавства та проектів нормативно-правових актів, судова практика. Це, на наш погляд, свідчить про застосування практичного підходу при формулюванні теоретичних висновків і положень, які відповідають політико-правовим реаліям сьогодення. Комплексне опрацювання зазначених та інших джерел, сформульовані власні узагальнення й висновки свідчать про безумовну наукову зрілість автора. У науковій площині, напрацьований систематизований методологічний матеріал та узагальнюючі висновки автора є підґрунтям подальших розробок, монографічних досліджень, підручників, навчальних посібників та методичних рекомендацій з конституційного права та процесу, муніципального права.

Рецензоване монографічне дослідження здійснено з урахуванням тенденцій загальносвітових глобалізаційних процесів, інтернаціоналізації конституційного права, підвищення ролі різних форм самоорганізації людей у забезпеченні індивідуальних та колективних інтересів і потреб, розвитку територій.

Монографія Богдана Валерійовича Калиновського «Місцева публічна влада в Україні: конституційно-правові засади функціонування та розвитку» є логічним та структурованим результатом проведеного наукового дослідження, поєднує традиційні підходи до розуміння сутності предмету дослідження та сучасні тенденції та підходи до змісту та нормативного закріплення окремих його аспектів.

Автору вдалося запропонувати в реаліях українського державного будівництва більш актуальним та значущим є розгляд такого інституту конституційного права як місцева публічна влада, оскільки муніципальна влада не існує виокремлено, її реалізація тісно пов'язана зі здійсненням державної виконавчої влади на місцях.

Монографія є завершеним самостійним науковим дослідженням, виконаним на актуальну тему, має наукову й практичну цінність. Результати дослідження можуть бути використані в навчальному процесі при викладанні дисципліни «Конституційне право» та «Муніципальне право».

Видання даної монографії є логічним продовженням наукових досліджень автора – Калиновського Богдана Валерійовича – завідувача кафедри конституційного та міжнародного права Національної академії внутрішніх справ, кандидата юридичних наук, доцента.

Отже, рецензована монографія Б. В. Калиновського «Місцева публічна влада в Україні: конституційно-правові засади функціонування та розвитку» є результатом актуального, наукового та практично значущого, оригінального дослідження, містить цілий комплекс нових змістовних елементів розвитку місцевої публічної влади в Україні і, без сумніву, стане цікавим і корисним для науковців, представників громадянського суспільства та його інститутів, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, які на науковому та практичному рівнях вирішують питання функціонування та розвитку місцевої публічної влади.

#### **А. Ф. КРИЖАНІВСЬКИЙ**

*Анатолій Федорович Крижанівський, доктор юридичних наук, професор, ректор Міжнародного гуманітарного університету*

### **КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЯ ПРАВОВОГО ПОРЯДКУ: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ ВИМІР\***

До великої кількості різних соціологічних джерел, наукових досліджень і публікацій у засобах масової інформації, які свідчать, що впорядкованість суспільного життя, безпечність існування людини належать до стійких і найбільш значущих пріоритетів людини, додається повсякденний досвід тисяч і мільйонів громадян – учасників АТО, жителів прифронтових і окупованих територій, переселенців, зрештою, всіх, хто живе в Україні. Досвід, який апологує до генетичної пам'яті українського народу, зберігає інформацію про трагічну небезпеку і наслідки для виживання і самого існування нації пережитих нами хаосів смут, трагедій воєн та драм домінування неправда. Буденна реальність нинішнього буття гранично загострює відчуття незахищеності людини перед стихією правопорушень з її «дев'ятим валом» злочинності, невидимою армією організованого криміналітету, вкрай низькою, на грані бездіяльності, ефективністю правоохоронних структур у справі захисту прав «пересічного» українця, тотальною корумпованістю і кричущою безвідповідальністю влади всіх рівнів за результати своєї діяльності. Тенденція до поширення практик самосуду і стихійного спротиву, яка викривлено компенсує неправосудність рішень і неефективність діяльності державних інституцій, загострює відчуття стрімкого наближення до небезпечної межі розбалансування і втрати керованості

© А. Ф. Крижанівський, 2016

\* Рецензія на кн.: *Подорожна Т. С.* Правовий порядок: теоретико-методологічні засади конституціоналізації: монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2016. – 536 с.

правовою сферою. У такій ситуації доктринальна юриспруденція знову звертає свій погляд на Конституцію як політико-правовий феномен і фактор правового порядку. Підставою для такого способу дій є і наш власний досвід: саме в Україні вперше в історії проголошено ідеї правової держави у Конституції Пилипа Орлика, яка й досі надихає вітчизняних і зарубіжних борців за свободу і право. Досвід українського народу свідчить, що нація, яка має усталені та надійні конституційні орієнтири, у певний момент здатна мобілізуватися, і як відомий літературний герой, витягнути за чуба себе і коня з трасовини.

Презентована Т. С. Подорожною монографія вперше у вітчизняній юриспруденції розгортає проблематику конституціоналізації правового порядку як процесу конституційного закріплення концептуальної моделі правового порядку в суспільстві, з одного боку, і механізму переведення цієї моделі в реальну картину правового життя соціуму, з іншого. Правовпорядкувальний потенціал Конституції має багато аспектів. Насамперед, це здатність Основного Закону поєднати суспільно значимі інтереси осіб, груп людей, соціуму в єдиний, домінуючий образ суспільного впорядкування життєдіяльності, юридично конституційований. Відомо, що суспільний порядок виникає, встановлюється, забезпечується завдяки тому, що соціальні суб'єкти (окремі люди, їх групи і суспільство в цілому) зацікавлені в ньому, і підтримують його системою вироблених суспільством форм, методів і засобів. Конституція як своєрідний, найвищий за юридичною силою правовий каркас суспільного порядку, його концептуальна модель, має імплементувати в соціальне тіло правового впорядкування концентровану потугу конституційних норм, принципів і цінностей, ідей і смислів. На мою думку, цінність здійсненого Т. С. Подорожною дослідження, окрім іншого, полягає в тому, що надалі Конституцію необхідно розглядати у якості своєрідної дорожньої карти, у якій точно позначені основоположні параметри, певні «реперні пункти» забезпечення правового порядку в суспільстві. У такому сенсі текст Конституції має піддаватися науковій експертизі на предмет її реального правовпорядкувального потенціалу, і можливості проєкції на реальні процеси правового життя соціуму.

Проте, порівняння Основного Закону України з Конституціями інших країн свідчить, що наш законодавець, м'яко кажучи, не особливо переймався питанням, чи буде вітчизняна Конституція надійною несучою конструкцією в будівлі національного правового порядку суверенної і незалежної України.

Конституція України в тому чи іншому контексті згадує про правопорядок чи близькі за змістом поняття у статтях 19, 68, 92, 116, 119 та 138. Стаття 19 встановлює, що правопорядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Частина друга цієї статті визначає принцип законності в діяльності державної влади, а стаття 68 – обов'язок громадян неухильно дотримуватися Конституції України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей. Стаття 92 встановлює, що виключно законами України визначаються основи національної безпеки і громадського порядку, а стаття 116 покладає на Кабінет Міністрів України повноваження із здійснення заходів щодо забезпечення ...громадського порядку, боротьби зі злочинністю. І тільки стаття 119 містить норму, згідно з якою місцеві державні адміністрації на відповідній території забезпечують... законність і правопорядок; додержання прав і свобод громадян. Стаття ж 138 відносить до відання Автономної Республіки Крим... участь у забезпеченні прав і свобод громадян, національної злагоди, сприяння охороні правопорядку та громадської безпеки.

Отже, Конституція України переносить «центр ваги» в забезпеченні правопорядку на місцевий державний рівень. Відсутність чітких імперативних приписів щодо повноважень вищих державних органів (Верховної Ради, Президента та Кабінету Міністрів) у сфері забезпечення правопорядку може свідчити, що Українська держава не бере на себе зобов'язання в повному обсязі (у загальнонаціональному масштабі, на регіональному, місцевому й локальному рівнях) здійснювати функцію забезпечення правового порядку. Це є і показником того, що розробники Конституції уявляли собі правопорядок у суспільстві як щось локалізоване, що існує саме на місцевому рівні. Такі уявлення є доволі необтяжливими, бо ними «знямаються» зобов'язання держави щодо правового впорядкування загальносуспільного буття, необхідності забезпечення цілісності правового порядку у всій державі. Для порівняння: Конституція Австрійської Республіки (ст. 10) встановлює, що до відання Федерації (**прошу звернути увагу – федерації, повноваження якої порівняно з унітарною державою в цій сфері є більш обмеженими – А.К.**) відноситься законодавство і виконавча діяльність у сфері «...підтримання суспільного спокою, порядку і безпеки, включаючи надання першої різносторонньої допомоги...»<sup>1</sup>. Утім, цими інтенціями не обмежується проблематика, яку по-науковому «провокує» монографія Т. С. Подорожної. Вузловими постають тут і завдання доктринального осягнення феномена конституційного правового порядку, що також свідчить про своєчасність даної наукової праці.

Принагідно підкреслимо, що монографічна робота Т. С. Подорожної є однією з перших наукових розробок, в якій досить вдало поєднані теоретико-правові характеристики правового порядку та механізм його конституційного забезпечення. Актуальність роботи безумовно пов'язана з необхідністю осмислення нової системи конституційних координат формування і забезпечення правового порядку в умовах становлення незалежної України як конституційної держави та процесами оновлення Основного Закону.

Складність вирішення поставленого авторкою достатньо амбітного завдання – висвітлення ролі Основного закону в процесах забезпечення правового порядку, його конституціоналізації в контексті реформування правової системи та внесення змін до Конституції «на порядок» посилюється необхідністю його осягнення в динаміці, тобто у процесі безперервного функціонування конституційних механізмів забезпечення правового порядку. На підставі аналізу джерельної бази з питань теорії права і конституційного права авторка вдало показала, що конституціоналізація є основним засобом забезпечення правового порядку з огляду на необхідність та послідовність втілення конституційних цінностей та принципів у структуру правової систе-

ми. На цій підставі запропоновано авторську концепцію побудови механізму конституціоналізації правового порядку, який містить нормативну, функціональну та інструментальну складові.

Монографія містить добротний аналіз інструментарію забезпечення правових інтересів людини і громадянина. На цій основі автор небезпідставно зауважує, що особлива роль права у формуванні правового порядку пояснюється його соціально-психологічними функціями: оцінки (суб'єктивне право) та опису (об'єктивне право). Суб'єктивне право людини робить її спроможною дати власну оцінку суспільним явищам з позиції «справедливо – несправедливо». Об'єктивне право уможлиблює відображення у нормативно-правових актах суспільної практики та закріплення правових засобів досягнення порядку в суспільстві. Відповідно, порядок суспільного життя, що гарантує цивілізовані умови існування та розвитку індивідів, соціальних груп, суспільства в цілому, не може бути створений і постійно діючим без належної участі держави, яка коректно та ефективно використовує для регулювання соціальних процесів арсенал правових засобів та методів. З іншого боку, в монографії доводиться, що правова реальність є органічно імплементованою в загальний, єдиний, нормативно-ціннісний континуум «соціальність-культура». Тому, як соціальне явище, в об'єктивній формі право існує у правових відносинах і соціальних інститутах, у суб'єктивній формі – у правосвідомості, що обслуговує правове життя. З огляду на це, авторка розглядає правопорядок як явище, що втілює в собі як соціальні, так і політико-правові аспекти, розглядаючи дану категорію одночасно в контексті соціокультурної та нормативної парадигм. Це, як вважає Т. С. Подорожна, уможлиблює розуміння складних динамічних процесів, які нині відбуваються в українському суспільстві і державно-правовій сфері.

Утім, окремі положення цієї праці викликають певні зауваження, що, тим не менш, не змінює в цілому її позитивну оцінку. Так, може скластися враження, що авторка монографії сповідує віру в «лінійність» впливу конституції на процеси правового впорядкування суспільної життєдіяльності. Така ідеалізація Основного Закону є досить поширеною, особливо в новаторських дослідженнях, проте з огляду на посилення нестійкості правової сфери й упорядкованості суспільного життя навіть у країнах, які вважалися «цитаделями» сучасного правового порядку, є підстави сумніватися в можливості впровадження «науково обґрунтованих механізмів автоматичного (виділено мною – А.К.) екстраполювання конституційно-правового знання у зміст правових норм» (с. 6).

Вельми дискусійним є твердження авторки монографії про те, що практика Конституційного Суду України є правовою основою для вироблення механізмів конституціоналізації. Попри велику значущість зазначеного фактора конституціоналізації, його «правовою основою» у широкому сенсі все ж слід визнати всю систему вітчизняного конституціоналізму важливою, але не єдиною ланкою якою є практика Конституційного Суду.

Наостанок маємо констатувати доволі непересічний факт у вітчизняній доктринальній юриспруденції – видання ще однієї наукової монографії, присвяченої проблематиці правового порядку. За роки незалежності кількість праць такого масштабу з цієї тематики не вийшла за рамки кількості пальців однієї руки, що неспівставно мало порівняно з актуальністю і значущістю проблематики сучасного правового порядку для українського суспільства. То ж є всі підстави привітати Т. С. Подорожну з вагомим внеском у вітчизняну теоретичну юриспруденцію.

<sup>1</sup> Конституции государств Европейского Союза / Под общей ред. Л. А. Окунькова. – М.: Издательская группа ИНФРА . М. – НОРМА, 1997. – С. 14.

## А. В. КОФАНОВ

*Андрій Віталійович Кофанов, кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри криміналістичних експертиз Навчально-наукового інституту №2 Національної академії внутрішніх справ*

### СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ЕКСПЕРТНОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ В ХХІ СТОЛІТТІ\*

Колективом Київського університету права НАН України спільно зі співробітниками Київського обласного Науково-дослідного експертно-кримінального центру МВС України нещодавно підготовлено та опубліковано фахове фундаментальне монографічне дослідження «Експертна служба України: історіографія, джерелознавство, методологія, праксеологія», в якому всебічно досліджується концептуальні засади науково-методичного і криміналістичного забезпечення судово-експертних досліджень в Україні: історія, теорія, методологія, практика.

Підготовлене монографічне дослідження зумовлено потребами експертної, слідчої і судової практики, оскільки третє тисячоліття характеризується докорінними реформаційними змінами в культурному, соціально-

© А. В. Кофанов, 2016

\* Рецензія на кн.: Біленчук П. Д., Стрілець Г. О., Шульга О. О. Експертна служба України: історіографія, джерелознавство, методологія, праксеологія. Монографія / П. Д. Біленчук, Г. О. Стрілець, О. О. Шульга. – К.: Міжнародна агенція «БІЗОН», 2016. – 288 с.

економічному й політичному житті нашого суспільства. Очевидно, що процес відродження України як сильної, правової і незалежної держави пов'язаний із подоланням чималих труднощів, різного роду загроз, ризиків і небезпек. Зокрема, суттєві перешкоди діяльності держави й нормального суспільного життя створюють військові дії та злочинність, яка багаторазово зросла за останні роки. Доктринальні засади запобігання, протидії та розслідування злочинів виступають одним із серйозних завдань, що стоять перед народом України, урядом та його правоохоронними органами. Вирішення цього завдання особливо є важливим сьогодні, так як злочинність набула організованих небезпечних форм. Водночас значно зростають засоби протидії розслідуванню злочинів з боку злочинного елемента. Не менш складні проблеми сьогодні спіткануть і процес судового провадження, у ході якого приймають кінцеві рішення щодо вчинених суспільно небезпечних діянь. У період становлення демократичного суспільства кардинальне зміцнення законності та правопорядку є однією з першочергових завдань держави. Очевидно, що вирішення цього завдання вимагає постійної та активної діяльності експертних установ, слідчих органів, прокурорського нагляду й суду. Загальновідомо, що ефективність вітчизняного правосуддя, судочинства та правопорядку багато в чому безпосередньо залежить від рівня застосування потенціалу новітніх знань в галузі судових експертиз, а також своєчасного їх проведення та досконалого використання. Володіючи спеціальними професійними знаннями, що представляють акумуляцію пристосованих для цілей пізнання та доказування фактів правопорушень досягнень науково-технічного прогресу, експерти здатні внести неоціненний внесок у діяльність із встановлення обставин розслідуваних злочинів.

М. Г. Щербаковський вважає, що судова експертиза – багатозначне поняття, яке в практичному плані означає судово-експертну діяльність, науковому – галузь знань, процесуальному – джерело доказів, у доказуванні – засіб доказування, гносеологічному – особливий вид дослідження, правозастосовному – процес та результати застосування спеціальних знань.

У рецензованій монографії вивчені й використані належні до її теми праці вчених у галузі філософії та загальної теорії права. Особливу увагу приділено роботам з криміналістики, кримінального процесу і теорії судової експертизи таких українських вчених та практичних працівників, як Л. Ю. Ароцкер, О. М. Бандурка, В. П. Бахін, Я. О. Береський, В. Д. Берназ, В. І. Бояров, Т. В. Будко, Т. В. Варфоломєєва, А. Ф. Волобуєв, Л. М. Головченко, В. Г. Гончаренко, І. В. Гора, Г. Л. Грановський, Ю. М. Грошевий, М. В. Даньшин, А. В. Журавель, А. П. Закалюк, А. В. Іщенко, Н. С. Карпов, Н. В. Кісіль, Н. І. Клименко, В. А. Колесник, В. П. Колмаков, В. О. Коновалова, В. П. Крошко, М. В. Костицький, В. П. Корж, В. В. Лисенко, В. К. Лисиченко, В. Г. Лукашевич, Е. Д. Лук'яничков, О. М. Моїсєєв, Г. М. Надгорний, В. В. Назаров, І. А. Петрова, І. В. Пиріг, Ю. О. Пілюков, І. В. Постіка, В. Д. Пчолкін, О. В. Рибальський, М. С. Романов, О. С. Саїнчин, М. В. Салтевський, М. Я. Сегай, В. В. Седнєв, Л. О. Сидоренко, Е. Б. Сімакова-Єфреман, З. М. Соколовський, Р. Л. Степанюк, В. М. Стратонов, В. В. Тищенко, І. Я. Фрідман, В. М. Чисніков, В. М. Шевчук, В. Ю. Шепітько, В. М. Шерстюк, О. О. Шульга, О. О. Юхно та ін. У різний час розв'язанню загальних проблем судових експертиз приділяли увагу зарубіжні правознавці: Т. В. Авер'янова, В. Д. Арсенєв, Р. С. Белкін, А. І. Вінберг, Г. А. Гросс, А. В. Дулов, Л. Г. Еджубов, О. О. Зайцева, О. М. Зінін, В. Я. Колдін, Ю. Г. Корухов, І. Ф. Крилов, Н. П. Майліс, Е. Б. Мельнікова, В. С. Митричев, Д. Я. Мирський, Ю. К. Орлов, А. Я. Паліашвілі, А. К. Педенчук, І. Л. Петрухін, О. Р. Росинська, Т. В. Сахнова, С. А. Смірнова, І. Н. Сорочотягін, В. І. Шиканов, О. Р. Шляхов, М. П. Яблоков та ін. Очевидно, що зазначені вчені-юристи зробили вагомий внесок у теорію судової експертизи, криміналістики та кримінально-процесуального права, вдосконалення чинного законодавства і практичної діяльності.

Водночас, як показують результати вивчення слідчої, судової та експертної практики, нині вимагають свого вирішення проблеми теоретичного, процесуального, тактичного, методичного, організаційного та праксеологічного характеру, що стосуються питань призначення, провадження і використання експертиз. Вважаємо, що слід погодитись з висновками українських вчених, що найважливішим методологічним принципом пізнання феномена судової експертизи є праксеологічний (діяльнісний) підхід, який у сучасних умовах все більш набуває міждисциплінарного, комплексного, системного характеру і означає, що розробляється фундаментальна теорія суто практичної діяльності. Тому в розробці методологічних засад судових експертиз та їх практичному використанні в цивільному, господарському, адміністративному і кримінальному провадженні авторами монографії використовувався системно-діяльнісний підхід, що забезпечив їх глибоке й різнобічне дослідження.

Вважаємо, що справедливою є думка М. Г. Щербаковського, який вважає, що розгляд історіографічних, методологічних і праксеологічних проблем проведення та використання судових експертиз актуально в теперішній час з декілька причин.

По-перше, в останні роки відбуваються суттєві зміни способів підготовки, вчинення і приховування злочинів, збільшується кількість тяжких та особливо тяжких злочинів, які досить ретельно готуються плануються й учиняються професійно підготовленими особами й організованими злочинними групами і організаціями. При вчиненні даних злочинів використовуються, як правило, сучасні досягнення науки й техніки (електронне обладнання), що ускладнює діяльність слідчого й вимагає від нього застосування в ході розслідування використання новітніх спеціальних знань, правильного розуміння сутності висновку експерта, відокремлення доказів даного виду від інших, а також порядок їх виявлення, збирання і оцінки. Звідси підвищується правове значення висновку експерта як джерела доказів у процесі доказування у цивільному, господарському, адміністративному і кримінальному провадженні.

По-друге, прийняття у 2012 р. нового Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України і його введення в дію докорінно змінило сутність вітчизняного кримінального судочинства, впровадивши



істотні корективи, як у основоположні його принципи, так і в нормативне регулювання судово-експертної діяльності. Новації даного закону стосуються прав учасників процесу, що реалізуються ними у зв'язку з проведенням експертизи; порядку залучення експерта; варіантів провадження експертиз на досудовому слідстві та судовому розгляді. Проголошений в КПК України принцип змагальності в частині проведення експертиз викликає утруднення у правозастосовній практиці в зв'язку з реальною відсутністю паритету між сторонами кримінального провадження. Очевидно, що перехід до змагального процесу вимагає узагальнення вже існуючої судової, слідчої та експертної практики й розробки конкретних рекомендацій щодо усунення прогалин та недоліків у сфері процесуального законодавства щодо судово-експертної діяльності.

По-третє, сучасні можливості використання судових експертиз постійно зростають. Відомо, що це відбувається як за рахунок появи нових кримінально-релевантних об'єктів, так і в результаті розробки нових засобів, методів і методик експертного дослідження. Сьогодні значно розширюються області застосування як вже існуючих судових експертиз, так і виникають нові їх роди та види. У зв'язку з цим підвищення ефективності результатів експертних досліджень в розслідуванні злочинів, інтеграція та диференціація наукових знань вимагає подальшого всебічного дослідження наукових основ судової експертології і судових експертиз, удосконалення наукового апарату експертознавства.

По-четверте, на тлі загального всебічного розвитку інституту судових експертиз, створення на основі положень науки криміналістики окремої міждисциплінарної наукової теорії – судової експертології, судово-експертна діяльність разом із тим, ще не знайшли адекватного наукового відображення як у криміналістичній техніці, тактиці, так і в методиці розслідування злочинів. У науковій, методичній та навчальній літературі з криміналістики тактика й методика проведення експертиз найчастіше обмежується тільки перерахування традиційних криміналістичних та деяких інших видів експертиз, деяких їх можливостей, а в методиках розслідування окремих видів злочинів наводиться простий типовий набір експертиз і перелік традиційних вирішуваних ними питань. Вважаємо, що історіографія, методологія, техніка, тактика і методика проведення судових експертиз, як різновиду слідчих (розшукових) дій, та реальні способи використання результатів експертного дослідження у цивільному, господарському, адміністративному і кримінальному провадженні потребують подальшої наукової розробки.

Ознайомлення з монографією свідчить, що все це спонукало авторів звернутися до розгляду категоріального апарату судової експертології, сучасних проблем проведення експертиз в умовах дії нового змагального кримінального процесу, втілення наукових положень у процесуальних нормах, тактики проведення експертиз з урахуванням експертних ситуацій, що виникають, використання результатів експертизи під час розслідування злочинів.

У першій частині рецензованої монографії «Судово-експертні дослідження в Україні: історія, теорія, методологія» висвітлюються витoki судово-експертних досліджень в Україні та методологічні засади судово-експертних досліджень в Україні.

У другій частині «Система судово-експертних установ в Україні: історія, сучасний стан та напрями удосконалення їх діяльності» аналізується генезис системи судово-експертних установ в Україні і перспективи їх удосконалення, розкривається поняття, види і особливості діяльності судово-експертних установ України та шляхи їх удосконалення, а також характеризується сучасна організаційна структура Експертної служби МВС України.

У третій частині «Судово-експертні дослідження у сфері інтелектуальної власності» системно сформульовані концептуальні засади науково-методичного забезпечення судово-експертних досліджень у сфері інтелектуальної власності: вітчизняний і світовий досвід, дається характеристика судово-експертних досліджень культурної спадщини, культурних цінностей та творів мистецтва, а також висвітлюються основні положення криміналістичного забезпечення мистецтвознавчих досліджень в Україні, дається їх системний аналіз.

Рецензована монографія містить теоретичні та практичні рекомендації, що можуть бути використані в нормотворчому процесі, правозастосовній діяльності слідчих, прокурорів, суддів, експертів та захисників під час підготовки та залучення експерта (доручення проведення експертизи), провадження експертного дослідження, оцінки та використання висновку експерта у кримінальному провадженні. Сформульовані в монографії матеріали та положення рекомендуються для використання в навчальному процесі в науковій діяльності юридичних вузів, а також з метою розробки навчальних програм, посібників, підручників з судової експертології, кримінального процесу та криміналістики.

Отже, монографічне дослідження «Експертна служба України» характеризується актуальністю, містить наукову новизну та практичну спрямованість, а тому, на наш погляд, ідеї, інновації, новітні розробки, які розглядаються в даній праці, доцільно використовувати в навчальному процесі, науковій роботі й практичній діяльності органів правосуддя, судочинства, правопорядку та правозахисних організацій.

### Міжнародна конференція з питань інтелектуальної власності

11 листопада 2016 р. в Києві відбулася Міжнародна конференція з питань інтелектуальної власності, організована юридичною компанією Arzinger спільно зі Всесвітньою організацією інтелектуальної власності. Безпосереднім організатором конференції став відділ практики інтелектуальної власності даної юридичної компанії, який очолює Катерина Олійник, вона і була модератором заходу.

На заході були присутні представники компанії Arzinger: керуючий партнер Тімур Бондарев та партнер Лана Сінічкіна, представники Департаменту інновацій та інтелектуальної власності Міністерства економічного розвитку і торгівлі України Олена Мініч, керівник відділу інтелектуальної власності «Кондитерська корпорація «Рошен»» Анатолій Полікарпов, керівник юридичної групи з питань законодавства у сфері харчових продуктів ТОВ «Данон» Олександр Терещенко, представники Київського університету права НАН України: завідувач кафедри цивільного та трудового права, д.ю.н., професор Роман Шишка, доценти кафедри, к.ю.н. Ольга Рассомахіна та завідувач юридичної клініки, к.ю.н. Марія Гузеват.

Основні доповідачі заходу – керівник програм Департаменту країн перехідного періоду та розвинутих країн Всесвітньої організації інтелектуальної власності Євгеній Сесіцький (Швейцарія) та ректор Київського університету права НАН України, професор Юрій Бошицький (Україна).

Професор Юрій Бошицький виступив із доповіддю «Важливість розвитку політики щодо інтелектуальної власності в університетах і науково-дослідницьких установах України: національний досвід», в якій зазначалися основні тенденції розвитку права інтелектуальної власності у вищих навчальних закладах України та перспективи подальшого дослідження цієї галузі.

Надзвичайно цікавими виявилися секції конференції щодо охорони авторського права та прав промислової власності за сучасних умов, інтелектуальна власність та недобросовісна конкуренція, які проходили в режимі неформальної бесіди. Особливий інтерес становили доповіді Олексія Прудкого, Володимира Рибіна, Оксани Манько та Інни Шатової, присвячені питанням застави торговельних марок та їх реальної ринкової вартості під час викупу, огляду судової практики Суду з інтелектуальних прав РФ, захисту від недобросовісної конкуренції, зокрема, огляд правозастосовної практики АМК України щодо захисту прав на позначення на ринку з метою усунення змішування серед споживачів стосовно схожих позначень та запобігання випадкам введення споживачів в оману при застосуванні схожих комерційних назв та виразів на продукції.

Після перерви присутні ознайомилися із презентацією директора ІС-Bitrix в Україні та Білорусії Дмитра Сусллова на тему «Електронна комерція: тренди, що змінюють сучасний світ», яка дала можливість осягнути, як змінюється реальність із розвитком сучасних інформаційних технологій. Катерина Олійник, керівник практики інтелектуальної власності Arzinger, представила надзвичайно цікаву доповідь «Інтелектуальна власність у сфері електронної комерції: законодавчі тенденції та практичні питання в Україні», яка дала можливість ознайомитися із матеріалами нової практики щодо захисту прав на доменні імена та узагальнити інформацію щодо засобів Інтернет, в яких використовується інтелектуальна власність, форм її правової охорони та захисту прав на домени в мережі Інтернет.

### Майстер-клас представників Асоціації адвокатів України

Нещодавно в Київському університеті права НАН України Асоціація адвокатів України організувала лекцію на тему: «Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Представництво в Європейському суді прав людини».

Із вітальним словом до слухачів звернулася Віце-президент Асоціації адвокатів України, керуючий партнер Адвокатської компанії «*Маршаллер і партнери*» Зоя Ярош. Вона закликала студентів вже сьогодні, не чекаючи отримання диплому, шліфувати свої вміння на майстер-класах, тренінгах, практиках. Адже обираючи співробітників, роботодавець, у першу чергу, хоче бачити в претенденті на посаду фахівця, здатного швидко і якісно виконати покладені функції.

Завідувач кафедри конституційного, адміністративного, господарського права та процесу, д.ю.н. Надія Армаш подякувала Асоціації адвокатів України за послідовне втілення в життя політики Асоціації – підвищення рівня правової допомоги, що надається адвокатами, підвищення ролі та авторитету адвокатури в суспільстві, підготовка молодого покоління юристів.

Основним доповідачем майстер-класу виступила Віра Михайленко – адвокат, викладач, національний тренер Ради Європи з Європейських антидискримінаційних стандартів, тренер з прав людини.

З 1997 р. для України почалася епоха нових стандартів захисту основоположних прав та свобод. Держава під тиском Європейського суду з прав людини змушена була зважати на стан захищеності прав своїх

громадян. Поволі застосування практики міжнародного суду при прийнятті рішень стало правилом хорошого тону, а нині вже маємо звичку підкріплювати рішення національних судів витягами з рішень ЄСПЛ.

Упродовж лекції студенти ознайомились з цікавими фактами роботи Європейського суду з прав людини, нюансами захисту прав Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. Доповідь супроводжувалася інформативною презентацією.

### **Круглий стіл на тему: «Сучасна кримінологічна наука і світова практика протидії злочинності»**

21 листопада 2016 р. кафедрою кримінального права та процесу й науковим товариством студентів КУП НАНУ було проведено засідання круглого столу на тему: «Сучасна кримінологічна наука і світова практика протидії злочинності».

У заході взяли участь: проректор з науково-педагогічної роботи, к.ю.н., доц. О. В. Чернецька; професор кафедри кримінального права та процесу, к.ю.н. П. Д. Біленчук; професор кафедри кримінального права та процесу, доктор наук в галузі права Г. С. Семаков; завідувач відділу Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академік НАПрН України, д.ю.н, професор О. М. Костенко; голова української секції Міжнародної поліцейської асоціації Київщини В. П. Крошко; доцент кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка, к.ю.н. Г. О. Усатий, а також викладачі та студенти КУП НАНУ.

Було заслухано наукові доповіді:

- Доктринальні засади розвитку кримінологічної науки в умовах глобалізації;
- Особливості протидії організованої злочинності;
- Світоглядні основи розвитку сучасної кримінології;
- Філософія сиску;
- Обмеження дії примирення винного з потерпілим у злочинах проти життя та здоров'я особи;
- Подружнє насильство – реалії сьогодення;
- Інтернет-шахрайство: кримінологічний аспект;
- Детермінація організованої злочинності та ін.

Під час проведення круглого столу були обговорені найбільш актуальні питання сучасної кримінологічної науки. Учасники заходу пропонували можливі шляхи протидії злочинності.

### **VIII Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні проблеми правової системи України»**

24 листопада 2016 р. в Київському університеті права НАН України відбулася VIII Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні проблеми правової системи України».

У роботі міжнародної науково-практичної конференції взяли участь вчені, аспіранти та студенти вищих навчальних закладів України та зарубіжних країн, зокрема: професор Аттіла Петерфалві, президент Національного комітету із захисту даних і свободи інформації (Угорщина); професор Богуслав Банахак, декан факультету права та управління університету Зелена Гура (Республіка Польща); професор Андраш Торма, ректор Мішкельського університету (Угорщина); Адам Махарадзе, декан юридичного факультету Батумського державного університету імені Шота Руставелі (Грузія), а також представники Міністерства юстиції України, Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Київського національного торговельно-економічного університету, Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана, Академії адвокатури України, Харківського національного університету внутрішніх справ, Таращанського державного технічного, економіко-правового коледжу, Рівненського інституту Київського університету права НАН України.

Із вступним словом до учасників конференції на пленарному засіданні виступив ректор Київського університету права НАН України, професор, заслужений юрист України Ю. Л. Бошицький. Він, зокрема, зазначив, що заявлена вісім років тому проблематика не втрачає своєї актуальності. Право як основний компонент правової системи надає останній особливого, специфічного статусу, оскільки саме правова система уособлює цілісний комплекс правових явищ, зумовлений специфікою розвитку конкретного суспільства, багатоманітними факторами соціальної й політичної еволюції, усвідомлений і постійно відтворюваний людьми та їх організаціями, для вирішення багатьох визначених суспільних проблем. Саме тому подальший розвиток та вдосконалення національної правової системи України на сучасному етапі безпосередньо пов'язані з необхідністю удосконалення нормативної основи, а саме: проведення конституційної реформи, реформи виборчого законодавства, судово-правової реформи, результатом яких має стати забезпечення та гарантування прав та свобод людини і громадянина.

На адресу організаторів та учасників конференції надійшли привітання, зокрема від Президента Національної академії наук України, академіка НАН України Б. Є. Патона та Президента Інституту політико-правових та релігійних досліджень О. О. Герасименка.

У наукових доповідях порушувалися актуальні питання проблем розвитку та функціонування сучасних правових систем та окремих інституційних елементів, зокрема: Роль сучасної вищої освіти в правовій систе-

мі України (Н. О. Армаш, д.ю.н., доцент); Методи викриття корупційних оборотів з ваучерами на навчання (С. В. Петков, д.ю.н., професор); Конституція України та конституціоналізм в умовах розвитку правової системи: національний вимір (О. В. Чернецька, к.ю.н., доцент); Вітчизняна правова система: проблема діалектики (В. О. Десятник, професор кафедри, к.ю.н.); Правова система: пріоритетні цілі та напрями вдосконалення (О. Г. Варич, к.ю.н., доцент); Херш Лаутерпахт та його внесок в розвиток доктрини міжнародного права (К. О. Савчук, доцент, к.ю.н.); Статус ухвали слідчого судді під час здійснення судового контролю за здійсненням досудового слідства за КПК України (А. Г. Мартіросян, к.ю.н., адвокат); Правове регулювання та аспекти працевлаштування громадян України за новим законодавством Польщі (С. В. Книш, к.ю.н., адвокат); Проблеми забезпечення ефективного громадського контролю в публічних закупівлях у новому законодавстві України (С. Є. Гула, аспірант); Наслідки неналежного виконання обов'язків щодо охорони життя та здоров'я неповнолітніх (О. Бурлаченко, студентка) тощо.

Робота міжнародної науково-практичної конференції «Сучасні проблеми правової системи України» відбувалася у формі пленарного засідання та наукових секцій, які пройшли на високому науково-теоретичному рівні.

Обрана тематика 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 VIII Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні проблеми правової системи України» напрацювати та схвалити Рекомендації.

### **Круглий стіл «Судова реформа та перспективи розгляду конкуренційних спорів»**

25 листопада 2016 р. відбувся круглий стіл на тему: «Судова реформа та перспективи розгляду конкуренційних спорів». Захід організовано для розвитку Угоди про співпрацю між Фондом розвитку конкуренції, федеральною торговою комісією США та Агентством США з Міжнародного розвитку.

Київський університет права НАН України на науковому заході представляли ректор університету, професор Юрій Бошицький та студенти Вікторія Куликівська та Василь Буфан.

Із вітальним словом до учасників засідання круглого столу звернувся Сергій Цівкач, голова Правління фонду розвитку конкуренції, який зазначив, що Україна переживає критичний момент своєї новітньої історії. Її майбутнє пов'язано з успіхом реформ, що повинні створити ефективну та динамічну модель економічного розвитку, здатну забезпечити докорінне оновлення технологічного укладу в стислі строки. На заході також були присутні: Богдан Львов, голова Вишого господарського суду України; Вікторія Пташник, народний депутат України; Ігор Бенедисюк, голова Вищої ради юстиції.

Безпосередньою метою даного заходу є експертне обговорення питань щодо неможливості формування сталої судової практики з вирішення конкуренційних спорів, яка відповідала б кращим світовим зразкам та забезпечила б дотримання принципу правової визначеності, а також із подальшим напрацюванням спільних рекомендацій органам державної влади України щодо ефективного реформування системи судового розгляду конкуренційних спорів України.

На завершення зустрічі із промовою виступив ректор Київського університету права НАН України, заслужений юрист України, професор Юрій Бошицький, який запропонував учасникам запровадити підготовку юристів, що будуть мати ґрунтовні знання та спеціалізуватись у сфері права інтелектуальної власності, а також наголосив, що Київський університет права НАН України сприятиме реалізації правничих ініціатив.

### **Міжнародна конференція з інтелектуальної власності (Женева, Швейцарія)**

У рамках співпраці Київського університету права НАН України та Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ) у сферах розвитку доктрин права інтелектуальної власності, оптимізації її нормативно-правової бази відповідно до сучасних соціально-економічних змін, підготовки фахівців у сфері інтелектуальної власності та її популяризації, делегація КУП НАНУ на чолі з ректором професором Ю. Л. Бошицьким та студентами: Вікторією Куликівською, Евеліною Сабовою, Христіною Приступою з 28 листопада по 02 грудня 2016 р. взяла участь у Міжнародній науково-практичній конференції з проблем права інтелектуальної власності та спеціальної освіти у штаб-квартирі ВОІВ у м. Женеві.

Урочисте відкриття конференції відбулося за присутності Міхала Швантнера, представників посольств України та Ізраїлю; ректора Київського університету права НАН України; ректора ОНО коледжу. Всі підтвердили динамічні зміни на планеті та роль інтелектуальної власності як запоруки не тільки майбуття людства, а й умови його виживання. Також зверталася увага на сучасні виклики для охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності та важливості співпраці у цій сфері на професійній основі і кластерному підході.

У перший день конференції проводили майстер-класи для учасників конференції з питань патентного права, доменних імен, захисту прав інтелектуальної власності на творчі витвори. Наведені приклади та підходи стали добрим поповненням практичного здобутку учасників конференції.

Другий день конференції був присвячений візитівці КУП НАНУ – рівноправного партнера конференції ВОІВ. Учасники конференції з інтересом слухали доповідь ректора, професора Юрія Бошицького про стра-

тегію та напрями розвитку КУП НАНУ. Серед питань, що найбільше зацікавили присутніх, були питання бібліотечного фонду ВНЗ, територіальне розміщення філій університету в Україні, самоорганізація науково-педагогічних працівників тощо.

Досить цікавою була доповідь ректора ОНО коледжу про програму розпізнавання емоцій тварин та людей, що може стати кроком до прогнозованого футурологами прийдешнього усвідомленого спілкування.

Третій день був присвячений доповідям студентів. На належному рівні виступили студенти нашого університету з різних тем інтелектуальної власності, внесли ряд пропозицій, що зацікавили присутніх науковців. Йшлося про співвідношення категоріального апарату у сфері інтелектуальної власності; конфлікт пропрієтарної її концепції із реаліями; правову охорону нових об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема веб-сайтів; договірне регулювання створення об'єктів інтелектуальної власності та передачі майнових прав на них.

### **Зустріч делегації КУП НАНУ з Президентом Всесвітньої організації інтелектуальної власності Френсісом Гаррі**

29 листопада 2016 р. делегація КУП НАНУ зустрілась з Президентом Всесвітньої організації інтелектуальної власності Френсісом Гаррі.

Дана зустріч мала діловий, конструктивний характер, під час якої були обговорені питання щодо подальшої співпраці Київського університету права НАН України із Всесвітньою організацією інтелектуальної власності. Під егідою Київського університету права НАН України, зокрема, передбачається публікація наукових статей, перекладів наукових доробків Френсіса Гаррі українською мовою.

Френсіс Гаррі є Генеральним директором ВОІВ з 1 жовтня 2008 року. У травні 2014 р. він був переобраний на другий термін, який закінчується у вересні 2020 року.

Під його керівництвом ВОІВ вирішує складні завдання. Вони включають: регулювання напруги, якому піддаються міжнародна патентна система й система авторського права внаслідок стрімкого технічного прогресу, глобалізації та дедалі більшого попиту; зменшення розриву в знаннях між розвиненими країнами та країнами, що розвиваються; забезпечення того, щоб система інтелектуальної власності служила своїй основній меті – стимулювати творчість та інновації у всіх країнах.

Професор Юрій Бошицький вручив Френсісу Гаррі найвищу нагороду Київського університету права НАН України «Золоту медаль» за вагомий внесок у розвиток університету в сфері міжнародного співробітництва, дослідження проблем права інтелектуальної власності, проведення спільних науково-практичних заходів та забезпечення академічної мобільності здобувачів вищої освіти.

Знаковим є те, що під час зустрічі Френсісу Гаррі була передана наукова література Київського університету права НАН України з права інтелектуальної власності, а це сприятиме популяризації її на полицях бібліотеки Всесвітньої організації інтелектуальної власності.

Окрема подяка фаховому помічнику і гіду української делегації Касиму Величко – випускнику Київського університету права, аспіранту КУП НАН України, а нині стажеру ВОІВ, з яким організація продовжила контракт ще на рік, за продемонстровану професійність та ерудицію.

### **Делегація Київського університету права НАН України відвідала бібліотеку Всесвітньої організації інтелектуальної власності**

Делегація Київського університету права НАН України під час візиту до Женеви мала чудову нагоду відвідати бібліотеку Всесвітньої організації інтелектуальної власності.

Фонд бібліотеки ВОІВ налічує понад 35 тис. публікацій, які дозволяють проводити дослідницьку роботу в галузі інтелектуальної власності. Колекція бібліотеки дійсно вражає своєю масштабністю та унікальністю. У ній містяться не лише історичні документи, наприклад Паризька конвенція 1883 року, що є одним із стовпів сучасної системи інтелектуальної власності, а й сучасні періодичні видання з інтелектуальної власності. Також база містить національне законодавство держав – членів ВОІВ, СОТ і ООН. У 2014 р. база включала нормативні акти 196 країн і сумарно налічувала понад 13 тис. документів, охоплює також міжнародні договори, які стосуються інтелектуальної власності. Зокрема, база включає всі міжнародні договори, які адмініструються ВОІВ. База даних є джерелом правових актів та інформації про глобальну систему інтелектуальної власності в університетах та бібліотеках усього світу.

Слід зазначити, що на цих полицях поряд із такими масштабними документами зберігаються й видання Київського університету права НАН України, зокрема «Часопис Київського університету права» та наукові підручники за редакцією професора Юрія Бошицького. Показово, що Київський університет права – це єдиний університет світу, який має честь виставляти власні книги на полицях бібліотеки ВОІВ.

### **Зустріч делегації КУП НАНУ з постійним представником України при Відділенні ООН та інших міжнародних організаціях у Женеві Юрієм Клименком**

Під час перебування в Женеві делегація КУП НАНУ зустрілась з постійним представником України при Відділенні ООН та інших міжнародних організаціях у Женеві Юрієм Клименком. На зустрічі обговорювалися проблеми та перспективи України у сфері інтелектуальної власності та можливості співпраці європейських організацій з Україною. Також можливості розвитку дружніх відносин між Київським університетом

права НАН України та університетами в Женеві, залучення студентів до галузі інтелектуальної власності, яка є досить новою для України.

Також професор Бошицький подарував Юрію Клименку декілька видань Київського університету права НАН України з тематикою і оглядом минулих конференцій і домовився про співпрацю в майбутньому.

### **Відкриття щорічного Всеукраїнського тижня права**

5 грудня 2016 р. представники Наукового товариства студентів Київського університету права НАН України взяли участь у відкритті Всеукраїнського тижня права, що відбулося в Міністерстві юстиції України. Захід щороку проходить напередодні всесвітнього Дня прав людини – міжнародного свята, яке, за пропозицією Генеральної асамблеї ООН, відзначається 10 грудня.

На відкритті заходу заступник міністра юстиції Ганна Оніщенко зазначила, що на шляху побудови правової держави і громадянського суспільства роль юристів є провідною. Юристи пишуть закони, за яким ми живемо. Залежно від того, наскільки ці закони будуть логічними, послідовними і справедливими, залежить те, в якій країні ми будемо жити», – наголосила вона. З вітальними словами до учасників заходу звернулися відомі правники, науковці, представники міжнародних організацій, серед яких: Юрій Шемшученко, директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького; Юрій Баулін, голова Конституційного суду України; Наталія Оніщенко, академік НІПР України; Валентина Мудрік, радник з питань роботи з громадським суспільством Програма USAID «Нове правосуддя»; Микола Кулеба, уповноважений Президента України з прав дитини; Андрій Бутенко, голова Координаційної ради молодих юристів України при Міністерстві юстиції України; Володимир Ковтунець, перший заступник Міністра освіти і науки України та інші провідні фахівці у галузі права.

### **Майстер-клас Надзвичайного посланника і Повноваженого міністра Угорщини, заступника глави місії Ласло Чапа Пап**

У рамках проведення Всеукраїнського тижня права відбувся майстер-клас Надзвичайного посланника і Повноваженого міністра Угорщини, заступника глави місії Ласло Чапа Пап на тему: «Нові виклики національної політики – на прикладі угорської зовнішньої політики та угорсько-українських відносин».

Під час проведення майстер-класу було наголошено, що 25 років тому Україна та Угорщина поклали початок важливому партнерству, яке протягом усього цього часу продовжувало розвиватися на основі добросусідства і взаємної поваги. Нині ключовим елементом цього партнерства виступає підтримка територіальної цілісності й суверенітету України, сприяння у протидії російській агресії як шляхом підтримки політики санкцій ЄС проти Росії, так і шляхом практичної допомоги в подоланні її наслідків. На лекції було зосереджено увагу на історичних аспектах встановлення дипломатичних відносин України та Угорщини, а також окреслено перспективи взаємодії двох країн.

Проведений майстер-клас як одна з форм ефективного професійного навчання допоміг студентам зрозуміти, як на практиці можна застосувати отримані в університеті знання для того, щоб вони в майбутньому могли стати не лише прогресивними сучасними юристами, а й дипломатами.

### **Англо-український семінар-дискусія щодо зобов'язань держав *jus cogens***

6 грудня 2016 р. кафедрою міжнародного права та порівняльного правознавства (МППП) Київського університету права НАН України було проведено білінгвальний (англо-український) семінар-дискусію на тему: «Перемпторні норми як правова основа виконання державами міжнародно-правових зобов'язань» ('*Peremptory norms as the legal basis for the states' international obligations fulfillment*'). Учасниками обговорення стали доц. кафедри МППП, к.ю.н. О. О. Харчук, к.ю.н. О. М. Поліванова і студенти II, III, IV та VI курсів спеціальності «Міжнародне право», які представили аудиторії наступні доповіді: 'Jus cogens in international law. Theoretical and legal basis of determination and consolidation' («Jus cogens у міжнародному праві. Теоретико-правові основи визначення і закріплення») (Я. Міркеєв), «Заборона агресії і неправомірного застосування сили як перемпторна норма сучасного міжнародного права» (В. Балагур), 'Prohibition of genocide as the obligation erga omnes' («Заборона геноциду як зобов'язання erga omnes та jus cogens») (А. Абрамян), 'The right to life as the norm-applicant for the status of jus cogens' («Право на життя як норма-претендент на статус jus cogens») (Д. Ярцева), 'Prohibition of piracy and international legal mechanisms to bring its perpetrators to international justice' («Заборона піратства і міжнародно-правові механізми притягнення до міжнародної відповідальності винних у її порушенні») (Н. Накопця), 'The prohibition of racial discrimination and the practice of the Inter-American Court of Human Rights as a basis for the determination of jus cogens' («Заборона расової дискримінації і практика Міжамериканського суду з прав людини як основа визначення jus cogens») (М. Малиновська), «Право на самовизначення народів як зобов'язання erga omnes у East Timor case» (Я. Кононюк), «Заборона торгун як jus cogens у практиці міжнародних судів» (Ю. Дещиця) та «Злочини проти людяності за Римським Статутом Міжнародного кримінального суду і заборона їх скоєння як зобов'язання держав erga omnes» (Д. Гордєєв).

Мета заходу – ознайомлення студентів із особливостями визначення і застосування норма *jus cogens* – всесвітньо визнаних імперативної норми загального міжнародного права, неухильне виконання яких повин-

не бути гарантоване будь-якою державою світу, незалежно від наявності відповідних конвенційних (договірних) зобов'язань. Відомо, що попри закріплення самого визначення такої норми у Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 року, найбільш вичерпний перелік перемпторних норм було викладено Комісією з міжнародного права (Комісія) лише в коментарі до ст. 40 Проекту статей щодо відповідальності держав за міжнародні неправомірні діяння (Draft articles on the responsibility of states for internationally wrongful acts) (Проект). Норми міжнародного права, які Комісія відносить до перемпторних, включають: заборону агресії (Yearbook of the International Law Commission of 1966, vol. II, pp. 247–249) та неправомірного застосування сили в контексті беззаперечних заяв урядів у ході Віденської конференції щодо права міжнародних договорів (Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March to 24 May 1968, 52nd meeting, paras. 3, 31 and 43; 53rd meeting, paras. 4, 9, 15, 16, 35, 48, 59 and 69; 54th meeting, paras. 9, 41, 46 and 55; 55th meeting, paras. 31 and 42; and 56th meeting, paras. 6, 20, 29 and 51), рабства і работоргівлі, геноциду (in Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, pp. 439–440; Counter-Claims, p. 243; Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann case, ILR, vol. 36, p. 5 (1961)), расової дискримінації, апартеїду, тортур (in Siderman de Blake and Others v. The Republic of Argentina and Others, ILR, vol. 103, p. 455, at p. 471 (1992); Al Adsani v. Government of Kuwait and Others, ILR, vol. 107, p. 536, at pp. 540–541 (1996); Pinochet Case, pp. 841 and 881; Filartiga v. Pena-Irala, ILR, vol. 77, p. 169, at pp. 177–179 (1980)), піратства, основні норми міжнародного гуманітарного права, що застосовуються у збройних конфліктах (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, p. 257, para. 79), право на самовизначення народів (East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90, at p. 102, para. 29). Поняття «jus cogens» тісно пов'язане із поняттям «erga omnes», проте все ж вони відмінні. Міжнародний суд ООН у Barcelona Traction case провів межу між зобов'язаннями держави по відношенню до всього міжнародного співтовариства в цілому (зобов'язаннями erga omnes), і зобов'язаннями міждержавного характеру, які беруть свій початок у дипломатичному захисті. Зобов'язання erga omnes – це турбота всіх держав; з огляду на важливість прав, про які йдеться, всі держави можуть мати правовий інтерес у їх захисті (Barcelona Traction, p. 32, para. 33; M. Ragazzi, The Concept of International Obligations Erga Omnes (Oxford, Clarendon Press, 1997)). Отже, порушення зобов'язань «erga omnes» або «erga omnes partes» породжує право будь-якої держави вимагати його усунення чи припинення, проте саме зобов'язання не визнане неухильним у дотриманні, у той час як зобов'язання в рамках jus cogens є невідступні й можуть бути змінені виключно внаслідок появи нової норми jus cogens. Варто також зауважити, що сам Проект відносить порушення зобов'язань за перемпторними нормами до «серйозних порушень» і уточнює в окремому розділі особливості притягнення до відповідальності держав, винних у їх порушенні.

Кафедра міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАН України дякує учасникам заходу за ретельну підготовку доповідей та занурення у першоджерела задля їх якісної структуризації та осмислення. Попри складність тематики дискусії, всі доповідачі продемонстрували як високий рівень знань з міжнародного права, так і знання англійської мови, що дозволяють вести полеміку щодо контроверсійних аспектів міжнародного публічного права, відстоювати свою точку зору та фахово пояснювати зайняту позицію.

### **Круглий стіл «Кримінально-правові та криміналістичні засади протидії корупції»**

7 грудня 2016 р. до Всесвітнього дня боротьби з корупцією у стінах КУП НАНУ відбулося засідання круглого столу з кримінального права та процесу на тему: «Кримінально-правові і криміналістичні засади протидії корупції» під керівництвом П. Д. Біленчука (к.ю.н., професор кафедри кримінального права та процесу КУП НАНУ) та Г. С. Семакова (д.ю.н., професор кафедри кримінального права та процесу КУП НАНУ) та Наукового товариства студентів.

Із привітальним словом до присутніх звернувся П. Д. Біленчук, побажав плідної праці та подякував за те, що учасники змогли долучитися до заходу. Доповідачами на засіданні круглого столу були: О. Г. Урденко («Протидія корупційним злочинам у кіберпросторі»); Г. С. Семаков виступив з доповіддю на тему: «Міжнародний та національний досвід протидії корупції»; В. І. Борисюк, що порушив актуальні питання протидії корупції в органах державної влади.

Також в обговоренні питань круглого столу взяли участь студенти Наукового товариства студентів Київського університету права НАН України: Віталій Бондар, Богдан Поліщук, Дмитро Бабак, Вікторія Бондар, Оксана Бурлаченко, Роман Проданюк, Максим Пишкович.

### **Круглий стіл «Звичаєве козацьке право – історичне джерело українського права»**

7 грудня 2016 р. в кабінеті історії українського права ім. М. П. Василенка КУП НАНУ в межах заходів, присвячених Всеукраїнському тижню права, за участі представників військово-патріотичного товариства «Українське козацтво» кафедрами теорії та історії держави і права, кримінального права і процесу та студентами-членами наукового гуртка «Пам'ятки українського права» проведено круглий стіл «Січове козацьке право – історичне джерело українського права».

Під час обговорення були заслухані наукові повідомлення:

– «Правові засади козацького державотворення» професора кафедри теорії та історії держави і права В. Іванова;

- Витоки звичаєвого права в культурі України» письменника В. Чумаченка;
  - «Історіографія козацького права в Україні» професора кафедри кримінального права і процесу П. Біленчука;
  - «Засади демократії та справедливості за січовим правом» докторанта М. Григорчука;
  - «Суд і судочинство за січовим правом» студентки КУП НАНУ В. Вовк та ін.
- Під час обговорення учасники заходу дійшли висновку щодо необхідності ґрунтовного вивчення майбутніми юристами звичаєвого козацького права як історичного джерела українського права.

### **Науковий семінар «Кодифікація трудового законодавства: проблеми, підходи та можливі наслідки для України»**

8 грудня 2016 р. у КУП НАНУ відбувся науковий семінар «Кодифікація трудового законодавства: проблеми, підходи та можливі наслідки для України». Студенти та науковці визначили проблеми нинішнього трудового законодавства та виокремили проблемні питання, пов'язані з проведенням нової кодифікації у даній сфері.

Про новітні вимоги до реалізації права на працю, що містяться у проекті Трудового кодексу України, розповів доцент кафедри, к.ю.н. С. С. Петрачкович. Було наголошено, що в умовах економічної кризи порушення трудових прав є масовим. Нова кодифікація трудового законодавства лише частково вирішить наявні проблеми.

Окремі доповіді студентів і аспірантів були присвячені колізіям в трудовому законодавстві, принципам трудового права, доктрині соціальної відповідальності роботодавців.

Як наголосила доцент кафедри к.ю.н. С. І. Кожушко, у даний період часу прийняття проекту ТКУ є малоімовірним. Прийняття документу можливе лише за умови врахування численних зауважень МОП та вчених (зокрема на рівні понятійного апарату). У науковому середовищі точиться дискусія, чи має стати новий кодекс галузевим чи комплексним актом. Та Україна не зможе уникнути глобальних тенденцій, зокрема, пов'язаних з євроінтеграцією. «У світлі глобалізації виникає питання про новий рівень кодифікації законодавства – на європейському рівні. Це продиктовано, зокрема, інтересами транснаціональних компаній та розвитком свободи чотирьох рухів», – окреслив майбутню перспективу завідувач кафедри, д.ю.н. професор Р. Б. Шишка та наголосив на поширеності нелегальних трудових відносин, що свідчить про послаблення регулятивного потенціалу кодифікованого акту.

### **Круглий стіл «Слідчий суддя у кримінальному провадженні України»**

8 грудня 2016 р. з нагоди Всеукраїнського тижня права в Київському університеті права НАН України відбулося засідання круглого столу з кримінального права та процесу на тему: «Слідчий суддя у кримінальному провадженні України» під керівництвом О. С. Бісюк (к.ю.н., доцент кафедри кримінального права та процесу КУП НАНУ) та О. М. Короленка (к.ю.н., доцент кафедри кримінального права та процесу КУП НАНУ).

О. С. Бісюк привітала учасників заходу, побажала плідної праці та подякував за те, що учасники змогли долучитися до заходу. Найбільш активними доповідачами на засіданні круглого столу були студенти третього курсу: Олеся Шимон («Історія виникнення інституту слідчого судді»); Василь Буфан («Історія виникнення інституту слідчого судді в Україні»); Вікторія Куліковська («Правовий статус слідчого судді у кримінальному провадженні»); Аліна Бараненко («Права та обов'язки слідчого судді у кримінальному провадженні»); Аліна Янголь, Олександр Ткачук, Дар'я Білоус («Повноваження слідчого судді у кримінальному провадженні»); Дмитро Шупік, Роман Прокопчук («Підсудність клопотань слідчому судді у кримінальному провадженні»); Анна Ілленко («Недоліки інституту слідчого судді у кримінальному провадженні»).

Також в обговоренні питань круглого столу взяли участь студенти першого року магістратури та спеціалісти (Ганна Дерев'яно, Анатолій Коваленко, Сергій Родич, Ольга Ткач, Олександра Грабова, Анастасія Ширназарова, Вікторія Войтович), які внесли живу дискусію в обговорення проблемних питань процесуального статусу слідчого-судді у кримінальному провадженні не лише України, а й зарубіжних країн.

Крім того, користуючись нагодою, було підведено підсумки університетського конкурсу на краще есе серед студентів: «Я – прокурор незалежної України», присвяченого Дню прокуратури України. Найбільш ґрунтовно та прогресивно дане питання було висвітлено третекурсницею Шимон Олесею. Вітаємо переможницю!

### **Круглий стіл «Співробітництво України та Європейського Союзу у сфері надання притулку»**

8 грудня 2016 р. в Київському університеті права НАН України під керівництвом к.ю.н., доцента кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Н. Б. Мушак було проведено круглий стіл, присвячений співробітництву України та ЄС у сфері надання притулку. До участі в круглому столі були залучені студенти магістратури факультету «Правознавство та міжнародні відносини» спеціальності «Міжнародне право».



У вступній промові Н. Б. Мушак наголосила на важливості й актуальності дослідження тематики круглого столу та зазначила, що основною проблемою, викликаною мігрантами, є відсутність солідарності задля прийняття спільних правил вирішення проблем з їх розселенням, що призводить до суттєво нерівномірного навантаження на міграційні служби окремих країн Європи. Як наслідок, масовий наплив мігрантів загрожує існуванню Шенгенської угоди, а протиріччя між країнами ЄС щодо розселення мігрантів поглиблюють розкол у Союзі. Під час обговорення проблемних питань учасники виступили з доповідями, підготовленими на належному науково-теоретичному рівні. Слід відмітити актуальність тем доповідей, підготовлених студентами: Олександром Білим («Правова основа співпраці України та ЄС у сфері надання притулку»), Катериною Озеровою («Політика надання притулку та еміграційна політика ЄС: спільні та відмінні риси»), Альоною Письменною («Співробітництво ЄС з третіми країнами у сфері надання притулку»), Тарасом Радченком («Поняття надання притулку в національному законодавстві України»), Іриною Розпашнюк («Відповідність законодавства України у сфері надання притулку стандартам ЄС»).

Доповідачами було визначено, що імміграційна політика – комплекс заходів Євросоюзу, спрямований на сприяння збалансування зусиль держав – членів Євросоюзу у сферах: правового регулювання умов в'їзду та перебування негромадян Євросоюзу, умов надання довгострокових віз та дозволів на перебування, зокрема дозволів, що сприяють об'єднанню сімей, правового регулювання нелегальної імміграції та недозволеного пересування, зокрема висилання та репатріації осіб, які перебувають на території держав – членів Євросоюзу нелегально. Політика щодо притулку орієнтована на вузькоспеціалізовані аспекти міграційної політики: встановлення критеріїв та механізмів визначення держави-члена, відповідальної за розгляд заяви про надання притулку, що їх подає громадянин третьої країни в одній із держав-членів; встановлення мінімальних стандартів приймання осіб, які звернулися з проханням надати притулок у державах-членах; встановлення мінімальних стандартів щодо кваліфікації громадян третіх країн як біженців; встановлення мінімальних стандартів.

Підбиваючи підсумки, учасники круглого столу дійшли наступних висновків:

– міграційна політика поступово стає ще одним інструментом впливу права ЄС на правопорядки третіх країн, які межують з організацією. Україна має спільний з Союзом кордон, а тому залучення її до співпраці у сфері надання притулку відкриває додаткові можливості інтеграції країни до Європейського Союзу;

– відсутність одностайного врегулювання Союзом питань надання притулку веде до неможливості легальних способів міграції в ЄС, що стає першопричиною організованої злочинності в сфері міграції;

– в Україні існує потреба в удосконаленні законодавства у сфері надання притулку. Передусім, з метою систематизації та узагальнення наявних норм потрібно прийняти окремий Закон про притулок, визначивши його як захист, який надається Україною на її території іноземцям та особам без громадянства від застосування юрисдикції держави їх походження за наявності відповідних підстав, а також внутрішньо переміщеним особам незалежно від їх громадянства та підданства.

Зважаючи на розпочатий між Україною та ЄС діалог щодо безвізових поїздок громадян України до ЄС, важливим є моніторинг позитивних змін у шенгенському законодавстві у сфері управління міграцією задля визначення доцільності впровадження їх у національне законодавство України.

### **Майстер-клас Асоціації адвокатів України «Участь адвоката у вирішенні питань, пов'язаних із сімейними правовідносинами»**

В Київському університеті права НАН України відбувся третій із серії майстер-класів Асоціації адвокатів України на тему: «Участь адвоката у вирішенні питань, пов'язаних із сімейними правовідносинами». Саме в День захисту прав людини стали знаковими аналіз та пошук вирішення проблем, пов'язаних із реалізацією основоположного права людини на сім'ю. Створення сім'ї або процедура її розпаду – все це супроводжується юридичними нюансами, врахування яких є ключовими для громадян та їх інтересів.

У своєму виступі Катерина Власюк, адвокат, керуючий партнер Юридичної компанії «AVG», голова Комітету з міжнародного права ААУ, поділилась власним досвідом адвоката. Вона супроводжувала десятки процесів розлучення в таких питаннях як: який варіант вирішення ситуації обрати: медіація (мирна процедура врегулювання спору) або судовий процес; як вирішити основні питання, які постають при розлученні, а саме: поділ майна, доля спільних дітей та те, як жити далі та будувати нові відносини і при цьому залишитися собою.

Увага Івана Старости, адвоката з великим досвідом роботи у вирішенні сімейних та цивільних спорів, була сконцентрована на неоднозначності впровадження так званої «адвокатської монополії». Зокрема, наводились як позитивні, так і негативні сторони реалізації цієї частини судової реформи, у першу чергу, для клієнта.

Присутні мали змогу долучитися до дискусії та з'ясувати цікаві для них питання сімейного права.

### **Майстер-клас керівника консульського відділу Посольства Угорщини Яноша Коллара**

6 грудня 2016 р. відбувся майстер-клас керівника консульського відділу Посольства Угорської Республіки Яноша Коллара на тему: «Сутність дипломатичної інформаційної діяльності».

Під час заходу було наголошено, що для того, щоб керівництву країни приймати правильні рішення у сфері зовнішньої політики й політики безпеки, необхідна інформація, яка точно відображає судження зов-

нішнього світу про ту чи іншу державу. Знання про ставлення до Угорщини допомагає захистити реальні національні інтереси, що лежать в основі її публічних політичних і дипломатичних кроків. Дипломатична інформація, як правило – знання політичного характеру, які можуть бути використані в зовнішній політиці й політиці безпеки, що є вкрай важливим для захисту національних інтересів.

Тези запропонованої лекції можна сміливо вважати порадою для студентів, які в майбутньому мріють стати не лише прогресивними сучасними юристами, а й дипломатами.

Під час лекції студенти ознайомились з цікавими фактами щодо дипломатичної інформаційної діяльності. Доповідь супроводжувалася інформативною презентацією й викликала жвавий інтерес та велику кількість запитань.

## II Форум з прав людини

8 грудня 2016 р. в Київському університеті права НАН України спільно з Департаментом освіти і науки, молоді та спорту Київської міської державної адміністрації та Асоціацією адвокатів України проведено черговий Форум з прав людини. Захід відбувся в межах відзначення в Україні Тижня права на виконання наказу Департаменту освіти і науки, молоді та спорту від 23.11.2016 № 935 «Про проведення II форуму з прав людини».

На Форумі були представлені органи судової гілки влади, Міністерство юстиції України, Служба безпеки України, прокуратура, адвокатура, місцеві органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, громадські організації, представники юридичної науки та освіти. Інформаційним партнером заходу виступила газета «Закон і Бізнес».

Відкрили засідання Форуму вітальними промовами співорганізатори – Надія Армаш, д.ю.н., завідувач кафедри конституційного, адміністративного, господарського прав та процесу Київського університету права НАН України; Олексій Трофимов, заступник директора Департаменту освіти і науки, молоді та спорту – начальник управління сім'ї, молоді та спорту Київської міської державної адміністрації; Катерина Влашок, адвокат, Асоціація адвокатів України.

До присутніх із вітальним словом звернувся голова Київської обласної організації Союзу юристів України Микола Матьора. Найстаріша в Україні професійна організація правників завжди опікувалась станом прав і свобод людини в державі, підтримувала правоосвітню та правозахисну діяльність. І нині, як наголосив голова, на представниках юридичної професії лежить непросте місія гарантування законності в державі.

У виступах порушувалися злободенні питання захисту прав людини, пропонувались шляхи вирішення колізійних питань законодавства. Ще у 2015 р. Президентом України було затверджено Національну стратегію у сфері прав людини, реалізація якої покладалась на всі органи публічної влади. За словами Радника Міністра юстиції України Романа Усенка, міністерство активно долучилося до цього процесу. Наразі працюють робочі групи із підготовки та узгодження проекту Закону України «Про публічні консультації», розробленого Міністерством юстиції на виконання завдань, визначених пунктом 4 розділу IV Плану дій із впровадження Ініціативи «Партнерство «Відкритий Уряд»» у 2014–2015 рр., затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 26 листопада 2014 р. № 1176, пунктом 5 розділу II «Запобігання корупції» додатка 2 до Державної програми щодо реалізації засад державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційної стратегії) на 2015–2017 р., затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 265. Цим нормативним актом пропонується визначення порядку проведення публічних консультацій під час підготовки проектів нормативно-правових актів, документів державної і регіональної політики та з питань місцевого значення (концепцій, стратегій, програм, планів заходів, що готуються на їх виконання тощо) суб'єктами владних повноважень з метою врахування громадської думки для збалансування публічних та приватних інтересів, а також запровадження сучасних стандартів підготовки проектів актів, обов'язкових для державних органів і органів місцевого самоврядування, що сприятиме запровадженню ефективного механізму взаємодії його інститутів з органами державної влади на засадах партнерства і взаємної відповідальності.

Суддя Окружного адміністративного суду міста Києва, член Науково-консультативної ради при Вищому адміністративному суді України, к.ю.н. Марина Бояринцева, порушила дуже важливу для взаємовідносин держави і громадянина тему адміністративної юстиції і захисту основоположного права приватних осіб на доступ до суду. Доступність правосуддя для громадян – фундамент демократичної держави. Нині ми маємо ряд проблем, що вказують на недосконалість процесуального законодавства в частині підсудності адміністративних справ. Це, у свою чергу, суттєво впливає на конституційно гарантований обсяг захищеності прав і свобод громадян у судовому порядку.

Людмила Глущенко, співробітниця Академії Служби безпеки України, к.ю.н., наголосила на важливості дотримання законності в державі як ключового фактору гарантування національної безпеки в умовах ведення антитерористичних операцій. Вона зазначила: «Помилки мають бути виправленими, при цьому, відповідь не може будуватися за принципом «насильство за насильством» або з порушенням, хоча б і тимчасовим, прав та свобод. Будь-яка спроба примусової корекції алгоритму соціального управління, доки вона не буде позитивно сприйнятою усіма верствами населення, безуспішна, здатна спровокувати ще більш резонансні конфлікти, тому ідею антитерористичного імперативу повинні розділяти не лише державні органи, уповноважені як суб'єкти боротьби з тероризмом, а й усі соціально-політичні, комерційні та громадські організації».

Доцент кафедри конституційного, адміністративного, господарського права та процесу Київського університету права НАН України, к.ю.н., доцент Ганна Коверзєва наголосила на важливості долучення студентства – майбутніх юристів, до спільної роботи з органами публічної влади над удосконаленням державного управління, у тому числі й за допомогою Електронного урядування.

Участь у дискусії взяли представники професорсько-викладацького складу та студентства факультету соціально-психологічних наук та управління Національного педагогічного університету ім. М. П. Драгоманова на чолі з доцентом кафедри соціальної політики, к.ю.н. Наталією Сухицькою.

Цікавим завершенням Форуму з прав людини в Київському університеті права НАН України стала презентація книги Катерини Власюк «Розлучення. Сповідь адвоката». У книзі автор поділилась власним жіночим досвідом про те, як психологічно пережити процес розлучення і при цьому зберегти гармонійний емоційний стан та гарні стосунки з колишнім чоловіком, та досвідом адвоката, яка супроводжувала десятки процесів розлучення в таких питаннях як: який варіант вирішення ситуації обрати: медіація (мирна процедура врегулювання спору) або судовий процес; як вирішити основні питання, які постають при розлученні, а саме: поділ майна, доля спільних дітей та те, як жити далі та будувати нові відносини і при цьому залишитися собою.

У підсумку учасники Форуму зауважили на результативності спільної роботи представників влади й наукової спільноти у питаннях захисту прав і свобод людини та громадянина і висловили надію на її продовження у 2017 році.

### **Майстер-клас декана юридичного факультету Батумського державного університету ім. Шота Руставелі Адама Махарадзе**

13 грудня 2016 р. у Київському університеті права НАН України відбувся майстер-клас декана юридичного факультету Батумського державного університету ім. Шота Руставелі, доктора юридичних наук, професора Адама Махарадзе на тему: *«Актуальні проблеми кримінального законодавства Грузії»*. У програмі майстер-класу пан Махарадзе значну увагу приділив праці Т. В. Церетелі, присвяченій причинному зв'язку в кримінальному праві. Концепція причинного зв'язку в кримінальному праві пов'язана з вольовим вчинком людини. При цьому до поняття вольового акту поряд із позитивною дією належить також і утримання від дії (бездіяльність). Якщо вольовий акт – це початкова ланка причинного зв'язку, то його кінцевою ланкою є певна зміна в зовнішньому світі, вироблена вольовим вчинком. Також А. Махарадзе звернув увагу на особливості Кримінального кодексу Грузії. У Загальній частині розглядаються основні поняття кримінального законодавства, встановлюються підстави кримінальної відповідальності та звільнення від неї. Особлива частина включає в себе статті, що описують склади конкретних злочинів. Структура Особливої частини відображає ієрархію цінностей, що охороняються кримінальним законом: на першому місці стоять злочини проти людини, потім економічні злочини й злочини проти громадських і державних інтересів.

### 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 (500–700 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 посторінкові 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. Орієнтовний обсяг статті – 10 сторінок (20 тис. зн. з пробілами); наукових повідомлень, рецензій тощо – 3–5 сторінок.

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.

Публікації здійснюються на платній основі.

---

«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)

---

**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*